

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

" LOS SISTEMAS DE PENALIZACION EN LA
DINAMICA DEL CONCURSO DE DELITOS "

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

POR

JOSE RAUL MENDEZ JEREZ

Al conferírsele el Grado Académico de
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto de 1994

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

DL
04
T(1416)

*JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA*

<i>DECANO</i>	<i>Lic. Juan Francisco Flores Juárez</i>
<i>VOCAL I</i>	<i>Lic. Luis Cesar López Permouth</i>
<i>VOCAL II</i>	<i>Lic. José Francisco De Mata Vela</i>
<i>VOCAL III</i>	<i>Lic. Roosevelt Guevara Padilla</i>
<i>VOCAL IV</i>	<i>Br. Erick Fernández Rosales Orizabal</i>
<i>VOCAL V</i>	<i>Br. Fredy Armando López Folgar</i>
<i>SECRETARIO</i>	<i>Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt</i>

*TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL*

<i>DECANO</i>	<i>Lic. Nery Roberto Muñoz</i>
<i>(en funciones)</i>	<i>Licda. Rosalva Corzantes Zúñiga de Muñoz</i>
<i>EXAMINADOR</i>	<i>Lic. José Arturo Sierra González</i>
<i>EXAMINADOR</i>	<i>Lic. Oscar Emilio Sequén Jocop</i>
<i>EXAMINADOR</i>	<i>Lic. César Augusto López Avila</i>

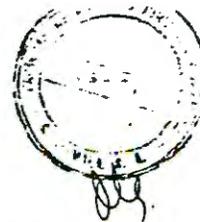
NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamérica

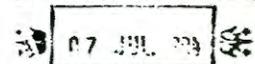


2181-94

Guatemala, 7 de julio de 1,994.

Licenciado
Juan Francisco Flores Juárez, Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA



RECIBIDO
Flora _____
Oficial _____

Señor Decano:

Por este medio, atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle, que tal y como me fuera encomendado, procedí a orientar de la mejor manera posible el Trabajo de Tesis del Señor Bachiller JOSE RAUL MENDEZ JEREZ, la cual se denomina "LOS SISTEMAS DE PENALIZACION EN LA DINAMICA DEL CONCURSO DE DELITOS".

Al emitir el presente Dictamen, estimo oportuno informar que el plan de trabajo presentado en principio por el candidato a la Licenciatura contenía un esquema cuyo contenido hubo que variarlo incluyendo su nominación, en atención a nuevas perspectivas del Derecho Penal moderno, sin perder de vista por supuesto la inquietud del ponente en cuanto a la importancia del análisis del concurso de delitos.

Considero que el tema objeto de estudio en el presente trabajo, es de superlativa importancia en la doctrina del Derecho Penal Sustantivo y en la sistematización de las legislaciones penales, en la medida en que la dinámica del concurso de delitos

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamérica

Hoja No. 2
Dictamen de Asesoría del Br. Méndez Jeréz.
Guatemala, 7 de julio de 1,994.

se presente como una forma de limitar el "Ius Puniendi" del Estado a través de la limitación en la imposición de la pena, producto de la humanización del Derecho Penal en aras del fin rehabilitador de la pena, que distingue el Derecho Penal Moderno de última ratio, de un Derecho Penal como instrumento de castigo donde el concurso de delitos se convierte en una vía para la acumulación matemática de la pena retributiva.

Estimo que el esfuerzo realizado por el Señor Bachiller Méndez Jeréz, aunque escueto y elemental, es significativo y llena los requisitos reglamentarios para que pueda servir de base al Examen Público de su autor, por lo que debe aceptarse para su discusión final.

Sin otro particular y agradeciendo de antemano la atención que se sirva dispensar al presente, con muestras de mi acostumbrado respeto me suscribo del Señor Decano deferentemente.

"ID Y ENSEÑADA A TODOS"

Lic. José Francisco De Mata Vela
Jefe del Departamento de Estudios
Penales y Asesor de Tesis de Grado

JPDV/mbpp.

c.c. Archivo, Lic. Francisco De Mata.
Anexo: Tesis que consta de ochenta y nueve hojas.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamérica



Rec. 2
14/7/94

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, julio once, de mil novecientos noventa y cuatro.-

Atentamente pase al Licenciado HECTOR ANIBAL DE LEON VELASCO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del Bachiller JOSE RAUL MENDEZ JEREZ y en su oportunidad emita el dictamen correspondiente. -----



Handwritten signature and a circular stamp of the Faculty of Law and Social Sciences, University of San Carlos of Guatemala

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamérica



2507-94

Guatemala, 27 de julio de 1,994.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

27 JUL. 1994

REVISOR
E. VAL
OFICIAL

Licenciado
Juan Francisco Flores Juárez, Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Decano:

Tengo el honor de dirigirme a usted, con el objeto de informarle que conforme a la Providencia que antecede, procedí a revisar el Trabajo de Tesis denominado "LOS SISTEMAS DE PENALIZACION EN LA DINAMICA DEL CONCURSO DE DELITOS", que postula el Bachiller JOSE RAUL MENDEZ JEREZ.

Al hacer un análisis de dicho trabajo, se puede apreciar que es una investigación bastante acuciosa y completa sobre el tema, por lo cual el suscrito opina que llena los requisitos establecidos en el Reglamento respectivo. En esa virtud se recomienda se ordene su impresión para que sirva de base en el Examen Público de su autor.

Al reiterar al Señor Decano las muestras de mi más alta consideración, me suscribo.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Héctor Anibal De León Velasco
R E V I S O R

HADV/mbpp.

c.c. Archivo.

Anexo: Tesis que consta de noventa y tres hojas, que incluyen Dictamen del Asesor y Nombramiento del Revisor.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

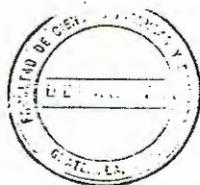
Ciudad Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, agosto uno, de mil novecientos novecicuatro.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
impresión del trabajo de tesis del Bachiller JOSE RAUL MEN
DEZ JEREZ intitulado "LOS SISTEMAS DE PENALIZACION EN LA -
DINAMICA DEL CONCURSO DE DELITOS". Artículo 22 del Regla-
mento para Exámenes Técnico Profesionales y Público de Te-
sis. -----

[Handwritten signature]



[Large handwritten signature]

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a:

José Raúl

Pamela Del Carmen

La razón de mi faena

*La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de San Carlos de Guatemala*

I N D I C E

	<i>Pag</i>
<i>INTRODUCCION</i>	<i>1</i>
 CAPITULO I ANTECEDENTES Y NOCIONES BASICAS DEL CONCURSO DE DELITOS	
1. <i>Antecedentes históricos</i>	<i>1</i>
1.1 <i>Antecedentes históricos del Concurso de Delitos</i>	<i>1</i>
1.2 <i>Antecedentes históricos del Delito Continuado</i>	<i>6</i>
2. <i>Distintas acepciones terminológicas</i>	<i>8</i>
3. <i>Definiciones y conceptos</i>	<i>9</i>
4. <i>Naturaleza Jurídica</i>	<i>12</i>
 CAPITULO II FORMAS DEL CONCURSO DE DELITOS Y SU REGULACION	
1. <i>Formas de presentación del Concurso de Delitos</i>	<i>15</i>
1.1 <i>El concurso Ideal o Formal</i>	<i>16</i>
1.1.1 <i>Teoría de la Unidad</i>	<i>17</i>
1.1.2 <i>Tesis de la Pluralidad</i>	<i>19</i>
1.1.3 <i>Sistemas Legislativos</i>	<i>20</i>
1.1.3.1 <i>Códigos sin disposiciones específicas</i>	<i>20</i>
1.1.3.2 <i>Códigos con disposiciones expresas</i>	<i>20</i>
1.1.3.3 <i>Códigos que equiparan el concurso</i>	<i>20</i>
1.1.3.4 <i>Otros criterios de clasificación</i>	<i>21</i>
1.1.4 <i>Concurso Ideal Homogeneo y Heterogeneo</i>	<i>21</i>
1.1.5 <i>Delito como medio necesario para cometer otro</i>	<i>21</i>
1.1.6 <i>Ejemplos de concurso ideal de delitos</i>	<i>22</i>
1.1.7 <i>El Concurso Ideal en el Código Penal Guatemalteco</i>	<i>23</i>
1.2 <i>El Concurso Real o Material de Delitos</i>	<i>25</i>
1.2.1 <i>Elementos constitutivos</i>	<i>26</i>
1.2.2 <i>Concurso Real Homogeneo y Heterogeneo</i>	<i>27</i>
1.2.5 <i>Ejemplos de Concurso Real de Delitos</i>	<i>28</i>
1.3 <i>El Delito Continuado</i>	<i>29</i>
1.3.1 <i>Definiciones y Conceptos</i>	<i>29</i>
1.3.2 <i>Naturaleza Jurídica</i>	<i>30</i>
1.3.2.1 <i>Doctrina de la Ficción</i>	<i>31</i>
1.3.2.2 <i>Doctrina de la Realidad</i>	<i>31</i>
1.3.2.3 <i>Doctrina Subjetiva o Clásica</i>	<i>32</i>
1.3.2.4 <i>Doctrina Objetiva</i>	<i>32</i>

1.3.2.5	Doctrina Subjetiva-Objetiva	32
1.3.2.6	Doctrina que sustenta el Código Penal Guatemalteco	33
1.3.3	Elementos esenciales para la configuración del Delito Continuado	33
1.3.4	Ejemplos de Delito Continuado	35
1.4	Sistemas para determinar la Penalidad	36
1.4.1	La Absorción	36
1.4.2	Acumulación Material o Matemática	37
1.4.3	Acumulación Jurídica	38
1.2.4	Sistemas de Penalización en el Código Penal Guatemalteco	39

CAPITULO III

UBICACION DEL CONCURSO DE DELITOS EN EL DERECHO PENAL

1.	Relación entre el Concurso de Delitos y el Delito Continuado	41
2.	Ubicación de ambos Institutos Jurídicos dentro del Derecho Penal	43
3.	Otros Institutos Jurídicos Penales, semejantes al Concurso de Delitos	44
3.1	Concurso de Leyes	45
3.2	La Reincidencia	45
3.3	Delito Progresivo	46
3.4	Delito Permanente	46
3.5	Delito Habitual	47
3.6	La Habitualidad	47
3.7	Delito de Estado	48
3.8	Delito Masa	48

CAPITULO IV

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

1.	Jurisprudencia en los Tribunales de la República	49
1.1	Casos de Concurso Ideal o Formal de Delitos	49
1.2	Casos de Concurso Real o Material de Delitos	53
1.3	Casos de Delito Continuado	56
2.	Análisis Crítico	60
2.2	Análisis del nuevo Código Penal Respecto de la regulación del Concurso de Delitos	62
2.1.1	Concurso Real	63
2.1.2	Concurso Ideal	65
2.1.3	Delito Continuado	66
3.	Derecho Penal Comparado	67
3.1	Código Penal Argentino	67

3.2	<i>Código Penal de Costa Rica</i>	68
3.3	<i>Código Penal de El Salvador</i>	69
3.4	<i>Código Penal Español</i>	71
3.5	<i>Código Penal Mexicano</i>	73
3.6	<i>Código Penal de Nicaragua</i>	74
3.7	<i>Código Penal de Panamá</i>	75

	<i>CONCLUSIONES</i>	77
	<i>RECOMENDACIONES</i>	79
	<i>BIBLIOGRAFIA</i>	81

INTRODUCCION

En la última década, nuestro país se ha visto inmerso en una cultura de delincuencia, producto de una descomposición social y cívica, que por supuesto afecta a todos los niveles de la sociedad. Los sistemas de seguridad con los que cuenta el gobierno no han podido detener la galopante ola de violencia, que ha alcanzado niveles realmente críticos. Las propias autoridades (no todas por supuesto) practican la delincuencia como un rutinario quehacer, amparados en la impunidad. Esto ha dado la pauta para que el delincuente se sienta libre de ejecutar sus acciones, con la certeza de que existen pocas posibilidades de castigo.

Por si esto fuera poco, la credibilidad en las instituciones encargadas de aplicación de justicia, se ha visto seriamente cuestionada. A esto hay que agregar que nuestro sistema judicial no ha sufrido los cambios necesarios para estar acorde a los tiempos actuales.

Convencido de que la debilidad judicial no radica únicamente en el procedimiento, sino en el conjunto de leyes de atingencia penal; con el deseo de contribuir a mejorar la aplicación de la justicia, he decidido no hacer un trabajo superficial; en la medida de lo posible he profundizado en las ideas penales y en las corrientes que informan el Instituto Jurídico del Concurso de Delitos. Por supuesto que para hacer este análisis es necesario presentar el esquema tradicional del concurso, que es la base sobre la que gira nuestro Instituto Jurídico.

El trabajo consta de cuatro capítulos. En el primero de ellos, se hace un recorrido de la evolución del Concurso de Delitos a través de las distintas épocas y las corrientes y criterios que han influido en su regulación, hasta nuestros días. Se define también su naturaleza jurídica, que dicho sea de paso, se presenta bajo una perspectiva diferente a las posiciones convencionales.

El capítulo II, quizá el mas importantes, contiene el esquema general de presentación del concurso; sin embargo como ya indiqué, el estudio hecho, no se centra en el esquema, sino en las distintas corrientes e ideas penales que han influido en la visualización del Concurso de Delitos en el derecho penal y su regularización en las múltiples legislaciones del mundo.

En el capítulo III ubicamos el Concurso de Delitos, dentro del marco general del Derecho Penal. Aquí se hace también una análisis comparativo con otros intitutos jurídicos con los que aparentemente guardan semejanza, poniendo de relieve sus sutiles pero sustanciales diferencias.

En el último capítulo se presenta casos reales llevados en los

Tribunales de Justicia, y cuyos fallos han determinado la existencia de concurso de delitos. Se critica la lenta evolución del derecho penal y se incluye algunos comentarios respecto del proceso de modernización de la justicia penal guatemalteca. Se hace un análisis del contenido del proyecto del nuevo código penal, propuesto para Guatemala, sin olvidar por supuesto, un análisis comparativo, que de la regulación del Concurso de Delitos hacen algunas legislaciones de América y España.

Aprovechando este espacio, deseo hacer pública mi adhesión al proceso de modernización del sistema judicial y penitenciario en Guatemala, denominado PLAN NACIONAL DE TRANSFORMACION DE LA JUSTICIA PENAL, con el pleno convencimiento de que contribuiré a mejorar nuestro sistema judicial y por consiguiente a la realización de una mejor aplicación de la justicia en Guatemala, que si bien hasta este momento solo ha sido un postulado, deseamos se haga realidad lo más pronto posible, sin abstraernos de la obligación de colaborar.

El Autor.

CAPITULO I

ANTECEDENTES Y NOCIONES BASICAS DEL CONCURSO DE DELITOS

1. ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1 Antecedentes históricos del Concurso de Delitos

La investigación hecha, nos revela que son pocos los tratadistas que le otorgan poca o ninguna importancia a los antecedentes históricos del concurso de delitos, pues según argumentan, buscar el origen del instituto nos hace perdernos en el tiempo y en los diversos ordenamientos jurídicos; algunos de gran influencia en el mundo occidental y otros que si bien se conocen, no han dejado huella profunda en nuestros ordenamientos jurídicos.

Apoyando lo expuesto, algunos renombrados ius penalistas al referirse a la historia del Concurso de Delitos, apuntan que es escaso el interés ofrece la historia del derecho en relación al Instituto del Concurso de Delitos, pues han sido demasiados y en diversas épocas, los criterios esenciales y formales de las penas y de los ordenamientos procesales. ^{1/}

De acuerdo con lo manifestado, resultaría impreciso querer observar el origen de éste instituto en alguna legislación antigua en especial, pues como se ha dicho, han sido diverso los criterios y legislaciones en diversas épocas y se necesitaría examinar cada una de ellas para poder determinar no con escasa precisión a que legislación se le atribuye su origen.

No obstante lo anterior, se puede hacer el intento de averiguar cuales legislaciones importantes tuvieron un asomo de regulación por sutil que esta sea.

Intencionalmente no incluyo en principio lo referente al estudio de la historia del Delito Continuado como parte del Concurso de Delitos, pues será objeto de análisis posterior, debido a que sus orígenes no han sido comunes.

Quando hago referenica histórica a algún ordenamiento jurídico involucro inevitablemente algunos metodos de aplicación de la pena, denominados también sistemas de punición o sistemas de penalización, lo que me hace entrar anticipadamente en temas que serán objeto de análisis en los capítulos siguientes de este trabajo y que si bien es cierto pudieran provocar dudas, con la ausencia de estos en el presente capítulo no sería posible explicarlo sin caer en meras superficialidades.

¹ Manzini, Vicenzo. "TRATADO DE DERECHO PENAL", Tomo III, 1a. parte, Teorías Generales, Pág. 352

Retomando lo expuesto al principio y analizando el *Derecho Romano* (debido a su amplia difusión y preponderancia en nuestro medio) se puede determinar que éste adoptó el principio del *concurso material*, aún en la generalidad de aquellos casos que hoy se dicen de *Concurso Ideal o Formal*, no existiendo reglas fijas para la determinación de las penas. ^{2/}

A pesar de no tener reglas fijas para la aplicación de la pena se infiere que ya se hacía discriminación en el otorgamiento de la pena, es decir diferenciando la aplicación acumulativa de penas que corresponderían a cada delito, de lo que hoy conocemos como *concurso material*; en donde la pena que corresponde al delito principal (entiéndase mas grave), se toma como base, aumentada en tantas partes como delitos accesorios sean.

Otra de las legislaciones antiguas que tuvo regulada esta disciplina, fue el *Derecho Bárbaro*. Dada la predominante consideración del elemento material del delito y la naturaleza de las sanciones, no es raro encontrar ejemplos de absorción de las penas menos graves en la pena mas grave y de acumulación no ilimitada. Pero la normalidad está representada por la *acumulación material*, facilitada por el sistema de composiciones pecuniarias y de las multas, muy gratas al fisco, el cual mediante el *BANNO* ó *BANDO* (cantidad que se pagaba al soberano por la desobediencia) y el *FREDO* ó *FREDUM* (precio de la paz que se pagaba al fisco por la turbación), se lucraba con una parte de la pena". ^{3/}

Esto nos revela dos aspectos relevantes y de singular importancia para nuestro estudio. El primero, que el derecho bárbaro adopta o introduce (dado a que no se puede determinar si fueron originales, o por el contrario, simplemente adaptadores) el sistema de absorción que determina que el *concurso material* de hechos independientes reprimidos con penas divisibles de diferente naturaleza, será reprimido con la pena mas grave entre las correspondientes a los distintos hechos y los delitos de pena menor se tendrán en cuenta para graduar la sanción. El segundo aspecto nos revela que se utilizaba el sistema de composiciones pecuniarias, toda vez que la pena tiene dos elementos, uno de reprimir o castigar corporalmente al culpable; y el otro de imponer penas pecuniarias y/ó de multa. Estamos en presencia de formas de penalización mixta, aunque el delito o sus consecuencias no sean de tipo pecuniario. Lo mismo ocurre cuando se impone penas corporales o corporales combinadas con pecuniarias o solo una o sola la otra, cuando el delito es de carácter pecuniario (tal el caso de retención indebida de

² Manzini, Vincenzo. Ob. Cit., Pág. 353

³ Manzini, Vincenzo. Ibidem., Pág. 354

impuestos que el tenedor deba trasladar al fisco).

Es de pensar que el concepto pecuniario nació como necesidad de resarcir al fisco de los gastos y costos en que lo hace incurrir el delincuente, sin embargo esto último puede ser objeto de un estudio por separado.

El Derecho Canónico también nos muestra elementos que pudieran ser origen del instituto que no ocupa, al respecto Mancini nos dice: "En el derecho canónico prevaleció de la misma manera el criterio de la acumulación material, mientras los ejemplos que se suelen aducir de unificación jurídica de varios delitos, no siempre son parangonables en las formas unificadas admitidas por el derecho actual". 4/

A este respecto, si examinamos las leyes iniciales del Derecho Canónico (derecho sagrado contenido en la Biblia, constituido por el antiguo testamento, especialmente el pentateuco, escrito aproximadamente en el siglo XIII antes de Cristo) podemos encontrar ciertas formas de concurso real y concurso ideal, sin poderse hacer una verdadera separación entre una u otra forma en concreto. Vg. "Si algunos riñeren y alguno hiriere a su prógimo con piedra o con el puño y no muriere, pero cayere en cama; si se levantara y anduviere fuera sobre su báculo, entonces será el que le hirió absuelto; solamente le satisfará lo que estuvo y hará que lo curen" (Exodo 21:18-19).

En el párrafo anterior observamos que existen dos delitos (según nuestra ley vigente) uno de riña y el otro de lesiones. Desde el punto de vista del delito, existe una acumulación de acciones, es decir que el primero delito propició la comisión de otro. Desde el punto de vista de la pena cabe destacar que hay una sola, y ésta se reduce a pena pecuniaria, que consiste en resarcir al ofendido, lo dejado de percibir y el pago de las curaciones.

En el Derecho Canónico, la pena también era muy variada y hasta cierto punto anárquica, no tasada, pues quedaba a criterio del ofendido o de árbitros la imposición de la misma; de ahí la dificultad que resulta hacer un deslinde entre las diferentes manifestaciones del Concurso de Delitos o al menos saber si estamos en presencia de éste, pues sería entonces atribuible al Derecho Canónico el inicio de la regulación del instituto objeto de nuestro estudio.

Hay que agregar que el actual Derecho Canónico otorgado a partir de los años 1545 hasta 1965 de la era Cristiana, establece las reglas de la acumulación material y las excepciones siguen siendo confiadas a la discrecionalidad del juez, de lo que se deduce que

4 Manzini, Vincenzo. Ob. Cit., Pág. 354

no se han producido cambios sustanciales en esta materia.⁵

En la doctrina de los Estatutarios y de los otros jurisconsultos Italianos (de los años 1678 aproximadamente) que escribieron con anterioridad a las modernas legislaciones, la teoría del Concurso de Delitos y de penas no hizo ningún progreso notable, habiéndose mantenido generalmente la regla del concurso material, propia del Derecho Romano *POENA MULTIPLICIUM PROPTER DELICTI MULTIPLICATIONE* (la pena se multiplica conforme la multiplicación de los delitos).

Paralelamente al precepto anterior, funcionaban otros que establecían reglas diferentes de aplicación de la pena; una de ellas decía que siempre el delito mayor absorbe y confunde a los otros menores. Este precepto tiene su razón de ser cuando los delitos perseguibles sean de la misma naturaleza, por ejemplo, quien insulta a otro y esgrime un arma y dispara hiriéndolo, se le castigaría únicamente por la herida y no por el insulto ni por haber esgrimido el arma, pues son estos delitos de la misma naturaleza, que se suceden unos con otros, confundiéndose con el principal. De lo anterior se deduce que la doctrina de los estatutarios hacía uso de dos sistemas, el de la acumulación material y el de la absorción.

Una de las legislaciones que mantuvo el principio de la absorción para aplicar el instituto del Concurso de Delitos, fue la que suele denominarse las codificaciones de María Teresa de Austria y Francisco III de Módena, pues aún manteniendo la regla del concurso material de delitos, adoptan el principio de la acumulación jurídica de las penas, prescribiendo que no se podía acumular materialmente varias penas aflictivas de la misma especie, sino que se debería aplicar la pena por el delito mas grave con un aumento relativo a la responsabilidad por los otros delitos. Así pues el código penal de Módena de 1771 establecía: "El reo de varios delitos debe condenarse a la pena de todos, con la advertencia de que, tratándose de pena aflictiva, se condenará solamente en la mayor, haciéndola mas dura, sin embargo, según las circunstancias en cuanto a los otros delitos".^{6/}

Esto sin lugar a dudas muestra ya un sustancial cambio en la percepción del delito y por consiguiente de aplicación de las penas respectivas, quitándole a estas una excesiva severidad a las leyes de otros tiempos, pudiendo ser una muestra de la evaluación de las ideas penales, en un acercamiento a los postulados de la Escuela Clásica, ya que el código penal de

⁵ Cabanellas, Guillermo. "DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL, Tomo II, Pág. 576

⁶ Manzini, Vincenzo. Ob. Cit., Pág. 356

Módena fue promulgado en el siglo XVIII, cuando Cesar Bonesana, Marques de Beccaria, escribía su TRATADO DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS. 7/

Las ideas penales de la época de la codificaciones están enormemente influidas por la escuela clásica y de ahí la forma de concebir la penalidad y que atañe directamente al instituto del Concurso de Delitos.

En la Legislación Francesa del primer decenio del siglo XIX, que informó las leyes penales de varios estados Italianos, se encuentra únicamente el artículo 365 del código de Instrucción Criminal de 1810, el cual establece que en el caso de condena por varios crímenes o delitos se inflinje la pena mas grave.

Varias disposiciones atingentes a tema objeto de estudio, contenían el Código de Las Dos Sicilias (Art. 85 y siguientes) y los otros códigos que dominaron en Italia, antes de la unificación nacional, en los cuales el principio de la acumulación material estaba limitado a algunas hipótesis solamente, mientras en las otras se aplicaba el criterio de la acumulación jurídica o de la absorción. 8/

Después de haber hecho un recorrido de las legislaciones antiguas que incorporaron en forma directa o indirecta el instituto jurídico del Concurso de Delitos, entramos a conocer lo referente al tema y la evolución de nuestro ordenamiento jurídico.

Nuestra legislación en materia penal es bastante joven; en la corta vida independiente se ha promulgado cinco códigos penales: el primero en 1934 durante el gobierno del Dr. Mariano Gálvez; el segundo en 1877 durante el gobierno del General Justo Rufino Barrios; el tercero en el año 1889 durante el gobierno del General Manuel Lisandro Barillas; el cuarto en 1936 durante el gobierno del General Jorge Ubico; y el quinto que es el actual, en vigencia desde el quince de septiembre de 1973 durante el gobierno del General Carlos Arana Osorio. 9/

El instituto del Concurso de Delitos como regulación específica, clara y precisa no aparece en los tres primeros códigos indicados, aunque lo hace indirectamente al momento de tratar las

7 Palacios Motta, Jorge Alfonso. "APUNTES DE DERECHO PENAL", Parte General, Pág. 29

8 Manzini, Vincenzo. Ob. Cit., Págs. 356-357

9 De León Velasco, Hector Anibal
De Mata Vela, José Francisco. "CURSO DE DERECHO PENAL GUATEMALTECO". Parte General y Parte Especial. Pág. 22

penas de ciertos delitos (lo que no constituye regla general, mas puede tomarse como un tímido antecedente). No es sino hasta en el Decreto No. 2164 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala del 29 de abril de 1936, donde hace su aparición en el contexto penal guatemalteco, lo que constituye el antecedente del instituto en estudio. En su artículo 84, establece que se impondrán todas las penas correspondientes a las infracciones que se haya cometido para su cumplimiento sucesivo; pero el artículo 85 al referirse a lo anterior, prescribe que cuando se trate de dos o mas penas de prisión correccional, la duración no podrá exceder del triple de la de mayor duración y en ningún caso de 30 años. La orientación de la anterior regulación apunta hacia el concurso material, adoptando el sistema de acumulación material de las penas, pero atenuada, al establecer un límite en el tiempo de su duración.

En el citado Código también aparece regulado el Concurso Ideal, cuando en el artículo 88 estatuye que cuando un solo hecho constituya dos o mas delitos, o cuando uno de ellos se medio necesario para cometer el otro, únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito mas grave, acumulado en una tercera parte. Agrega, que el tribunal impondrá todas las penas que correspondan a cada una de las dos o mas infracciones, si a su juicio esto fuere mas favorable al reo que la aplicación de la regla anterior. De lo anterior se deduce que para el tratamiento del concurso ideal se acude al sistema de acumulación jurídica o de la absorción; sin embargo el segundo párrafo nos remite al sistema de la acumulación material.

Se puede afirmar entonces que el instituto del Concurso Ideal de Delitos se ideó con el ánimo de hacer menos aflictivas las penas, sean éstas de prisión, pecuniarias o ambas, lo que reviste de un sentido humanitario al derecho penal en cuanto a la aplicación de las penas.

Después de haber analizado los antecedentes, resulta sumamente difícil precisar el momento histórico de su aparición y mas aventurado aún, atribuírselo a una legislación en particular, pues las examinadas representan solo una parte de las que en materia penal existieron en épocas pasadas. Me adhiero entonces a lo expresado por el Mestro Mancini en el sentido de no darle mucha importancia al origen histórico del instituto del Concurso de Delitos, sino a su existencia actual, lo que resulta un tema interesante, importante y de trascendencia en el Derecho Penal contemporáneo.

1.2 Antecedentes históricos del Delito Continuado

Como lo indique anteriormente, he querido tratar por separado el Instituto del Delito Continuado ya que este reviste de características especiales. Sin embargo, el hecho de que tenga

particularidades no significa que deba separarse del contexto del Concurso de Delitos. Tratar el tema por separado ofrece cierta comodidad autopedagógica, la que debe aprovecharse no en función de la facilidad del trabajo, sino en función de la mejor comprensión del tema.

Los antecedentes del delito continuado no se encuentran dentro del Derecho Romano, ni del Canónico, ni dentro del Derecho Bárbaro. La corriente Italiana mas reciente contrae su origen en los Post Glosadores; entre ellos, Bartolo (1314-1357). Nos habla ya de varios delitos que tienden a un mismo fin y se castigan como a uno solo. También en los años 1327-1400, BALDO se ocupa de esta figura. La corriente mas aceptable es atribuida a FARINACIO, quien es de los primeros en ocuparse de esta institución jurídica, justificándola "PIETATIS CAUSA" es decir, el fin que perseguía era conseguir benignidad a favor del reo con el objeto, de evitar la pena de muerte que se impondría por el tercer hurto cometido por el delincuente. ^{10/}

CLARO y FARINACIO, idearon la consideración en la penalidad de infracciones como si fuera una sola. Los Post Glosadores y los Prácticos Italianos, trataron de resolver la problemática del concurso de infracciones, la tesis del delito continuado, llamado también continuo, no se llega a regular, sino que es acogido por el código de TOSCANA en el año 1795, dándole una figura real, este código es precedente del código Italiano vigente, el cual, con algunas correcciones, incorpora a su cuerpo legal la figura del delito continuado. ^{11/}

En Alemania existe precedente del Delito Continuado en los códigos del siglo XIX de Babiera, Hannover, Braunschweig, Turingia, Hesse, Baden y Sajonia. No obstante estos antecedentes, no fue emitido el código que para todo el imperio empesó a regir en 1871. Posteriormente en los anteproyectos de reformas al código Alemán de los años 1913 y 1919, reconocen el delito continuado, pero desaparece en los posteriores, apreciando de nuevo en la época Nazi. Aquí destaca como elemento fundamental la unidad de resolución, subrayando esencialmente el aspecto subjetivo que sustenta el tribunal del Reich; y que encontraba su confirmación en las orientaciones del derecho penal de la voluntad preconizada por la escuela del KIEL. Los Nazis rechazan el proyecto y la doctrina del Delito Continuado a favor del reo. Alemania, a falta de precepto expreso en el derecho legislado, hace aplicación del Delito Continuado por vía consuetudinaria con bastante amplitud, amplitud que el tribunal supremo ha tratado de

¹⁰ Manzini, Vincenzo. Ob. Cit., Pág. 414-415

¹¹ Seisx, Francisco. "NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA". Pag. 449

frenar.^{12/}

En España no se encuentra previsto en la legislación y únicamente se ha ocupado de esta institución, el código de 1928 que lo incluyó junto al Concurso Formal de Delitos, como una excepción en la acumulación de penas, correspondientes al Concurso de Delitos, utilizando el término "Acción Continua" que fácilmente daba lugar a confusión con el delito permanente.

Este código establece la facultad concedida a los tribunales para sustituir en el concurso de delitos el principio de acumulación de penas, por los términos de absorción y exasperación, sin más límites que el sumamente indeterminado de una tal conexión entre los hechos constitutivos de delito o falta.^{13/}

En Guatemala, no aparece regulado el Delito Continuado antes de la vigencia del Decreto 17-73 del Congreso de la República. Es una innovación en la legislación penal guatemalteca, introducida hacia una aplicación mas benigna de la pena. Como fuente de consulta para estructurar el artículo 71 del código penal guatemalteco, fueron tomados los artículos 58 del Código Penal Uruguayo, 37 del anteproyecto del Código de la República de El Salvador, 39 del anteproyecto del Código Penal par la República de Honduras y la literal c) del Arto. 23 del Código de Defensa Social de la República de Cuba.^{14/}

2. DISTINTAS ACEPCIONES TERMINOLOGICAS

Son pocos los penalistas que coinciden en la denominación del Instituto que nos ocupa; casi todos quieren reflejar originalidad al momento de denominarlo, fundamentados por supuesto en los criterios que lo sustentan.

El concurso de delitos como veremos adelante es un instituto de creación relativamente reciente, pero su temática ha sido objeto de innumerables estudios, por lo que ha dejado ser un campo fértil para los estudiosos, sin embargo, el mundo cambiante hace que surjan nuevas formas de pensar y por supuesto, nuevas formas de enfocar los instituto jurídicos. Ahora bien, las denominaciones responden directamente a la particular forma de apreciación del Concurso. Así pues, se le llama CONCURSO DE DELITOS, UNIDAD Y PLURALIDAD DE HECHOS Y DE DELITOS, UNIDAD Y PLURALIDAD DE HECHOS PUNIBLES, CONCURSO MATERIAL DE DELITOS Y

¹² Seix, Francisco. Ob. Cit., Pág. 450

¹³ Seix, Francisco. Ibidem., Pág. 450

¹⁴ Exposición de Motivos. Decreto 17-73 del Congreso de la República. Pág. X

PENAS, PLURALIDAD DE DELITOS, CONCURSO DE DELITOS PROVOCADOS. Otros simplemente lo denominan EL CONCURSO, UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS, Etc.

Todos sin duda alguna, se pueden atribuir razón en la correcta denominación, como ya dije, basándose en los criterios que lo sustentan. Personalmente creo que la denominación Concurso de Delitos es la mas acertada, por se la mas conocida, la mas amplia y que además llena todas las perspectivas deseadas, pues concurso significa que hay concurrencia de dos o mas hechos delictivos o de dos o mas leyes violadas o reguladoras, es decir supuestos juridicos preestablecidos y sus posibles combinaciones. Las demás denominaciones son bastante alucibas, queriendo en todos los casos, abarcar todos los aspectos que entran en el estudio del tema, enfatizando uno o dos aspectos, pero descuidando otros de igual o mayor importancia, es por ello mi inclinación por la dinominación Concurso de Delitos.

3. DEFINICIONES Y CONCEPTOS

Antes de poder dar las apreciaciones de los autores mas conocidos en materia penal respecto del concurso de delitos, hay que advertir que no todos dan conceptos taxativos de éste instituto juridico, algunos intentan definirlo y otros lo tratan de manera general, acaso siguiendo el consejo de que los conceptos pierden su validez con las evoluciones de la vida y pueden conducir a amplitudes imprevistas o a restricciones asfixiantes. De ahí que los autores mas connotados hacen uso de la prudencia jurídica.

No obstante lo anterior, la claridad y la conveniencia de las definiciones y conceptualizaciones es tan grande, que no existe texto jurídico y aún mas, texto legal importante sin ellos.

Se dice que concepto es la idea que forma el entendimiento, tomado en sentido mental interno, personalmente manifestado en la expresión intelectual externa.

Definir es establecer con exactitud, claridad y concisión el significado de una materia o un instituto juridico, que expone los caracteres genérico y diferencia de algo, dando a conocer su naturaleza. ^{15/} Definir es pues, dar el genero proximo y la diferencia específica.

Hechas las aclaraciones anteriores entraremos a conocer como se han manifestado los ius penalistas respecto del concurso de delitos.

¹⁵ Cabanellas, Guillermo. "DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL". Tomo II, Pág. 253 y 514

Rodríguez Devesa dice que hay concurso de delitos cuando un sujeto en el momento de ser juzgado ha cometido varios delitos por los que no ha sido condenado con anterioridad. En la determinación conceptual del concurso hay que tomar en consideración, por consiguiente, un elemento procesal: el enjuiciamiento conjunto, porque entre uno y otro delito ha intercedido una condena ya no puede plantearse el problema del concurso.^{16/}

Este autor le dá énfasis al aspecto puramente procesal, pues es en el proceso donde en última instancia se definen los elementos, características y naturaleza de los ilícitos jurídicos.

Advierte el autor que si entre uno y otro delito hay de por medio una condena, no se puede plantear el problema del concurso, pues estaríamos en presencia de otros institutos jurídicos tales como la reincidencia y la habitualidad. No cave duda que el concurso de delitos, si bien es cierto tiene importancia desde el punto de vista del derecho sustantivo, pues sin este enfoque, carecería de relevancia legal y doctrinaria, lo tiene también en el momento procesal.

En este sentido hay dos momentos procesales propicios para darle sentido a la trama del concurso (como solía llamarlo el profesor Palacios Mota), y estos son: a) al momento de dictar auto de procesamiento - que se dicta inmediatamente de dictado el auto de prisión - y que contiene entre otros requisitos, la enunciación del hecho o hechos sobre los que recibió la indagatoria y la calificación legal del delito (Artos. 260, 320 y 321 del Decreto 51-92 del Congreso de la República); y b) al momento de dictar sentencia, pues es aquí en donde se concretiza todos los supuestos jurídicos manejados dentro del proceso (Artos. 388 2do. párrafo y 389 Inc. 2) y 3). de la ley citada).

El Profesor Palacios Mota manifestaba en clase que él se inclinaba por la segunda posición pues no obstante en la primera es donde se tiene ya la percepción cierta del concurso, éste puede modificarse en el transcurso del proceso y sufrir modificaciones finales en sentencia.

Los autores nacionales Hector Anibal De León Velasco y José Francisco De Mata Vela exponen que el Concurso de Delitos surge cuando el mismo sujeto activo ejecuta varios hechos delictuosos, de la misma o de diferente índole, en el mismo o en distinto

¹⁶ Rodríguez Devesa, José María. "DERECHO PENAL ESPAÑOL".
Parte General, Pág. 788

momento.^{17/} Concepto de carácter general en donde incluyen las formas de presentación del concurso a excepción del delito continuado al que se le trata por separado por tener elementos que difieren del concurso como tema general. El concepto es eminentemente sustantivo y no entra a conocer el aspecto procesal.

El autor Mexicano Raúl Carranca y Trujillo simplifica su enfoque conceptual al afirmar que los problemas del concurso dirivan 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 la unidad de la acción y del resultado; pero puede darse unidad de acción y pluralidad de resultados, pluralidad de acciones y unidad de resultado y pluralidad de acciones y de resultados, incriminables todos en cuanto a un mismo sujeto.^{18/}

Este, además de tener inmerso un concepto, aporta una división de las formas de presentación del concurso, las que mas adelante examinaremos. Ciertamente este concepto no tiene simetria en su contexto, ofrece cierta claridad para los estudiosos, pues de lleno enfoca la problemática que en el estudio de este instituto es necesario dilucidar.

Por su parte Vincenzo Mancini dice que se tiene concurso de delitos, cuando la misma persona es imputable de varias violaciones de uno o de diversos preceptos penales, de las cuales debe responder siempre. Se tiene concurso de delitos y de penas cuando el mismo individuo, reconocido culpable de dichas violaciones, debe, como consecuencia, quedar sujeto a las respectivas sanciones penales.^{19/}

En este concepto Manzini se inclina a tratar el concurso, apreciado desde el punto de vista de la pena, sin entrar a detalles respecto al modo y forma de los preceptos jurídicos violados y menos al momento procesal de su aplicación, limitándose a mencionar únicamente lo que el llama las sanciones penales.

El diccionario de Guillermo Cabanellas nos ofrece una concepto muy corto pero no por ellos carente de contenido y dice que el Concurso de Delitos es la concurrencia de dos o más infracciones

¹⁷ De León Velasco, Hector Aníbal
De Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit., Pág. 204

¹⁸ Carranca y Trujillo, Raúl. "DERECHO PENAL MEXICANO",
Parte General, Pág. 671

¹⁹ Manzini, Vincenzo. Ob. Cit., Pág. 357

punibles al juzgar a un mismo delincuente. Las infracciones punibles a que hace referencia aparecen muy sueltas en este concepto, toda vez que no intenta deducir si son consecuencia de una o varias acciones; en lo que si es determinante es en señalar a un solo sujeto como imputable de las infracciones punibles.

Como lo advertí al principio de este título, cada autor le da una connotación particular a su concepto, haciendo destacar los aspectos que considera más relevantes y en donde a su parecer de ellos está el punto medular que descubre los secretos del concurso. No quisiera dejar de intentar un concepto, que bien puede ser el resultado de los elementos que han ido apareciendo en cada uno de los conceptos y definiciones anteriores. En este sentido, puede decirse que hay concurso de delitos cuando un mismo agente, con una o varias acciones viola uno o mas preceptos legales tipificados como delitos en el mismo o en distinto momento y por los cuales no ha recibido condena.

En este concepto, he intentado abarcar las distintas formas de presentación del concurso de delitos, incluso el delito continuado, pues siempre he sostenido que éste último no es más que una de las variante, tomando que hizo su aparición en el mundo jurídico, con el propósito de hacer menos aflictivas las penas, por una elemental y sencilla forma de apreciar el delito.

Cuando digo un hecho, me refiero al concurso ideal; al decir varios hechos me refiero al concurso real o material y al delito continuado; un precepto jurídico violado, haciendo franca alusión al delito continuado y varios preceptos jurídicos violados propios del concurso ideal y material de delitos. Los aspectos que son globales son las normas jurídicas violadas, que necesariamente deben estar previamente tipificados como delitos y quien los viola debe ser uno único agente.

Un gran número de autores dan conceptos separados de las diversas formas de presentación del concurso de delitos; en los capítulos siguientes las examinaremos una a una, con sus elementos propios y características.

Para finalizar este tema, cabe señalar que nuestro código penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República no conceptualiza el concurso, sino que lo hace en forma relativa, limitándose en todo caso a señalar las penas que corresponderían en caso de ilícitos jurídicos que se enmarquen en su tipificación.

4. NATURALIEZA JURIDICA

En congruencia con lo que se ha venido exponiendo, el concurso de delitos como tal, no altera en absoluto y tampoco unifica la imputabilidad de cada uno de los delitos en concurso; el concurso pues, no se atiene a la naturaleza del delito, como afirman

algunos autores, sino que consiste solamente en una pluralidad de delitos cometidos por la misma persona e influye exclusivamente sobre la aplicación de las penas, cuando no constituye circunstancia agravante. Dado que el concurso de delitos no modifica ni la noción, ni la sanción normal de los delitos singulares (fuera de los casos excepcionales en los que es considerado circunstancia agravante), no existe razón para que se asocie a la naturaleza del delito.

Si el concurso de delitos puede en algunas ocasiones indicar mayor inclinación delictuosa, genérica o específica, la misma no puede tenerse en cuenta sin una expresa disposición de ley, fuera de las facultades correspondientes al juzgador en la medida discrecional de la pena entre el máximo y el mínimo.

Así pues, el concurso de delitos no es una circunstancia, ni un título de delito o delitos tipificados, sino una pluralidad de delitos concurrentes a una pena conjunta, unificada.

Como hemos visto, en principio, la naturaleza del concurso se resume a una forma especial de aparición del delito; sin embargo, sus tres formas específicas, gozan de naturaleza jurídica propia. Descubrir la naturaleza jurídica del concurso real no da pocos inconvenientes debido a que en última instancia, todo se contrae a sistemas de aplicación de la pena, mismos que le proveen de dinámica en el mundo jurídico. Visto lo anterior se concluye afirmando que son los sistemas jurídicos de aplicación de penas, los que definen su naturaleza jurídica, pero su esencia se encuentra en la forma especial de aparición del delito. Basados en sistemas jurídicos aceptadas generalmente y adoptados por la mayoría de las legislaciones del mundo occidental, el concurso de delitos solo tiene validez cuando el estado en el uso del Ius Imperium admite que sean vistos de esta manera.

Particularmente la naturaleza jurídica del concurso real o material de delitos se define como una forma global de apreciación de los delitos y una manera directa de aplicación de la pena, cuyas reglas no son fijas, sino que presentan variantes muy particulares.

Con la institución jurídica del concurso ideal, lo mismo que la del delito continuado, se persigue precisamente evitar el exceso innecesario en la represión, al penar con menor severidad a quien ha cometido un solo delito que a quien ha cometido varios. Es por ello que ambos institutos jurídicos encuentran su fundamento en una mera ficción jurídica, pues las penas aplicables no son las que corresponderían si los ilícitos jurídicos cometidos se apreciaran independientes, como en el caso del concurso material; pues se trata de un hecho con adecuación múltiple, que está sujeto a una sola antijuricidad, culpabilidad y tipicidad.

No obstante haber definido la naturaleza jurídica del concurso ideal y material como una ficción jurídica, en el fondo no dejan de ser sistemas de aplicación de la pena, orientados por las corrientes jurídicas que en esta materia se conocen; sin embargo y no por ello deben ser considerados materia de la teoría general de la pena, sino que como ya se indicó, del sistema de penalización que cada legislación adopte.

CAPITULO II

FORMAS DEL CONCURSO DE DELITOS Y SU REGULACION

1. FORMAS DE PRESENTACION DEL CONCURSO DE DELITOS

Por razones de método, es habitual exponer la teoría jurídica del delito tomando como objeto la manifestación mas sencilla y frecuente del acto punible, es decir, el hecho consumado de un solo autor, que se adecua directamente a una sola figura legal.²⁰ Concluida esa labor debemos prestarle atención a las modalidades o formas especiales de aparición del delito, dentro de las que se encuentra por supuesto el Concurso de Delitos.

El tratadista José María Rodríguez Devesa dice que el concurso de delitos suele tratarse bajo el epígrafe de unidad y pluralidad de acciones, por su parte Eugenio Cuello Calón le denomina pluralidad de delitos, mismo título que utiliza los tratadistas nacionales De León Velasco y De Mata Vela; Carlos Fontán Balestra le llama Unidad y pluralidad de hechos y de delitos; por su parte Raúl Carranca y Trujillo denomina le dá un nombre a cada forma de concurso: Unidad de acción y pluralidad de resultados, para denominar al concurso ideal o formal; pluralidad de acciones y un solo resultado, para referirse al delito continuado; y pluralidad de acciones y de resultados, para referirse al concurso real o material.

Como hemos visto, los tratadistas le llaman de diversas formas, con la pretensión de que los títulos por sí mismos, incluyan los tres problemas básico que ofrece el concurso de delitos.

Nuestro código penal, simplemente los agrupa bajo el título de concurso de delitos con el cual estoy totalmente de acuerdo, pues es el nombre que con mayor simplicidad, pero con mayor propiedad hace alusión a la problemática del concurso sin tener el riesgo que se quede fuera un aspecto por falta de una buena nominación.

En adelante y especialmente cuando se haga alusión a algún autor aparecerán cualesquiera de los títulos mencionados, sin embargo nos estaremos siempre refiriendo al Concurso de Delitos.

En el momento que abordamos la problemática del delito se pone de manifiesto que son impracticables todos aquellos conceptos prejurídicos u ontológicos que se utilizan cuando estamos en presencia de la forma simple de aparición de delito y en donde el problema de la pena está resuelto por la tasación que hace el

²⁰ Fontán Balestra, Carlos. "TRATADO DE DERECHO PENAL". Introducción y Parte General. Tomo III, Pág. 23

código, y en donde el juzgador oscila entre máximos y mínimos simples. No ocurre lo mismo cuando hay concurso, pues siendo una forma especial de aparición del delitos, también hay una forma especial de aplicación de penas, en donde se utilizan criterios diferentes.

El objetivo pues, es determinar cuándo estamos ante varios delitos y cuándo no, de manera de dar cumplida aplicación al principio que constituye la base, no solamente de la teoría del concurso, sino de todo el sistema represivo en el Derecho penal. Debe aplicarse una pena a quienes hayan cumplido una conducta prevista de antemano por la ley, y solamente a ellos. Son pues, tres premisas: a) no hay pena sin delito; b) todo delito debe ser penado; y c) un delito debe ser penado una vez, varios delitos varias veces. ^{21/}

Por supuesto que cada forma de presentación del concurso tiene aspectos propios, a eso obedece que tenga que tratarse por separado, formas que examinaremos a continuación con todos sus elementos y características especiales, no sin antes advertir que la presentación se hace en el orden sugerido por Raúl Carranca y Trujillo, tal como quedo apuntado arriba, pero la esencia del análisis está enriquecido por muchos tratadistas.

1.1 El Concurso Ideal o Formal.

Se trata simplemente de examinar la hipótesis de que un sólo sujeto cometa varios delitos y las reglas que previene para ella la ley. Estamos en cierto modo ante la contrafigura de la participación criminal, en la que se trata del supuesto de que un delito es cometido por varias personas; ahora son varios los delitos y un solo autor; o como mas acertadamente dice Manzini el concurso de varios títulos de delito en un único hecho. ^{22/} Y es que la apariencia de la multiplicidad delictiva se debe a que el autor ha incurrido en la violación de varias disposiciones penales, mereciendo por esto mas de una calificación delictuosa.

Por supuesto que de afirmaciones simples solo podrán obtenerse conclusiones simples. El propósito de este trabajo es entrar a conocer y analizar, los elementos que efectivamente dan forma al concurso ideal. En este orden de ideas, presentaremos a continuación algunos conceptos y definiciones de los autores mas conocidos:

El concurso ideal consiste en la comisión de varios delitos

²¹ Fontán Balestra, Carlos. Ob. Cit., Pág. 27

²² Manzini, Vincenzo. Ob. Cit., Pág. 386

mediante un solo acto: hay una acción u varios delitos. ^{23/}

El concurso ideal o formal como también se le llama en la doctrina, surge mediante dos supuestos: Cuando un solo hecho o acto delictivo, sea constitutivo de dos o más delitos; y cuando un delito sea medio necesario para cometer otro. ^{24/}

Pero también es uno el delito cuando, habiendo unidad de acción, hay pluralidad de resultados. ^{25/}

Hay concurso ideal cuando con una sola acción se originan varias infracciones de la ley penal. También hay concurso ideal cuando se comete un delito como medio para la ejecución de otro. ^{26/}

Existe Concurso Ideal, cuando un solo pensamiento criminoso y por una sola acción se ocasionan diversas violaciones jurídicas. ^{27/}

Los conceptos anteriores no sugieren un instituto muy simple y de fácil encuadramiento; sin embargo al entrar a analizar los elementos que lo caracterizan, la simplicidad aparente desaparece y se convierte en un tema muy rico desde el punto de vista del análisis.

Al exponerse la contrucción teórica, a los fines de decidir la naturaleza jurídica y evidenciar la esencia del concurso ideal, han surgido dos concepciones contrapuestas: la teoría de la unidad y la tesis de la pluralidad.

1.1.1 Teoría de la Unidad

La primera de las teorías enunciadas, afirma que, no obstante la lesión de varias leyes penales, existe un solo delito.

En realidad, la expresión concurso ideal denota, por sí

²³ Rodríguez Devesa, José María. "DERECHO PENAL ESPAÑOL". Parte General, Pág. 788

²⁴ De León Velasco, Hector Aníbal
De Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit., Pág. 206

²⁵ Carranca y Trujillo, Raúl. "DERECHO PENAL MEXICANO", Parte General, Pág. 671

²⁶ Cuello Calón, Eugenio. "DERECHO PENAL", Parte General, Tomo I, Pág. 679

²⁷ Puig Peña, Federico. "DERECHO PENAL", Parte General, Vol. II, Pág. 307

misma, la inexistencia de una verdadera pluralidad de delitos, e indica que, aun cuando se han concretado varias figuras, solo se ha cometido un delito. En este sentido Francesco Antolisei citado por Fontán Balestra, nos dice que los casos de concurso ideal o formal son consecuencia de imperfecta formulación o de la imperfecta coordinación de las normas incriminatorias, pues en el concurso ideal el agente se pone en contraste con el derecho en un solo momento. ^{28/}

En apoyo a la teoría de la unidad, Reinhart Maurach sostiene que los criterios destinados a la averiguación de la unidad de acción están dados, por el plan conjunto del autor. ^{29/} En este sentido el autor entiende que no es el resultado, sino la acción, el elemento decisivo para apreciar la unidad o pluralidad de delitos.

Obviamente, cada vez que profundizamos en el exámen de los argumentos que apoyan la teoría de la unidad, los estudiosos han descubierto en la practica, elementos que aunque parezcan sutiles, pueden ser la gran diferencia, en cuanto a que se considere un o varios delitos. Como afirma Manzini la cuestión de si existe o no unidad de delitos, se resuelve aplicando el principio general de la imputabilidad, por el cual no puede imputarse dos veces el mismo hecho o la misma circunstancia. ^{30/} En apoyo a esto suele invocarse aquí como fundamento el principio *non bis in idem*, pero lo que se trata de evitar no es que se castigue a alguien dos veces por el delito que cometió, sino que se lo condene por dos delitos cuando solo cometió uno.

Los sostenedores de la teoría de la unidad que podemos denominar *clásica*, considera que el concurso ideal o formal se da cuando una sola acción viola diferentes normas jurídicas. La segunda teoría surgió merced a las muchas dificultades prácticas que se tiene al fundamentar el concurso ideal o formal en la unidad de acción. En este sentido le dan una nueva orientación que se fundamenta en la unidad de hecho, que a mi criterio, juzgo mas acorde a los principios generales del Derecho Penal.

Debe aclararse que esta teoría no es una simple sustitución formal, ya que con la expresión hecho se impide que se consideren como un solo delito varias intenciones delictivas

²⁸ Fontán Balestra, Carlos. Ob. Cit., Pág. 35

²⁹ Fontán Balestra, Carlos. Ibidem., Pág. 36

³⁰ Manzini, Vincenzo. Ob. Cit., Pág. 388

ejecutadas mediante una sola acción; por lo tanto el hecho debe ser único objetiva y subjetivamente, pues el hecho puede ser el resultado de una o varias acciones y que las acciones pueden estar compuestas por uno o varios actos. Si estos diversos actos están orientados por un fin único, el hecho es jurídicamente único, aun cuando el resultado material sea múltiple.

En conclusión la unidad de hecho que caracteriza el concurso ideal, del cual se deriva una pluralidad de lesiones jurídicas protegidas, debe entenderse no sólo desde el punto de vista físico, sino también y sobre todo, desde el punto de vista de la intensión y del fin que persigue el agente.

La teoría de la unidad de culpabilidad y de lesión jurídica, importa una esencial innovación, al caracterizar el concurso ideal, ya no desde el punto de vista de la unidad de hecho, sino sobre la base de dos elementos estructurales del delito; a) unidad de determinación, entendiéndose por ello la culpabilidad, pues como bien apuntan De León Velasco y De Mata Vela, la culpabilidad radica pues, en la manifestación de la voluntad del sujeto activo de la infracción penal...^{31/} y b) unidad de efecto real criminoso, es decir, una sola modificación del mundo externo como consecuencia de una sola causalidad, elemento que le da unidad a las varias lesiones jurídicas. Se argumenta en ésta teoría que si no se produce esta congruencia subjetiva-objetiva, surge la pluralidad delictiva traducida en una pluralidad de determinaciones y de efectos reales criminosos.

Algunos autores suelen llamar a esta forma de concurso, delito compuesto, pues como ya se indicó, requiere de un solo propósito criminal y resultados varios.

1.1.2 Tesis de la pluralidad

Para la tesis de la pluralidad, la lesión de varios tipos penales significa de modo necesario la existencia de varios delitos.

El hecho de que en el concurso ideal tan sólo exista una acción, resulta sin significado para esta corriente. La doble tipificación, supone para ésta, sencillamente pluralidad delictiva, porque la adecuación de una conducta a varias figuras que no se excluyen entre sí, constituye, también violación de varias normas.

En la mayoría de las instituciones jurídicas que se

³¹ De León Velasco, Hector Aníbal
De Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit., Pág. 166

analizan, hay generalmente tesis o teorías contrapuestas, pero ocurre también que casi siempre hay una intermedia (ecléctica), que trata de conciliar ambas posiciones. En el presente caso no existe tesis conciliadora, porque no hay siquiera un punto de coincidencia; por lo tanto hay que buscar la tesis preferible.

Creemos que la tesis de la pluralidad de delitos en las situaciones de concurso ideal no resiste un análisis encarado con el criterio integral que resulta de la estructura del delito, pues no se fundamenta como debiera su estructura básica, que es el eje fundamental del Derecho Penal, como lo afirma De Mata Vela, sino que encuentra su fundamento en las consecuencias jurídico penales. Sebastian Soler, con mucho rigor técnico, nos dice que una cosa es la subordinación de un hecho a una figura y otra la existencia de un delito, para lo cual se requiere, además, la concurrencia de todos los elementos del concepto del delito. ^{32/}

La tesis que más adeptos tiene entre los jus-penalistas es la de la unidad; y es que si en el concurso ideal existe un solo hecho, no es conceptualmente correcto imputar dos delitos, puesto que la doble tipicidad es impotente para duplicar la criminalidad de un hecho único. La teoría que ve en los casos de concurso ideal un delito único es, pues, a nuestro entender, la concepción mas correcta.

1.1.3 Sistemas Legislativos

En las legislaciones modernas encontramos distintos sistemas en lo que se refiere a la previsión y tratamiento penal del concurso ideal, que podemos distinguir en tres grupos:

1.1.3.1 Códigos sin disposiciones específicas

Códigos que no contienen disposiciones específicas para el concurso ideal, por cuyo motivo, cuando un hecho es susceptible de más de una tipificación no excluyente el uno del otro, la solución es apoyarse en la doctrina y en la jurisprudencia;

1.1.3.2 Códigos con disposiciones expresas

Códigos que contienen disposiciones expresas sobre el concurso ideal, diferenciándolo, específicamente, en cuanto a la pena aplicable, del concurso real. Tal es el caso del Código Penal Guatemalteco, el Código Penal Salvadoreño, el Código Penal Mexicano y otros de similar orientación; y

1.1.3.3 Códigos que equiparan el Concurso

³² Fontán Balestra, Carlos. Ob. Cit., Pág. 37

Códigos que prescriben para el concurso ideal y real iguales consecuencias penales; es decir, que hacen una equiparación.

1.1.3.4 Otros criterios de clasificación

Desde otro punto de vista, las legislaciones pueden clasificarse según prevén el concurso ideal como un solo delito sobre la base de la unidad de acción, o construyéndolo sobre la unidad de hecho y una tercera lo fundamenta sobre la unidad de responsabilidad y de lesión jurídica.

1.1.4 Concurso ideal homogéneo y heterogéneo

Esta división no debe ser motivo de confusión ya que no interviene en la complejidad del concurso, es más, en la apreciación que se hace de un hecho que incorpora concurso, no es elemento determinante. La distinción que se hace atiende únicamente a los efectos y resultados en las valoraciones jurídicas (bien jurídico protegido) que se afectan con motivo del delito. De ahí que se dice que el concurso ideal es homogéneo cuando hay identidad de lesiones jurídicas. Pero no basta que las lesiones jurídicas sean iguales, debe haber compatibilidad entre ellas, lo que en todo caso fortalece la tesis de la unidad al momento de determinar si hay o no concurso.

Hay concurso ideal heterogéneo cuando un hecho provoca efectos o resultados de diversas valoraciones jurídicas. En este caso, no obstante las lesiones jurídicas son de diversa índole, siempre debe existir el elemento compatibilidad entre ellas, lo que las vincula con un solo hecho y un mismo propósito criminal.

En resumen el concurso es homogéneo, si los delitos son idénticos, y heterogéneos, cuando son delitos diferentes.

1.1.5 Delito como medio necesario para cometer otro.

Como si fuera poca la complejidad que encierra el concurso ideal en su forma original, hay que adicionar otra no menos compleja y esto es cuando un delito sea medio necesario para cometer otro. Al respecto Cuello Calón al definir el concurso ideal dice que el concurso ideal reviste dos formas; la primera cuando un solo hecho constituye dos o más delitos (delito compuesto) al cual le hemos dedicado las páginas precedentes; y cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro ^{33/}. Algunos autores, como el citado llaman a esta forma de concurso delito complejo.

³³ Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit., Pág. 680

En el caso del delito complejo es lógico excluir el concurso material, porque la ley, ha valorado ya en una incriminación única todos los momentos de la empresa criminosa constituida por varios hechos. En tal hipótesis no hay solamente conexión, sino unificación.

Rodríguez Devesa dice al respecto, que un sector de la literatura italiana seguida en esto por la española, considera que debe incluirse en el concurso ideal aquellos casos en los que un delito sea medio necesario para cometer otro, por entender que la finalidad única unifica ambos.

Esta forma de presentación ofrece mayor grado de dificultad para poder diferenciar el concurso ideal del concurso real de delitos, pues hay casos de unidad de acción que no por ello importan unidad de delitos y en cambio encontramos casos en los que la acción no es naturalmente unitaria y sin embargo no dan lugar a la figura del concurso real. Es por ello que algunos autores dicen que al incluir esta forma dentro de la teoría del concurso de delitos, la misma se reviste de una amplitud que desborda los límites de las más recientes doctrinas, muchas de ellas incluso promulgan por la desaparición del concurso ideal de delitos.

Particularmente creo que es correcto incluir en el concurso ideal el delito medio para el delito fin, pues me apego al principio de que no existiendo más que una resolución criminosa, los resultados parciales integrantes de un hecho, no tiene fuerza suficiente para ampliar la responsabilidad del agente. Aunado a lo anterior, como veremos adelante, nuestro código penal contiene figuras delictivas que incorporan en sí, otros delitos como absolutamente necesarios para cometer otros, es decir no puede cometerse un delito sin haber mediado otro. Por supuesto que estos delitos no hacen concurso por el hecho de tener incorporado otro, pero nos informa de la orientación que sigue nuestra ley.

El delito medio para el delito fin dificulta en gran medida la apreciación unitaria pues ya no se habla de un solo hecho sino puede tratarse de varios hechos, vinculados todos por una misma resolución criminosa.

1.1.6 Ejemplos de concurso ideal de delitos

A continuación incluyo dos ejemplos que nos ayudarán a comprender en mejor forma, los elementos y las características del concurso ideal o formal.

CASO UNO

CALIXTO DIAZ (único apellido), con fecha 18 de noviembre de

1992, aprovechando la oscuridad de la noche, rompiendo los candados, penetro al interior de la bodega de la empresa comercial Despensa Familiar, S.A., ubicada en la avenida Elena 12-52, de la zona uno de esta ciudad, con el propósito de sustraer mercadería de las de curso norma de esa empresa; al momento de abandonar el lugar, fué sorprendido por el guardián de dicha bodega, señor Gerardo Rodríguez Tum; sin embargo dada la oscuridad, con un movimiento rápido, desembaino un arma blanca atacó al guardián, causándole una herida profunda en el cuello, dándose a la fuga posteriormente con parte de la mercadería.

El Tribunal Segundo de Primera Instancia de Sentencia, le impuso la pena de seis años con ocho meses de prisión incommutables, por los delitos de Lesiones graves y Robo en concurso ideal de delitos.

CASO DOS

FRANCISCO ESCALANTE NAJERA, SALOMON MESA BLANCO y CRISTOBAL MEDRANO (único apellido), el día dos de abril de mil novecientos noventa y uno, en el kilómetro veintiocho, que de Guatemala conduce a Barberena, fingiéndose agentes de la Policía Nacional, vistiendo uniformes oficiales, pusieron un puesto de registro, parando a los conductores, a varios de los cuales, bajo amenazas, les robaron sus pertenencias. El hecho fue denunciado por el señor Carlos Colindres Córdoba, uno de los afectados.

El Juzgado Primero de Primera Instancia de Sentencia de Cuilapa, Santa Rosa, les impuso a cada uno, la pena de nueve años de prisión incommutables y multa de trescientos quetzales, por los delitos de Usurpación de funciones, Uso indebido de uniformes y robo agravado, en Concurso Ideal de Delitos.

La Sala Jurisdiccional, modificó el fallo, imponiendo a los procesados, la pena de seis años, ocho meses de prisión incommutables y multa de cuatrocientos quetzales, por los delitos de Uso indebido de uniformes e insignias y Robo agravado en Concurso Ideal de Delitos.

1.1.7 El concurso ideal en el Código Penal Guatemalteco. El actual código penal tiene como antecedente legislativo inmediato al decreto número 2164 de la Asamblea Legislativa como quedó apuntado en el primer capítulo de este trabajo, el cual adoptó la doctrina dominante de la unidad de hecho, para seguir al Código Italiano de 1889, que fundaba el concurso ideal en esta premisa. En la exposición de motivos los miembros de la comisión manifiestan que han hecho modificaciones notorias (refiriéndose al proyecto original) al artículo que se refiere al concurso ideal. Cualquiera que

haya sido la propuesta original, lo expresado por la comisión sugiere que la institución del concurso ideal de delitos no había sido contemplada como está, dado a que como dicen los de la comisión le introdujeron importantes cambios. Desafortunadamente el análisis hecho por la comisión, sus elementos y razonamientos no han quedado reflejados en el texto, tal y como se hace por ejemplo en España o Argentina, donde toda la sustentación teórica sirve para informar incluso a los juzgadores.

En el texto del artículo 70, están expresamente indicados dos elementos constitutivos del concurso ideal: a) unidad de hecho; b) pluralidad de encuadramientos. La ley dice: en caso de que un solo hecho constituya dos o mas delitos, etc. Analicemos esto:

- 1) *Unidad de hecho.* El artículo 70 se basa, en consecuencia, sobre la unidad de hecho, habiendo sido descartada la interpretación que pretende fundar la norma aludida en la unidad de acción. Así lo ha reconocido tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia de los tribunales de justicia, lo que mas adelante analizaremos. Aplicando cierto rigor académico y de conformidad con las reglas establecidas por el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial en cuanto que las normas de la ley se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras (interpretación gramatical) se puede afirmar que hecho no sólo es la actividad o hacer humano, sino también el haberse ya verificado, enteramente o consumado una cosa. En otras palabras, el hecho es comprensivo de la acción más el resultado.

Coincide esta posición con la de Carrara, para quien la acción constituye la fuerza física subjetiva del delito; en cambio el hecho es eso, y además, la fuerza física objetiva, constituida por el resultado.

Debe advertirse que toda legislación que funde el concurso ideal en la unidad de hecho, lo hace también en la unidad de resolución, pues en última instancia éste debe ser su elemento rector y la unidad de hecho la consecuencia de ésta.

Ahora bien, la diferencia entre hecho y acción, a la que nos hemos referido, tiene otras consecuencias que no pueden dejarse de lado. No se trata aquí de embarcarse en disquisiciones filosóficas sobre el significado de ambos términos, lo que suele conducir a oscurecer y no a clarificar el problema; se trata de ponerse de acuerdo con respecto a la nomenclatura en el

sentido empleado por la ley.

Unos afirman que hecho es todo acontecimiento real simple, de la vida diaria, en tanto que la acción está constituida por una serie de hechos, vinculados entre sí por un mismo fin o propósito.

Otros afirman que hecho es comprensivo de la acción. Es esa, como vimos, la posición de Carrara, para quien la acción constituye la fuerza física subjetiva del delito; en cambio el hecho es eso y, además la fuerza física objetiva constituida por el resultado.

Es ése el sentido que corresponde dar al término hecho en la ley guatemalteca, quedando reducido el concurso ideal al caso de la unidad de hecho, entendiéndose también unidad de resultado que pueda ser objeto de más de un encuadramiento legal.

- ii) Pluralidad de encuadramientos. Esta exigencia resulta claramente de las palabras "En caso de que un hecho constituya dos o mas delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro..." empleadas en el artículo 70 del Código Penal. La pluralidad de encuadramientos, precisamente, es la circunstancia jurídica que da nacimiento al problema del concurso ideal; de modo que el sentido de las palabras de la ley no puede prestarse a dudas y así creo que lo ha entendido la totalidad de la doctrina y jurisprudencia nacional. En relación con el resultado de este requisito, nada consideramos agregar a lo expuesto.

1.2 El Concurso Real o Material de Delitos.

Cuando se entra a conocer el concurso real o material, nos apartamos súbitamente de las formas sencillas de presentación del delito (un hecho = un resultado); y entramos en un mundo de complejidades jurídicas que hacen mas interesante por supuesto, el estudio del derecho penal y sus instituciones.

El objeto de este estudio es llegar a determinar cuándo estamos ante varios delitos y cuándo no, de manera de dar cumplida aplicación al principio que constituye la base, no solamente de la teoría del concurso, sino de todo el esquema del derecho penal. Así, debe aplicarse una pana a quin haya cumplido una conducta prevista de antemano por la ley penal y solamente a él. Son tres premisas básicas (principios) las que informan este instituto: a) no hay pena sin delito; b) todo delito debe ser penado; y c) un delito debe ser penado una vez, varios delitos varias veces.

Bajo la denominación de concurso real o material encontramos

pluralidad de acciones y de resultados, los que deben ser penados en relación directa a esa pluralidad. Es decir, y conforme a los principios apuntados, los diversos delitos deben traer como consecuencia varias penas.

Cada uno de los hechos que integran la figura, constituyen individualmente considerados, delitos que violan un bien jurídico tutelado. En este sentido se dice que hay concurso real cuando el sujeto ha realizado varias acciones cada una de las cuales por separado es constitutiva de un delito.

1.2.1 Elementos constitutivos

El concurso real necesariamente debe tener los siguientes elementos constitutivos:

- i) *Identidad de sujeto activo:* la misma persona es autora de dos o mas hechos encaminados a la obtención de diversos fines delictuosos;
- ii) *Pluralidad de conductas o hechos:* es decir que el individuo ejecute una o más acciones encaminadas a la obtención de diversos fines delictuosos, es preciso que exista pluralidad de intenciones delictivas. Este es uno de los elementos que lo diferencia del concurso ideal en donde hay unidad de resolución o intención; y
- iii) *Pluralidad de delitos:* que se produzcan diversas infracciones cada una de las cuales constituya un delito. Vale señalar que paralealmente hace su aparición un elemento de corte procesal pero que a su vez es de orden sustantivo y es que ninguno de los delitos que integran concurso, haya sido penado anteriormente.

El concurso real o material no ofrece un mayor grado de dificultad en su estudio, pues las reglas son muy claras, tal como quedó apuntado. Pero el objeto de este estudio no es simplemente nominar o repetir lo que muchos autores con mucha propiedad han desarrollado; se trata de adentrarse en el estudio de algunos elementos que hacen muy interesante este instituto.

Fontán Balestra nos dice que la frontera entre el concurso real y el concurso ideal es muy sutil, pues un solo hecho (que es el presupuesto del concurso ideal) puede estar constituido por varias acciones que pudiera constituir cada una, un delito. Sin embargo lo que levanta el muro que divide ambas figuras dentro de un mismo instituto es la *intención criminosa* (el animus), es decir la plural determinación del agente de violar preceptos legales previamente tipificados como delitos.

Como ya se dijo, cada una de estas intenciones criminosas

concretizadas en un delito, intrínsecamente conlleva todos los elementos positivos del delito: la conducta humana, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad; la imputabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad y la punibilidad; es decir, cada hecho pudiera ser objeto de un proceso penal. En términos generales, cada hecho tiene vida propia y nace a la vida jurídica con absoluta independencia.

Doctrinariamente, las mayoría de los autores explican el instituto del concurso real, a partir de que un solo agente, con pluralidad de intenciones criminosas, produzca resultados diversos, cada uno de los cuales constituye un delito. Pero es muy frecuente que el estudio de esta materia se incline a pensar en hechos que si bien son independientes, entre sí deben guardar cierta relación de sucesión o simultaneidad, misma que se produce dentro de un espacio mas o menos corto; incluso los ejemplos de que se sirven para explicar el instituto guardan la relación indicada. (el que con un solo disparo dirigido contra dos personas con ánimo de causar a ambos la muerte, las mata, comete dos homicidios que deben ser penados conforme las reglas del concurso real (ejemplo dado por Eugenio Cuello Calón). Lo anterior hace que se pierda la perspectiva del concurso real, pues en ningún momento es condición para concursar la simultaneidad o la secuencia.

Previendo esa inclinación en el juzgador, el código penal costarricense hace la separación temporal al indicar que cuando un mismo agente comete separada o conjuntamente varios delitos.... etc.

El concurso pues, se da por la pluralidad delictiva, independientemente del tiempo, lugar y personas sobre las que recae el hecho.

Esa pluralidad delictiva realizada por uno mismo sujeto, es la que dió motivación a los postulados de la escuela positiva, para considerar el concurso real de delitos como una manifestación de alta temibilidad del delincuente, idéntica a la reincidencia, que debe determinar una agravación de la pena. ^{34/}

Entonces, se concluye que el concurso se configura en el juzgamiento simultáneo, lo que refuerza nuestra posición en cuanto que el concurso de delitos es una forma especial de apreciación del delito y un sistema de aplicación de la pena.

1.2.2 Concurso Real Homogeneo y Heterogeneo

Al concurso real o material se admiten clasificarlos en homogeneos y heterogeneos. El primero surge cuando el agente

³⁴ Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit., Pág. 682

activo ha incurrido en el mismo hecho punible, dichos en otras palabras, los delitos guardan identidad entre sí, especialmente hay identidad de bien jurídico tutelado. Ej.: el homicida que en varias ocasiones ha dado muerte a mas de una persona.

El segundo grupo debe interpretarse a contrario sensu de la homogeneidad. Heterogéneo es diverso, variado. Surge cuando el agente incurre en delitos de distinta valoración jurídica y por lo tanto de distinto bien jurídico tutelado, ejemplo de esto es quien en una ocasión roba, en otra produce lesiones a tercero y en otra comete homicidio. En este caso los hechos son de distinta valoración aunque el agente pasivo del delito puede ser igual o distinto y el momento puede ser diferente o simultáneo. La clasificación anterior es meramente doctrinaria pues las legislaciones (al menos las estudiadas) no se ocupan de ellas, pues en última instancia carecen de importancia.

La jurisprudencia penal española maneja el criterio de la separación, y consiste en que solamente hay concurso real o material cuando los actos delictuosos se consumaron en diversas fechas, en diversas fechas y en diverso lugar, cuando recaen sobre diversas personas o se consuman en diversas fechas y recaen sobre distintas personas, cuando los diversos resultados corresponden a distintas determinaciones de la voluntad. ^{35/}

1.2.3 Ejemplos de Concurso Real de Delitos

Para ilustrar en mejor forma el concurso real o material y las reglas de aplicación de las penas, a continuación se hacen algunos ejemplos, usando por supuesto nuestro código penal vigente.

EJEMPLO UNO

MARGARITA RECINOS GUDIEL, el veinte de agosto de 1992, en el mercado central de la villa de Palín, Escuintla, aprovechado un descuido de la señora Soledad Ochoa Nájera, sustrajo al menor Jorge Luis Solís Ochoa de ocho días de nacido, llevándoselo con rumbo desconocido. El día veintiocho de agosto, con una constancia falsificada, supuestamente extendida por una comadrona del lugar, inscribió en el registro civil del municipio de Santa María Ixcuatán, Santa Rosa, al menor Solís Ochoa como hijo suyo con el nombre de Cristian Jose Recinos.

En Primera instancia el Tribunal le impuso la pena de de 6 años y ocho meses de prisión incommutables, por los delitos

³⁵ Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit., Pág. 683

de Sustracción Propia, Falsedad Material y Suposición de parto, en Concurso Real de Delitos.

(Sustracción 2 años y 8 meses; Falsedad Material 3 años; y Suposición de parto 1 año)

Responsabilidades Civiles, Q3,500.00

La Sala Jurisdiccional confirmó el fallo de primera instancia.

EJEMPLO DOS

JOSE RAMIRO CABRERA CHAVEZ el catorce de abril de 1992, en el camino que de la aldea Tablones conduce a la aldea Barranco Colorado, del municipio de Zacapa, Zacapa, armado de un machete y después de una acalorada discusión, agredió y dio muerte al señor Vidal López Sarseño, causándole por el efecto múltiples heridas en diferentes partes del cuerpo, dándose posteriormente a la fuga. El veinticinco de abril del mismo año, estando en el rancho del potrero de su propiedad en la aldea San Jorge de la misma jurisdicción municipal, al ver la presencia de los agentes de la Policía Nacional, se dió a la fuga, no sin antes hacer cuatro disparos, uno de los cuales acetó en el señor Israel Morales Acuña, quien casualmente pasaba por el lugar.

El Juzgado Segundo de Primera Instancia de Sentencia de Zacapa, le impuso la pena de nueve años y ocho meses de prisión inconvertibles, por los delitos de Homicidio cometido en estado de emoción violenta y Lesiones graves en Concurso Real de Delitos.

(Homicidio cometido en estado de emoción violenta 6 años; y Lesiones Graves 3 años y 8 meses)

Responsabilidades Civiles, Q5,000.00 (Q3,500.00 y Q1,500.00 respectivamente para las víctimas o sus familiares)

La Sala Jurisdiccional confirmó al fallo de primera instancia.

1.3 El delito continuado.

1.3.1 Definiciones y conceptos del delito continuado.

A título de noción general puede decirse que el delito continuado se caracteriza por una pluralidad de hechos típicamente antijurídicos y culpables, dependientes entre sí, y constitutivos en conjunto de una unidad delictiva. Los ius penalistas lo han interpretado conceptualmente de la siguiente forma:

Para Francesco Carrara el delito continuado era una unidad ficticia. La doctrina de la continuación tenía para él la benigna finalidad de considerar los diversos delitos como un solo delito continuado, a fin de aplicarles una imputación conjunta, más grave que la atribuible al delito único pero nunca equivalente a la suma resultante de la acumulación de la imputaciones debidas a cada infracción.

Por su parte Vincenzo Manzini considera que el delito continuado se integra con diversas violaciones del mismo precepto penal, opina que está fundado sobre una ficción jurídica.

Eugenio Cuello Calón nos expone que el delito continuado es una ficción favorable a los delincuentes. Aún cuando no existe en la doctrina científica completo acuerdo sobre los requisitos que integran el delito continuado, generalmente se exigen los siguientes: a) pluralidad de acciones u omisiones delictivas, lo que no debe confundirse con pluralidad de actos materiales; b) unidad de precepto penal violado, lo que significa que las diversas acciones constituyan delito de la misma especie; y c) unidad de intención.

Para Cabanellas el delito continuado se caracteriza por la unidad de resolución o de propósito de un mismo sujeto que ha cometido una serie de acciones constitutivas de ejecuciones parciales de un solo delito. La jurisprudencia española, admite la unidad de delito cuando, habiendo diversidad de tiempo y de ocasión, obedece a un pensamiento único; pero no cuando los factores carecen de relación entre sí, las víctimas son diferentes y existen pluralidad de medios y oportunidades. La doctrina se pronuncia por la unidad de resoluciones y de lesión jurídica dentro de la pluralidad de acciones, sin tener en cuenta tan rigurosamente la identidad ee los sujetos pasivos.

Raúl Carranca y Trujillo nos dice que se considera para los efectos legales delito continuado aquel que se ejecuta mediante realizaciones repetidas en porciones del mismo tipo penal, utilizando la misma ocasión o en dependencia causal de la misma ocasión.

1.3.2 Naturaleza jurídica del delito continuado.

La institución del delito continuado, esta fundamentada en una ficción jurídica, pues por una parte encontramos varias violaciones de disposiciones legales que protegen un mismo bien jurídico tutelado, cometidas con varias acciones u omisiones, y por consiguiente varios hechos que constituyen otros delitos completos en su elemento material y psíquico; observamos un elemento común a todos estos delitos, un mismo

proyecto criminoso que norma todas las manifestaciones de la actividad criminal, existe pues pluralidades de delitos y hechos, la ley asigna a estos delitos una eficacia unificadora y es lo que se denomina delito continuado, aquí la voluntad del Estado en el ejercicio soberano de su *JUS IMPERIUM*, impone considerar como un solo delito a una pluralidad de delitos, sobre la base de una excepcional apreciación del proyecto criminoso, creándose por consiguiente una ficción jurídica.

El objetivo que persigue el delito continuado consiste en impedir que una ejecución que tenga lugar en tiempos diversos, pueda ser castigada como una serie de delitos. Si para considerar el delito continuado se considera su unicidad no se explicaría el aumento de la pena que se observa en este tipo de delito. La ficción jurídica viene a ser el resultado de una transacción entre la coherencia lógica y la utilidad y además la equidad. La ficción jurídica que oriente al delito continuado tiene por objeto solamente la sanción de los delitos en que se ha incurrido y no su noción, el delito continuado no modifica el título del delito y por lo tanto no constituye un título de delito por sí, siendo una excepción a las normas generales de la acumulación de la penas.

El delito continuado debe por lo tanto considerarse unitariamente, únicamente en la identidad del proyecto criminoso y a la aplicación de la pena, podemos afirmar que no constituye ni una circunstancia atenuante ni agravante.

Con el propósito de explicar la naturaleza jurídica del delito continuado, encontramos varias corrientes doctrinarias que tienden a explicarlo.

1.3.2.1 Doctrina de la ficción.

Esta doctrina es sostenida por Carrara, quien afirma que la continuidad es una ficción y que la unidad delictiva constituye una pluralidad de delitos, que es atribuida a la unidad de designio, dándose a un caso de concurso material de delitos el tratamiento de un delito único.

1.3.2.2 Doctrina de la realidad.

El delito continuado es una unidad real, la que no es susceptible de dividirse en natural y jurídica. Bernardino Alimena defendió la teoría de la realidad afirmando que la acción no puede componerse de uno o varios actos, sin que ello guarde absoluta correspondencia con la unidad y pluralidad de la lesión jurídica, y por lo tanto con la unidad y pluralidad de delitos; siendo para este autor el delito continuado

único subjetivamente, porque la resolución es una sola, uno solo es el dolo y desde el primer instante se representa el delincuente todas las acciones sucesivas, también es único objetivamente, porque no importa que la cosa que se quiere obtener, se obtenga de una sola vez o en varias veces sucesivas. ^{36/}

1.3.2.3 Doctrina subjetiva o clásica.

Esta doctrina ha sido sostenida por los autores italianos, el delito continuado como recordamos fue regulado por los italianos, a partir del código Toscano de 1853, se le ha denominado también doctrina subjetiva, por la gran importancia que se da a la unidad de designio criminoso, unidad de resolución o dolo total y para oponerla a la doctrina objetiva.

1.3.2.4 Doctrina objetiva.

Es la sostenida por los alemanes, quienes siguen el sistema enumerativo de sus elementos: a) unidad de resolución o designio criminoso; b) pluralidad de acciones homogéneas; y c) identidad de lesión jurídica. Esta doctrina es iniciada por Fuerbach, es la tesis sostenida por los autores modernos, la preside la unidad de designio criminoso, toma en cuenta las circunstancias objetivas, esta tesis también es sostenida por Edmundo Mezger, cuando afirma que las características del delito continuado no son susceptibles de fijarse de manera esquemática y que para que exista el delito continuado debe darse los siguientes elementos: a) unidad de tipo básico; b) unidad del bien jurídico lesionado; c) homogeneidad de la ejecución; y d) una conexión temporal adecuada y en los ataques personales, identidad de la persona ofendida. ^{37/}

1.3.2.5 Doctrina subjetiva-objetiva.

Fontán Balestra afirma que esta teoría es la correcta, ya que se basa en los elementos objetivos: tal la unidad de designio criminoso, indicando los autores que sostienen esta teoría que el delito continuado está estructurado con base en el unidad del dolo o designio criminoso, pluralidad de acciones e identidad de lesión jurídica o bien jurídico violado, cuando se trate de bienes jurídicos personales, se requiere también unidad de sujeto pasivo. Siguen esta corriente autores como

³⁶ Fontán Balestra, Carlos. Ob. Cit., Pág. 65

³⁷ Fontán Balestra, Carlos. Ibidem., Págs. 66-67

Impallomeni, Cesar Camargo Hernández, Schonke. 38/

1.3.2.6 La doctrina que sustenta el código penal guatemalteco.

La doctrina sustentada por el código penal y a nuestro juicio la que más se adapta a la realidad de nuestro país, es la doctrina subjetiva-objetiva; encontramos que en ella se han tomado en consideración los elementos objetivos que configuran al delito continuado y a la vez destaca los elementos subjetivos, reuniéndolos en un todo orgánico a fin de establecer el instituto de la continuación.

1.3.3 Elementos esenciales para la configuración del Delito Continuado

Pasamos ahora a estudiar los elementos que la doctrina señala como esenciales para que pueda darse el delito continuado.

- i) **Pluralidad de acciones.** La doctrina italiana afirma que la condición de la pluralidad de acciones, no se satisface con la pluralidad de actos. Esta no va a unificar ni a multiplicar la delincuencia.

Ciertos delitos suponen la pluralidad de actos o acciones subjetivas para su consumación, algunas veces la pluralidad de los actos ejecutados no se traduce en una pluralidad de momentos consumativos; otras veces la pluralidad de los actos va a corresponder a una pluralidad consumada, pero no a una pluralidad de delitos, "un ladrón encuentra varios billetes esparcidos y toma uno despues de otro" o "el que yace una noche íntegra con la mujer de otro y tiene varios contactos carnales con ella" incurre en un solo adulterio. En estos ejemplos, ninguno se traduce en pluralidad de delitos, porque la naturaleza de la infracción vuelve diferente su modo numéricamente consumativo, tal lo que ocurre con el delito de lesiones, el que configura un solo delito aunque la víctima reciba en el ataque, más de una herida, en esta clase de delito los actos repetidos integran una conducta única, por la unidad de su estructura temporal.

Según la escuela italiana la pluralidad de las acciones como requisito del delito continuado equivale a pluralidad de hechos delictivos, cada acción o hecho representa una infracción punible; la pluralidad no

debe manifestarse en una independencia delictiva, pues entonces se daría una reiteración de delitos. Puede decirse que en la continuación, el propósito delictivo se manifiesta como una acción prolongada interrumpida.
39/

- ii) **Violación de la misma disposición legal.** Bajo esta forma los códigos italianos de 1889 y 1930, tratan de perfeccionar la locución la **misma ley penal** con la que el Código Toscano establecía una de las condiciones para la unificación delictiva por continuidad, esta denominación hace posible unificar la naturaleza del nombre y de la pena del delitos, lo que es una consecuencia de la continuidad. Para los italianos el principio de la misma disposición legal no significa una unidad que haya de satisfacer con la identidad nominal del artículo violado, sino viene a ser una unidad en la naturaleza de los distintos hechos, que deberá operarse como una prosecución de una consumación delictiva no agotada; esto quiere decir que varios ataques el mismo derecho que se protege.

Sin identidad del derecho atacado no puede haber continuación porque no se podría decir por ejemplo que un ataque a la propiedad constituyera una continuación de la consumación de un ataque contra el honor. Para que la continuación se de es necesario que los hechos ataquen el mismo derecho; pero que lo ataquen del mismo modo, de manera que los segundos representen la continuación de la lesión comenzada por el primero.
40/

- iii) **Unidad de designio criminoso.** Bajo esta denominación se establece el principio rector de la institución de la continuación delictiva, el Código Toscano de 1853, se refería a la misma resolución criminal, el Código Italiano del 1889, se refería a la misma resolución; el de 1930, al mismo designio criminoso, esta terminología usada por la doctrina, no limitó la labor aclaratoria del principio y permitió que los autores usaran otras terminologías: como el mismo propósito criminoso o la misma intención criminoso, no se refiere aquí al dolo oculto; doctrinariamente existe una equiparación de ese designio con la resolución criminal o determinación delictiva, deberá entenderse como el acto individual de

39 Núñez Lagos, Ricardo C. "DERECHO PENAL ARGENTINO", Parte General, Tomo II, Pág. 230

40 Núñez Lagos, Ricardo C. Ob. Cit., Pág. 232

voluntad que preside cada obrar delictivo, esta resolución o determinación no es otra cosa que la **culpabilidad** (como elemento positivo del delitos) propia de cada delincuencia, la que va unida a la par del elemento subjetivo de la continuación respecto a cada uno de los hechos que la integran. Para la escuela italiana la unidad subjetiva es una determinación que lleva a delinquir mediante hechos objetivamente homogéneos y ejecutivos de esa determinación. ^{41/}

La identidad del proyecto criminoso desaparece necesariamente cuando entre el uno y el otro delito hayan sobrevenido circunstancias u ocasiones capaces de constreñir al agente a modificar esencialmente el proyecto originario, en relación o a los medios de ejecución o a las condiciones objetivas y subjetivas de actuación. El mismo proyecto criminoso puede sin embargo, persistir y actuarse a través de un período de tiempo cualquiera, aún larguísimo. Por lo tanto, el intervalo de tiempo, que corren entre las diversas violaciones de la misma disposición de ley, no es nunca por sí solo, suficiente para interrumpir el nexo de la continuación, precisamente porque la ley de una manera expresa admite este nexo aún cuando los varios hechos hayan sido cometidos en tiempos diversos, sin establecer ninguna limitación.

1.3.4 Ejemplos de Delito Continuado

Para ilustrar la configuración de éste Instituto Jurídico, a continuación incluyo dos ejemplos.

EJEMPLO UNO

José Luis Castillo Miranda e Aura Rodríguez Salazar, fingiéndose confeccionadores de trajes, lograron que veintiocho personas les encargaran la confección de sus trajes, recibiendo anticipadamente la cantidad de cincuenta quetzales por cada traje que confeccionarían.

Figura: **Estafa Continuada**

Pena: Un año cuatro meses de prisión

Multa: Doscientos sesentiseis quetzales

Responsabilidades civiles: Graduadas entre quince y veinticinco quetzales por ofendido.

EJEMPLO DOS

Gualberto Muñoz Girón, el veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y dos, depositó en su cuenta de

⁴¹ Núñez Lagos, Ricardo C. Ob. Cit., Pág. 234

depósitos a la vista del Banco del Agro, Sociedad Anónima, un cheque de Francisco Velásquez Ramos, con el Banco Agrícola Comercial de El Salvador, por doce mil ochocientos setenta colones, sabiendo que no serían pagados ya que esta cuenta estaba cancelada, mientras el Banco del Agro consultaba dicho cheque, libró dos cheques los que fueron pagados por la institución bancaria, ascendiendo la suma defraudada a tres mil novecientos cincuenta quetzales.

Figura: Estafa continuada
Pena: Seis años de prisión
Multa: Mil doscientos quetzales
Responsabilidades civiles: Tres mil quinientos quetzales

1.4 Sistema para determinar la penalidad.

El Concurso de Delitos no tiene vida jurídica por sí mismo, necesita del delito y su pluralidad para su configuración; pero eso no es todo, requiere también del reconocimiento del Estado, actuando en su carácter de soberano, reconociendo en la ley que tales o cuales formas de presentación del delito debe considerarse como uno o como varios delitos. La ley es pues, la que da consistencia y validez a las instituciones jurídicas.

Considero que el concurso de delitos tiene su mayor grado de expresión en la penalización, al momento de aplicar las reglas que el derecho sustantivo fija, según el sistema de penalización que la legislación haya adoptado. Como ya se dejó apuntado, sin duda el problema del concurso se resuelve, en definitiva, por la determinación de la pena aplicable, pero ese resultado no se deduce de la teoría de la pena, sino del sistema legal adoptado para sancionar el concurso de delitos.

Sin duda los sistemas de penalidad encaran el modo de resolver la última etapa del problema, que es la que se refiere a la determinación de la pena. Según sea el criterio que inspire al legislador y que se traduzca en el modo de regular la solución de los distintos casos, las consecuencias pueden ser diferentes y constituir un índice de mayor o menor severidad de la ley.

Los sistemas conocidos de penalización no se corresponden con las formas de presentación del concurso. Existe dentro del derecho penal comparado, legislaciones que imponen igual sanción cuando ocurre concurso ideal o concurso real de delitos. No es exacto pues, identificar la idea de acumulación con la de concurso material y la de absorción con la de concurso ideal y delito continuado, aunque esto resulte cierto en algunas legislaciones.

La doctrina distingue tres sistemas para resolver el problema de la penalidad en el concurso de delitos:

1.4.1 Absorción.

Este sistema, consiste en aplicar únicamente la pena mayor, que absorbe a las demás, pudiendo estas últimas ser tomadas en cuenta para agravar la pena, pero siempre dentro de la escala penal dispuesta para la única disposición que se aplica.

Conforme a éste, la pena del delito mayor absorbe las correspondientes a los delitos de menor gravedad.

Este sistema es considerado muy blando por la mayoría de los ius penalistas, quienes lo consideran además de injusto, excitación para delinquir, pues asegura la impunidad de los nuevos delitos que se cometan. Conocido también como pena única, este sistema es adoptado generalmente para el concurso ideal, pues resulta notorio que puede resultar insuficiente para graduar la pena cuando se trata de varios delitos.

Sin duda la absorción surgió como reacción a la excesiva severidad de las leyes de otros tiempos; hoy en día no puede justificarse, la absurda impunidad por los delitos concurrentes, cualquiera que sea el número y la gravedad. Me adhiero a esta postura, pues este sistema resulta ser tan dócil, que resulta ser una invitación a delinquir; en un país como el nuestro en que la delincuencia ha alcanzado extremos incontrolables, este sistema sería favorecer el delito, afortunadamente la legislación guatemalteca no adoptó este sistema, como lo veremos en su momento.

1.4.2 Acumulación material o matemática.

Esta solución consiste en sumar las penas correspondientes a todos los delitos cometidos y aplicarlas conjuntamente. En este caso, los resultados serían los mismos, si no existiera disposición alguna referente al concurso de delitos, pues cada infracción conlleva su pena, la cual es sumada y acumulada a las demás. El juzgador puede en todo caso oscilar entre los mínimos y máximos que fija la ley.

Este sistema presenta el inconveniente de que no siempre es posible hacerlo efectivo en la práctica; piénsese en las legislaciones que tienen contemplada la pena de cadena perpetua o en el caso de la nuestra, que aunque no se tenga esa pena, existen delitos a los que se le asigna penas por tiempos considerables de hasta treinta años, y cuya suma puede exceder fácilmente el término medio de vida de un hombre. Así, frecuentemente escuchamos que en España, Argentina, Italia, Estados Unidos, entre otros, han condenado a delincuentes a dos cadenas perpetuas, a cuatrocientos años de prisión y otras penas similares, penas que por sí mismas son incumplibles.

La acumulación matemática es psicológicamente injusta, pues la cantidad del mal (entiéndase pena) se hace mucho mayor cuando se sufre todo junto; los males distanciados o distribuidos en el tiempo se soportan más fácilmente.

1.4.3 Acumulación jurídica.

La acumulación jurídica consiste en la aplicación de la pena para el delito más grave aumentada en una determinada cantidad con ocasión de los otros delitos.

Las severas críticas hechas, por un lado al sistemas de acumulación matemática por su excesiva severidad en la aplicación de la pena y por lo irreal que resulta en la mayoría de las ocasiones el cumplimiento de éstas y por otro la incitadora debilidad que apareja el sistema de la absorción, dió ocasión a los ius penalistas a pensar en un sistemas alternativo que trajera el equilibrio entre ambas posiciones. Lo anterior no significa que sea esta una posición ecléctica o que fuera el resultado de un balance de posiciones, es más, la doctrina (al menos con la que se cuenta en nuestro medio) no informa sobre la época en que los sistemas aparecieron y si uno sucede a otro, o si simplemente son alternativos que aparecieron simultáneamente. Me atrevo a pensar que los sistemas de penalización están estrechamente vinculados con los postulados de las escuelas del derecho penal, sin embargo no hay evidencias suficientes (al menos a mi alcance) que apoyen mi postura. Al explicar su origen Cuello Calón nos dice que a modo de transacción entre ambas doctrinas, (refiriéndose a la acumulación material y a la absorción) se admite comúnmente la llamada acumulación jurídica. ^{42/}

La acumulación jurídica entonces, actúa como punto intermedio entre los sistemas extremos, de ahí según este sistema al culpable de varios delitos debe imponerse una pena superior a la correspondiente al delito más grave en atención a los demás delitos que ejecutó.

Muchas veces las legislaciones no adoptan un sistema puro, sino que usan métodos alternativos derivados siempre de las tres posiciones básicas, lo que hace que los sistemas se multipliquen en cuantas variantes se apliquen. Las posiciones más comunes son por ejemplo cuando al culpable se le impone una pena aumentada en determinado porcentaje, el cual generalmente tiene límite. Otra variante es cuando se consideran los delitos que tienen asignada menor pena, como circunstancias agravantes del delito principal.

⁴² Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit., Pág. 682

En términos generales, se trata de una pena mayor que la del delito más grave y menor en conjunto, que la suma de las penas de los delitos apreciados individualmente.

1.4.4 Sistema de penalización en el Código Penal Guatemalteco.

Vale señalar que nuestra ley sustantiva penal hace la distinción entre concurso real, concurso ideal y concurso de delitos; aclaración que tiene lugar si se toma en cuenta lo apuntado arriba, en cuanto a que los sistemas de penalización no necesariamente están dados directamente para cada una de las formas de presentación.

El texto del artículo 69 dice: "al responsable de dos o mas delitos, se le impondrá todas las penas correspondientes a las infracciones que haya cometido a fin de que las cumpla sucesivamente, principiando por las mas graves".

*Se aprecia que el código penal adopta como regla general el principio *quot delicta, tot poenae*; es decir, el sujeto incurre en todas y cada una de las penas correspondientes a cada uno de los delitos cometidos, tenemos aquí el sistema de la acumulación aritmética. El sentenciado pues, cumplirá todas sus condenas en orden sucesivo, principiando por las más graves, o sea las más altas en la escala general.*

A continuación el artículo citado dice: "pero el conjunto de las penas de la misma especie no podrán exceder del triple de la de mayor duración; si todas tuvieran igual duración en conjunto no podran exceder del triple de la pena". Para ilustrar de mejor forma lo anterior, supongamos que a una persona es condenada por seis delitos en concurso; por el primero el juez le impuso ocho años de prisión; por el segundo le imputo seis años y por los restantes cuatro le impuso cuatro años por cada uno. Si aplicamos la primera regla, el condenado deberá sufrir prisión por treinta años, que suman en conjunto; pero aplicando la segunda regla el condenado deberá cumplir solamente veinticuatro años que es el triple de la pena mayor (8 años).

En cuanto a la limitación de un máximo de treinta años y a Q20,000.00 de multa; los beneficiados en todo caso, son aquellos delincuentes que han incurrido en delitos de alta peligrosidad y que por consiguientes tienen asignada penas altas, tal el caso por ejemplo de un delincuente que es condenado por asesinato, lesiones gravísimas y secuentro, en concurso, supongamos que el tribunal le condene a veinticinco años por el primero, a ocho años de prisión por el segundo y a doce años por el tercero. La acumulación material daría un total de cuarenta y dos años, mientras que aplicando la segunda regla, la pena sería en todo caso,

hasta de treinta años.

Concretando decimos que el código penal guatemalteco, adopta el sistema de acumulación material o matemática, con la variante de que establece límites a las penas, lo que puede calificarse como una forma atenuada de este sistema.

Para el concurso ideal y el delito continuado, el código se acoge a la acumulación jurídica al indicar que se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte. Nótese que el texto dice hasta y no una tercera parte, por lo tanto el juzgador puede aumentar la pena menos que una tercera parte, pues está dentro de los límites, lo que no puede hacer el sobrepasarlo. En todo caso y con el mandato de la ley, el juzgador está obligado a aumentar la pena inicial, lo que difiere de otras leyes que dejan a criterio del juzgador aumentarla o no sobre la pena principal.

Hay que recordar que el juzgador, tiene la libertad para imponer la penas, sujetándose a los límites mínimos y máximos establecidos en el código y es justamente la determinación del juez la que se toma en cuenta para la aplicación de las reglas.

CAPITULO III**UBICACION DEL CONCURSO DE DELITOS EN EL DERECHO PENAL****1. RELACION ENTRE EL CONCURSO DE DELITOS Y EL DELITO CONTINUADO**

El delito es un episodio de la conducta humana el que puede manifestarse una o más veces dentro de una serie de modos de conducta. Es necesario aislar e individualizar cada delito como hecho humano, de manera que puedan contarse los delitos, este es el objeto que ha perseguido la teoría de la unidad y pluralidad de delitos. Averiguar cuantos hechos deben ser calificados como integrantes de un solo delito y cuándo son integrantes de varios delitos.

Los tratadistas estudian la unidad y pluralidad delictiva y bajo estos rubros encontramos las distintas situaciones que se van a dar al apreciar cuantitativa y cualitativamente los delitos, los que se resumen a continuación:

Unidad de delito por unidad de hecho, no obstante el encuadramiento de éste en más de una figura; o como nos dice Carranca y Trujillo, pero también es uno el delito cuando, habiendo unidad de acción, hay pluralidad de resultado haciendo clara alusión al concurso ideal.

Pluralidad de hechos no independientes es decir cuando hay pluralidad de acciones parciales que concurren entre todas a integrar un solo resultado, también el delito es uno solo y se denomina continuo (delito continuado).^{43/}

Pluralidad de hechos independientes con pluralidad de resultados (concurso real de delitos o pluralidad de delitos).

Como expuse con anterioridad al momento de desarrollar las formas de presentación del delito, el concurso de delitos como instituto jurídico, alcanza su mayor grado de importancia, en la aplicación de la pena, pero no por ello debemos olvidarnos que en última instancia lo que define la aplicación de la pena es el sistema jurídico punitivo que haya adoptado la legislación.

Quedó establecido que no existe homogeneidad dentro de la legislación comparada, pues unas legislaciones adoptan uno u otro sistemas de punición en cuanto a la aplicación de las reglas del concurso. Es por ello que la relación que aquí se trata de establecer entre el concurso de delitos propiamente dicho y el

⁴³ Carranca y Trujillo, Raúl. Ob. Cit., Pág. 672

delito continuado, se harán tomando como base la legislación guatemalteca, que es representativa de un número de legislaciones que han adoptado el mismo sistema de penalización, los que se diferencian entre sí por algunas variantes que pueden ser o no trascendentes, al menos para efectos de estudio.

La relación entre ambos institutos es estrictamente de coincidencia; es decir que existe un común denominador entre el concurso ideal y el delito continuado; y es que ambos, encuentran su fundamento en una mera ficción jurídica. Analicemos esto. Si el cobrador de una empresa ha sustraído periódicamente ciertas cantidades del dinero cobrado, comete el delito de apropiación y retención indebidas continuados. Si a este cobrador se le hubiera sorprendido en la primera o segunda o tercera ocasión que cometió el hecho delictivo, se hubiera hecho acreedor de la pena correspondiente al delito en mención, por lo tanto cada una de las ocasiones constituye un delito con todos sus elementos positivos, individualmente considerado. No obstante lo anterior, la ley, para beneficio del delincuente, considera cada una de las ocasiones, como hechos parciales dependientes entre sí, constitutivos de un único delito, fundamentándose para el efecto en una mera ficción jurídica.

La ficción jurídica en esencia es un efecto de fingir, es simular o dar la apariencia con creación imaginativa. En el presente caso la ficción jurídica debe interpretarse como la suposición que la ley hace atribuyendo a una persona o cosa calidad o circunstancias que no le son propias o naturales y de ahí que existe un sutil paso de la ficción a la presunción, pues la primera da como verdadero un hecho falso; mientras que la segunda suple la prueba de un hecho verdadero.

Según lo apuntado, la ley misma admite como verdadero algo que no lo es. No cabe duda por lo tanto que la ficción jurídica trata en todo caso de hacer más benigna la aplicación de la pena, teniendo en todo caso un sentido eminentemente humanista.

La ficción jurídica no es exclusiva del delito continuado, también el concurso ideal se fundamenta en ésta, pues en este caso lo plural es la encuadración típica, más no la conducta punible, tal como quedó explicado anteriormente.

La relación entre el concurso de delitos (esencialmente el concurso ideal) y del delito continuado es que ambos se fundamentan en una ficción jurídica; en ambos casos la ley utiliza el sistema de la absorción para la apreciación del hecho, sin embargo para la aplicación de la pena da un giro hacia el sistema de la acumulación jurídica. Con ambos institutos jurídicos se persigue, precisamente, evitar el exceso innecesario en la represión, al penar con menor severidad a quien ha cometido un solo delito que a quien ha cometido varios.

Es importante aclarar que los presupuestos jurídicos del concurso ideal y el delito continuado difieren absolutamente, por ejemplo en el concurso ideal de delitos pueden concurrir delitos de diverso encuadramiento, es por ello que el que tiene asignada la mayor pena absorbe a los otros menores, mientras que en el delito continuado los delitos que concurren encajan en un solo encuadramiento. La ficción jurídica que sustenta estos dos institutos, tiene sus orígenes en concepciones absolutamente diferentes, de ahí la diferencia temporal de la regulación de ambos institutos.

2. UBICACION DE AMBOS INSTITUTOS DENTRO DEL DERECHO PENAL

Es generalizado el criterio de hacer un deslinde cuando se estudia el derecho penal. Los ius penalistas presentan inicialmente la denominada parte general del derecho penal. Entre otros temas, suele tratarse aquí las doctrinas penales, la evolución histórica del derecho penal, la ley penal, el delito y sus elementos, causas que excluyen o modifican la culpabilidad, el desarrollo del delito y sus distintas formas de aparición, la pena, la penología, etc. El segundo gran rubro es dedicado a examinar las figuras delictivas, los elementos o requisitos para su tipificación, es decir el encuadramiento del comportamiento humano dentro de una figura previamente determinada, sustentada tal actividad moral y técnicamente en el principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Como quedó apuntado, las distintas formas de aparición del delito es tema principal de la primera parte del derecho penal, denominada también parte general. Vale mencionar que la parte general (visto desde el punto de vista de la ley) sirve al estudio y a la misma ley de fundamento, es decir en la parte general se sientan las bases de una aplicación correcta de la ley, dá las pautas que orientan al juzgador a la hora de impartir justicia. La parte general, además debe observarse como el parámetro principal sobre la que el juzgador apoya su decisión y donde encuentra el límite de sus facultades.

Las distintas formas de aparición del delito, dentro de las que se encuentra, como ya se dijo el concurso de delitos, son estudiadas en la parte general. Tanto los tratadistas como las legislaciones le donominan *unidad y pluralidad de delitos*, otros le llaman *unidad y pluralidad de hechos y de delitos*; hay quienes le han llamado *unidad y pluralidad de acciones* y la gran mayoría le denominan simplemente *concurso de delitos*.

Según las consideraciones anteriores, es lógico ubicar al concurso de delitos dentro de la parte general del derecho penal.

Sin separarse de la parte general, algunos ius penalistas como

Ricardo C. Núñez creen que lo que atañe a las consecuencias del concurso debe ser tratado en la teoría de la pena, pero sin duda el problema del concurso como ya se dijo, se resuelve en definitiva, por la determinación de la pena aplicable, pero ese resultado no se deduce de la teoría de la pena, sino del sistema legal adoptado para sancionar el concurso de delitos.

Una gran mayoría de legislaciones acumula las penas para el concurso ideal y para el delito continuado, o aumenta el máximo de la pena mayor y eso nunca podría deducirse de la teoría de la pena, sino de la regulación legal del concurso.

Por no ser el concurso de delitos una figura delictiva, damos por descontado que no puede tratarse bajo ningún punto de vista dentro de la parte especial o segunda parte del derecho penal. Es necesario mencionar que el concurso de delitos sin una figura delictiva, no tiene vida propia, pues el delito es el alma de los institutos jurídicos, y es más, es el eje fundamental del derecho penal, como dijera De Mata Vela.

En conclusión el concurso y el delito continuado se ubica real y metodológicamente en la parte general del derecho penal, misma ubicación que sigue en la ley penal. Asimismo, el problema que ofrece el concurso no debe ser tratado dentro de la teoría de la pena, sino de la regulación legal del concurso, la cual estará orientada por los principios, de los que nos ocupamos en el capítulo anterior.

El código penal guatemalteco, situó este instituto jurídico dentro de la parte general, título IV, capítulo III, bajo la denominación Concurso de Delitos. En el se incluye el concurso real, el concurso ideal y el delito continuado. Creemos que la regulación del concurso en el código penal, es una conquista de la legislación penal guatemalteca, en favor de la persona del delincuente, que ha caído dentro del ámbito del concurso en cualesquiera de sus manifestaciones, principio que no se observaba en los códigos penales anteriores al penúltimo y al vigente.

3. OTROS INSTITUTOS JURIDICOS PENALES SEMEJANTES AL CONCURSO DE DELITOS

Dentro del contexto del derecho penal, existen varios institutos que por sus elementos constitutivos guardan semejanza con el concurso de delitos y el delito continuado. Como el presente trabajo no está dedicado a la averiguación exhaustiva de otros institutos, haremos una exposición de los mismos, advirtiendo que no se entrará al análisis profundo de sus elementos. En el orden, expondremos primero los institutos o figuras que guardan cierto grado de similitud con el concurso de delitos (concurso real y

concurso ideal) y posteriormente, los afines al delito continuado.

3.1 Concurso de leyes

Conocido también como concurso de figuras y tiene similitud con el concurso ideal; sin embargo en el concurso ideal los tipos penales no se excluyen entre sí; en tanto que en el concurso de leyes o figuras se excluyen, se reemplazan, ceden el uno ante el otro u otros. La consecuencia es que, mientras el concurso ideal se aplica según el sistema que la ley adopte, la pena mayor, en el concurso de de figuras se aplica la correspondiente al tipo con mayor número de requisitos, a la ley especial, o a la remanente cuando la configuración del hecho más grave quede descartada.

En el concurso de leyes prevalece una figura con respecto a la otra, sin tomar en cuenta la mayor o menor severidad de las penas; en tanto que en el concurso ideal lo que se debe decidir es, cuál es la pena aplicable.

Puig Peña propone el nombre de colusión de normas penales, ya que no se trata de una pacífica concurrencia de leyes sino de una pugna o conflicto entre ellas por querer regular de modo unilateral el caso concreto.

En conclusión, cuando a una misma acción son aplicables dos o mas preceptos penales que se excluyen entre sí reciprocamente, existe el llamando concurso de leyes. Sin duda la semejanza con el concurso ideal es que en éste existe también una única acción y pluralidad de normas violadas, pero mientras en el concurso ideal hay una concurrencia de preceptos que son compatibles, en el concurso de leyes existe una oposición entre preceptos que se excluyen entre sí.

3.2 La reincidencia

Si la reincidencia tiene alguna similitud con el concurso de delitos, probablemente sea con el concurso real de delitos, pues en éste varios hechos son juzgados conjuntamente; en la reincidencia se condena por un hecho a quien ya ha sido condenado en sentencia firme por otro delito de igual o diferente naturaleza. Explicando mas ampliamente este tema, se dice que hay reincidencia, siempre que el condenado por sentencia ejecutoriada dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido desde el cumplimiento de la condena un plazo igual al de la prescripción de la pena.

La diferencia procesal entre la reincidencia y la acumulación o concurso real, es que en la primera ha recaído sentencia firme con relación a alguno de los delitos y en la segunda no la hay (sentencia) por ninguno.

No obstante lo dicho, Eugenio Cuello Calón nos dice que la reincidencia requiere que el culpable estuviere ejecutoriadamente condenado por otro u otros delitos en el momento de delinquir. Agrega además una figura muy similar a esta y es la reiteración que exige que el delito o delitos anteriores al último hayan sido castigados. ^{44/}

Nuestro código penal contempla este instituto jurídico dentro de las circunstancias agravantes y nos dice que *Es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena.*

3.3 Delito Progresivo

Esta no es sino una forma de apreciar una figura delictiva en sus distintos momentos, pues estos delitos son o pueden ser elementos constitutivos de otro delito y por consiguiente es un presupuesto de éste. Con mucho rigor doctrinario Mancini nos dice que el verdadero concurso ideal no debería tener su fundamento en una ficción jurídica, pues, el concurso meramente ideal se verifica solamente respecto a aquel delito particular que está previsto como elemento constitutivo o circunstancia agravante de otro. ^{45/}

Por ejemplo, el agente que sea culpable del delito de lesiones, si previamente ha insultado y además agredido a su víctima. En este caso el delincuente inicialmente había insultado de palabra a su víctima, posteriormente la agredió y como resultado de la agresión de produjo las lesiones; por lo tanto, los delitos o faltas previstas, cedieron su lugar al delito principal de lesiones, pero no los desecha, sino los incluye (véase artículo 141 del Código Penal).

Entramos ahora a indicar las figuras e institutos jurídicos que guardan similitud con el concurso de delitos, siempre con la advertencia de la superficialidad con que se trata el tema.

3.4. Delito permanente

Vale señalar que la contraparte del delito permanente es el delito instantáneo, ya que la consumación de éste se produce en un instante; caso contrario ocurre con el delito permanente, el tiempo de consumación puede prolongarse en el tiempo, manteniéndose así invariablemente una situación típicamente antijurídica y culpable.

La diferencia con el delito continuado estriba en que éste se

⁴⁴ Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit., Pág. 683

⁴⁵ Manzini, Vincenzo. Ob. Cit., Págs. 388-389

configura con una pluralidad de hechos, cada uno de ellos con todas las características de un delito, es decir que es necesario que la violación de la ley sea repetida; mientras que en el delito permanente la ley es violada una sola vez estando el delito siempre en vías de continuación, no habiendo cesado el estado considerado delictuoso por la ley. ^{46/} Caso típico de este delito es el secuestro, que se prolonga o permanece todo el tiempo que la víctima permanece en poder del o los secuestradores. En este caso los efectos de la acción (secuestro) se prolongan sin interrupción por más o menos tiempo, es decir continúa manifestándose por un tiempo más o menos largo. ^{47/}

Este delito es conocido por los jus penalistas también como delito continuo, y al igual que el delito continuado, es un instituto jurídico y no un título de delito.

3.5 Delito habitual

En el delito habitual o delito hábito, lo mismo que en el continuado, se unifica jurídicamente una pluralidad de conductas similares separadas por intervalos de tiempo. Pero, mientras en el delito habitual cada uno de los episodios agrupados no es punible en sí mismo, sino que pertenece a la pluralidad de actos requerida en el tipo para configurar el hecho punible; en el delito continuado, como ya se señaló repetidamente, cada una de las conductas agrupadas reúne por sí sola las características del hecho punible. ^{48/}

En el delito habitual la pluralidad de actos es un elemento del tipo, es decir que está constituido por una serie de actos cada uno de ellos impune considerado individualmente, pero punible como un delito único en cuanto se repiten y manifiestan un hábito en su autor. No hay, pues, delito sin el elemento habitualidad, con la misma función que cualquier otro elemento del delito (ejemplo de ello podría ser el ejercicio ilegal de la medicina y la usura); en cambio en la continuidad, cada acto es punible y el conjunto constituye un delito.

3.6. La habitualidad

Carranca y Trujillo nos dice que la habitualidad surge si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será

⁴⁶ Manzini, Vincenzo. Ob. Cit., Pág. 425

⁴⁷ De León Velasco, Hector Aníbal
De Mata Vela, José Francisco. Ob. Cit., Pag. 203

⁴⁸ Fontán Balestra, Carlos. Ob. Cit., Pág. 62

considerado como delincuente habitual. ^{49/}

El código penal guatemalteco dice que se declarará (en sentencia) delincuente habitual, a quien, habiendo sido condenado por mas de dos delitos anteriores, comete otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, habiendo o no cumplido las penas. En este instituto jurídico se presenta la disyuntiva, de que, si la tentativa debe considerarse para la habitualidad y si los delitos no penalizados también cuentan para declarar la misma. No entramos a dilucidarlo, pues esto podría ser el tema de un trabajo. Queda claro pues, que no es lo mismo delito habitual que habitualidad.

3.7 Delitos de estado.

Son aquellos en que se crea una situación antijurídica, cuya terminación, a diferencia del delito permanente, no depende de la voluntad del sujeto, tal como ocurre en la bigamia ^{50/}

3.8 Delito masa.

Este se produce cuando mediante una o varias acciones, cada una de las cuales constituye una violación del mismo precepto penal, se lesionan, con unidad de propósito, bienes jurídicos de un conjunto o masa de personas, determinadas o indeterminadas, y no personificadas jurídicamente. ^{51/}

El delito masa, no es una ficción jurídica como el delito continuado, sino una unidad natural, ya que aunque esté compuesto no de una, sino de varias acciones, éstas según la doctrina jurisprudencial, se unifica en virtud de la especial configuración del sujeto pasivo y del propósito del autor, que se dirige al resultado total obtenido o perseguido. Los requisitos para el delito masa son: a) unidad o pluralidad de acciones; b) unidad de precepto penal violado; c) unidad de propósito; y d) sujeto pasivo masa.

Del ámbito del delito continuado hay que excluir también los casos de una ejecución fraccionada del delito, correspondiente a una imposibilidad material de cometerlo con un solo acto, o debido a que así se planificó. El ladrón que penetra en la casa que con la intención de expoliarla y coge un objeto tras otro; al tomar cada una de las cosas realiza todos los elementos del delito de hurto, pero no hay mas que un hurto por la totalidad.

⁴⁹ Carranca y Trujillo, Raúl. Ob. Cit., Pág. 680

⁵⁰ Rodríguez Davesa, José María. Ob. Cit., Pág. 797

⁵¹ Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit. Pág. 675

CAPITULO IV

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

1. JURISPRUDENCIA EN LOS TRIBUNALES DE LA REPUBLICA

En el presente capítulo se analizarán algunos procesos seguidos en los Tribunales de Justicia de República, sobre casos que aparejan concurso real e ideal de delitos y delito continuado.

Es necesario hacer la salvedad de que la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, lleva un registro estadístico de los casos sobre los cuales ha pasado autoridad de cosa juzgada, pero éste no es suficiente para poder determinar con precisión, si se ha sentado jurisprudencia sobre una materia específica, entendiéndola jurisprudencia, con todos los elementos/requisitos necesarios que dicta la doctrina para que se produzca.

Dicho sea de paso, en Guatemala para que pueda sentarse jurisprudencia se hace necesario que los fallos sean pronunciados por los tribunales de casación o se la Corte Suprema de Justicia, que constituye la más alta jerarquía dentro de la organización judicial.

Aun cuando los fallos en el mismo sentido carezcan de aplicación erga omnes, tienen una eficacia orientadora y, en general se respeta por todos los tribunales, siquiera sea para evitar la revocación de las sentencias, cuando ellas son recurribles ante la Corte Suprema.

No obstante y abundando en lo manifestado anteriormente, la falta de una información sistemática y cualitativa al interior de los Tribunales y del Colegio de Abogados, hace que se desconozca la orientación que se sigue para resolver ciertos casos. A lo anterior habría que agregar la escasa temporalidad de los magistrados en sus cargos, debido a las cambiantes circunstancias políticas que imperan en el país.

1.1 Casos de Concurso ideal o formal de delitos.

CASO NUMERO UNO (un mismo hecho constituye dos o más delitos)

José Fernando Rodríguez Acuña, auxiliar administrativo de la empresa comercial TACRE DE GUATEMALA, S.A. con evidente abuso de confianza se apoderó ilegítimamente de un cheque sin firma, propiedad y de giro de la empresa, falsificando la firma registrada y cobrando la cifra de doce mil quetzales. Para normalizar el saldo bancario en libros, emitió una nota de débito de ajuste, con la que pretendió justificar el retiro bancario.

Figura delictiva: Falsificación de documentos privados y Caso especial de estafa en CONCURSO IDEAL.

Pena impuesta: Dos años y ocho meses de Prisión inconvertibles, (dos años de base aumentados en una tercera parte); y multa de dos mil quetzales.

Responsabilidades

Civiles: Doce mil quetzales

Se suspendió la pena.

CASO NUMERO DOS (como medio necesario para cometer otro)

Conozcamos la sentencia dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Sentencia del del Departamento de Chiquimula.

Procesados: Benjamín García García
Sarvelio López Gómez
Fidel Alonso (sin otro apellido)
José Felipe (sin otro apellido)

Figuras delictivas: Homicidio, Detención Ilegal y Coacción, cometidos en Concurso Ideal.

JUZGADO PRIMERO DE PRIMERA INSTANCIA: Chiquimula, veintidos de octubre de mil novecientos noventa y dos. Se tiene a la vista para dictar sentencia en contra de los procesados BENJAMIN GARCIA GARCIA, SARVELIO LOPEZ GOMEZ, FIDEL ALONSO Y JOSE FELIPE (sin otro apellido), por los delitos de HOMICIDIO, DETENCIONES ILEGALES Y COACCION..... DE LOS HECHOS CONCRETOS Y JUSTICIABLES: Con fecha veinticuatro de febrero del año en curso, se abrió juicio penal dentro de las presentes diligencias, formulándoseles a los procesados de marras, como concreto y justiciable los hechos siguientes: a) "Que usted BENJAMIN GARCIA GARCIA, acompañado de Sarvelio López Gómez, Fidel Alonso, José Felipe (sin otro apellido) el dieciocho de enero de mil novecientos noventa y dos, a las siete de la noche se presentó a la casa de la señora Arcadia García, la cual se encuentra ubicada en la aldea Colmenas del municipio de Jocotán de este departamento y con lujo de fuerza detuvo al señor Juan Gómez García, privándole de su libertad pues los condujo hacia la escuela, ubicada en la mencionada aldea, en donde lo mantuvo atado de ambas manos hasta las doce de la noche. b) " Que usted Benjamín García, acompañado de los señores indicados anteriormente, el día ya mencionado, en horas de la madrugada dispuso conducir al señor Juan Gómez García, hacia la Policía Nacional del municipio de Jocotán de este departamento, pero por razones ignoradas cambió de idea y decidió llevarlo hacia el lugar denominado Cueva de Tule, de la

aldea Tatutú del relacionado municipio y atando de ambas manos al relacionado señor le colocó un lazo de maguey al cuello, estrangulándole así de esta manera, causándole la muerte instantáneamente, ocultándole en la mencionada cueva para evitar así ser encontrado, informando a la Policía Nacional posteriormente al hecho, que dicho sujeto en el trayecto de su conducción había escapado. c) "Que usted BENJAMIN GARCIA GARCIA, en compañía de Sarvelio López Gómez, Fidel Alonso, José Felipe (sin otro apellido), el dieciocho de enero de mil novecientos noventa y dos, a las siete de la noche con treinta minutos, en el interior de la escuela de la aldea Colmenas del municipio de Jocotán de este Departamento, sin estar legítimamente autorizado, mediante procedimiento violento, pues para ello ató de ambas manos al menor Anibal Gómez García, al tratar éste de defender a su señor padre Juan Gómez García, intimidándole, expresándole textualmente "Te vamos a soltar y alguna cosa que le suceda a tu padre no tener derecho a brincar y si brincas a toda la macoya nos vamos a sacar"; consintiendo en esta forma el mencionado menor, por temor, que se llevaran a su padre; hecho éste y los anteriores por los cuales fue detenido y de consiguiente se le tramita proceso penal. (iguales hechos les fueron pronunciados a los otros procesados).....

CONSIDERANDO:

DE LA CALIFICACION DE LOS HECHOS: Conforme a nuestra ley sustantiva penal comete el delito de Homicidio quien diere muerte a alguna persona; comete el delito de Detenciones ilegales la persona que encerrare o detuviere a otro, privándolo de su libertad; asimismo comete el delito de Coacción quien sin estar legítimamente autorizado, mediante procedimiento violento, intimidatorio o que de cualquier forma compela a otro, obligue a éste para que haga o deje de hacer lo que la ley no le prohíbe, efectue o consienta lo que no quiere o que tolere que otra persona lo haga, sea justo o no. De los hechos probados que ya fueron analizados, se desprende que éstos son los delitos que se configuran y por los cuales debe sancionarse a los enjuiciados; además de conformidad con nuestra ley sustantiva ya mencionada, al responsable de dos o mas delitos, se le impondrá todas las penas correspondientes a las infracciones que haya cometido a fin de que las cumpla sucesivamente, principiando por las más graves, en aplicación del concurso real de delitos..... en consecuencia quien juzga estima procedente imponer a los procesados BEJAMIN GARCIA GARCIA, SARVELIO LOPEZ GOMEZ, FIDEL ALONSO Y JOSE FELIPE (sin otro apellido), por el delito de Homicidio, la pena de DIEZ AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES; por el delito de Detenciones Ilegales, la pena de UN AÑO DE PRISION CONMUTABLE en su totalidad a razón de UN QUETZAL diario; y por el delito de Coacción, la pena de UN AÑO DE PRISION CONMUTABLE en su totalidad, a razón de UN QUETZAL diario; dichas penas las deberán cumplir los procesados anteriormente indicados, una a continuación de otra principiando por la de mayor pena.....

PARTE RESOLUTIVA:

POR TANTO: Este juzgado, con base en los anteriormente considerado, leyes citadas, al resolver, DECLARA: I) Que BENJAMIN GARCIA GARCIA, SARVELIO LOPEZ GOMEZ, FIDEL ALONSO y JOSE FELIPE (sin otro apellido), son autores responsables de los delitos de Homicidio, Detenciones Ilegales y Coacción, por el cual se habrió juicio penal en su contra; II) Por cuya infracción a la ley penal se les impone a cada uno de ellos la pena de DIEZ AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES en su totalidad por el delito de Homicidio; UN AÑO DE PRISION CONMUTABLE en su totalidad a razón de UN QUETZAL diario, por el delito de Detenciones Ilegales; así como UN AÑO DE PRISION CONMUTABLES en su totalidad a razón de UN QUETZAL diario, en cuanto al delito de Coacción; III) Dicha pena que con abono de la prisión efectivamente padecida desde el momento de su detención, la deberá cumplir en el Centro Penal que determine la Presidencia del Organismo Judicial..... f) Juez f) Secretario

La honorable Sala Sexta de la Corte de Apelaciones de Zacapa, con fecha dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y tres, estudió en consulta el fallo anterior modificándolo sustancialmente, de la manera siguiente:

1. Se trata de los delitos de Homicidio, Detención Ilegal y Coacción, cometidos en CONCURSO IDEAL, pues se trata de que un solo hecho constituye dos o mas delitos.
2. Se les impuso la pena de nueve años de prisión incommutables, aumentada en una tercera parte (tres años), lo que hace un total de doce años de prisión.

Analicemos el caso a la luz del artículo 70 del Código Penal.

Nos encontramos en presencia de un hecho (con varias acciones) en la que se cometió inicialmente la detención ilegal del señor Juan Gómez García; seguidamente se produjo el homicidio de la persona detenida y posteriormente se dió la Coacción en contra del menor Anibal Gómez Pazos, hecho que configura el concurso ideal de delitos.

Este hecho fue cometido bajo las siguientes circunstancias:

10. **Unidad de agente:** Considerados los participantes (todos como autores). En este caso hay unidad de agente, pues debe tenerse a los copartícipes como una unidad real de comisión delictiva.
20. **Unidad de propósito delictivo:** Todos los que participáron en el hecho los unia un único propósito delictivo, pues en la calificación de la participación se les señala como coautores.
30. **Pluralidad delictiva:** Los delitos cometidos, individualmente considerados consisten en Detenciones Ilegales, Homicidio y

Coacción, es decir tres resultados de un solo hecho.

- 4o. *Nexo necesario de medio a fin entre los hechos antijurídicos.* Tal y como quedó anotado en la parte conducente que de la sentencia se incluye arriba, existe una cadena de eventos perfectamente relacionados que dieron como resultado los tres hechos delictivos en forma sucesiva.
- 5o. *Resultado antijurídico.* Cada uno de los delitos representa en su unidad y en conjunto, tres resultados antijurídicos, es decir la violación de tres preceptos preestablecidos por la ley, como delitos.

Vale señalar que en la práctica, tal y como lo dejé indicado en las consideraciones generales del concurso de delitos, es muy sutil y fragil el puente que une al concurso real y al ideal, tal y como quedó demostrado en la sentencia analizada, pues el juzgado de primera instancia lo calificó como concurso real de delitos, mientras que la sala jurisdiccional, modificando el fallo lo encuadró como concurso ideal de delitos. En todo caso y mi apreciación personal se inclina al criterio de la sala, pues la pluralidad delictiva es producto de una misma y única resolución criminal de los agentes.

1.2 Casos de Concurso real o material de delitos.

CASO NUMERO UNO

FERMIN IXCOT SOLIS, empleado como vaquero de la finca "El Cielito" propiedad del señor Francisco Girón Arana, en el parcelamiento Nueva Concepción, Cuyotenango, Suchitepequez, aprovechándose de su trabajo de campo, con el propósito de apropiárselos, sustrajo de la finca, cuatro novillos braham, conduciendolos hacia la finca vecina. Momentos más tarde el caporal de la finca señor Elvidio Foronda Popol se percató del hecho y al momento de inquerirlo sobre el mismo, fue agredido por Ixcot Solís a machetazos, causándole la muerte en el mismo lugar.

Figuras delictivas: Hurto Agravado
Homicidio

Pena impuesta: Quince años de prisión inconvertibles (doce por el homicidio y tres por el hurto agravado)

Responsabilidades civiles: Tres mil quetzales

La Sala jurisdiccional confirmó el fallo de primera instancia.

CASO NUMERO DOS

Veamos la *sentencia dictada por el Juzgado Quinto de Primera Instancia Penal de Sentencia.*

Procesado: Ottoniel Aguilar Blanco

Figura Delictiva: Homicidio doble en concurso real de delitos

JUZGADO QUINTO DE PRIMERA INSTANCIA PENAL DE SENTENCIA. Guatemala, seis de Febrero de mil novecientos noventa. Se tiene a la vista para dictar sentencia el proceso seguido contra OTTONIEL AGUILAR BLANCO, por dos delitos de HOMICIDIO, aparecen como ofendidos DE LOS HECHOS CONCRETOS Y JUSTIFICABLES: Al procesado se le señalaron los siguientes hechos concretos y justificables: "Porque usted OTTONIEL AGUILAR BLANCO, el catorce de abril de mil novecientos ochenta y nueve, a eso de las veinte horas aproximadamente, penetró a la residencia del señor Amaury Amaya, ubicada en la treinta y cuatro avenida A trece guión dieciséis de la zona cinco, colonia Abril, de esta ciudad capital y con el arma de fuego que portaba y con ánimo de dar muerte ocasionó al referido señor Amaury, tres heridas de en diferentes partes del cuerpo las cuales le ocasionaron la muerte en el mismo acto, dándose posteriormente a la fuga, atentando con tal hecho en contra de la vida de las personas." "Porque el día quince de mayo del año en curso, momentos antes de las once horas con treinta minutos, en la novena avenida y quince calle A de la zona uno, de esta ciudad, usted OTTONIEL AGUILAR BLANCO, dió muerte al señor Edwin Jonathan Cruz Lobos a quien con un revolver calibre treinta y ocho especial, marca Smith & Wesson le hizo cuatro disparos provocándole cuatro heridas penetrantes del cráneo y torax, dándose posteriormente a la fuga, siendo capturado en ese momento por un agente de la autoridad quien le incautó en la mano derecha el arma en mención".....

C O N S I D E R A N D O :

DE LA CALIFICACION DE LOS HECHOS Y SUS CIRCUNSTANCIAS: Los hechos atribuidos al procesado y que quedarán debidamente probados se encuadran dentro de los elementos que configuran el delito de HOMICIDIO y al haberse acreditado la comisión de las dos infracciones de igual naturaleza, realizadas en diferentes relaciones de causalidad, las mismas constituyen DOS DELITOS DE HOMICIDIO COMETIDOS EN CONCURSO REAL DE DELITOS, siendo que en ambos hechos criminosos se evidenció, fueron llevados a cabo con previsión del resultado querido o esperado y el dolo de muerte, lo cual se deduce del medio utilizado y la localización de las lesiones que le infiriera a los hoy fallecidos Amaury Amaya y Edwin Jonathan Cruz Lobos, concurriendo como circunstancias modificativas de su responsabilidad penal, las agravantes de haber ejecutado los ilícitos con alevosía al emplear medios y formas que tendían directa y especialmente a su ejecución sin

riesgo para su persona, proveniente de la defensa que pudieran haber ejercido sus víctimas, así también, empleando medios para asegurar su fuga de la escena del crimen como lo fue el traslado realizado en un vehículo automotor luego de darle muerte a Amaury Amaya, con menosprecio del lugar al haberlo ejecutado en la morada el último mencionado.....

C O N S I D E R A N D O :

DE LAS PENAS A IMPONER: Que el juez determinará en sentencia la pena que corresponda dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, sus antecedentes personales y los de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado, así como la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad penal, apreciadas tanto por su número como por su entidad e importancia. En el presente caso, la norma penal violada por el encartado y que califica el delito de HOMICIDIO, tiene asignada una pena de prisión que vá de ocho a veinte años, la cual dado el concurso real de delitos corresponde imponer en forma separada por cada infracción cometida a fin de su cumplimiento en orden sucesivo principiando por la más grave; por lo que el juzgador tomando en cuenta las razones al inicio apuntadas, la mayor peligrosidad del responsable, dada la naturaleza del delito, los móviles del mismo, circunstancias en que fueron cometidos, la extensión e intensidad de los daños causados y la concurrencia de las circunstancias modificativas de responsabilidad penal como son las agravantes enumeradas en el apartado de calificación de los hechos, estima procedente imponer al procesado las sanciones correspondientes a la forma siguiente:

A) Por el delito de Homicidio perpetrado contra la persona de Amaury Amaya, lo condena a DIEZ AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES; B) Por el delito de Homicidio perpetrado contra la persona de Edwin Jonathan Cruz Lobos, lo condena a DIEZ AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES; mas las penas accesorias correspondientes.....

POR TANTO: Este juzgado con base en los considerado y leyes citadas al resolver, DECLARA: I) Que el procesado OTTONIEL AGUILAR BLANCO, es penalmente responsable como autor de DOS DELITOS DE HOMICIDIO, cometidos en concurso real de delitos; II) Que por los delitos cometidos y conforme lo analizado en el apartado respectivo, le impone las sanciones respectivas de la forma siguiente: A) Por el delito de Homicidio perpetrado contra la persona de Amaury Amaya, lo condena a DIEZ AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES; B) Por el delito de HOMICIDIO perpetrado contra la persona de Edwin Jonathan Cruz Lobos, lo condena a DIEZ AÑOS DE PRISION CON CARACTER INCONMUTABLE, penas que deberá cumplir en el centro que para el efecto designe la Presidencia del Organismo Judicial, con abono de la prisión efectivamente sufrida desde el momento de su detención; III) Como penas accesorias.....

f) Juez f) Secretario

La Honorable Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones, conoció en apelación el fallo anterior, y el doce de junio de mil novecientos noventa y dos se pronunció de la manera siguiente: "Por consiguiente, estando acreditados los hechos delictivos investigados y la culpabilidad del acusado, por imperativo legal ha de mantenerse en su contra la sentencia condenatoria impugnada

..... POR TANTO: Esta Sala, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, al resolver CONFIRMA la sentencia apelada. Notifíquese, y con certificación de lo resuelto devuélvase los antecedentes al juzgado de procedencia. ff) magistrados

Analicemos el caso de conformidad con el Artículo 69 del Código Penal: El procesado es responsable de dos delitos de homicidio, por los cuales se le ha condenado separadamente por cada uno de los delitos, cuyas penas deberá cumplir sucesivamente. Para efectos de estudio concurren en este caso, las circunstancias siguientes:

10. Una persona autora de dos hechos delictivos. El procesado es responsable de dos delitos de homicidio cometidos obviamente contra diferentes personas y en diferentes fechas.
20. Concurrencia de pluralidad de intenciones delictivas. Cada vez que el agente cometió un homicidio, llevaba consigo una intención criminosa, en este caso diferente la primera de la segunda, o como dicen los jus penalistas, llevaba una intención renovada.
30. Que se produzcan diversas infracciones, cada una de las cuales constituya un delito. En el presente caso se produjeron dos infracciones (homicidios) cada uno de los cuales constituye un delito, por lo tanto estamos en presencia de dos delitos.
40. Que ninguna de las infracciones haya sido penada con anterioridad. En el presente caso no se había procesado ni dictado sentencia por ninguno de los dos delitos cometidos,

Concluimos el análisis, con la certeza de haber presentado un caso típico de Concurso Real o Material de Delitos.

1.3 Casos de delito continuado.

CASO NUMERO UNO.

Juan Carlos Pivaral (único apellido) en diferentes oportunidades, ocupando el cargo de bodeguero de la empresa Listex, S.a., propiedad de Alejandro Abularach, sustrajo entre las bolsas de sus pantalones, diferentes mercaderías, de las que se encontraba

almacenadas en dicho lugar, ascendiendo lo sustraído a la suma de cuatro mil docientos quetzales, vendiendo estos a diferentes personas.

Figura delictiva: HURTO AGRAVADO CONTINUADO

Pena impuesta: TRES AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES

Responsabilidades Civiles: QUINIENTOS QUETZALES

No se suspendió la pena.

CASO NUMERO DOS

Analicemos ahora una sentencia dictada por el Juzgado Sexto de Primera Instancia de Sentencia del del Departamento de Guatemala.

Procesado: FRANCISCO GALDAMEZ GALVEZ
Figura Delictiva: Delito continuado de estafa

JUZGADO SEXTO DE PRIMERA INSTANCIA DE SENTENCIA: Guatemala, quince de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco. Se tiene a la vista para dictar sentencia, el proceso instruido en este Tribunal contra Francisco Galdamez Galvez, por el delito de estafa mediante informaciones contables. La causa se encuentra en estado de dictar la sentencia que en derecho corresponde.

CONSIDERANDO:

Que con la propia y espontánea confesión del encartado, FRANCISCO GALDAMEZ GALVEZ, quedó plenamente probado lo siguiente: a) que laboró en la entidad mercantil MERCADEO INMOBILIARIA, SOCIEDAD ANONIMA, iniciando su relación laboral el catorce de octubre de mil novecientos ochenta y tres, finalizándola el quince mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, fecha en que fue ascendido a primer oficial de contabilidad de DESARROLLO INMOBILIARIO, SOCIEDAD ANONIMA, propiedad de los mismos personeros de la anterior; b) que en la primera empresa desempeñó el puesto de auxiliar de contabilidad, siendo sus atribuciones recibir dinero de los clientes, extender facturas o comprobantes y hacer la anotaciones en los libros de contabilidad; c) que por circunstancias de tipo económico, principio en mil novecientos ochenta y tres a tomar indebidamente diversas cantidades de dinero, situación que se prolongó por un período de seis meses, ascendiendo el monto de lo defraudado, a la cantidad de cinco mil quetzales; d) que para que no se advirtiera la sustracción, recurría al procedimiento de no extenderles recibos a los clientes que llegaban a cancelar su cuenta, o cuando se los extendía, anulaba la copia y no la operaba en los libros de contabilidad, con el deliberado propósito de que las anomalías pasaran desapersibidas por el contador general y por la auditoría

externa; y e) que temiendo que por haber ocupado otro puesto se descubrieran las sustracciones que había efectuado y careciendo de posibilidades económicas para reponerlas, optó por presentarse al Tribunal competente y confesar su delito, ya que en la empresa en la cual había prestado sus servicios, desconocían su proceder antijurídico. Al siguiente día de su presentación al Tribunal, el representante de la entidad MERCADEO INMOBILIARIA, SOCIEDAD ANONIMA, Alfonso Enrique Alonso Samayoa, presentó la querrela en contra del inodado, denunciando no solo los hechos expuestos, sino otros que aquél había omitido, ascendiendo el monto de lo defraudado a la cantidad de nueve mil doscientos sesenta y seis quetzales, treinta centavos. De consiguiente y estando plenamente acreditada su responsabilidad es el caso de proferir el fallo que en Derecho corresponde.

C O N S I D E R A N D O :

DE LA NATURALEZA DEL DELITO COMETIDO: De conformidad con las circunstancias concretas del caso, el delito debe tipificarse como estafa mediante informaciones contables, por haber mediado todos los elementos necesarios para su realización; pero tomando en cuenta que el inodado verificó las sustracciones en diferentes oportunidades, es el caso de calificarlo como delito continuado por haber concurrido las circunstancias siguientes: I.- Con un mismo propósito o resolución criminal; II.- Con violación de normas que protegían un mismo bien jurídico; III.- En el mismo o en diferente lugar; IV.- En el mismo o en distinto momento, con aprovechamiento de la misma situación; V.- De la misma o de distinta gravedad. Por tal razón la pena de seis meses a cinco años con que está castigado el primero debe aumentarse en una tercera parte, la cual debe graduarse dentro del máximo y del mínimo, tomando en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales entre éste y la entidad perjudicada, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y principalmente por concurrir, la circunstancias atenuantes, de haberse presentado voluntariamente a la autoridad, pudiendo muy bien eludir, la acción de la justicia por la fuga u otro medio idóneo y haber confesado espontáneamente su delito, ya que si bien es cierto que el representante de la empresa, Alfonso Enrique Alonso Samayoa, manifestó en su declaración que desde el veintidos de febrero tuvo conocimiento de la conducta delictiva del encartado, también lo es que tal circunstancia no la puso en conocimiento de la autoridad, haciéndolo hasta el siguiente día en que aquél se presentó al tribunal. Por las razones anteriores debe imponerse la pena de TRES AÑOS DE PRISION, MAS LA MULTA DE DOS MIL QUETZALES..... Este Tribunal DECLARA: a) que el enjuiciado FRANCISCO GALDAMEZ GALVEZ, es autor responsable del DELITO CONTINUADO DE ESTAFA MEDIANTE INFORMACIONES CONTABLES, por lo que le impone la pena de TRES AÑOS DE PRISION que con abono del tiempo padecido deberá cumplir en la Granja Penal designada por la Presidencia del Organismo Judicial;.... e) le impone la multa de dos mil quetzales,.... f) que en concepto de

responsabilidades civiles NOTIFIQUESE.-

La honorable Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones con fecha cuatro de enero de mil novecientos ochenta y seis, estudió en apelación el fallo anterior confirmando la sentencia con las siguientes reformas:

1. Se trata de un delito continuado de estafa.
2. Se impuso la pena de tres años ocho meses de prisión.
3. En concepto de multa, mil quetzales
4. Responsabilidades civiles seis mil quinientos quetzales.

Analicemos el caso de conformidad con los lineamientos del Artículo 71 del Código Penal.

Nos encontramos en presencia de un hecho (integrado por varias acciones) en que se tomó dinero de la empresa Mercadeo Inmobiliaria, Sociedad Anónima mediante ardid, defraudándola patrimonialmente. Esta acción fue cometida bajo las siguientes circunstancias:

10. Con un mismo propósito o resolución criminal. El propósito, en este caso era apropiarse de varias cantidades de dinero, propósito que se consumó al tener el dinero en su poder.
20. Con violación de normas que protegen un mismo bien jurídico de la misma o distinta persona. El caso de estudio se violó una norma que protegía el patrimonio de la empresa Mercadeo Inmobiliaria, Sociedad Anónima, Artículo 276 del Código Penal.
30. En el mismo o en diferente lugar. El hecho fue cometido en el lugar donde el procesado prestaba sus servicios como empleado de la empresa Mercadeo Inmobiliaria, Sociedad Anónima (en el mismo lugar).
40. En el mismo o distinto momento, con aprovechamiento de la misma situación. El hecho delictuoso tuvo lugar en distintos momentos. Principió a apropiarse de diferentes sumas de dinero a finales de mil novecientos ochenta y tres, prolongándose esta situación por espacio de seis meses y durante todo este tiempo se aprovechó de su calidad de empleado de la citada empresa.
50. De la misma o de distinta gravedad. La norma violada fue siempre la misma, por lo tanto los hechos delictuosos fueron siempre de la misma gravedad.

En consecuencia y después de un detenido análisis podemos concluir exponiendo que es un ejemplo típico de delito continuado.

2. ANALISIS CRITICO

La evolución del Derecho Penal a través de la historia jurídica, ha sido demasiado lenta, sin responder al ritmo de los acontecimientos que marcan la historia y del desarrollo humano. Las instituciones penales igualmente se han ido desarrollando lentamente, la mayoría de los cambios que se realizan sufren inicialmente una fuerte oposición, para después no con pocos trabajos superarla y dar paso a innovaciones que traen aparejada corrientes con nuevas formas de pensar, mas ajustado a la realidad de las épocas en que se vive.

El instituto del concurso de delitos, que por supuesto incluye el delito continuado, como lo dejamos apuntado en los antecedentes, ha sufrido pocos cambios desde del momento de su aparición, no obstante haber transcurrido casi quinientos años.

La historia humana ha incorporado a su vida diaria el tema de los derechos humanos, mismos que debieran ser los fundamentos para darle vida a nuevas formas de regulación no solo del concurso de delitos sino de otros institutos jurídicos que han permanecido estáticos por largos siglos. La evolución de nuestro país en materia penal ha sido paralela con del resto de América Latina, es decir, no ha existido un marcado retraso o adelanto en relación a los demás. Europa misma, por el hecho de ser un continente bastante más avanzado que América, debiera tener ventaja en el desarrollo de los institutos jurídicos, mas no es así, existen países europeos en donde no tiene cabida los institutos jurídicos objeto de nuestro tema.

He llegado a la conclusión que la evolución del derecho penal y sus institutos obedece al desarrollo cultural y porque no decirlo, al desarrollo económico y social de los pueblos; dicho en otros términos, a medida que los pueblos se desarrollan van creando la necesidad de mejorar las instituciones que rigen la vida de sus ciudadanos. No obstante lo apuntado, paralelo a la culturización de los pueblos, va también el deterioro humano y moral, que constituye la contraparte para frenar el desarrollo cualitativo y cuantitativo.

Respecto a la humanización del derecho penal hay dos corrientes bien marcadas, las cuales también se hacen notar en Guatemala. Hay quienes piensan que las penas severas inpuestas al delincuente lo inhiben de delinquir y producen un efecto multiplicador hacia el resto de la población; la corriente contrapuesta afirma que las penas severas en nada contribuyen a reintegrar al delincuente a la sociedad como un ente productivo y regenerado, agregando que lo mejor es mantener penas moderadas, pero que paralelamente, se debe desarrollar programas para que el reo se incorpore a la sociedad como ente productivo y útil. Como se puede observar, las posiciones antagónicas de estas corrientes, tienen su origen en las escuelas del Derecho penal,

aunque con algunas modificaciones propias de las nuevas formas de pensar.

Autores como Zafaroni, Bustos Ramírez y Bacigalupo, enfocan el problema del concurso de delitos bajo parámetros ultramodernistas cuya tendencia es tratarlo como un tema secundario, casi al punto de su desaparición. Esta desaparición no es marcadamente intencional, sino que obedece a formas muy prácticas y versátiles de aplicación del derecho penal. Intencionalmente no hemos hecho análisis de sus posiciones doctrinarias debido a que esto sería objeto de un nuevo trabajo, visto desde una perspectiva diferente.

Al desarrollo y a la evolución natural de los pueblos a que hicimos referencia arriba y al deseo de mejorar la aplicación de justicia, obedece que en Guatemala se haya iniciado un proceso de modernización de las leyes penales y penitenciarias promovido por la Presidencia del Organismo Judicial, iniciando lo que se le ha denominado PLAN NACIONAL DE TRANSFORMACION DE LA JUSTICIA PENAL. Quizá uno de los primeros logros de este plan, se ha concretizado con la promulgación de un nuevo código procesal penal, que nos impone una cultura diferente en cuanto al modo de la realización de un juicio penal. Debido a la poca cultura en esta clase de juicios y a las múltiples transformaciones que conlleva el ponerlo en marcha, la vigencia de este código se ha visto diferida ya en dos ocasiones.

Se ha considerado que para que el nuevo proceso tenga los resultados esperados, es necesario hacer una transformación profunda y conjunta de las leyes que directa o indirectamente se relacionan con la justicia penal. Existe pues, un marcado interés en elaborar un nuevo código penal, cuyo contenido se adapte a las innovaciones hechas al proceso penal, lo que considero absolutamente necesario para que todo en su conjunto guarde congruencia. Lo mismo debe hacerse con el resto de leyes que guardan relación con la justicia penal. Las que se mencionan como susceptibles de ser modificadas o sustituidas son, entre otras:

- a) El Código Penal (nuevo código)
- b) Ley del Organismo Judicial (reformas a la ya existente);
- c) Ley del Ministerio Público (nueva ley);
- d) Ley del Sistema Nacional Penitenciario; y
- e) modernización de la administración del patronato de cárceles y liberados.

Al realizarse el cambio total, entre otras cosas, se esperaría que el sistema penitenciario del país pase a depender del Organismo Judicial, y no del Ministerio de Gobernación, como en la actualidad se mantiene, en donde dicho sea de paso se ha evidenciado una ineficiencia administrativa que tiene repercusiones severas para los reclusos.

El análisis anterior, se ha hecho para ofrecer un marco referencial, respecto a los cambios que en el mediano plazo pueden ocurrir en el país en materia penal.

El Código Penal es por lo tanto la ley que guarda relación directa con nuestro tema, (visto en este momento como anteproyecto). A la fecha, hay algunas instituciones públicas y algunas fundaciones, que tienen a su cargo el estudio y promoción del proyecto del nuevo código penal, entre las que podemos mencionar al Ministerio Público; el Programa de Fortalecimiento del Ministerio Público que funciona con el apoyo financiero de la Agencia Internacional para el Desarrollo -AID-; la Unidad de Capacitación, Formación y Desarrollo de Recursos Humanos (de la Corte Suprema de Justicia), la Procuraduría de los Derechos Humanos, la Fundación Mirna Mack, etc.

2.2 Análisis del proyecto del Nuevo Código Penal respecto de la regulación del Concurso de Delitos

Como ya se indicó el país está inmerso en un proceso de cambio de sus leyes penales, proceso que ha sido impulsado por el Organismo Judicial, iniciado en la administración del Doctor Edmundo Vásquez Martínez.

El proyecto del nuevo código penal ha sido favorecido e impulsado por algunas instituciones, como las mencionadas, pero no ha alcanzado la madurez política y técnica-científica necesaria para que se tome en cuenta como una propuesta definitiva con vistas a su promulgación. La ponencia principal ha corrido a cargo del Doctor Alberto Martín Binder, asesor Argentino, en colaboración con el Doctor Alejandro Alvarez y algunos penalistas guatemaltecos de renombre. Como afirma el ponente, para su conformación se utilizó varios modelos, entre ellos el Proyecto Argentino de parte general de 1974, el Proyecto Alternativo Alemán de 1966, la Reforma Parcial Española de 1983, etc., pero especialmente se trabajó sobre el Proyecto de Código Penal para Guatemala elaborado por Sebastián Soler, Benjamín Lemus Morán y Romeo Augusto de León en 1960.

Por lo limitado del tema aquí tratado, no quisiera entrar en el análisis del contenido global del proyecto, por lo que enfocaré mi análisis a la regulación que sobre el concurso de delitos y el delito continuado hace éste.

Lo primero que llama la atención es que en este proyecto, lo referente a los concursos no es tratado bajo un capítulo especial, como en el código vigente, sino que es tratado en el título IV denominado **PUNIBILIDAD**, bajo la denominación *Determinación de las escalas penales*. Particularmente pienso que el tema del concurso lo podemos clasificar bajo temas genéricos como las Penas, la Responsabilidad Penal o bien de la Punibilidad, pero en cualquier

título que se incluya, será necesario dedicarle un capítulo especial.

Si hacemos una revisión de las legislaciones mas arraigadas en cuanto a tiempo de vigencia y su aporte a la conformación de otras legislaciones, tales como la de México, España e incluso la de Guatemala, podemos apreciar que en éstas, en el tratamiento del concurso guardan un orden esquemático riguroso, para evitar que en la practica de lugar a confuciones y malas interpretaciones; y es que el orden metodológico y sistemático facilitan el manejo del texto pero más aún su aplicación en la práctica.

Considero que, el problema del concurso debe tratarse como capítulo separado, aunque bajo el título de la punibilidad, pues como he venido afirmando, el concurso de delitos, no es más que una forma especial de aparición del delito, que está definido por los sistemas de punibilidad que adopte la ley del país. Comparativamente nuestro código penal vigente, Decreto 17-73 del Congreso de la República, guarda un orden muy acertado, independientemente del contenido de fondo de la regulación.

Por otra parte, el proyecto hacer depender el concurso de delitos de un único epigrafe denominado Determinación de las escalas penales me parece poco acertado, porque bajo ese tema se mezcla la participación y la aplicación de las penas. No pedemos olvidar también que la aplicación de las penas, especialmente va dirigida a las formas simples de aparición del delito, sin embargo el concurso de delitos es una forma especial y compleja de aparición del delitos, y merece ser apartado para dar claridad al juzgador al momento de aplicar las normas contenidas. Debe hacerse por lo tanto una rigurosa separación, por un lado, de la participación del delincuente y segundo, de las formas especiales de aparición del delito, que si bien son temas complementarios entre sí, en ningún momento deben mezclarse.

Antes de continuar, debo aclarar que no es mi intención hacer una crítica destructiva del contenido del proyecto de código, mas sí lo es para contribuir a mejorar su estructura y su contenido. También es importante aclarar que tuve a la vista tres versiones del anteproyecto, y decidí analizar la última por ser ésta la que incorpora los últimos cambios, cuya tendencia es mejorarlo.

2.1.1 Concurso Real

Ahora bien, veamos como regula el proyecto de código los institutos objeto de nuestro estudio. CONCURSO REAL O MATERIAL DE DELITOS: Artículo 22 Determinación de las escalas penales...... d) cuando una misma persona cometiere varios delitos o faltas, la escala penal aplicable se establecerá entre el mayor de los mínimos y la suma de las penas máximas, sin superar el máximo legal fijado para esa

clase de pena; serán aplicadas todas las penas conjuntas de menor gravedad, entre las cuales regirá la misma regla, pero ellas sólo se impondrán si fueren compatibles. Este inciso hace referencia con mucha claridad al concurso real o material de delitos. La interpretación de artículo la trataremos de hacer, sirviéndonos de un ejemplo: UN MISMO AGENTE COMETIO SEPARADAMENTE LOS DELITOS DE USURPACION, ROBO Y HOMICIDIO. Las penas aplicables individualmente serían:

Usurpaciones: de 6 meses a 3 años
 Robo: de 1 a 6 años
 Homicidio: de 8 a 20 años

Aplicando la regla anterior, la determinación de la pena sería: mayor de los mínimos, como mínimos se entenderá las escalas más bajas que tengan asignados los delitos en concurso, estos son seis meses, un año y ocho años de prisión, respectivamente. Si comparamos estas penas mínimas, encontraremos que la mayor corresponde al delito de homicidio, cuyo mínimo es de ocho años. Entonses, la base inicial sería ocho años. La suma de las penas máximas será veintinueve años + (tres años + seis años + veinte años). Por lo tanto la pena a imponerse oscilaría entre ocho y veintinueve años.

La observación que puede hacerse a esta parte, es que el juzgador no impondrá la pena por cada una de las infracciones, como generalmente se ha acostumbrado (en la mayoría de las legislaciones), sino que, debe deducir la pena entre ese mínimo y ese máximo que es común para todos los delitos. Esta pena no corresponde a ningún delito en particular, por lo tanto es una pena diferente a la que tiene asignado cada uno de los delitos, particularizándolos.

Luego dice el texto: sin superar el máximo legal fijado para esa clase de pena. En nuestro ejemplo la clase de pena es la prisión, y el máximo de prisión sugerido es de 30 años, según el artículo 28 del proyecto.

En el caso de que un delito tenga asigna mas de una pena, ejemplo prisión y multa, la mismas reglas ejemplificadas arriba, se aplicarán para imponer la pena de multa.

En cuanto al cumplimiento simultáneo, solo puede darse si las penas son compatibles, de lo contrario se cumplirar una por una. Encuentro una debilidad de redacción al decir: pero ellas sólo se impondran si fieren compatibles. Las penas endependientemente de su compatibilidad o nó deben ser impuestas por el juzgador; lo que no se puede por incompatibilidad es el cumplimiento simultáneo. Del texto se entiende que si no son compatibles entre sí las penas no deberán aplicarse,

Lo que cambia respecto del Código vigente, aparte de la forma, es

la metodología de computo de las penas, sin embargo el criterio básico que informa al concurso real es el mismo, manteniendo la llamada acumulación matemática limitada por un máximo.

2.1.2 Concurso Ideal

CONCURSO IDEAL O FORMAL DE DELITOS: Artículo 22 Determinación de las escalas penales..... d) (segundo párrafo) " Cuando una misma acción u omisión se hallare descrita en diversas figuras penales que no se excluyan entre sí, la escala penal aplicable se establecerá entre el mínimo y el máximo mayor; serán aplicadas todas las penas conjuntas de menor gravedad, entre las cuales regirá la misma regla, pero ellas sólo se impondrán si fueren compatibles. Si el delito o falta más grave prevé penas alternativas, cualquiera de ellas será aplicable conforme las reglas anteriores.

Como se aprecia, el texto habla de acción u omisión, lo que considero una debilidad técnica, pues lo mejor sería hablar de hecho, pues como quedó aclarado y con aplicación de mucho rigor doctrinario de los autores consultados, el hecho engloba una o varias acciones, y es más, incluye también la (s) omisión (es) mientras que la acción u omisión es única. Un hecho puede estar integrado por varias acciones, cada una de las cuales pueden ser una violación distinta de la otra, sin perder la unidad de hecho, necesaria para el concurso ideal. El mismo criterio debe aplicarse a la omisión, es decir debe haber omisión de hechos que incluya una o varias acciones dejadas de hacer.

De antemano el texto excluye el concurso de leyes al indicar "... diversas figuras penales que no se excluyen entre sí, ...", pues a contrario sensu, si se excluyeren entre sí, tendríamos concurso de leyes y no de delitos. Preferiría que en lugar de hablar de figuras penales se hablase de figuras delictivas o simplemente de delitos.

Respecto a la escala penal aplicable, el texto dice: "... se establecerá entre el mínimo y máximo mayor; serán aplicadas todas las penas conjuntas de menor gravedad, entre las cuales regirá la misma regla, pero ellas sólo se impondrá si fueren compatibles" Aquí no hay dudas en la aplicación, pues debe tomarse como base siempre, el delito que tenga asignada mayor pena. Ejemplo: UN HOMBRE CON UN SOLO DISPARO MATA A UN AGENTE DE POLICIA, HIRIENDO TAMBIEN GRAVEMENTE A UN TRANSEUNTE. Los delitos en concurso ideal serían Homicidio, Atentado v Lesiones graves. Aplicando la regla anterior, la pena se determinara del delito que tenga asignada mayor pena, en este caso el homicidio. Las penas de menor gravedad (adicionales a la pena principal) se aplicarían en forma conjunta, por lo que debe seguirse la regla de tomar el

mayor de los mínimos; en este caso el mayor mínimo es dos años asignados a las lesiones graves y la suma de los máximos es de once años (tres más ocho respectivamente).

Estas reglas se aplicarán si las penas fueren compatibles, es decir por ejemplo, si todas fueren de prisión, más si no lo fueren esta regla no se aplicaría, aplicandose en su lugar las penas originales sin ninguna alteración. Aquí también el texto dice impondran, cuando debiera decir se aplicarán, pues la interpretación gramatical sugiere que si no son compatibles, sencillamente no se impondrá pena alguna, ya que no prevé los casos de incompatibilidad.

Por último quisiera hacer referencia a dos aspectos innovadores:

1. Que también pueden hacer concurso las faltas, lo que no se contempló en los dos últimos códigos vigentes. El código Español y el Argentino si las incorporan. El tema de concurso de faltas, por la escasa importancia y por las pocas consecuencias jurídicas que produce, nunca ha sido objeto de estudio especiales los jus penalistas.
2. Incluye penas alternativas, es decir sustitutivas de las penas originales, especialmente para evitar las penas cortas de prisión que no cumplen ninguna función de utilidad. Estas penas alternativas están contempladas en el artículo 36 del proyecto de código.

2.1.3 El Delito Continuado

El proyecto del nuevo código penal, no incluyó el instituto del Delito Continuado como regulación general, lo que constituye un retraso en nuestro sistema legislativo penal, tomando en cuenta que este instituto jurídicos, ha sido un logro sociales y humanos recientemente incorporado al código penal vigente. Al descartarlo, de antemano crea una laguna jurídica cuya única forma de suplirla es a través de la jurisprudencia, sin embargo en Guatemala se dificulta mucho, como ya se indicó.

En la parte especial del proyecto, aparece regulado lo que podría ser delito continuado, pero específico del delito de Hurto Agravado, así: "Artículo 168 4) cuando el hurto se perpetrare con escalamiento...", sin embargo ni la exposición de motivos ni el texto completo del artículo apuntado, dan una explicación al respecto.

Algunas corrientes doctrinales, sostienen que el delito continuado solo debe aplicarse a los delitos que atentan contra la propiedad, pero tampoco ésta ha sido la

orientación seguida en la ponencia. Considero que debe incluirse este instituto jurídico, como regulación general para todos los delitos.

3. Derecho Penal Comparado

No cabe duda que el hombre se nutre de sus experiencias y es que solo ampliando la esfera de estudio podemos tener la posibilidad de conocer y entender las instituciones en su magnitud real. En el caso del concurso de delitos, así como otros institutos jurídicos, son regulados de manera diferente en otros países. La doctrina nos informa de los elementos y características de los institutos jurídicos, pero también nos advierte sobre las diferentes corrientes, las cuales tienen su propia argumentación.

En ninguna otra parte mas que en el texto de la ley, podemos focalizar la corriente seguida en la regulación de los institutos jurídicos, pues es allí en donde en última instancia se deja plasmada la orientación seguida por los ponentes y aprobada por el legislador.

Lo que se pretende en este apartado, es conocer cómo se regula el instituto jurídico del Concurso de Delitos en otros países. He de advertir que este análisis comparado, se limita al estudio de siete legislaciones: Código Penal Argentino, Código Penal de Costa Rica, Código Penal de El Salvador, Código Penal Español, Código Penal Mexicano, Código Penal de Nicaragua y el Código Penal de Panamá. La comparación estará referida siempre al Código Penal Guatemalteco.

3.1 Código Penal Argentino

Este código acoge el sistema de la absorción al penalizar el concurso ideal; sutilmente disfrazado, el sistema de acumulación matemática para el concurso real en delitos penalizados con una misma especie de pena, así como para los delitos que tengan asigna penas divisibles, regulando, como es común un máximo, lo que le dá un toque de benignidad a la pena.

Algo que debe destacarse es que el Código Penal Argentino no regula el instituto jurídico del delito continuado, por lo que parece comprensible que en el anteproyecto de Código Penal Guatemalteco, se haya omitido, puesto que la asesoría directa para el Plan Nacional de Transformación de la Justicia Penal, viene de asesores argentinos.

Veamos entonses que nos dice el Título 9: Concurso de Delitos.
"54. Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor."

"55. Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso tendrá como mínimo, el mínimo mayor, y como máximo, la suma

resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate."

"56. Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión, se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor. Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua. La inhabilitación y multa se aplicarán siempre sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo primero."

3.2 Código Penal de Costa Rica

El código Penal de Costa Rica, tiene regulado el concurso ideal, material y concurso aparente de normas, y por apartarse sustancialmente de la forma como ha sido regulado el delito continuado en España, México, Guatemala y el Salvador, reproducimos los artículos del Código Penal Costarricense que se refieren a estas instituciones.

i) Concurso Ideal

"Artículo 21. Concurso Ideal. Cuando con una sola acción u omisión se violen diversas disposiciones legales que no se excluyan entre sí."

Según el artículo 75, la pena a imponerse será la que le corresponda al delito más grave y aún podrá aumentarla.

No dice que se deba aumentar, sino queda a criterio del juzgador aumentarla o no. El sistema de penalización seguido, es de la absorción.

ii) Concurso Material

"Artículo 22. Concurso Material. Hay concurso material cuando un mismo agente comete separada o conjuntamente varios delitos.

El artículo 76 dice que la pena a imponerse será igual a la suma de las penas que corresponden a cada delito, sin sobrepasar el triple de la mayor y en ningún caso de veinticinco años.

El sistema de penalización es el de acumulación material, con la variante del límite.

iii) Delito Continuado

El código costarricense no define el delito continuado; no es sino en el artículo 77, en donde hace referencia directa a la forma de penalizarlo.

"Artículo 77. Penalidad del delito continuado. Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto.

Esta legislación se aparta de la forma clásica de definir el delito continuado, lo encaja dentro del capítulo de Fijación de Penas y se refiere únicamente a los delitos en concurso, debiendo afectar necesariamente a los delitos del orden patrimonial. En lo que se refiere a la penalidad el artículo es ambiguo cuando dice aumentada hasta en otro tanto (se entiende hasta en una porción igual, es decir el doble). Por lo anterior creemos que esta forma de regularlo se aparta totalmente de los postulados tradicionales.

3.3 Código Penal de El Salvador

A mi entender, el Código de la República de El Salvador, es el más claro en cuanto al contenido de la norma, en donde se advierte que la característica enumerativa, de los elementos configuradores del concurso de delitos y el delito continuado, sigue la escuela Alemana

Hay que hacer especial énfasis en cuanto a que se excluye categóricamente los delitos de homicidio y lesiones en el delito continuado, siendo la corriente más acertada, pues niega a estos delitos el elemento esencial de la continuidad. Y es que es imposible admitir la continuidad en estos delitos ya que un homicidio obedece a circunstancias que han hecho que el agente, prive de la existencia a un ser humano o le cause heridas que hagan daño a su integridad física. Admintimos que un sujeto normal, movido por circunstancias que han dañado gravemente su capacidad de razonar al momento de cometer este tipo de delitos, sea capaz de transgredir la norma penal, pero no podemos en ningún caso estar de acuerdo con que en este tipo de delitos se den los postulados de la continuidad.

Nuestra legislación al regular el delito continuado, no discrimina delito alguno, sin embargo se esperaría que el legislador con buen criterio jurídico, excluya este tipo de delitos de la continuidad.

Veamos ahora como regula el Código Penal de El Salvador el instituto de nuestro interes:

1) Concurso Ideal

"Art. 53.- Hay concurso ideal cuando con una sola acción u omisión se cometen dos o más delitos que no configuran uno especial, o cuando un hecho delictuoso

sea medio necesario para cometer otro."

Penalidad del concurso Ideal "Art. 75.- En caso de concurso ideal de delitos se aplicará al responsable la pena que le correspondería por el delito más grave, aumentada hasta en una tercera parte"

No cabe mas comentario que la claridad categórica de su regulación, siguiendo el sistema de acumulación jurídica.

ii) Concurso Real

"Art. 54.- Hay concurso real cuando con dos o más acciones u omisiones independientes entre si, se cometen dos o más delitos que no hayan sido sancionados anteriormente por sentencia ejecutoriada."

Penalidad del Concurso Real

"Art. 76.- En caso de concurso real de delitos se impondrá al culpable todas las penas correspondientes a los delitos que haya cometido, a fin de que las cumpla sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad, comensando por la pena mayor; pero el conjunto de las penas impuestas en ningún caso prodrán exceder de treinta años de prisión."

El sistema de penalización es el de acumulación material, con la variante que se fija un límite máximo.

iii) Delito Continuado

"Art. 55.- Hay delito continuado cuando con dos o mas acciones y omisiones reveladoras del mismo propósito criminal y aprovechándose el agente de condiciones semejantes de tiempo, lugar, manera de ejecución y otras análogas, se cometen varias violaciones de normas que protegen un mismo bien jurídico, aun cuando fueren de distinta gravedad. No hay delito continuado en los delitos de homicidio o de lesiones.

Penalidad del Delito Continuado

"Art. 77.- La pena del delito continuado será establecida por el tribunal teniendo en cuenta la cuantía de la pena que correspondería a las infracciones aisladamente consideradas, a las circunstancias que concurren en el hecho y a las condiciones personales del delincuente, con la limitación que estable el artículo anterior.

La cuantía que se menciona, solo servirá de referencia, pero en ningún momento dice que será la suma de todas

las penas que corresponderían por delitos aislados, como fuera en la acumulación material. Se deduce que han asumido el sistema punitivo de acumulación jurídica.

3.4 Código Penal Español

Este código es uno de los más conocidos en el mundo de habla hispana, toda vez que los penalistas más conocidos y de más fácil acceso, son españoles y ellos en sus estudios por supuesto, usan éste código como referencia. Veamos como regula el código español el instituto jurídico del Concurso de Delitos.

i) Concurso Real

"Artículo 69. El culpable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas."

El código Español sigue aquí el sistema de acumulación matemática de penas; pero, aplicando la segunda regla referente al cumplimiento de las penas esta nos dice: "2a. No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido....."

Aquí la legislación española establece un límite, al no permitir que el conjunto de las penas exceda del triple de tiempo impuesto a la pena más grave.

ii) Concurso Ideal

El código lo regula de la siguiente manera: "Artículo 71. Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro. En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán los delitos por separado."

Este código, en cuanto al concurso ideal, es sin duda uno de los más ilustrativos y didácticos, pues está dotado una excelente claridad en la norma. El sistema de punición adoptado, es el de la absorción, pues el delito que tiene asignada mayor pena, absorve a los demás. Todo delito aquí tiene asignada una pena, que vá

desde un mínimo hasta un máximo; y es dentro de estos límites que el juzgador haciendo uso de su criterio (facultad), impone la pena. En este caso la ley ordena al juzgado imponer la pena en su expresión mas alta, con tal de que este máximo incluya las penas de los otros delitos. Pero indica que si usando esta fórmula se perjudica al reo, se impondrá las penas correspondientes a cada delito, si esto le fuere mas favorable. El contenido de la norma anterior, lleva incorporado el principio *induvio pro reo*.

iii) El Delito Continuado

Antes del 25 de junio de 1983, el código Español no contemplaba el instituto del delito continuado; pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo, suplió en copiosos fallos la noción del delito continuado. Pero esta jurisprudencia es con frecuencia vacilante, lo que abre la necesidad de su regulación para unificar el criterio. En la fecha indicada, fue adicionado por la Ley Orgánica (BOE número 152, del 27 de junio) al artículo 69, la parte específica, que regula el delito continuado, así:

"69 bis. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado, como responsable de un delito o falta continuados, con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción mas grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones, el tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho reviste notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la honestidad, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva"

El contenido de este artículo es lo suficientemente claro como para intentar darle explicación; pero vale la pena destacar algunas novedades en la regulación del delito continuado, mismas que me he permitido resaltar.

El dolo no está ausente por cuanto dice, en ejecución de un plan preconcebido, lo que implica necesariamente que el agente actúe con la intención de causar daño. En nuestra legislación esto se trata como agravante del delito. Indica también que la infracción puede ser al mismo o semejante precepto penal, no necesariamente el mismo. El código Penal Guatemalteco es amplio en su regulación, pues indica un mismo bien jurídico, pudiendo ser por ejemplo, el patrimonio en general, con todos los delitos que incluye. Podemos afirmar entonces que el concurso no se circunscribe a figuras delictivas sino a un bien jurídico en general.

El sistema de penalización es en principio es el de la absorción, si el juez decide no aumentar la pena por arriba del delito más grave. Si el juez aumenta la pena fiada, entonces el sistema pasa a ser el de la acumulación jurídica.

Categoricamente la continuación está excluida de los delitos que atentan contra la persona (entiéndase la vida y la integridad), pero aún estos tienen una excepción, los delitos contra el honor y la honestidad, que si bien son propios de la persona no atentan directamente contra la vida e integridad física.

3.5 Código Penal Mexicano (para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal)

Bajo la denominación **Concurso de Delitos** aparecen regulados los concursos ideal y real de delitos, así como el delito continuado. El texto del código no abunda en detalles en cuanto a su regulación, es muy concreto pero no falta de claridad; además lo que ofrece el texto no es una regulación en sí, sino los conceptos básicos. De ahí en adelante el juzgador deberá apoyarse en la doctrina y en la jurisprudencia para averiguar sobre los elementos y las circunstancias que condicionan el encuadramiento de un delito, en los institutos del concurso.

Lo referente a las penas aplicables en cada caso, aparece regulado en capítulo y título diferentes.

i) Concurso Ideal

El código mexicano regula el concurso ideal de la siguiente manera: "Art. 18.-Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos." "Art. 64.-En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de

las máximas señaladas en el título segundo del libro primero.

Esta norma encierra un concepto y una forma clara de aplicación; adoptando el sistema de la absorción al inicio y luego deja a criterio del juez aumentar la pena o no; si lo hace, entonces el sistema es de acumulación jurídica, pues la pena a imponerse es superior en una mitad, a la correspondiente al delito más grave en atención a los demás delitos que ejecutó.

ii) **Concurso Real**

El texto de la ley lo contempla así: "Artículo 18.-.... Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos." "Art. 64.-..... En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el título segundo del libro primero."

En cuanto al concepto no hago ningún comentario, por tener una excelente claridad. En lo que respecta a la pena aplicable, al igual que el concurso ideal, el sistema inicial es el de la absorción, sin embargo por el criterio del juez puede convertirse en acumulación jurídica, pues la ley dice podrá aumentarse, fijándole un límite máximo.

El sistema no se presenta puro, pues tiene parte de la absorción y parte de la acumulación jurídica; esto no es extraño ya que en varias legislaciones se presenta el mismo fenómeno.

iii) **El Concurso de Delitos**

El mismo artículo 19 dice: " No hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado." La parte final del artículo 64 nos dice "En caso de delito continuado, se aumentará hasta una tercera parte de la pena correspondiente al delito cometido.

Para el delito continuado la ley adopta claramente el sistema de la acumulación jurídica. No merece mas comentarios, únicamente que el código data de 1931 y que en sus inicios no trataba la materia del concurso, la que recientemente fue incorporada.

3.6 Código Penal de Nicaragua

Este código es uno de los mas atrasados de latinoamérica en todo

sentido; en cuanto al nuestro tema hay que destacar que en Nicaragua no se regula el Delito Continuado, ni hay bases suficientes para determinar que hay jurisprudencia al respecto. La regulación del Concurso Real e ideal de delitos, se hace de la siguiente forma:

i) Concurso Real

"Arto. 89. Al culpable de dos o más delitos se impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones. El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible; cuando no lo fuere, las sufrirá en el orden sucesivo principiando por las más graves, excepto la de confinamiento, la cual se ejecutará después de haber cumplido otra pena. Sin embargo, de lo dispuesto en el inciso anterior, el máximo de duración de la condena nunca podrá exceder de los treinta años aunque ese tiempo exceda la suma de las penas impuestas por varios delitos."

ii) Concurso Ideal

"Arto. 90. La disposición del artículo anterior no es aplicable cuando un solo hecho constituye dos o más delitos o cuando uno de ellos se el medio necesario para cometer el otro. En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave, aplicándola como corresponda según las circunstancias del hecho. Pero cuando por la naturaleza misma de las leyes violadas o por las circunstancias propias del hecho, se desprenda que la intención del agente era violarlas todas, se aplicará lo dispuesto en el Arto 89."

3.7 Código Penal de Panamá

Este código bajo el título de *Unidad y pluralidad de hechos punibles*, regula al Delito Continuado, concurso ideal y concurso real, respectivamente. Los artículos 62, 63 y 64 definen inicialmente los institutos jurídicos, asignándoles las correspondientes penas, aplicando los sistemas de penalización de la siguiente forma:

i) Delito Continuado

Acoge el sistema de acumulación jurídica, poniendo como base la pena normal del delito aumentada de una sexta parte hasta la mitad de la misma.

ii) Concurso Ideal

Adopta el sistema de la absorción en su expresión mas pura, al penalizar únicamente con el delito que tenga asignada mayor pena.

iii) Concurso Real

Si son dos hechos punibles se aumentará la pena hasta en una tercera parte; si son tres o mas hechos punibles, la pena del delito mas grave, aumentada hasta con la mitad de la suma de los demas delitos.

Comentario final

En estos momentos, Guatemala tiene la oportunidad de diseñar y desarrollar un código penal, que incorpore los cambios ocurridos en la vida nacional y se prevean los futuros. Por consiguiente, para lograrlo es necesario el aporte de todos los sectores que de una u otra forma tengan relación con la vivencia penal en nuestro país, y aprovechar al máximo la experiencia la asesoría de los expertos extranjeros que en materia penal tiene el Guatemala, sin que por ellos se nos imponga un código penal que no se adecue a nuestra realidad.

El haber llegado al final de nuestro estudio nos permite formular las siguientes:

CONCLUSIONES :

01. *El concurso de delitos es un instituto jurídico, cuyas bases se encuentran en la humanización del derecho penal en general, y de las penas en particular.*
02. *El concurso de delitos no es un título de delito, figura delictiva, circunstancia agravante o atenuante; es un instituto jurídico que se caracteriza por una forma especial de aparición del delito; y que solo tiene vida cuando se dan los presupuestos exigidos para su conformación.*
03. *El concurso ideal o formal de delitos, así como el delito continuado se fundamentan en una ficción jurídica creada, que en el ejercicio de ius imperium del estado, impone que se considere como un solo delito, dos o mas violaciones penales, lo que es una aplicación extensiva de la doctrina penal induvio pro reo.*
04. *Que la ficción jurídica mencionada, solo adquiere vida cuando la ley le otorga un espacio, regulándola, conformando así el concurso ideal o formal y el delito continuado.*
05. *Las dos formas de concurso de delitos y el delito continuado, en última instancia están condicionadas a los sistemas punitivos que adopte la ley, de ahí que es poco usual que se presenten en sus formas típicamente puras.*
06. *El concurso ideal y el delito continuado son excepciones a la norma general de la acumulación de las penas, porque constituyen un instituto jurídico especial y de naturaleza específica dentro del mundo normativo del derecho.*
07. *El concurso real o material de delitos, como instituto jurídico, únicamente tiene razón de ser cuando se le asigna un sistema de penalización diferente de la acumulación matemática o una variante mas benigna que esta (por ejemplo un límite máximo), pues de lo contrario podría sencillamente no existir.*
08. *En virtud de la consideración anterior, el propósito principal del concurso real de delitos no es únicamente unificar la pena, sino de limitarla.*
09. *Que el concurso real de delitos, denota una mayor temibilidad o propensión a delinquir, por lo que la benevolencia manifiesta en la ley, debe equilibrar el castigo al delincuente y la protección a la sociedad.*
10. *Como quedó demostrado, en la práctica, diferenciar el*

concurso real del concurso ideal, es una tarea difícil, pues un paso muy sutil lo une y a la vez los separa, y no se trata simplemente de aplicar los presupuestos para su conformación. Como en todo, el criterio del juzgador es el que lo define.

11. El delito continuado es totalmente aceptado por los tratadistas en los delitos que atentan contra el patrimonio, rechazando de plano la continuación en los delitos que atentan contra la vida e integridad de las personas. En cuanto a los delitos contra el honor algunas legislaciones lo aceptan, otras en cambio lo rechazan.
12. La legislación penal guatemalteca incorporó el concurso de delitos a partir del código de 1966 y el delito continuado a partir del código penal de 1973, vigente a la fecha, lo que constituye una conquista social y humana, rehabilitadora, en beneficio del sujeto activo del delito. Su orientación se encuentra en la doctrina subjetiva objetiva. Para la imposición de la pena, se adoptó el sistema de la indeterminación.

RECOMENDACIONES :

1. Guatemala como país, coyuntural e históricamente se encuentra en el momento propicio para llevar cambios profundos a nuestro sistemas de justicia penal y penitenciaria, sin embargo esto no debe ser producto del consenso de pocos; por el contrario, en este proceso deben intervenir todos los sectores involucrados, pero especialmente debe manifestarse la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, asumiendo una postura eminentemente científica y digna, garante del pueblo de Guatemala, pues ya es hora que nuestra querida alma mater retome el papel que la historia le ha encomendado.
2. Que se incluya en el proyecto del nuevo código penal, el instituto jurídico del Delito Continuado, pues al momento se ha excluido, dejando una laguna legal difícil de llenar, si tomamos en cuenta las dificultades que el sistema judicial tiene para producir jurisprudencia.
3. Que la materia del concurso de delitos en el proyecto del nuevo código penal, se regule en un capítulo específico, haciendo como en el código vigente, las separaciones conceptuales y de penalización del Concurso Real o Material, Concurso Ideal o Formal y Delito Continuado, pero enriqueciendo su contenido y abundando en claridad, para dejar lo menos posible a criterio del juzgador.

BIBLIOGRAFIA :**TEXTOS**

CARRANZA Y TRUJILLO, Raúl: *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, decimocuarta edición, Editorial Porrúa, S.A., Mexico 1, D.F., 1982.

CUELLO CALON, Eugenio: *Derecho Penal, Tomo I, Parte General, 17a. Edición*, Bosch. Casa Editorial, S.A.-Urgel, 51 bis, Barcelona, España, 1975.

DE LEON VELASCO, Hector Anibal
DE MATA VELA, José Francisco: *Curso de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General y Parte Especial*, EDI-ART Impresos, Guatemala, 1987.

FONTAN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal, Introducción y Parte General, Tomo III, 8a. Edición*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1975.

MANZINI, Vicenzo: *Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Primera Parte, Teorías Generales*, 1949.

NUNEZ LAGOS, Ricardo C.: *Derecho Penal Argentino, Tomo II, Parte General, Bibliografía Omeba*, Editores Libreros, Lavalle 1328, Buenos Aires, Argentina, 1960.

PALACIOS MOTA, Jorge Alfonso. *Apuntes de Derecho Penal, Primera Parte, impreso en los Talleres de Impresiones Gardisa*. Guatemala, 1976.

PUIG PENA, Federico: *Derecho Penal, Parte General, Volumen II, 5a. Edición*, Ediciones Nauta, S.A. Ríos Rosas 57, Barcelona 6, España, 1959.

RODRIGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal Español, Parte General, séptima edición*, Graficas Carasa José Bielsa, Madrid, 1979.

DICCIONARIOS

CABANELLAS, Guillermo: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 14a. Edición*, Editorial Heliastra S.R.L., Viamonte 1730, piso 1o., Buenos Aires, Argentina, Marzo 1980.

OSORIO Y FLORIT, Manuel: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliastra S.R.L. Viamonte 1730, piso 1o., Buenos Aires, Argentina, 1978

ENCICLOPEDIAS

SEIX, Francisco: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, España, 1954.

LEGISLACION

ARGENTINA: Código Penal de la República que incorpora las reformas, Editorial Siglo veintiuno, Buenos Aires, Argentina, 1984.

COSTA RICA: Código Penal con índice analítico e índice alfabético, Colección LEYES, Editorial Porvenir, S.A., San José, Costa Rica, 1983.

EL SALVADOR: Código Penal, Publicaciones del Ministerio de Justicia, Inprenta Nacional, 1980.

ESPAÑA: Código Penal, Colección Textos Legales, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Vigésima edición, Madrid, 1983.

GUATEMALA: Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, Publicaciones del Congreso de la República, Editorial Landivar, Guatemala, 1973.

GUATEMALA: Código Penal, Decreto 2164 de la Asamblea Legislativa, Editorial Nueva Universidad, Guatemala, 1966.

GUATEMALA: Proyecto de Código Penal, Programa de capacitación sobre el nuevo sistema de Justicia Penal, Unidad de capacitación, formación y desarrollo de recursos humanos, Guatemala, 1993.

GUATEMALA: Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República, Jimenez y Ayala Editores, Guatemala, 1992.

MEXICO: Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, Editorial Porrúa, Av. República Argentina, 15, Mexico 1, D.F., 1984.

NICARAGUA: Código Penal de Nicaragua, Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, León, Nicaragua, 1976.

PANAMA: Código Penal de la República de Panamá, Edición preparada por Carlos E. Muñoz Pope, Ediciones Narl, S.A., Panamá, 1986.