

CAPITULO VIII

EL TIPO

1.- EL TIPO y TIPICIDAD.

En forma primaria, la peculiaridad básica del tipo consiste en describir la conducta que, de llevarse a cabo, serán acreedores de penalidad.

La función de este concepto estriba en proporcionar soluciones unitarias, orgánicas, y exhaustivas a toda fenomenología del delito. Cuando el legislador llega a plasmar en las leyes penales esta descriptiva, lo hace atendiendo a una estimación anterior, en el sentido que tales conductas no son neutras, sino por el contrario implican un trastocamiento en la convivencia de las personas que integran la comunidad; por eso, a fin de evitar su realización o su respectividad en caso de haberse cometido, se les prevé o infringe castigo.

Los tipos en lo penal, sólo incluyen conductas consideradas con el alto contenido de afectación de bienes que deben ser salvaguardados más prioritariamente que otros.

Se nos informa que en el tipo está la razón de ser la antijuridicidad; o simplemente, que constituye un indicio vehemente de la antijuridicidad.

Esta hipotética conducta antes de ser erigida en tipo, podría incluso haber sido antijurídica civilmente, sin aparejarsele sanción penal, como es el caso de actividades ilícitas o injustas que llegan al nivel de sanciones penalmente, esto, debido a que antijuridicidad es un concepto totalizador.

Así tenemos que en principio: privar de la libertad a al quien es antijurídico; pero sí la privación la realiza el carcelero en cumplimiento de una orden legal, no tendrá tal característica por surtirse la justificante de cumplimiento del deber autorizada por el legislador que levanta o cancela el juicio de antijuridicidad, dejándola en el plano de la legalidad. (147)

La conducta, al enmarcar en la figura descrita por el legislador, se le considera típica; o sea, penetra en principio al " ilícito" terreno de la tipicidad formal.

Analizando el tipo con esta perspectiva " imposición de pena", fácilmente deducimos: a pesar de cumplirse con la descripción hecha en la ley, el verdadero mandato del Estado, es evitar que se incurra en ella.

Así pues, a pesar de que la referencia letrista no es explícita, es obvio el contenido substancial en el sentido de entender el mandato como una orden de abstenerse de realizar la conducta en los delitos de acción y como una obligación de actuar en los de omisión.

Literalmente no se nos expone " no matarás",nos hace ver en que consiste el homicidio (privar de la vida a alguien), con el añadido de quien lo comete, será penalizado, lo que implícitamente remarca una prohibición.

El tipo es la descripción (sin que ahí se agote su función) y la tipicidad, es en cuanto el carácter del delito, se emplea aquí como la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada la ley en cada especie de infracción".

(147) José Arturo González Quintanilla. Derecho Penal Mexicano. Pág. 271

Tipo y tipicidad, tienen la diferencia de continente y contenido, el primero es creado abstractamente en la ley, y la segunda, es la estimación que se hace al haber la conducta en el tipo.

La acción que efectivamente es realizada en el mundo naturalístico fenomenológico al ser captado por algunos de los tipos, se le etiqueta de típica y trasciende, en razón de esta tipicidad, al ámbito penal.

La Tipicidad nos lleva que la conducta humana ha de ser típica, exigiéndose su adecuación al tipo penal, esto es, que puede ser subsimida en una de las descripciones de conductas prohibidas que el legislador hace en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

Esta su función, este enlace debe ser completo pues si faltan algunos de los elementos o características típicas consignadas por el legislador en la figura rectora al hacer la descripción, al conducta no es típica.

Se han formulado varios conceptos de tipo, entre otros: tipos de injusto que implica las solas y materiales características fundamentadoras de la de la antijuridicidad. Tipo total de injusto, que contienen además de las mencionadas, las causas de justificación que excluyeron la antijuridicidad.

Tipo de Injusto. Que implica las solas y material característica fundamentadoras de la antijuridicidad. Tipo total injusto, que contienen además de la mencionadas, las causas de justificación que excluyen la antijuridicidad.

Tipo de Culpabilidad. Referido al reproche anímico interno.

f) Tipo de Delito. Que abarca tanto el reproche externo antijuridicidad, como el reporte externo, el interno y las condiciones objetivas de punibilidad, solo se excluyen el ámbito procesal.

g) Tipo de Garantía. Que incluyen además de lo anterior, las consecuencias jurídicas del delito (penas y medidas de seguridad).

El tipo abarca todos los ordenes citados, sin embargos, dada esta variedad conceptual, para llegar a la acepción actual, ha tenido un desenvolvimiento algo controvertido, por tal, es necesario escudriñar el desarrollo habido en el decurso histórico de la palabra tipo, y que el tipo tiene una función motivadora.

En él tienen cabidas todos aquellos elementos que integraran la descripción de la conducta cuya no comisión se quiere motivar la problemática de que es lo que pertenece al tipo, es la problemática la cual es la lo que pertenece al tipo, es la problemática la cual es la conducta que el legislación quiere evitar. (148)

Ahora bien, tengamos presente que la descripción de cada figura plasma en la leyes penales implícita una conducta prefijada como antijurídica; se dice que consiste una antijuridicidad tificada.

Tengamos, presentes que se utilizan como sinónimos la denominación “antijurídica” e “injusto” antes, el términos mas usado era el primero, que significa sencillamente que el delito constituye una violación del derecho, o sea, que contradice el derecho.

En cuando al decurso histórico, indagando en los antecedentes del tipo, encontramos que su predecesor

resulta ser el antiguo cuerpo del delito (*corpus delicti*) usado en los procesos inquisitorios italianos en la edad media. Su Desenvolvimiento ha dado lugar a la moderna teoría del tipo. En efecto, la mas profunda raíz histórica del tipo hallase en el concepto de *corpus delicti* contenido en las viejas leyes y que todavía perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos al irse independizo el llamado actualmente tipo delictivo del *corpus delicti*, se presenta como la suma de todos los caracteres de elementos del delito, en su contenido de acción.

Se estableció el delito tipo, o sea, el concepto jurídico delito en abstracto, figura esta que se actualiza en la diversa figura especial que viene a constituir el tipo específico.

Lo abstracto lo encontramos en la parte general y las figuras típicas en la parte especial de los códigos penales, sirviendo aquella de tamiz para estas, mediante el cual, se verifican los elementos del delito a fin de llagar a la determinación de la tipicidad material, que implica la responsabilidad mediante la que se acarrear los presupuestos de la pena. (149)

Por los elementos del tipo objetivo, se entiende el conjunto de condiciones externas y de condiciones jurídicas de naturaleza objetiva que debe realizar una persona para una vez complementadas con las condiciones subjetivas y en eso de que no concurrida una causa de justificación de su hecho, ser autores en sentido escrito de un delito.

Dentro de estos elementos objetivos los hay de carácter esencial y accidental. Los primeros (esencial) son:

(149) *Ibidem*. Pág. 275

1) El o los sujetos activos y en los criterios que prevalezcan para la imputación objetiva (edad penal y la capacidad mental), sin algunas figuras fijan requisitos especiales, para el Peculado, el activo solo puede ser un funcionario publico;

2) La descripción de la acción expresa básicamente por le verbo o verbos utilizados en la descriptiva y que vienen a ser el núcleo del tipo.

Así tenemos, en cuanto el verbo típico la figura puede ser; mononuclear o polinuclear. Algunos tratadistas determinas que los tipos, según el núcleo (verbo) son; simples o compuesto y dentro de estos últimos, alternativos y conjuntos.

En los primeros, un solo verbo (lesionar); los segundos, dos mas verbos que se realiza alternativamente (cuando se usa la disyuntiva "o", ocultar, destruir o sepultar un cada verbo).

Conjuntamente por la concurrencia dedos o mas acciones (conducir en estado de ebriedad y cometer infracciones al reglamento de transito).

1) El objeto de la acción en cuando afectan o puesta en peligra del bien jurídico protegido incluyendo el resultado jurídico o material en aquellas figuras que lo determinen, y a esa que el resultado se cuyentre expreis verbis o subyacente en la misma.

2) Nexo causal, o sea, imputación objetiva del resultado jurídico y material en los delitos que los requieren.

3) Los elementos normativos.

4) Él o los sujetos pasivos.

Sin olvidar que en las descripciones legislativas solo pueden ser pasivo quien reúna determinados características, en el estupro, la víctima solo puede ser una persona menor de 18 años (menor de edad), y mayor de 12 años.

En las segundos (accidentales), se comprende las agravaciones o las atenuadas objetivas.

Por los elementos normativos dentro del tipo objetivo, debemos aceptar; “aquellos conceptos aludidos en la descripción típica que requieren de un complementación valorativa de naturaleza jurídica o social.

En estos elementos se valoración:

a) Cognoscitivos, ejemplos, determinar que significa “brutal ferocidad”

b) Jurídica, ejemplo. Remisión a criterios contenidos en otras normas, ejemplo; propiedad, posesión, deposito, quiebra, etc.

c) Cualquier referentes por las normas jurídicas, pero no definido por normas culturales, ejemplo, bien común; interés publico; buenas costumbres.

Serán legalmente escrita naturaleza normativa, cuando en la descriptiva se aluda a conceptos como: ajena, honesta, casta, moral publica, pudor, buenas costumbres, insolvencia ilícitas, amor, respeto, amistad, gratitud indebidamente ilegítimamente, etc.

En cuantos a los elementos subjetivos del tipo, son los referidos al animo conductual del activo y por ellos debemos entender, el conjuntó de condiciones relativos a la finalidad y al animo y tendencia del sujeto

activo, que dotan de significación personal a la realización de los elementos objetivos del autor. (150)

Estos elementos son componentes de la correspondiente figura descrita por el legislador y no tienen nada que ver atribuidad que los hecho sean relativos, es decir, se encuentran al margen de la imputación de la culpabilidad del autor.

1) Ejemplos de los elementos subjetivos, serán son: engañar, causar deshonra, descrédito, animo de despreció, al que intencionalmente desee perjudicar (aspectos dolosos), al que imprudentemente, sin reflexión, ni cuidado, (aspectos culposos), etc.

Para los elementos de la parte descriptiva, del tipo, hay otro enfoque que no implica en las variación de la búsqueda de las sustentes del tipo, se trata de un miraje de otra perspectiva, así, por objetivos se entiende.

2) Elementos objetivos se entienden únicamente a apreciados sensorialmente.

3)Elementos normativos, son aquellos que su contenido se llega con una referencia jurídica o cultural; por subjetivos, son los que describen un estado anímico de los sujetos, activos o pasivo; algunas veces tales elementos implican la culpabilidad.

Como el clásico elemento objetivo tendríamos la culpa, es el caso de los delitos de violación y estupro, como elementos normativos el carácter ajeno de la cosa en el robo que hace referencia al orden jurídico y

la honestidad de la mujer pasivo del estupro es una referencia de orden cultural.

El engaño o aprovechamiento del error en el fraude y la obtención del consentimiento de la pasiva en la estupro, son elementos subjetivos.

En referencia al derecho pasivo, conforme al párrafo tercero del artículo 14 de la constitución política, “en los jurídicos del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate”.

Es la base constitucional de la existencia del tipo, el que no agota su función al cumplir la exigencia de la ley suprema sino que utilizada como instrumento técnico, resuelve la problemática del delito.

Ya observamos que el tipo es descripción de la conducta como acreedora de pena.

Nosotros manejamos la tipicidad en dos aspectos, (tipicidad formal y tipicidad material).

a) Tipicidad formal.- Se entiende que el término implica la adecuación letrista de la conducta a la descripción legal. Diríamos que, cuando se priva de la vida en defensa legítima, hay tipicidad formal, puesto que la conducta ejecutada realiza el presupuesto fáctico de la norma.

b)Tipicidad Material. - Se entiende que, la conducta, además de encajar estrictamente en la parte descriptiva del tipo, implica la persona de los presupuestos de la pena; ello es, la tipicidad material e consubstancial a la existencia del delito. Si por alguna razón la conducta no es acreedora de la pena, no habrá tipicidad material, y contemplada la situación desde

este ángulo, todas las causas de exclusión de la pena serán atipicidades. (151)

Sin embargo, debemos precisar el por qué de esa atipicidad material, reservándose el nombre de justificantes a las situaciones que excluyen la antijuridicidad de la conducta no, obstante su formal tipicidad, y se denominan inculpabilidades todas aquellas en que el proceso anímico no es reprochable no obstante la antijuridicidad de la conducta formalmente típica.

El delito es un todo unitario, sus elementos, característicos, funciones, etc., se encuentran indisolublemente unidos, con un enlace y fusión plena entre sí, por tanto, sin esto, en una adecuada labor analítica consideramos, que para el juspenalista la primera cuestión es decir si la conducta es formalmente típica, y aún cuando esto es indicativo de antijuridicidad, se debe dar el siguiente paso, reafirmando la existencia de la misma, para descartar la presencia de una justificante.

Resulta afirmativamente la no exclusión de la antijuridicidad, deberá avanzarse para determinar si el proceso animado es reprochable, si las conclusiones son afirmativas, estaremos frente al fenómeno delictivo.

Entiéndase que la labor del jurista en material penal no se reduce a decidir sobre la aplicación de la pena, sino que debe hacer saber el orden de ideas que determine si debe o no imponerse la sanción correspondiente, para así explicar y fundamentar el porque de su acierto.

El derecho penal actúa no solamente cuando se condena, sino también cuando se absuelve e incluso

(151) Ibidem. Pág. 278

corresponder a la disciplina penal, es decir, si en vez de imponerse una pena, se recurre a medidas de seguridad, como en el caso de los inimputables datos objetivos de la imputabilidad, constituido por este por la llamada mayoría de edad penal, que varia de un cuerpo legislativo a otro.

Mas adelante veremos que la utilización del tipo como instrumento técnico, nos resuelve muy variados problemas, entre ellos, la mayor o menor entidad de bienes en conflicto en los casos de no exigibilidad de otra conducta: la proporcionalidad en el medio y en el daño en el caso de la defensa legitima y ; la solución desconcertantemente sencilla del concurso aparente de normas. Adelantando ideas en que el momento oportuno habrá de explicarse, diríamos; si la parte sancionadora del tipo implica una reacción mas violenta por la aceptación de un bien que por la lesión a otro, tendrá mayor entidad el primero sobre el segundo; para decir la proporcionalidad en el medio y en el daño en la defensa legitima, simplemente debe referirse a cual hubiera sido el tipo que integraría la agresión en caso de consumarse y cual el de la defensa al ejercitarse, aquí también la cantidad de la pena no solo sirve como medio de solución absolutamente confiable.

El tipo es un auxiliar imprescindible y a demás un punto de apoyo totalmente exacto para cualquier afirmación, pues tiene la ventaja de expresar la voluntad de la ley y revelar la revelación incita de la misma.

En la relación con el tipo y en conjugación con la dogmática, hemos creído en la posibilidad de estructurar una parte general de la parte especial, buscando las constantes invariables, partiendo de particulares, para después generalizar, ya obvio es admitir que la aplicación del método inductivo (de particularidades a generalidades) aplica el previo

conocimiento de aquello que se pretende saber y sistematizar para lograr sus generalidades y es esa actitud metodológica de la teoría general del derecho, en su primera expresión histórica, el interno doctrinario, con la aspiración de poner una bella generalidad a la anarquía y desordenada producción científica de las ramas particulares del derecho positivo, persiguiendo una generalidad de conceptos básicos de derecho que pudieren ser validos por los menos para las posibilidades de las ramas y divisiones del derecho positivo. (152)

7. ENSAYO PRAGMÁTICO SOBRE LA UTILIZACIÓN DEL TIPO COMO INSTRUMENTO TÉCNICO, BASADO EN LAS CONSTANTES DEL PROPIO TIPO.

Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos.

El tipo en la ley, él artículo 222 del código penal federal, comete el delito de Cohecho:

I. El servidor publico que por si o por interpósita persona, solicite o reciba indebidamente para si o para otro, dinero o cualquier otra dádiva o acepte en promesas, para hacer o dejar de hacer algo justo, o injusto, relacionada con sus funciones.

Clasificación del tipo en orden a sus elementos. Se trata de un tipo anormal, pues contienen, además de elementos objetivos, varios de orden normativo.

Sujeto activo. El servidor publico dentro de la connotación que nuestras leyes dan a quien detentan cualquier de las diversas áreas relacionadas a la función publica.

Sujeto pasivo. El estado publico dentro de la connotación que publica, y en forma reflejada, quien requiere del ejercicio de la función.

Conducta. Solicitar o recibir algo indispensable con motivo de la función pública que se desempeña.

Se trata de un tipo que esta estructurado en formas alternativa.

Con ello se significa que el delito se comete solicitando por hacer algo justo, relacionado con la función, o bien; aceptado por hacer o dejar de hacer, (dada esta segunda forma de conducta es por lo que se afirma que el tipo en su descriptiva prevé conducta alternativas, una u otra).

Aun cuando este tipo esta formulado mediante la realización significando con ello que se requiere un sola conducta y no varias para que el delito se cometa, independientemente de que en algún caso especifico puede haber bilateralidad por la participación de activos distintos al funcionario y se de un verdaderamente de acuerdo de voluntades.

Bien jurídico tutelado. La salvaguardia de la administración pública en cuanto a la prohibida, rectitud, imparcialidad y cumplimiento de los sanos valores éticos-culturales y de justicia que previene en la comunidad y deben ser cumplidos por quienes se encuentran al frente de la misma y, es especial, la gratitud de sus funciones (artículo 13 y 17 Constitucionales), para evitarse corrompa y tragreda el marco instintivo en el sentido de que el estado es el único obligado a pagar los emolumentos que devengan sus funcionarios por la prestación de los servicios oficiales.

El Cohecho es, genéricamente, un delito contra la administración pública. Especialmente, se tutela el normal funcionamiento y el prestigio de la administración a través de la castiga es la corrección e integrada de sus empleados. Los que quien se castigan es la venalidad del funcionario en sus actos fundamentales, con prescindencia de la naturaleza del acto en si mismo. (153)

8.- ELEMENTOS DEL TIPO.

1.-Servidor Público. - Es el elemento de carácter normativo su significado se determina mediante una referencia al orden jurídico, que en el caso particular es el artículo 212 del código penal, donde se precisa quienes son servidores públicos.

2.-Por sí o por interpósita persona.- Elemento objetivo. Se trata de una situación que sensorialmente se aprecia.

3.-Solicite o reciba.- Se trata de situaciones sensoriales apreciables y por ende, elementos u objetivos. Marginalmente diremos que si el servidor público, sin haber de cohecho pasivo, surtiéndole una conducta bilateral.

4.-Indebidamente.- Elemento normativo. Su significado se conoce a través de un concepto jurídico.

5.-Para si o para otro.- Objetivo, por las razones señaladas bajo los números dos y tres.

6.-Dinero o cualquier otra dádiva.- Normativo. Si bien es cierto que lo que se conoce con el nombre de dinero es algo material, el significado de la palabra dinero, se obtiene de la teoría económica que pertenece al terreno cultural. El concepto dádiva entraña una referencia de un orden jurídico. Ahora bien en cuanto a las cosas específicas en sí (dinero y dádiva), independientes de su connotación conceptual, si pueden ser sensorialmente apreciados, por ello diremos que "la palabra dinero" no puede ofrecer dificultades.

En cuanto al término dádiva, la ley lo emplea también en otras disposiciones, se le asignan más de un alcance. Para unos, debe consistir en algo con significado económico, que mejore el patrimonio o libere de una carga, en tanto que para otros comprende cualquier beneficio, provecho o utilidad, con sin valor económico. Para este segundo grupo, solo queda excluido del concepto de dádiva, aquello que no proporciona beneficio o provecho correcto, como los placeres puramente estéticos o las alabanzas personales.

Nuestro juicio, la interpretación amplia es la correcta: la dádiva puede ser de cualquier naturaleza, siempre que signifique un beneficio para el funcionario.

1. -Aceptar Promesas. El contenido del término aceptar promesas, es sensorialmente apreciables en cuanto a la aceptación en sí pero, como se refiere a aceptación de promesa, debe dedicarse que el significado del término promesa se conoce mediante una referencia de orden cultural y, por ende, debe calificarse como elemento normativo.

2. -Hacer o dejar de hacer. En apariencia se trata de un elemento del tipo, por lo que pudiera pensarse como algo indispensable para que la conducta sea

delictiva. En realidad no pensable para que la conducta sea delictiva. En realidad no hay tal; el hacer o dejar de hacer es el porque de la solicitud o aceptación. Si el servidor publico acepta la dádiva y no cumple el ofrecimiento, no por eso deja de existir el cohecho.

Otro tanto sucede si solicitando por hacer o dejar de hacer, recibe lo solicitando y no cumple lo prometido. El hacer o dejar de hacer en pluralidad no es elemento del tipo, sino que marca la dirección de la voluntad, pero según ya se dijo, si el servidor publico hace o no hace, no por eso deja de existir el delito, por lo tanto, debemos remarcar que no se trata de un elemento del tipo.

En virtud de esto, las simple solicitud consolida la conducta como delictiva.

3. -Algo justo o injusto, como en el caso particular, el concepto específico de lo justo o injusto, no debe entenderse en un sentido ético, sino en su aceptación legal. Su clasificación lo sitúa como elementos normativos. Se refiere a una situación jurídica, independientemente de su eticidad en sentido propio.

4. -Relacionado con sus funciones. Normativos, se referencia jurídica.

Resultado. En el aspecto jurídico, el resultado es la lesión a la función pública, tanto en lo que hace a la afectación ocasionada al prestigio de la misma, como en lo relativo a su gratitud. El aspecto material (sin que sea requerido), será la recepción de la solicitud u ofrecido, o el haber o dejado de hacer, algo atingente a la función.

Antijuridicidad. Existente porque la conducta descriptiva resulta acreedora de pena y al conminarse

con dicha reacción por parte del estado, se esta prohibición es de carácter jurídico y el contradecir el deber de abstención que lleva implícito es el contenido del juicio de reproche sobre la antijuridicidad.

Culpabilidad.- Este elemento subjetivo debe presentarse fatalmente en la forma dolosa, no puede cometerse culposamente.

Temporalidad. -Es un delito instantáneo. Integrado el tipo no puede prologarse la conducta.

El tipo en comento (cohecho), no admite tentativa por su propia estructura, ya que con la simple solicitud o aceptación se tendrá por integrado.

Bajo el mismo esquema técnico, variando solo el activo, que en este otro supuesto recae en los particulares, tenemos la fracción II del disponibilidad analizado, la cual a la letra dice:

1.-El que de manera espontanea de u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguien de las personas que se menciona en la fracción anterior, para que cualquier servidor publico haga u omita un acto justo o injusto relacionando con sus funciones. (154)

CAPITULO IX

LA TIPICIDAD

1.-EL CUERPO DEL DELITO.

El cuerpo del delito (Corpus Delicti), consiste en un añejo concepto, que ubica a la doctrina en su raíz en las leyes gramática de la edad media, las cuales contemplaba las huellas del examen del cuerpo de la víctima. En Inglaterra se legislo de ,manera especial. Mas tarde, las legislaciones de todos los países aceptaron la necesidad de la comprobación del cuerpo del delito, lo cual provoco que dicho, concepto sufriría variaciones sujetas a diversas influencias, algunas derivadas del paso del tiempo y otras propiedades de las culturas inmensa del país en el cual se adopto.

En el siglo XX el concepto del cuerpo del delito, tradujo en una expresión de uso común por los, practicados, europeos e incluso por las legislaciones americanas, a tal nivel que represento, en su momento, un papel verdaderamente trascendente por su importancia en el estado de derecho especialmente derivado del principio de la legalidad, el cual hora asume el tipo penal.En lo que se refiere al sistema jurídico penal mexicano el concepto de corpus delicti durante años juzgo un papel medular, sobre el descansaba el enjuiciamiento punitivo y criterios científicos rectores. Preciso es subrayar que su trascendencia fue mas halla de derecho penal procedente penal, llegando a influir el Propio derecho penal sustantivo.

Al reconocer al cuerpo del delito un papel fundamental, e incluso medular en todo sistema, es obvió que el mismo dejo sentir su importancia aparición

en la dogmática del delito, en forma especial en el estudio de la tipicidad, como certeramente subraya el profesor Franco Sodi cuando afirma “que para madurar el concepto del cuerpo de delito es muy útil el estudio de la teoría de la tipicidad”, lo cual resulta una cuestión de sistemática, es decir a fin de poder analizar el cuerpo del delito es necesario partir de la descripción elaborada por la el legislador de un determinado compromiso bajo cuya concreción puede sobrevivir una consecuencia jurídica penal. (155).

La doctrina ha discutido el origen del concepto entorno a su naturaleza; por un lado, existen autores que la distribuyen un continuo material, y por la tanto, los que consideraron aspectos tanto materiales como subjetivos en su contenido, también hay posturas que nos permiten identificar a las exportación corpus delictis empleada en tres sentidos distintos.

En primer lugar, es principalmente empleada la expresión corpus delicti como el hecho objetivo, tanto permitido como transitorio, sincero en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en una infracción un incendio, un homicidio, un fraude, etc.

En segundo lugar, se emplea el efecto material que los delitos de hecho permanecen dejando después de su perpetración, un cadáver, un edificio incendiado, una puerta rota; finalmente cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada, un puñal, una joya, un frasco con residuos de veneno, una llave falsa, etc.

El concepto de cuerpo de delito en nuestro país llevo a juzgar tal importancia, que incluso formo parte del texto constitucional, basta recordar el contenido original de los artículos 16 y 19, que limitaban el otorgamiento de orden de aprehensión y la determinación de la situación jurídica del indicado, lo

cual se prolongo, hasta el año de 1993, con motivo de la reforma al texto constitucional se suprimió su contenido.

La dogmática identifica tradicionalmente el cuerpo del delito con la existencia de un hecho punible y a fin de lograr la asimilación por parte del alumno, se le otorgaban como características estar integrado por todas las materialidades relativamente permanece, sobre las cuales o medianamente las cuales se cometió el hecho, así como también cualquier otro objeto que sea efectuado inmediato de este mismo delito o que en otra forma se refiere él de manera que pueda ser utilizado para su prueba.

Se trataba de identificar al cuerpo del delito con la materialidad del delito, lo cual resulta congruente con la idea expresada por la suprema corte de justicia de la nación, al interpretar el texto constitucional y considerado de la manera siguiente:

1) Cuerpo del Delito. Por cuerpo del delito se entiende, el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura de la víctima descriptiva concretamente por la ley penal y la determinación que tiene acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delictuoso y señalar la pena correspondiente.

2) Cuerpo del Delito y Responsabilidad. El concepto de cuerpo del delito, se refiere a cuestiones impersonales, independientemente de la salud a virtud de conducta humana acreditar la materialidad del hecho; atribuir la acusación del resultado a una persona es problema de responsabilidad.

Sin embargo, dicha idea aportaba serias dudas pues era fácil confundir al juez, o bien a la autoridad

investigado en la comprobación del cuerpo del delito, ya que en el conjunto de elementos físicos o materiales, los vestigios y las huellas dejadas por el sujeto activo que despliega el comportamiento.

Es decir, alrededor de la comisión de un delito, antes o bien después de consumado, existen una serie de elementos físicos o modificados al mundo exterior material, que bien podrán confundirse con el cuerpo del delito y que amerita una delimitación.

A partir de la idea anterior surgía la duda en torno a los elementos del cuerpo del delito en el supuesto de los delitos que no producen manifestaciones material tangible exterior, este problema se representa resolver con la distinción entre *delicta facti permanentis* y *delicta facti transeuntis*, según sea que dejen huellas, rastros o vestigios o bien, que no los dejen. (156)

Por lo anterior, era necesario distinguir entre el cuerpo del delito y el delito, entiendo por el primero, la materialidad considerada en sus elemento externos, lo cual resultaba congruente con las definiciones que lo consideran un conjunto de elementos externos o materiales que constituyen al delito en sí mismo, en tanto el segundo era el resultante de la suma de un comportamiento antijurídico, culpable y punible.

En tal sentido, los elementos del cuerpo del delito se encontraban en tres grupos: *corpus criminis*, *hábeas instrumentorum* y *hábeas probationem*.

a)*Corpus Criminis*. Es la persona o cosa sobre la cual se han cumplido o ejecutado los actos que da ley menciona como delitos, o la persona o cosa que ha sido objeto del delito (sujeto pasivo-objeto material).

b) Corpus Instrumentorum. Son los instrumentos utilizados, las cosas con las cuales se cometió o intentó cometerse el hecho delictuoso como medios destinados a facilitar la acción del delincuente.

c) Corpus Probationem. Son las llamadas piezas de convicción comprendiéndose todas aquellas huellas, rastros y vestigios dejado por el imputado en la comisión del hecho delictuoso.

A su vez, resultaba factible enunciar los elementos del cuerpo del delito que a decir de Manzini eran:

a) Los medios materiales que sirvieron para preparar o cometer el delito.

b) Las cosas sobre las cuales se cometió,

c) Las huellas dejadas por el delito o por el delincuente

d) Las cosas cuya detención, fabricación o venta o cuya aportación o uso constituye el delito.

e) Las cosas que representan el precio o el provecho del delito.

f) Las cosas que son el producto del delito, aun indirecto.

g) Cualquier otra cosas (no el hombre viviente) en la reacción a al cual se haya ejercido la actividad delictuosa, o que haya sufrido las inmediatas consecuencias del delito.

La idea del cuerpo del delito se enfocaba al respecto externo material excluyendo los elementos normativos y subjetivos, que también son de relevancia y para permite sus efectos.

En atención a estas circunstancias, así como otras tantas críticas, el concepto de corpus delicti fue separado a principios de siglo por el tipo penal, que permitió una concepción más amplia en la cual guardan cabida elementos de toda índole y no exclusivamente materiales.

Finalmente, es notable que la evolución del corpus delicti nos permite analizarlo desde las siguientes perspectivas:

- a) Con elementos eminentemente objetivos, externos o materiales.
- b) Con elementos de carácter, objetivo y subjetivo.
- c) Como parte del tipo penal.

En cuanto al primer supuesto, recordemos que por tradición el cuerpo del delito siempre estuvo identificados con aspectos de carácter objetivo, los cuales con el paso del tiempo resultaron insuficientes para explicar parte subjetiva del delito, a raíz de las ideas neolatinas resulto insostenible defender la idea del cuerpo del delito con un contenido material exclusivamente.

En el segundo caso, fue necesario incluir a un cuerpo del delito a nivel subjetivo a fin de permitir dar cabida a las motivaciones, así como a la voluntad que incide en el sujeto activo.

Finalmente, el cuerpo del delito se constituye como un elemento del tipo penal en atención al carácter objetivo de este a la característica de continente de

elementos objetivos, subjetivos, normativos y descriptivos del tipo penal como un continente y al cuerpo del delito a nivel de contenido. (157)

2.- El Tipo Penal.

Es indudable que a fin de estar en posibilidades de sancionar a una persona por la realización de un comportamiento nocivos a los intereses de la sociedad, es necesario la existencia de un precepto legal que contempla dicha circunstancias, así como que cumpla con el presupuesto sujeto tenga conocimiento de lo antisocial de su comportamiento, es decir, no podemos obligar a nadie a no observar un comportamiento considerado como ilícito, así desconoce tal carácter.

La delimitación de los comportamientos prohibidos en su caso de observancia obligatoria, se han delimitado en lo conocemos como tipo , por lo que Welzel, retomando las ideas de Beling, considera conveniente atribuirle la función de describir en forma objetiva la ejecución de una acción prohibida, lo que para Roxin, según una opinión muy difundida, se puede complementar atribuyéndole al tipo penal la función de diferenciar diversas especies de errores a los cuales se asignan distintos tratamientos pero podría sumarse una tercera función en el sentido de fundamentar la necesidad de un concepto fundamental del sistema derecho penal que puede insertarse entre los elementos de acción y antijuridicidad.

En cuanto el concepto de tipo penal es dable afirmar que consiste en la versión más generalizada de la palabra alemana tatbestand, con la que se alude a un conjunto de hechos dotándoles de una significación unitaria.

(157) Ibidem. Pág. 89

Aun cuando para algunos autores sea preferible el uso del término "hecho", "encuadrabilidad", "subordinación" o "delito tipo", en lugar de la tipicidad. Para los italianos es el *fattispecie* o el *fatto*.

Toda acción antijurídica y culpable era por eso una acción punible. Contra esto dirigió sus ataques el liberalista naciente importaba. A la falta de un firme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles, el juez podía someter a juicio a toda acción desagradable, prescindiendo de la antijuridicidad e imponiendo arbitrariamente una pena grave o leve.

En relación con este movimiento liberal, la legislación posterior estrecho el concepto de acción antijurídica, en tal virtud fueron recortados y extraídos terminadas tipos delictivos.

Para cada uno de tales tipos se previo una pena concreta y determinación (función del legalidad); quedando como punibles ciertas formas de obrar antijurídicamente que no correspondan a ningún de estos tipos.

La postura iniciada por Beling respecto al tipo, podemos escindirla en dos posiciones:

1) no distingue entre el tipo penal legal y tipo del delito, empleado en ambos términos con idéntica significación, por lo que el tipo era un concepto natural, ajeno a toda valoración, por lo que comprenderá solo los elementos objetivos.

2) Deriva de la revisión de la teoría en 1930, lo que el permitió distinguir entre el tipo legal y el tipo del delito, que hasta entonces se emplean como sinónimos, el motivo determinante fue asegurar la necesaria congruencia entre el tipo del injusto y el tipo de culpabilidad, cuya congruencia no se deducía con la necesidad lógica en su construcción en 1906, es

indudable que el carácter del activo de una acción no podrá afirmarse, sino, a condición de que el tipo de culpabilidad fuera congruente con el tipo de delictivo del injusto.

A partir de tal consideración, el tipo tiene subsistencia en la ley, siendo a un tiempo, tipo del injusto y tipo de culpabilidad; porque los tipos delictivos son tipos de conducta antijurídica y culpables, el tipo de delictivos son tipos de conducta antijurídica y culpables, el tipo rector es una mera imagen conceptual que pertenece solo a la esfera metódica, y si bien se infiere del tipo de delito, no tiene existencia inmediata la imagen o reproducción conceptual de un acontecimiento externo, sin tomar en cuenta para nada lo aníco del sujeto. Para él, el tipo es objetivo y meramente descriptivo. (158)

Mientras que el autor Welzel, el tipo es una figura conceptual que describe conceptos, formas posibles de conducta humana, la norma prohíbe la realización de estas formas de conductas.

La conducta descriptiva conceptualmente en el tipo de una norma prohibitoria, esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva la antinormatividad de la conducta. El tal sentido, el tipo también lo concibe, como una figura puramente conceptual, es decir descripción concreta de la conducta prohibida.

En palabras de Maurach, el tipo es la descripción terminante de una determinada conducta humana antijurídica.

El tipo es, por lo tanto, en primer lugar, acción tipificada por la ley en una figura legal.

Por otra parte, para Muñoz Conde, “EL tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto hecho de una norma penal.

El autor destaca la presencia de una descripción, que deriva del legislador, la materia de la descripción se establece a nivel de una conducta prohibida, con la cual refiere a uno de los presupuestos de punibilidad analizados dentro de la teoría del delito como categorías que a nuestro ser sería conveniente definir en términos de acción: finalmente comprende un supuesto de hecho de una norma penal, con la distinción entre la conducta humana prohibida y el supuesto de hecho de norma penal, con lo que el autor pretende referir el nivel de análisis fáctico en que se encuentra el delito contra el análisis eminentemente formal que la atañe.

El autor Gimbernat Ordelig, lo define como “La descripción de la conducta prohibitiva y su fin es el de motivar mediante la amenaza de una pena para dicha conducta no se cometa”.

Debemos recordar que uno de los fines primordiales de los tipos penales es la tutela de bienes jurídicos, siendo ese precisamente el fundamento y razón de su existencia, además de la aprehensión en torno a la punibilidad, la cual, mas que un elemento del tipo se encuentren ligada como consecuencia de este fin de otorgarle a las leyes penales se características coercibilidad.

En tanto para Baumann, “El tipo penal describe la conducta punible mediante una serie de circunstancias de hecho y a la conducta descriptiva de este modo conecta la pena como consecuencia jurídica. (159)

En cuanto a la tipicidad, se entiende como la adecuación de los elementos y presupuestos de delito con los presupuestos y elementos incluidos en el particular tipo penal incluido en la ley.

La evolución por la que ha atravesado la categoría de tipicidad puede ubicarse, es decir, de Jiménez de Asúa en tres fases:

a) La de Independencia. - En que la tipicidad es una función descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad, que parte de las propuestas de Beling en 1906, y su reformación en 1930.

b) EL Carácter Indiciario.- Propuesta por Mayer, transforma la tipicidad de manera de descripción, ya que tiene el carácter de indicio de antijuridicidad, lo cual se cumple en virtud de los elementos normativos.

c) La Ratio Essendi de la antijuridicidad. Representada por Mezger, la tipicidad se transforma en algo más profundo que la descripción indicaría de la antijuridicidad, llegando a constituir su ratio essendi.

Cuando hablamos de tipicidad queremos decir que la conducta está tipificada, que es típica, esto es, que reúne las condiciones exigidas por un tipo, por lo que la teoría de la tipicidad habrá de reducirse a la teoría del tipo.

Finalmente, la suprema corte de justicia de la nación ha definido en variadas ocasiones al tipo penal apegado en una posición netamente finalista, al respecto señalo:

Tipo Penal Indicio de Culpabilidad.- Es sabio que el tipo penal aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o en el propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito

concretamente por la ley en los preceptos que lo definen y sancionan, por lo que el tipo penal es indicio, mas no fundamento de culpabilidad. Amparo directo 1728/56 de agosto de 1956. Unanimidad de 4 votos. Ponente Teofilo Olea y Leyva. Tomo CXXXIX pág. 535.

Tipo Penal. Conforme a al teoría general del derecho el tipo penal esta constituido por el injusto descrito concretamente por un proceso de la ley, a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica de punibilidad. Amparo directo 1424/55, 17 de enero de 1957, 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Tomo CXXXI, pág. 121.

Tipo Penal. El tipo penal esta constituido por los elementos objetivos y normativos que describe el precepto que lo define; excluyéndose el dolo y la culpa, supuesto que aquel constituye un indicio, mas no el fundamento de la culpabilidad. Tomo CXXV, pág. 1709, amparo penal directo 1532, el 26 de agosto de 1955. Unanimidad de 5 votos.

Tipo Penal. El tipo penal delictivo esta constituido por el conjunto de los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o en otros términos, el tipo penal significa mas bien el injusto descrito 4533/57, Antonio Sánchez Gavito. El 3 de octubre de 1958, con 5 votos. Ponente Luis Chico Goerne. Volumen XVI, 2^{da} parte.

Tipo Delictivo. El tipo delictivo esta constituido por el conjunto de los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o en otros términos: el tipo penal significa, mas bien, el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada a la sanción penal. Amparo directo 2556/56, Nemesio Cruz Balderas y Coags. 10 de noviembre de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Volumen XVII,

2.-CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES.

Al referirse los tipos penales, es plausible elaborar una clasificación atendiendo a su estructura formal; es factible agruparlos en: básicos, especiales, subordinados, elementos, compuestos, autónomos, en blanco, de baño de peligro abiertos o cerrados.

a) Básicos. Conocidos igualmente como fundamentales.- Son aquellos en los que se describen de manera independiente un modelo de comportamiento humano y por esa razón, se aplica sin sujeción a ningún otro.

b) Especiales.- Los que además de los elementos propios del básico, contienen otros nuevos o modifican requiaitos previstos en el tipo fundamental; por eso se aplica con independencia de este.

c) Subordinados o Complementados.- Los que refiriéndose a uno básico o especial, señalan determinadas circunstancias o aspectos que cualifican la conducta de los sujetos o el objeto descriptivo en estos; por esa razón no pueden aplicarse en formas independientes; su vida jurídica depende de la del tipo básico o especial al cual se refieren y los efectos de su aplicación solo en el momento procesal de la imposición de la pena; de esta clase son el homicidio agravado.

Tanto los tipos especiales como los subordinados pueden ser privilegiados o agravados; aquellos prevén una sanción mas leve que la de los básicos o, los especiales y estos una de mayor gravedad.

d)Compuestos.- Los que describen un pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría conformar un tipo distintivo, aunque referido al mismo bien jurídico; se identifican sin mayor dificultad porque tienen varios verbos rectores.

e) Autónomos. Los que describen un modelo de comportamiento al cual puede adecuarse directa o indirectamente la conducta del actor, sin que el interprete debe aludir al mismo o a otro ordenamiento jurídico para completar su significado; de esta especie son, entre otros, el secuestro y el aborto.

f) En Blanco. Aquellos cuya conducta no esta integralmente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla; mientras tal precisión no se efectuó, resulta imposible de realizar el proceso de adecuación.

g) El Daño o de Puesta en Peligro. Los primeros requieren para su concreción que el bien jurídico sea destruido o, lesionado, y los de puesta en peligro solo toman en consideración la posibilidad de riesgo en la cual se colocan el bien jurídico.

h) Abiertos. Dentro de las leyes penales existen casos en los que el legislador adopta una concepción abierta en torno al tipo penal, es decir, la descripción solo es comprensible a partir del complemento y del permitió con la sola ayuda del texto legal.

En atención a dicha consideración el autor rechaza la idea en torno a los tipos abiertos prefiriendo una concepción cerrada del tipo que déjese margen a maniobras derivadas de otros tipos penales, ya que de lo contrario le faltaría precisamente el carácter típico.

Esto significa que el tipo ha de contener todos, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito.

Un ejemplo de tipo abierto es el previsto en el artículo 171 del código penal federal, que a la LETRA

DICE: artículo 171.- Se impondrán prisión hasta seis meses , multa hasta de cien pesos y suspensión o pérdida de derecho de usar licencia de manejar.

Al que en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes cometa alguna infracción a los reglamentos de tránsito y circulación al manejar vehículos de motor, independientemente de la sanción que le correspondan si causa daños a las personas a o las cosas.

Como se puede apreciar, al momento concretarse el tipo penal es necesario rellenar su contenido con lo previsto los reglamentos de tránsito, lo cual supone al tipo con un contenido abierto que requiere ser completado, cuestión que en el caso del artículo en comento ha propiciado que la doctrina los refiera como tipos penales en blanco, al remitir su contenido a una ley de carácter administrativo.

i)Cerrados. Son aquellos que resultan suficientes en todos y cada uno de sus elementos por si mismos, ejemplo, de estos enriamos el previsto en el artículo 302. Comete el delito de homicidio: el que prive de la vida a otro.

De lo anterior, se puede observar como el tipo penal resulta plenamente satisfactorio con lo dispuesto en el artículo 302, sin necesidad de recurrir en los casos del homicidio simple a otra consideración para completar su contenido y cerrar los elementos que deben distinguirlos. (160)

CAPITULO X

SISTEMA CAUSALISTA TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

1.-EL CONCEPTO DE TIPICIDAD.

Uno de los principales logros del moderno derecho penal, se refiere al principio consagrado en la ley, el *nullum crimen, sine lege*. Muestra carta magna en su artículo 14, como aparece explicando en primer capítulo de esta trabajo, señala que, en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía a aun por mayor de razón, pena alguna que no, este decretada por la ley, exactamente aplicable al delito de que se trata.

Este precepto claramente exige que la posibilidad de imponer una pena a una persona, por un delito del que se trate sea responsable, requiere de la existencia previa de una ley que se señale con precisión, con exactitud, la conducta punible, precepto que recoge el pensamiento que maduro en el siglo XVIII y que a partir de la revolución francesa se difundió, prácticamente a todo el mundo.

El principio de *nullum crimen, sine lege*, (no hay delito sin ley), sirve de base o contenido de la llamada teoría del tipo y tipicidad.

Es decir, el tipo es la descripción legal de un a conducta como delictiva, es la figura abstracta que el legislador consagra como ley.

La tipicidad, es a su el encuadramiento de la conducta concreta (acción u omisión) al tipo, a la fórmula legal.

No debemos olvidar que el tipo como descripción legal constituye en presupuesto del delito, pero la tipicidad o encuadramiento. Tales conceptos guardan estrecha relación, la tipicidad no puede existir sin el tipo.

El termino tipo etimológicamente significa modelo, que aplicado a la materia jurídica penal se refiere al modelo legal que prescribe las conductas delictivas.

Algunos autores encuentran antecedentes del concepto de tipo de la edad media a partir del llamado corpus delicti cuerpo del delito, que se refería a los elementos o características del delito.

Esta idea del cuerpo del delito ha sobrevivido como sinónimo de tipo hasta nuestros días, y hasta la reciente reforma constitucional mexicana de 1994, el artículo exigía que para dictarse un auto de forma prisión se requería que estos estuvieren satisfechos los elementos que comprobaran el cuerpo del delito.

Concepto que con la reforma mencionada fue substituida por la exigencia de acreditar los elementos del tipo.

Nuevamente en 1999 por la manía beligerante que impera en nuestro país, suponiendo que los cambios en la ley serán suficiente para modificar las condiciones sociales de la constitución de la republica abandona el concepto de los elementos del tipo y retoma al del cuerpo del delito, desafortunadamente.
(161)

(161) Octavio Alberto Orellano Wiaco. Curso de Derecho Penal parte General, Pág. 213.

Le exigencia de exactitud de que la conducta se ubique o encuadre en el tipo, es precisamente pilar de la tipicidad.

Así, por ejemplo, si un sujeto lo acusan de delito de estupro figura típica consagrada en el código penal federal, que exige entre otros elementos, copula con mujer menor de doce años o mayor de dieciocho, pero definitivamente el delito de estupro no, porque independientemente de que se pudiesen acreditar los demás elementos típicos del delito nos pueden presentar; aquí aplicamos el principio de la exacta aplicación de la ley penal, el nullum crimen, sine lege, (hay delito sin ley), al principio de la tipicidad al modelo legal, al tipo. (162)

2.- DESARROLLO DE LA TEORÍA DEL DELITO

El concepto de “cuerpo del delito” o “figura del Delito” era aceptado como el conjunto de elementos que integran el delito.

El llamado “cuerpo del delito”, se inicia desde tiempos medievales y se desarrollo en el campo del derecho procesal penal, resultando ser ante decenté de la teoría del tipo.

Este concepto inicial incluía, para unos estudiosos, los elementos objetivos y subjetivos, es decir, aquellos elementos de carácter material como era la muerte de una persona, y el dolo (la Intención) o la culpa (imprudencia, falta de cuidado, etc.) con que el activo del delito hubiera logrado privar de la vida, para hablar, en este supuesto delito de homicidio.

Para todos juristas “el cuerpo del delito” solo comprendía elementos materiales u objetivos.

En el año de 1906 el penalista germánico Ernesto Beling publica *Die Lehre Vom Verbrechen*, donde incluye el concepto de "Tatbestand" o tipo, al que le da singular relevancia por considerar lo una garantía de legalidad.

La inclusión de la tipicidad al sistema causa lista naturaliza, como ya se ha mencionado, por considerar que los elementos del delito, como la conducta, tipicidad y antijurídica tiene un contenido evidentemente objetivo, observable física o naturalísticamente, y la culpabilidad es un elemento subjetivo, de orden psicológico, no observable física o materialmente.

La teoría del tipo en su desarrollo histórico pasa de una frase inicial descriptiva, a una cognoscitiva, después a otra denominada *ratio essendi*, después a una llamada *defensa*, y por último destructiva.

a) Fase Descriptiva. Al principio Beling se preocupó en consolidar la teoría del tipo, al que asignaba una atreva fundamental, no hay delito sin tipicidad, pues la tipicidad tenía por función encuadrar la conducta al marco descriptivo de la ley, y sería hasta en un ulterior paso al estudio de la antijuridicidad, pues una conducta podía resultar típica, pero no antijurídica, como el caso de quien priva de la vida obrando en legítima defensa.

El tipo era considerado una conducta como delictiva, pero conocer si una conducta es contraria a la norma, ello constituye una función que desempeña, solo todos reunidos pueden atribuir al activo un delito.

De esta manera en el sistema casualista tipo y norma son partes esenciales en la teoría del delito, pero mientras el tipo describe, la norma valora. Igualmente la tipicidad debe separarse de la culpabilidad, pues en la tipicidad del acto no se hace referencia al dolo o a cualquier culpa, esa especie de culpabilidad.

b) Fase Indiciaria. Corresponde al penalidad alemán Max Ernesto Mayer, en su obra tratando de derecho penal, publicado en 1915, plantear la segunda etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad, llamada fase indiciaria de la antijuridicidad.

c) Fase Ratio Essendi. La tercera etapa de la teoría del tipo la encontramos en el tratado de derecho penal de Edmundo Mezger, y se refiere a que la tipicidad es la ratio essendi de la antijuridicidad.

Para Mezger el delito es una acción típicamente antijurídica es decir, solda los conceptos de tipicidad y antijuridicidad, y así el delito es acción antijurídica y al mismo tiempo típica.

d) Fase Defensiva. Una cuarta fase del desarrollo de la tipicidad es la defensiva, y se refiere a la segunda formulación de la teoría de la tipicidad por Ernesto Beling en 1930.

El tipo dejó de ser un hecho objetivo, abstracto y conceptúa descrito en sus elementos materiales, y para ser una "imagen rectora" que preside cada especie delictiva; la tipicidad será la adecuación a la "imagen rectora" no a la especie delictiva.

De esta manera Beling busca dar solución a problemas como los de la tentativa, o a la complicidad, que no podrían encuadrarse en la específica la descripción típica, pero sí a la "imagen rectora".

e) Fase Destructiva. Aparece una quinta fase sobre la teoría del tipo, se le llama destructiva, y se debe a las posiciones radicales del nacionalsocialismo alemán, en la época de Hitler, donde el punto de partida del delito no es la acción, sino la voluntad del agente; donde se reprochan no el daño causado, sino la peligrosidad del agente, y sobre todo el orden jurídico

parte de una “moral del pueblo” y el juez debe interpretar ese “orden moral del pueblo”.

El juzgado no debe estar atado a consideraciones formales, los principios nullum crimen, nullum poena sine lege, no existe para el derecho nazista, lo que elevó a los excesos de todos conocidos donde los principios del derecho penal democrática fueron atropellados en aras de un estado totalitario.

Es esta fase no existe el exacto encuadramiento de la conducta al tipo, sino que toca al juez valorar la conducta en relación al “orden moral” a los “sanos sentimientos del pueblo alemán”, lo que deriva en inseguridad jurídica, el sujeto queda a merced del juez, no de la ley.

En la moderna teoría del tipo y la tipicidad impera la preocupación de que esa teoría sea efectiva garantía de legalidad y libertad del individuo, para evitar que se repitan casos como el del nazismo, para que el tipo constituya la carta magna del inculpado, quien debe ser encontrado responsable del delito tiene garantizado que la pena que le pueda imponer tiene que ser forzosamente la que el legislador haya previsto en la ley. (162)

3.-FUNCIONES DEL TIPO.

El tipo ha venido desempeñado desde su nacimiento una función fundamentada de legalidad.

Frente a los abusos del poder, que en materia penal se traducen en actos de represión que atenta a los bienes mas precisos del individuo, libertad y a veces, hasta su vida; la exigencia de que culpa, en los

casos en que se atribuyen una conducta delictiva a unas personas, esta debe ser ante todo típica, además de antijurídica y culpable.

El tipo encuadra su sinónimo en el termino ley. El legislador al crear el tipo o la ley, debe tomar en cuenta que sanciona conductas que estima, riñen con los valores sociales que propugna el estado como valioso para conservar el orden jurídico.

También el tipo, como lo han expresado algunos penalistas, entre ellos el maestro Javier Alba Muñoz, proporcionaba unidad fenomenológica al delito, pues en el análisis de la descripción legal aparecen todos y cada uno de los elementos del delito. (163)

4.- ESTRUCTURAS DE LOS TIPOS.

Los tipos en su descripción hacen alusión a condiciones o situaciones de orden material u objetivo, apreciables por los sentidos, pero también lo hacen a veces a cuestiones subjetivas o normativas que no pueden ser captadas objetivamente.

Los tipos en consecuencia, se integran por elementos objetivos, subjetivos y normativos. Así por ejemplo el tipo de homicidio en la descripción que aparece en el código penal federal; comete el delito de homicidio, el que priva de la vida a otro, se desprenden elementos objetivos, un sujeto activo que realizan la conducta de privar de la vida y la muerte del sujeto pasivo, todo ello perceptible por los sentidos; el diverso tipo de fraude que ello aparece en el cuerpo de leyes mencionados dice: comete el delito de fraude el que engaño a uno o aprovechándose del error en que este se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanzando un lucro indebido, los sujetos activos y el pasivo en este delito, o la obtención de una cosa, son evidentemente elementos objetivos; pero la

(163) Ibidem. Pág. 222

conducta engañosa o el aprovechamiento del error, son situaciones subjetivas, psicológicas la comprensión de los términos ilícitamente o indebido que aparezcan en la descripción conceptos jurídicos, son elementos normativos, pues su contenido solo se puede comprender en ese contexto, únicamente en forma normativa podemos conocer lo que es ilícito o indebido.

Los tipos por sus estructuras suelen clasificarse en forma muy general en tipos normales, cuando dolo contienen en su descripción elementos objetivos (tipo de homicidio) y tipos anormales, cuando además de elementos objetivos contengan subjetivo contengan subjetivos o normativos (tipo de fraude).

5.- EL NÚCLEO DEL TIPO

Antaño nos explicaba que una oración o expresión verbal o escrita se conforma de sujeto, verbo y predicado.

El sujeto era la persona que realizaba la acción contenida en el verbo y en el predicado, el objeto la que se refería la acción del sujeto.

El tipo guarda la estructura gramática de una oración, y el verbo o verbos que contienen la descripción legal es lo que consiste el llamado "núcleo" del tipo, "rector" el cual determinada la acción u omisión que el sujeto activo necesita desplegar para ubicar su conducta en el tipo.

Para algunas tratadista el tipo se puede clasificar según el núcleo en simple, cuando el tipo solo refiere un verbo, como privar de la vida en el delito de homicidio; y en compuestos cuando el núcleo señala varios verbos. Los componentes se subdividen en alternativos o conjuntos; los alternativos cuando el tipo ejecutado cualquiera las acciones (versos), así el delito llamados

administración fraudulenta el núcleo señala que el sujeto debe alterar hacer aparecer, exagerar u ocultar, los conjuntos cuando el tipo exige que el sujeto realice la acción simultanea de dos o mas verbos, como el delito de conducir en estado de ebriedad, que exige conducir en ese estado y además en ese estado violar disposiciones de transito. (164)

6.-ELEMENTOS DEL TIPO.

Al mencionar la estructura del tipo expresábamos que la misma se integran por elementos objetivo, son aquellos términos o conceptos que aparecen en el tipo y que son de naturaleza material real, apreciables, apreciables por los sentidos, los que puedan, los que pueden ser esenciales y que no deben faltar en ningún tipo y los accidentes que pueden aparecer al lado de los esenciales y que también deben ser satisfactorios en el tipo concreto en que aparezcan para poder considerar la tipicidad de la conducta.

A) Los elementos objetivos esenciales:

1.-El sujeto activo, es la persona que ejecuta la conducta típica y que en el tipo aparecen también en forma genérica bajo las expresiones “a otro”; de la persona”; “de alguien”, etc.

2.-El sujeto pasivo. Es la persona que resulta afectúa en el bien jurídica tutelado por el tipo el tipo aparecen también en forma genérica bajo las expresiones “a otro”; de la persona” ; “de alguien”, etc.

3.-La conducta. Que se refiere a la acción, omisión o comisión por omisión que conforme al núcleo o verbo

del tipo debe realizar el sujeto activo.

4.-El Resultado. O sea el daño o la lesión que ocurrió el bien jurídico, que debe ser material.

5.-El nexo causal. Que tratándose de tipos con resultado material debe establecerse la relación de causa efecto entre la conducta.

B) Los elementos objetos accidentales son:

1.-Circunstancia sobre la calidad del sujeto activo o del pasivo. El sujeto activo, en ocasiones debe reunir determinada cualidad, restringiendo su carácter universal, así por ejemplos cuando el tipo señala “el descendiente”; “el servidor publico”; “el funcionario”; “la madre”, “a los abogados”, etc., se restringe la posibilidad genérica que usualmente emplea la ley, como “al que”, “el que”, etc.

El sujeto activo, puede por exigencias del tipo constreñirse en su carácter general, así por ejemplo cuando precisa la persona moral afectada por el delito como en el caso del delito de peculado donde el pasivo resulta “el Estado” o “el organismo descentralizado”, o en el delito de leonocionio donde el sujeto pasivo “es la persona cuyo cuerpo es explotado por medio del comercio carnal”, etc.,

2.-Circunstancia de lugar, tiempo, modo u ocasión.- el tipo a veces señala alguna referencia de tiempo, así por ejemplo en el delito de lesiones, el termino de mas o menos de 15 días para que sanen, es uno de los requisitos típicos para considerar a la lesión como levísima o como leve.

Igualmente el tipo ocasionalmente indica que la conducta delictiva deba ocurrir en determinado lugar o espacio. Así por ejemplo el delito de allanamiento de morada, exige que el sujeto activo penetre “a un departamento, vivienda, aposento, o dependencia de casa habitada”.

También el tipo puede prever alguna circunstancia de modo, es decir, que la conducta se ejecute de una forma específica captada por el tipo, por ejemplo el delito de homicidio calificado, que se presume premeditado, se emplea “ inundación, incendio, minas, bombas o explosivos, venenos, asfixia, enervantes, tormentos”, etc...

Por último es circunstancia que el tipo haga referencia a la “ocasión” como cuando en el caso del homicidio calificado por ventaja del sujeto activo “se vale de algún medio que debilite la defensa del ofendido, o cuando se aprovecha de que el pasivo se encuentre inerme o caído. (165)

Los elementos subjetivos del tipo. Se refieren a situaciones de carácter psicológico del sujeto activo al momento de realizar la conducta.

Se refiere a estados de ánimo a otros aspectos psicológicos distintos del dolo o de la culpa.

Por ejemplo en el delito de fraude “ engañar”, o en el delito de difamación el propósito de “ causar deshonor, descrédito”.

Es pertinente insistir que en el sistema causalista el dolo o la culpa se ubica en la culpabilidad, en el sistema finalista corresponde al tipo.

Cabe señalar que en el sistema causalista los elementos subjetivos dieron lugar, como ya se dijo a los llamados elementos subjetivos del injusto.

Los elementos normativos en el tipo. Lo constituyen las valoraciones culturales o jurídicas que a veces aparecen en el tipo..

Así por ejemplo el tipo de estupro escoge una valoración cultural al señalar que la mujer debe ser “honesta”, en el delito de robo aparecen valoraciones jurídicas cuando se exige que el bien objeto del apoderamiento sea “ajeno” y que además sea “sin derecho”.

También dentro de los elementos normativos implícitos o subyacentes encontramos el bien jurídico tutelando la lesión a dicho bien jurídico. (166)

El código penal del estado de Coahuila en su artículo 11 habla de elementos modalidades y circunstancias del tipo penal, la que agrupa de la siguiente manera:

A) Elementos.

1.-Formas de Conducta. La correspondiente acción u omisión.

2.-El Bien Jurídico. La existencia de bien jurídico tutelado por la norma al momento de que la comisión del delito.

3.-Lesión Jurídica. La lesión o en su caso el peligro que ha sido expuesto el bien jurídico protegido.

4.-Nexo Casual. El resultado material o jurídico y si nexo causal o su atribución objetiva a la acción u omisión.

5.-Tipo Subjetivo. La realización dolosa, culposa o preterintencional.

6.-Elementos Normativos y Subjetivos Específicos. Si el tipo los requiere.

B) Modalidades y Circunstancias.

1. Especiales. Según lo contemple la descripción legal del tipo:

a) Las cualidades del sujeto activo o pasivo del caso.

b) El objeto material.

c) Los medios utilizados

d) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.

e) Forma de Intervención. La forma de intervención del sujeto activo, según lo previsto en el artículo 18 de este código.

f) Las demás que se integren o conecten al tipo, ya sea que modifiquen, aumenten o disminuyan su punibilidad legal.

Tanto la disposición federal como la local del estado de Coahuila señalan como elemento subjetivo del tipo “La realización dolosa o culposa”, agregando el segundo cuerpo de leyes mencionado, la preterintencionalidad, por la corriente finalista y se aceptan en este importante punto la corriente finalista y se aparentan de la corriente causalista que todavía impera en algunas de los códigos de la república. (167)

7.- ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO

Ya habíamos apuntado que el tipo se conforma por elementos objetivos, pero en ocasiones en forma expresa involucra elementos subjetivos como cuando hace referencia a condiciones psicológicas del sujeto activo al momento de realizar la conducta típica, como es el caso cuando el tipo dice: “AL QUE CON ANIMO”, “al que con el propósito”, “al que engañado”, etc., también puede suceder que el tipo haga alusión a elementos normativos, llamados así porque el tipo consigna elementos que entrañan valores, sean jurídicos o culturales, como cuando señalan: “al que sin derecho”, “cosa ajena”, “casta y honesta”.

La existencia de los elementos subjetivos y normativos, además de los objetos primeramente considerando, levó a la clasificación, ya mencionada, de tipos normales y anormales, siendo los primeros, aquellos tipos que solo conternían elementos objetivos, y los segundos, los que además de contener elementos subjetivos o normativos, o ambos.

Varios penalidades llevaron a cuestionar que los basta que los elementos subjetivos y normativos del

tipo, que al tipo debía concebirse como meramente descriptivo que cualquier cuestión subjetiva o balotaría correspondía a la culpabilidad o a la antijuridicidad.

Para Meyer siendo la antijuridicidad un concepto objetivo, los elementos subjetivos de la antijuridicidad son características que deben tomarse en cuenta al afirmarse lo inusto de un acto, pero que tales elementos no pertenecen a la culpabilidad, en efecto, para este penalista, el fin que persigue un sujeto al ejecutar un delito correspondiente al injusto: el motivo que lo impulsa pertenece a la culpabilidad. (168)

8.-CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

El tipo penal se hace clasificado desde diversos puntos de vista, destacándose las clasificaciones de autores Mezger, Jiménez de Azúa, Jiménez Huerta y Porte Petit.

La clasificación que vamos adoptar se basa principalmente en la expuesta por el penalista mexicano Celestino Porte Petit.

a) Normales y anormales. Como ya se explico este mismo capitulo los tipos normales son los que únicamente contienen elementos objetivos o materiales (homicidio); lo anormales son los que tienen elementos subjetivos o normativos, además de los objetivos (fraude, estupro).

b) Cerrados y abiertos. El tipo cerrado es la descripción exacta de la constancia, sin llegar a la exageración permite asegurar el principio de legalidad,

es decir, el tipo, precisamente es la acción u omisión y además elementos que configuran la figura delictiva, se “cierra” el plazo a la aplicación analógica o la mayoría de razón.

Tipos Abiertos. Es aquel en que solo una parte del delito viene descrita en la ley, el juez tiene que buscar o integrar los restantes elementos.

Tipos cerrados. Son la mayoría: homicidios, robo, violación, fraude, etc.

Entre los tipos abiertos, encontramos los delitos de omisión donde el tipo señala la conducta homicida, “al que abandone”, “al que no preste ayuda”, “al que no auxilie”, pero no precisa la posición, el juez debe extraer que debe, en el caso concreto, establecer si la conducta del sujeto cabe en alguna de estas formas culposas.

c) **Fundamentales o Básicos.** Se les denomina de esta manera aquellos que constituyen la parte fundamental o espina dorsal de los delitos consagrados por la ley; a su alrededor se agrupan delitos que participan de la esencia del tipo básico al que se agregan otros requisitos o circunstancias. Así por ejemplo los delitos de robo, homicidio, lesiones, son tipos básicos.

d) **Especiales.** Son aquellos que se integran con requisitos o elementos del tipo básico al que agregan otros elementos que lo distinguen. Por ejemplo el delito de parricidio, pues la ley señala que “al que prive de la vida (homicidio) a su ascendiente (parricidio)”. Evidentemente este se forma con el tipo básico, que se le señala el requisito especificado, que se trate de la muerte del ascendiente.

e) Complementados. Son aquellos que se configuran con el tipo básico, pero solo lo modifican en su gravedad o atenuación.

El ejemplo es el homicidio calificado; en efecto, el homicidio como tipo básico se conoce también como homicidio simple, para distinguirlo de los homicidios agravados o atenuados, como lo son los homicidios cometidos con predeterminación, ventaja, alevosía, o bien riña o duelo.

f) Autónomo o Independiente. Se dice que los tipos autónomos o independientes son aquellos que no requieren para su existencia de otro tipo, por ejemplo, el robo simple, el homicidio simple.

Los tipos básicos o fundaméntales también son autónomos o independientes.

g) Subordinado. Los tipos subordinados requieren de otro tipo para su existencia. Por ejemplo, el homicida es riña.

La riña es una circunstancia que se esta sujeta al tipo de homicidio.

Los tipos subordinados también clasifican como complementados.

h) Casuística. Los tipos llamados de formulación casuística se refiere a que se describen formas, pudiéramos decir caso por caso.

La conducta se puede proyectar para ejecución de diversas formas, sea en forma alternativas, como el delito de administración fraudulenta (alterando cuentas o condiciones de los contratos, haciendo parecer operaciones o gestos existentes, exagerando los reflejos ocultos o reteniendo valores, etc.); o de manera

acumulativa, donde se requiere el concurso de varios supuestos como el ejemplo del delito de conducir en estado de ebriedad (se exige manejar en estado de ebriedad y además violar el reglamento de tránsito).

i)Amplios. El tipo amplio es aquel que evita señalar “caso” por “caso” la conducta que se describe como delictiva, es lo opuesto a la forma cauística; en este tipo de conducta es puede realizar por diversas maneras, peor ejemplo el homicidio, donde no se precisa el medio utilizado para privar de la vida, o el robo simple, donde tampoco se indica el medio por el cual se realiza el apoderamiento.

j)De Daño o Lesión. La mayoría de los tipos se puede denunciar como el daño o lesión, pues la ejecución de la conducta prevista en el tipo trae como resultado la destrucción o lesión del bien jurídico tutelado.

En esta clasificación se puede mencionar el homicidio, lesiones, violaciones, etc.

l)De Peligro. En algunos tipos, la minoría, el legislador al crear el tipo considera que el bien jurídico se debe proteger no solo contra el daño, sino por el valor que se protege también debe sancionarse la posibilidad de ser dañado, el riesgo, que corra.

Ejemplos de este tipo son los delitos de omisión de auxilio, que comete por no proteger o prestar ayuda que esta obligado a proporcionar, aun cuando el bien jurídico no resienta el daño alguno.

II)En Blanco. También conocido leyes penales en blanco, tema que fue examinada al final del capítulo VII de este curso. Recordando lo ya explicado podemos decir que el tipo se denomina en blanco cuando hace un reenvío a otra norma, sea que esta se hubiere en el

mismo código o bien otro cuerpo de leyes, a fin de complementar los elementos de tipo o la pena.

Por ejemplo el artículo 193 del código penal federal en el capítulo de los delitos contra la salud (narcotráfico), a los convenios y traslados internacionales que para establecer sustancias son narcóticas; el artículo 194 del código mencionado al tipificar la producción, transporte, tráfico, comercio, o suministro de narcóticos, también remite a la ley general de salud para conocer que debe ser entendido por narcótico.

También existe reenvío en cuanto a la pena en el delito denominado la administración fraudulenta (art. 388 del código penal federal) cuando remite a las penas previstas para el fraude para este tipo de delitos. (169)

CAPITULO XI

LA ANTIJURIDICIDAD

1.- LA ANTIJURIDICIDAD

A continuación, se examina si la antijuridicidad de la acción típica se halla excluido por alguna causa de justificación.

La teoría del derecho penal, por el contrario, ha de dar repuestas a la cuestión de que significa la antijuridicidad en cuánto tal y como ha de concebirse su relación con el tipo.

Solo entonces puede abordarse el concepto de tipo como conjunto de elementos del injusto que caracteriza al tipo del delito.

Para el final se deja las causas de justificación de las acciones típicas. (170)

2.-CONCEPTO Y AUSENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD

1. Antijuridicidad. Significa contradicción con el derecho.

Tal contradicción ha de entenderse del modo siguiente: Para la protección de la vida colectiva del hombre en la sociedad el legislador prevé normas de comportamiento vinculado que reciben el nombre de normas jurídicas.

(170) Hans Heinrich Jeschey. Tratado de Derecho Penal General. Pág. 314

La esencia antijuridicidad ha de verse, pues según ello, en la violación por parte de un comportamiento del deber actúa o de omitir que establece una norma jurídica.

Se designa este aspecto con la expresión antijuridicidad formal, porque en el se toman solo en contradicción de la acción con una norma jurídica; injusto, es la contradicción de la acción con una norma jurídica; injusto, es la propia acción valorada antijurídicamente.

En relación existe entre acción y normas, sino que posee también significado material (antijuridicidad material).

Una acción es antijurídica en sentido material, en atención al menoscabo que supone en el bien jurídico protegido por las normas correspondientes.

La consideración por las cuales el legislador ha sometido a pena un determinado comportamiento, como lesión intolerable del orden razones ocurren en el hecho concretó.

La expresión lesión o ha de detenerse en sentido naturalista, como causa de un daño aun determinado objetos de la acción (por ejemplo como muerte de una persona o años a una cosa), sino como contradicción del valor ideal que debe protegerse por la norma jurídica (lesión del bien jurídico).

La lesión de bien jurídico supone un daño para la comunidad que justifica la caracterización del delito como "comportamiento socialmente dañoso".(171)

La concepción material de la antijuridicidad encierra importancia significado practica.

(171) Ibidem. Pág. 316

2.-La antijuridicidad material sirve de guía al legislador en la labor de creación de los tipos penales y los órganos encargados de la administración de justicia en la búsqueda del precepto penal aplicable al caso concreto.

Por ultimo, el punto de vista material hace posible la interpretación del los tipos en base a los fines y perspectivas voluntarias que los inspiran.

Otra consecuencia importante de la consideración material de la antijuridicidad es, por otra parte, la posibilidad de admitir la presencia de una causa de justificación en supuestos en que no se halla previstas por la ley.

Debe administrarse, sin duda, que la creación y de limitación e las causas de justificación según criterios materiales puede poner en peligro la seguridad jurídica.

Meras clausulas generales como: una acción es ajustaba a derecho si constituye un medio justo para un fin justo, o es antijurídico aquel comportamiento que por su tendencia mas daña que aprovecha al estado y a sus miembros, no caso concreto, si no que requieren su concreción mediante la concreta indicación de las razones que excepcionalmente permite considerar justificada la acción típica. (172)

3.-LA NORMA JURÍDICA, NORMA DE VALORACIÓN O DE DETERMINACIÓN.

1.-La concepción de la esencia de la antijuridicidad dependen de cisivamente de la posición que se adopte

(172) Ibidem.Pág. 318

en torno a la cuestión de si las proporciones jurídicas son normas de valoración o de determinación, o ambas cosas a la ley.

Toda norma jurídica es norma objetiva de valoración que permite enjuiciar el actuar del hombre desde la perspectiva del orden comunitario.

También el hecho del enfermo mental pueda aparecer como antijurídico, pues cabe valorarlo como lesión del derecho sobre la base de una norma jurídica pertinente, por mucho que el no sea responsable

La misión del derecho es determinar en el hombre “un querer objetivamente correcto”, antes de la comisión de una acción que pueda valores como antijurídico.

Los imperativos de la normas se dirigen a todos aquellos sujetos a los que efectúa su contenido.

También los niños, los jóvenes y los enfermos mentales se hallan sometidos a las normas jurídicas que a ellos se refieren.

Ello posee la importante consecuencia practica de que las medidas asegurativas o educativas que el juez impone a enfermos mentales, jóvenes y niños no son disposiciones de política que deban combatir una perturbación del orden publico procedente de un estado peligroso, sino propias sanciones que se asocian a un hecho antijurídico.

Esta concepto resulta confirmar también por el fin de protección de bienes jurídicos que reflejan en los concretos objetos de la acción habrá de ser decisiva para la violación de la normas, la forma y medida de la puesta en peligro del objeto del objeto de la acción previsto en el tipo.

Pues ha de influir en la gravedad del injusto el modo en que hace aparición la voluntad contraria a derecho y, en especial, si ha resultado lesionado o no el objeto de la acción protegido por el procepto penal.

La norma jurídica, por tanto, no ha concebirse solo como norma de determinación, sino al mismo tiempo también como norma de valoración: la norma vincula en modo de pensar o al modo de actuar. (173)

4.-DESVALOR DEL RESULTADO DE LA ACCIÓN EN EL INJUSTO.

1.-La dogmática clásica, su concepto de delito en la distinción entre un injusto, entendido de forma puramente objetivas y i una culpabilidad consevidad subjetiva por lo delimito el concepto de antijuricidad a la organización del estado causado por hecho.

2.-En el concepto de delito, el desvalor del resultado seria únicamente, por tanto, una condición objetiva de punibilidad.

El injusto no consiste solo en la relación existente entre la voluntad de acción y mandato de la norma sino el daño social que sufre el lesionado.

3.-En la lesión opuesta en peligro el objeto de la acción protegido, recibe el desvalor del resultado del hecho, en la forma de su comisión del desvalor de acción.

4.-El reconocimiento dentro que el injusto de ala acción es necesario también tener en cuenta los

componentes personales, sea impuesto en la moderna dogmática.

1.- A lo injusto personal de acción pertenece, en oprimir lugar los elementos subjetivos de la auditoria.

2.-Como lo integrante de lo injusto del personal de acción se admite los elementos subjetivos del injusto.

3.-Si la acción que debe entenderse por la naturaleza por unidad final de sentido, tipo, que describe acciones prohibidad, debe abarcar todos los momentos finales, también el dolo.

El dolo con voluntad de la acción inmediatamente dirigida con el normato de la norma constituye el elemento personal del injusto personal del la acción.

1.-El en el derecho positivo dan forma la variables de las conclusiones obtenidad: así la descripción de la acción de mucho tipos de dolosos, ejemplos, “engañar”, “ayudar a vender”, muestra que no cabe presendir de la cara interna de la acción típica sin que el hecho pierda su verdadero sentido de injusto merecedor de pena (utilización de términos de actividades finales).

2.-El dolo no debe, sin embargo incluirse solo en el tipo de injusto, sino ostenta una doble oposición.

3.-La oposición a la extensión del injusto personal de la acción del dolo se basa de en doble temor que se confundan, por una parte antijuricidad y culpabilidad y por otro mandato jurídico:

a)La antijuricidad sigue siendo la concepción personal del injusto de una medida objetiva, pues a todos ponen derecho mismas exigencias y para todos pose su vulneración idénticas consecuencia.

b)Aun cuando se concibe la voluntad de la acción, como el integrante del injusto, el integrante d la norma, seguirá siendo un mandato jurídico y su contravención, por tanto, un injusto ni agravado ni atenuado por criterios éticos individuales. (174)

CAPITULO XII

LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.

1.-Concepto de Antijuridicidad

La antijuridicidad constituye otro elemento del delito, se traduce en la formula del autor Bettiol: *nillum crimen sine injuria*. Como antijuridicidad en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación.

Para la existencia de la antijuridicidad se requiere un doble condición: positiva una violación de una norma penal, negativa a otra, que no este amparada por una causa de exclusión del injusto.

Pero si la ha hecho en legitima defensa, en esa adecuación no hay delito, porque esa conducta constituye el ejercicio de un derecho. Esta amparado por una causal de justificación (175)

II.- La Antijuridicidad Formal y la Antijuridicidad Material.

a) Antijuridicidad Formal. Una conducta es formalmente antijurídica, cuando representa la violación o mejor, la adecuación a una norma de derecho penal, sin concurra causal alguna, establecida en la ley que la justifique

b) Antijuridicidad Material. Es materialmente antijuridicidad en cuanto constituye el derecho penal que esta amparado en la misma norma descriptiva. (176)

(175) Bernardo Gaytan Macheca. Curso de Derecho Penal General. Pág. 117

(176) Ibidem. Pág. 127

III.- La Causa de Justificación.

1.-Se denomina casos de justificación, ciertos valores de orden jurídico que hacen que una conducta, hacen aparecer subsumido por una norma de hecho penal que no sea contraria el derecho.

Las causas de justificación excluyen las antijuridicidad de la acción hacen de esta un acto jurídico lícito.

2.-La justificación puede considerarse de un punto de vista material y formal.

a) Desde el punto Formal. Constituye un sistema de valoración concreta por la ley, que fija la causales que excluyen la antijuridicidad.

b)Desde el punto de vista material. La justificación constituye una fenómeno de valoración extracta

3.-Son causas de justificación, de conformidad de disposiciones transcritas: a) La disposición de la Ley; b) La orden obligatoria de autoridad competente; c) La Legítima Defensa y d) El Estado de Necesidad.

a) La disposición de la ley. Todo acto realizado en cumplimiento de un organización legal, implica la actuación de un deber o el ejercicio de una facultad, y por ende esta exento de antijuridicidad, aunque pueda caer formalmente bajo la descripción de un delito.

b) Orden Obligatoria de Autoridad Competente.- obligatorio competente. El mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición, la responsabilidad recaiga únicamente en el superior que de la orden

Conforme al precepto constitucional, los militares en servicio están amparados por la justificación, aun en el caso que orden sea manifiestamente violatoria de un concepto constitucional, en detrimento de una persona; de esta manera los requisitos de la justificante, "es una orden obligatoria de la autoridad competente", para los militares en servicio son los siguientes:

- 1) Relación de jerarquía con el superior y con inferior.
- 2) Que el acto ordenado sea propio del servicio
- 3) Obligatoriedad en el cumplimiento de la orden.

1- Legítima defensa. El artículo 25 del código penal, en su un numeral segundo, estatuye como causal de justificación del hecho lo siguientes puntos:

Por la necesidad de defenderse a otro de una violencia actual injusta con otra persona, su honor o sus bienes, i siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Bajo tres denominaciones de conoce la doctrina a la legítima defensa:

- a) Legítima defensa objetiva.
- b) Legítima defensa subjetiva
- c) Legítima defensa privilegiada
- d) Estado de Necesidad.

a) La Legítima Defensa Objetiva.- La Legítima Defensa es el derecho del tutelar personalmente un bien

puesto en peligro por una agresión actual e injusta de otro, cuando la urgencia de defender el patrimonio material o moral obliga a recurrir a los propios medios o fuerzas de reacción.

La Legítima defensa objetiva, se puede ejercer cuando hay necesidad de defenderse a otro de una violencia actual e injusta contraria a la persona, su honor o sus bienes, y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

1) Una violencia o sea una agresión o acto violento que dañe, amenace daño o ponga en peligro un derecho legalmente protegido, como una vida o la integridad personal.

2) Actual o inminente del acto violento, es decir, que el daño o peligro que lleve el acto se produzca simultáneamente con el de la defensa o reacción o por el menor en un futuro tan próximo e inmediato que, al no actuar la defensa, inevitablemente se produzca.

3) Antijuridicidad e injusticia de la violencia agresión esto es, un acto contra jus, contrario al derecho del que lo ejecuta de aquel contra el cual se dirige y ejecute.

Defensa o acto de defensa, o sea aquella que indispensable para repeler, anular, o rehuir la agresión contra jus, acto que puede concretarse en la defensa propiamente dicha o en una ofensa o contraataque, según el caso.

4) Necesidad de la defensa, o imposibilidad actual de repeler, rehuir o anular la violencia o agresión por los medios legales.

5) Proporcionalidad entre violencia o la agresión y la defensa, contraataque o reacción.

Todo bien jurídico, es legítimamente defensablemente, el artículo 25 del Código Penal, se refiere de modo general a la persona, su honor o sus bienes, en consecuencia, todo derecho vinculado a la persona puede ampararse mediante el ejercicio de la defensa privada, siempre que se reúnan los requisitos exigidos por la ley, la vida, la integridad personal, la libertad, son expresiones de la personalidad que, injustamente atacados, pueden ser defendidas mediante la fuerza.

a) Legítima Defensa Subjetiva.- Se ha denominado así el acto de rechazar una agresión que no existe, pero que se presenta ante la mente del sujeto como real.

Es el caso del sujeto que, creyéndose víctima de un ataque que, proceda a ejercer la defensa del bien jurídico que cree amenazado; si una persona que se encuentra durmiendo, despierta en mitad de la noche y ve que alguien avanza hacia su lecho, y creyendo que se trata de un asesino procede a disparar matando al presunto agresor, que luego resulta ser un pariente que ha entrado a la alcoba a buscar una droga, se dice que hubo legítima defensa subjetiva o putativa.

b) La legítima defensa subjetiva o putativa, por no ser otra cosa que un error esencial de hecho.

c) Legítima defensa Privilegiada. El artículo 25, inciso 2º. Numeral 2º. Dispone :

Se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral que durante la noche rechaza al que escala o fractura las cercas, paredes, puertas o ventanas de su casa de habitación o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor o el que encuentre un extraño dentro de su

hogar, siempre que en este último caso no se justifique su presencia allí y que el extraño oponga resistencia.

La legítima defensa privilegiada, se caracteriza por el régimen presuntivo que lo gobierna.

Dos presunciones establece la ley: la primera consiste en considerar que actúa en legítima defensa el que rechaza el escalamiento o la fractura de cercas, paredes, puertas o ventanas de su casa de habitación o de sus dependencias; La segunda consiste en considerar que actúa en legítima defensa el que rechaza al extraño que encuentra dentro de su hogar, cuando no justifique su presencia allí y oponga resistencia.

d) El Estado de Necesidad.- Consagra el artículo 25 en su numeral 3°. Como causal de justificación la circunstancia de cometer el hecho por la necesidad de salvarse así mismo o de salvar a otro de un peligro grave o inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional.

El estado de necesidad se diferencia de la legítima defensa, en que ésta es reacción y aquélla es acción.

En la legítima defensa entra en colisión el derecho del agresor y en el derecho de necesidad el bien jurídico que salva está en igualdad de condiciones desde el punto de la protección que el que es destruido o lesionado.

El estado de necesidad alcanza cualquiera que sea susceptible de protección: la vida, la integridad personal, el honor, la libertad, el patrimonio etc.,

Si dos personas se están ahogando, y sólo hay un salvador, permite el derecho la salvación de una sola y

la muerte de la otra, no estando en posición el tercero de salvarlas a las dos. (177)

El nacido del dolo no excluye el delito; de tal manera que no puede invocar el estado de necesidad el que sacrifica la vida ajena para salvar la propia en un incendio que dolosamente provocare.

Así no podrán ampararse en el estado de necesidad para salvar su propia vida. (178)

Hurto necesario o defamético. Los artículos 430 y 431 del Código Penal Colombiano, dispone, “ queda exmida de responsabilidad el que ejecute cualquier delito contra la propiedad, llevado apremiante necesidad de porveer a su subsistencia o vestido,, o la de su familia, cuando no hubiere tenido otro medio lícito de satisfacer estas necesidades, siempre que se limite a tomar lo indispensable para remediarlos, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencia contra las personas.

c) Proporcionalidad (tomar lo necesario); d) Inevitabilidad (no tener otro medio lícito para satisfacer la necesidad.

Supone la norma que no debe ejercerse violencia contra las personas; esta exigencia es razonable,

Quedan, excluidos aquéllos delitos contra la propiedad que implican violencia contra las personas, no así los que se realicen con violencia contra las cosas. (179)

(177)Ibidem. Pág. 144

(178)Ibidem. Pág. 148

IV.- El Exceso de Justificaciòn.

Esta norma se refiere a todas las causales de justificaciòn:

Disposiciòn de la ley.

a)Orden de autoridad competente

b)Legítima defensa y,

c)Estado de necesidad.

Obrar màs allà del límite impuesto por la ley supone abuso en el ejercicio del derecho.

En el estado de necesidad se atiende a la exigencia de una acciòn indispensable, suficiente, para evitar el daño que sobreviene el peligro, ir màs alla supone exceder la autorizaciòn legal e incurrir en responsabilidad. (179)

V.- La Justificaciòn extra o supralegal.

Tal es el caso de los actos realizados previò consentimiento del titular del derecho lesionado; las lesiones deportivas; los tratamientos mèdicos-Qurùrgicos.

Cuerpo del delito, es el conjunto de elementos señalados en la respectiva disposiciòn penal, cada uno de esos elementos tiene un sentido jurìdico funcional, cuyo estudio corresponde a la tipicidad, que es en

(179) Ibidem. Pág. 150

síntesis la parte de la teoría del delito que nos descubre que es delito, mientras la antijuridicidad nos enseña qué debe ser delito, y la culpabilidad su naturaleza desde el punto de vista subjetivo, la tipicidad nos muestra tal como aparece en la ley, porque el delito la conducta tal como está descrita y no otra. (180)

VI.- La Fundamentación de la Antijuridicidad.

Los Principios Generales de la Antijuridicidad.

1.- El Derecho Objetivo y la Antijuridicidad Objetiva.

El derecho se refiere siempre a la conducta humana y no a otra, por lo cual la destrucción de una casa producida por un rayo, por ejemplo, no representa un suceso "antijurídico", por ejemplo el de la agresión "antijurídica de un animal, si se quiere hacer referencia indirecta al derecho, de legítima defensa de una persona.

2.- Distinguiremos, una norma objetiva de valoración del derecho que materializa esa ordenación objetiva de vida y una norma y que se deduce de aquella norma y que se dirige al individuo y le quiere decir lo que debe hacer y omitir para satisfacer dicha norma de valoración. Lo que contradice la norma objetiva de valoración es "antijuridicidad objetiva", o como se acostumbra decir en la actualidad "injusto".

3.- La norma objetiva de valorización del derecho puede referirse tanto a la conducta externa (objetiva), como a la conducta interna y Psíquica (subjetiva).

El derecho es una ordenación "objetiva" de vida, en tanto que materializa, si una relación con sujetos determinados (que se realiza convirtiéndose en la norma de determinación , una valorización de sucesos sociales que, sin embargo, no necesita estar limitada a sucesos externos " objetivos.

El derecho objetivo, es, en primer término, de cuando con su esencia, también una ordenación de los sucesos objetivos del mundo externo, por cuando la ordenación externa representa a la tarea fundamental a cargo de todo derecho. (181)

VII.- La Teoría de los elementos subjetivos del injusto.

1.- El derecho se refiere, por lo general, a la conducta externa (objetiva y física).

Corresponde al derecho garantizar, ante todo, la convivencia externa ordenada de las personas.

2.-Pero el derecho puede referirse también a la conducta interna (subjetiva y psíquica).

3.- Los casos "clásicos", de tales elementos subjetivos del injusto en la fundamentación el injusto se ponen de manifiesto en el derecho en vigor, en las tres formas siguientes:

a) En los llamados delitos de intención, El hecho de quitarle a otro una cosa mueble que le pertenece, es un hurto, con arreglo, sólo si se realiza con la "intención", subjetiva de apropiarse antijurídicamente de la misma.

b) En los llamados delitos de tendencia. Aquí, la acción aparece como expresión de una tendencia subjetiva del autor y cae bajo la sanción de la ley donde está tendencia existe.

c) En los llamados delitos de expresión. La acción se pone de manifiesto como expresión de un proceso o estado interno y psíquico del autor.

Si se compara el suceso externo con su aspecto psíquico, no se puede juzgar terminantemente acerca de la antijuridicidad. (182)

VIII.- La Concurrencia de elementos "subjetivos", en los tipos jurídicos penales va más allá, en realidad, de los casos citados.

1.- Por lo general, los tipos están estructurados objetivamente si está conminado con pena tanto la comisión dolosa como la culposa.

2.- El elemento considerablemente de los casos con fundamentación subjetiva del injusto en la legislación más reciente.

3.- Otros problemas especiales se presentan en materia de tentativa.

La resolució de cometer un crimen o un delito es, en el artículo 43, un elemento subjetivo del injusto.

Esa desicció contiene el dolo como elemento de culpabilidad. (183)

4.- El derecho positivo no conoce los elementos subjetivos del injusto solamente en la fundamentació del injusto, sino también en la exclusió del injusto. (184)

IX.- Al considerarse todos estos elementos subjetivos del injusto existentes ene l derecho en vigor, advertimos la amplia significació de los tienen, pero comprobamos, al propio tiempo, que, contrariamente a lo que sustenten en la actualidad muchos a autores.

1.- La Mayor parte de los elementos subjetivos del injusto denustra, como el autor Lange, expresa acertadamente, una mera " anticipació de la protecció jurídica (dicho más exactamente, de la punibilidad), que no tiene razón de ser, en el caso de la consumació del hecho.

2.- Siguen subsistiendo elementos subjetivos del injusto, esto rige, muy especialmente, con respecto a los llamados delitos de tendencia; aún la acción impúdica consumada requiere, para existir la relación subjetiva en orden al campo sexual. (185)

(183) Ibidem. Pág. 138

(184) Ob. Cit. Pág. 140

(185) ibidem. Pág. 141

X.- La llamada teoría de la acción finalista y otros autores, en general el dolo, como conocimiento y voluntad del hecho, dentro del injusto uno de la culpabilidad, a la inversa, en cuanto al carácter de culpabilidad.

El dolo pertenece fundamentalmente a la antijuridicidad, no quedaría resuelto el punto relacionado con la significación del dolo en la teoría de la culpabilidad.

XI.- La idea del derecho, justicia y adecuación al fin.

1.- La base positiva del derecho es, el primer término, la ley, este principio rige en el derecho penal; el injusto, al que la pena se conecta, debe ser determinado, como tal, desde el punto de vista típico-legal, antes que sea cometida la acción que implica la pena.

2.- Todo derecho presupone la justicia como un valor dado, un valor en definitiva, tracedente.

Si el derecho se convirtiera en un mera adecuación al fin, se abandonaría la idea del derecho. (186)

CAPITULO XIII

EL DELITO COMO ACCIÓN ANTIJURIDICA

1.-Verificado que la acción es típica, que encuadra en uno de los esquemas legales, se hacen necesario, siguiendo con el estudio del delito, establecerse al mismo tiempo es antijurídica.

Desde el punto de vista formal, se dice que la acción típica es antijurídica cuando es objetivamente contraria a derecho, disconforme con la ley, característica esencial para que sea punible. (187)

II.- Causales de Justificación. Legítima Defensa. Noción y Fundamento.

El que se defiende legítimamente ejercita un derecho que le fraque la ley.

La legítima defensa es una variante del estado de necesidad, un estado de necesidad privilegiada cuya raíz se encuentra en lo necesario. (188)

III.- Extención del Derecho de Legítima Defensa.

La extención del derecho de defensa se refiere tanto a los bienes jurídicos defendibles como las personas que pueden ser legítimamente defendibles.

(187) Gustavo Labatut Glana. Derecho Penal. Tomo 1, Pág. 93

(188) Ob. Cit. Pág. 98

El primer aspecto de la cuestión fue objeto de grandes discusiones, particularmente en lo que atañe a la defensa del pudor del honor y de los bienes patrimoniales.

Se discute en doctrina, si el estado puede ser defendido por un particular cuando es víctima de un atentado contra la seguridad, en nuestra legislación se ha resuelto en forma afirmativamente. (189)

IV.- Requisitos que debe reunir la legítima defensa.

Estos requisitos varían según cual sea la defensa de que se trate : propia, de parientes, o de extraños.

a) Defensa Propia.- Dice el Artículo 10, están exentos de responsabilidad criminal:

1.- Agresión ilegítima

2.- Necesidad racional del medio empleado para impedir o repelerla.

3.- Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

a) La agresión ilegítima, es requisito sine qua non de la eximente, por lo que su inconcurrencia hace desaparecer no sólo la posibilidad de defenderse legítimamente, sino, también la posibilidad de que la eximente se convierta en atenuante por aplicación.

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repelerla.

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

La provocación suficiente por parte del que se defiende da origen al exceso en la causa. (190)

V.- Defensa de los Parientes.

El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge de sus parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, de sus afines legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, de sus padres o hijos naturales ilegítimos reconocidos, siempre que concurren en la primera y segunda circunstancia precritas en el número anterior, y en caso de haber precedido provocación de parte del cometido, no tuviere participación en ella el defensor.

No hay que confundirse esta figura jurídica con el hecho de tomar parte en su favor en una riña o pelea expresamente sancionada como delito por la ley. (191)

VI.- Defensa de los Extraños.

El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior y la defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

Tratándose de una causal justificación, el desavalor moral del impulso no debiera interferir la objetividad de la eximente.

(190) Ibidem. Pág. 99
(191) Ob. Cit. Pág. 100

VII.- Legítima Defensa Privilegiada.

El Còdigo Penal modificado en esa parte por la ley sobre estado antisociales, contiene en el inciso final del artículo 10, dos factores de la doctrina se conoce con el nombre de legítima defensa privilegiada, que se da toda vez que la ley presume la reunión de los requisitos que integran

La eximien, lo que invierte el peso de la prueba.

En cuanto a la defensa de parientes o de terceros, únicamente las dos primeras circunstancias de los números 5º., y 6º., del artículo 10 quedan incluidos en al nueva presunción, las demás deberán probarse el que provoque la justificación. (192)

VIII.- Exceso de Defensa.

Cuando no concurren todos los requisitos exigidos por la ley para legítimar la defensa en las distintas actuaciones estudiadas salvo la agresión ilegítima y la necesidad de la defensa, condiciones sine qua non de la eximente por lo que nunca pueden faltar, surge la figura jurídica del exceso en la defensa que transforma la eximente en atenuante, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 11.

(193)

IX.- Legítima Defensa Putativa.

En el caso típico del error de hecho, tiene lugar cuando, una persona reacciona violentamente, creyéndose víctima de una agresión ilegítima actual e inminente, siendo que en realidad se halla ante un

(192) Ibidem. Pág. 101

(193) Ob. Cit. Pág. 102

simulacro o un desgraciado concurso de circunstancias que producen exactamente una situación real.

Estamos aquí en presencia de un error de hecho esencial en orden a la antijuridicidad de la conducta que es causal de inculpado si fue a la vez racionalmente invencible.

X.- Vías de Hecho en el Ejercicio de un Derecho.

La situación del que emplea la violencia para ejercitar un derecho que le fue desconocido, por ejemplo para recuperar la posesión de un inmueble que le ha sido usurpado, ofrece cierta similitud con el que fue injustamente agredido, se defiende pues en uno y en otro caso se trata de ejercitar un derecho. (194)

XI.- Estado de Necesidad. Noción.

Para el autor Von Liszt, dice que consiste en una situación de peligro actual de intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de intereses de otro, jurídicamente protegidos, dice el autor Cuello Calón, dice que es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona. (195)

XII.- Estado de Necesidad Putativa.

Consiste en la actuación de una persona que

(194) Ob. Cit. Pág. 102

(195) Ob. Cit. Pág. 102

obra convencida de hallarse amparada por la forma legal del estado de necesidad, siendo que en la realidad no concurren en su conducta los requisitos de la eximente.

Se trata de un error de hecho esencial en que incurre el sujeto. la solución jurídica del problema es la misma que estudiamos al considerar la legítima defensa putativa. (196)

XIII.-Doctrinas Supralegales de la Justificación.

El injusto una acción cuando ella no puede ser reconocida como el medio justo para un fin justo.

El juicio sobre la antijuridicidad de la acción es siempre un juicio concreto.

Una conducta que aparece como medio justo para un fin, nunca puede contratarse a una norma jurídica, si no por su parte la norma está, de hecho, justificada.

Una acción puede ser justa, orientada al fin último de la comunidad social, nin que a su respecto medie una causa expresa de justificación. (197).

XIV.- Atipicidad.

La Atipicidad, consiste en la falta total o parcial de la adecuación o encuadramiento del hecho o conducta al tipo

(196) Ob. Cit. Pág. 102

(197) Ob. Cit. Pág. 104

La falta del tipo.o ausencia de tipo, se refiere a que el hecho o conducta no aparecen en la ley, no existe el tipo; jamás se podrá hablar que algun hecho o conducta pueden ser atipicos por que no hay posibilidad de encontrarlos a un tipo inexistente.

En la atipicidad, el tipo existe pero el hecho o conducta no se adecua al mismo.

Ejemplo, no se puede acusar a una persona de robo, pero su hecho no se encuadra en el tipo de robo,, puede ser que se adecue al tipo de abuso de confianza, pero no al de robo, y por ende no puede hablarse de la comisión del delito de robo. (198)

Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción de resultado lesivo, enmarque dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de su vida, por el sujeto activo, cuando este era objeto de una agresión injusta, real, grave, desaparece la antijuridicidad del acto, inculpa al concurrir la causa de justificación. (199)

(198) Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino. Pág. 351

(199) Roberto Reynoso Dávila. Teoría General del Delito. Pág. 62

CAPITULO XIV

1.- ESTRUCTURA DE LOS TIPOS PENALES Y SUS RELACIONES CON LA ANTIJURIDICIDAD.

El tipo penal es un instrumento lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptivo, que tiene por función, la individualización de conductas, penalmente relevantes por estar penalmente prohibidas.

a) El tipo pertenece a la ley, es la ley donde hallamos los tipos penales; en la parte especial del Código Penal y en las leyes especiales.

Tipos son, “ el que matare a otro”, el que causare a otro un daño en el cuerpo o en su familia”, los que contrayeren matrimonio sabiendo sabiendo ambos los impedimentos que cause su nulidad absoluta.

b) El tipo es lógicamente necesario, porque sin el tipo nos pondremos a averiguar la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta en la mayoría de los casos resultaría sin relevancia penal.

c) El tipo es predominantemente descriptivo, porque los elementos descriptivos son los más importantes para individualizar una conducta y., entre ellos la especial significación es el verbo, que es precisamente la palabra que sirve gramaticalmente para connotar la acción.

d) La función de los tipos, es la individualización de las conductas humanas que son penalmente prohibidas,

No debe confundirse el tipo con la tipicidad, el tipo es la fórmula quien pertenece a la ley, en tanto la tipicidad pertenece a la conducta.

La tipicidad es la característica de una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal.

El Tipo, es la fórmula legal que dice “ el que matare a otro”,

Tipicidad, es la característica adecuada al tipo de la conducta de un sujeto “a”, que dispara cinco balazos contra otra persona, dándole muerte (está en la realidad).

Típica, es la conducta que presenta la característica especial de la tipicidad (atípica la que no presenta).

Tipicidad, es la adecuación de la conducta del tipo, es la fórmula que permite averiguar la tipicidad de la conducta.

El juez comprueba la tipicidad comparando la conducta particularmente y concreta con la individualización típica, para ver si se adecúa a la misma, esta faena mental es el juicio de tipicidad que debe adoptar el juez. (200)

CAPITULO XV

LA CULPABILIDAD

1.- Generalidades.

Aunque el concepto de culpabilidad tal como hoy lo atendemos, en sentido general, es relativamente reciente, ya los romanos, por lo menos desde Cicerón, se referían a él en términos no muy desacertados, como se desprende de la siguiente definición: "culpa enim est nomen generis, quod continent non modo quidquid negligenter peccatum est et dolose et malitiose".

El uso de la palabra "culpabilidad", los alemanes la designan con la voz "schuld", los italianos con la de Colpevolezza, los franceses con la voz de culpabilidad, los ingleses con la de culpability, los portugueses y brasileiros con la de culpabilidade y los españoles y latinoamericanos con la de culpabilidad. (201)

2.- Concepto

Aunque la palabra culpabilidad, se ha impuesto en el derecho penal, si significación jurídica no ha logrado unidad conceptual en la doctrina ni en la jurisprudencia y, como es natural, tampoco en los Códigos.

3.- Las Teorías.

Las más importantes teorías sobre esta materia son la psicológica, la caracteriológica, la normativa, la finalista y la ecléctica, son las siguientes:

(201) Alfonso Reyes Echandía. Culpabilidad. Pág. 4

a)Teoría Psicológica.- Para los partidarios de esta escuela, la culpabilidad debe hallarse en la conciencia y voluntad del acto realizado o en la relación psicológica que corre entre un hecho material y la persona que lo ha llevado a cabo.

b)Teoría Caracterológica.- el autor Von Liszt, la relación subjetiva entre el hecho y su autor solo puede ser Psicológica; pero, si existe determina la ordenación jurídica en consideración valorativa.

c)Teoría Normativa.- La llamada concepción normativa de la culpabilidad, no constituye propiamente una concreta posición doctrinal, sino más bien un conjunto de matices cuyo denominador común es el rechazo de las orientaciones psicológicas, la referencia del concepto a la norma y el evidente énfasis en la reprochabilidad de la conducta del agente.

El autor Mezger, dice ; la culpabilidad, debe de entenderse desde dos puntos de vista,; como el conjunto de aquellos presupuestos de la pena, que fundamenta frente al sujeto, la reprochabilidad personal de su conducta antijurídica, el juicio es de reproche, en últimas, "Culpabilidad es Reprochabilidad".

En este orden de ideas, forman parte de la culpabilidad la imputabilidad del agente, el dolo, la culpa, y la ausencia de exclusión de la culpabilidad.

4.- Elementos de la Culpabilidad.

Los elementos de la Culpabilidad son: a) La Imputabilidad; b) La posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito del hecho realizado y c) La exigibilidad de una conducta conforme a la ley.

a)La imputabilidad.- Entendida como la capacidad auto regular conforme a derecho, es parte

esencial del concepto de culpabilidad de acuerdo con la concepción finalista; de tal manera que la conducta realizada por un inimputable no es culpable, aunque puede ser dolosa, desde luego que este fenómeno pertenece a la acción.

b) posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito del hecho realizado.- Es la consciencia de la ilicitud del hecho, en el sentido de que el agente debe tener la concreta posibilidad de comprender que actúa en forma antijurídica.

c) La exigibilidad de una conducta conforme a la ley. Reclaman los finalistas que el sujeto le sea exigible una conducta conforme derecho; de tal manera que, a contrario sensu, cuando frente al caso concreto no le era exigible al actor comportarse diversamente, su conducta, siendo ilícita e injustificable, no es susceptible de reproche y por ende no es culpable, ya que bajo el influjo del peligro o de la compulsión cualquiera otro, en igualdad de condiciones, probablemente habría actuado de la misma manera.

El Código señala como formas de culpabilidad: a) El Dolo, b) Culpa y c) Preterintención. (202)

5.- EL DOLO

1.- Concepto y ubicación.

De conformidad con el concepto de la culpabilidad hemos aceptado el fenómeno del dolo pertenece a ella, por lo mismo, ser estudiado en esta sede.

Cuando el hombre realiza voluntariamente un hecho es porque se lo representó previamente, así sea

mediante una representación mental del fugaz duración, lo halla adecuado a sus posibilidades y quiso llevarlos a cabo. (203)

2.- Aspectos del dolo.

En todo comportamiento doloso debe estar presentes dos aspectos fundamentales, uno de carácter intelectual o cognoscitivo y otro de naturaleza volitiva, entra palabras, para que una persona se le pueda imputar un hecho al título de dolo es necesario que sepa algo y que quiera algo; que quiere saber y que debe querer.

Respecto al sujeto activo, dicho conocimiento es necesario cuando el tipo la cualifica; en tales casos el agente debe saber que posee típicamente exigida; así, para que pueda imputarse a alguien el tipo de dolo la conducta descrita.

Respecto al sujeto pasivo, se exige el conocimiento de las características que le son esenciales; significa, que entonces el sujeto activo debe saber a título del interés jurídico que con su conducta se vulnera pose calidad típicamente señalada.

En todo caso la volición en el dolo no se refiere exclusivamente al hecho material si no que debe ir hasta el fin deseado o admitido a la medida a que este fin pertenezca el tipo, para que haya voluntad dolosa no basta que se oprima el gatillo del revolver del cual sale el disparo, sino que es necesario que lo haga para

producir la muerte de una persona o simplemente para ocasionarles lesiones corporales. (204)

6.- La Culpa.

1.-Concepto y Ubicación.

El concepto de culpabilidad, hemos aceptado que la culpa a de hubicarse también aquí, que supone actitud consiente de la voluntad que genera juicio de reproche.

La culpa se predica de la acción propiamente dicha, sino también de la omisión, esta ultima se da cuando el agente voluntariamente deja de hacer aquello que esta jurídicamente obligado, de esa omisión surge el resultado del jurídico no querido abligado a evitar.

Todos estos factores sirven para precisar entre las fronteras entre el caso fortuito y la culpa para determinar el grado de este.

El deber de cuidado es un concepto que a referirse a una persona determinada en una situación concreta, que obra con las razonables precauciones que a podido, y debido emplear para evitar la producción de un resultado jurídicamente dañoso. (205)

2.- Los Generadores de la Culpa.

Son fenómenos que usualmente genera el comportamiento culposo son los siguientes:

(204) Ibidem. Pág. 43

(205) Ob. Cit. Pág. 88

La imprudencia, la negligencia, la impericia y la violación de normas legales.

En todos ellos es la evidencia de un omisión del deber de cuidado que el sujeto le ere exigible en caso concreto, pero tiene características diversas. (206)

7.- La Preterintención

1. -Concepto Ubicación.

Entre el dolo y la culpa surge el fenómeno de la Predeintención y ultra intensión de conformidad con el cual el agente, hubiera dirigido su voluntad es conscientemente hacia la realización de un hecho típico y antijurídico, produce a la postre un resultado de esta misma naturaleza o diverso y mas grave del que directamente inmediatamente quería.

Suele citarse como ejemplo clásico quien ataca a otro con animo de lesionarlo, pero con resultado final de muerte como consecuencia de las heridas causadas.

Lo que se denomina preterintencionalidad, que es un titulo especial aplicado con frecuencia en la practica de los homicidios cometidos con animo de ofender i sin intención de matar. En el homicidio preterintencional se hecha de ver el dolo que nace de la intención de causar perjuicio al enemigo. (207)

(206) Ob Cit. Pág. 95

(207) Ibidem. Pág. 125

CAPITULO XVI

1.-Definición y Estructura Formal de la Culpabilidad.

La culpabilidad, como estrato culminante de la estructura del delito, ha sido entendida tradicionalmente como reprochabilidad: culpabilidad es, según la conocida expresión del autor Welzel, la reprochabilidad de la formación de voluntad. Se reprocha el autor el no haber actuado correctamente, el haber optado por el delito a pesar de estar en posibilidad de obrar por el delito, a pesar de estar en posibilidad de obrar de conformidad a las exigencias del derecho.

Es, pues, la culpabilidad, un juicio valorativo que se funda en la posibilidad de comportarse según la norma: el autor pudo obrar de modo típico y antijurídica; por ello es reprochable y debe responder de sus hechos penales ante la comunidad.

Esta concepción es independiente de la posición en torno a la ubicación de los elementos del delito y el concepto de acción, pues se crea causalista, finalista o partidario de las idea social de conducta, se suele entender a la culpabilidad en el sentido indicado.

La respuesta que a supuesta han de concurrir en la culpabilidad para poder fundamentar el reproche y por y tanto no es uniforme en la doctrina penal. (208)

2.- Evolución Histórica del Concepto de Culpabilidad.

Si bien el concepto de culpabilidad no fue

(208) Arturo Villarreal Palos. Culpabilidad. Pág. 4

totalmente desconocido en la antigüedad, no es sino hasta fines del siglo XIX cuando se logra diferenciarlo claramente de la Antijuricidad y se pasa a hacer un planteamiento de ella semejante al que encontramos en las obras modernas.

De conformidad con esta teoría, la culpabilidad constituye la relación subjetiva existente entre el acto y el autor y esta relación solo puede ser de naturaleza psicológica. De aquí que el acto culpable sea la acción dolosa o culposa del individuo imputable y la imputabilidad aparezca como el presupuesto necesario de la culpabilidad (sin imputabilidad, no podría existir aquella relación psicológica).

Fue precisamente el autor Reinhard Von Frank *Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, quien por primera vez observó las deficiencias de la teoría precedente y planteó que la culpabilidad es reprochabilidad.

3.- Elementos de la Culpabilidad según la concepción puramente normativa del finalismo.

Como hemos apuntado anteriormente, la separación del dolo y conciencia de la ilicitud y luego trasladarse toda la relación psíquica entre el sujeto y su acto a nivel de la tipicidad, al culpabilidad (reprochabilidad), se hizo depender exclusivamente de elementos normativos (valorativos), los cuales, según lo dicho, se constituyen por la imputabilidad, la conciencia de la antijuricidad y la exigibilidad.

En cuanto a la imputabilidad, o capacidad de ser culpable, se sigue concibiendo como la capacidad para comprender lo injusto del hecho y determinarse según esa comprensión.

La solució para estos casos de error estarà dada aquí por la teoría de la culpabilidad, según la cual en tratándose de un error invencible (o no imputable al sujeto), desaparece toda culpabilidad dada la irreprochabilidad del hecho, pero si solo estarà en presencia de una causa de reducció del reproche, en la medida de su evitabilidad. (209)

4.- Definiçió de la Culpabilidad.

Culpabilidad, es el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realizaci6n de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma.

La culpabilidad no es un juicio, sino el resultado de un juicio realizado por el juez.

Nadie, sino el juez, puede declarar la culpabilidad de alguien. (210)

En síntesis, que para el derecho penal mexicano, la culpabilidad es normativa y los jueces, al resolver el juicio de referencia relativo a la culpabilidad, deben fundar su resoluci6n en la correcta interpretaci6n. (211)

5.- Imputaci6n personal y culpabilidad.

El autor Achenbach, concretiza este autor, en el nivel de la culpabilidad como fundamento de la pena,

(209) Ob. Cit. Pág. 28

(210) Sergio Vela Treviño. Culpabilidad. Pág. 202

(211) Ibidem. Pág. 209

inquiére acerca de los elementos que autorizan a imputar un evento socialmente dañosos, no sólo a una persona humana en general, sino a ese concreto autor, esto es, individual, puntualiza exponiendo que se trata, en fin, de la imputación individual, y, con ello de la posibilidad de imputar individualmente el hecho injusto.

Ha de tenerse la aparición de una pena preventiva, orientada a la medida de la amenaza del delito para la sociedad, y por tanto garantizarlo del principio de igualdad, conservando a la culpabilidad como limitación de la pena. (212)

6.- Estructura de la Imputación Personal.

A) Capacidad de Culpabilidad (inimputabilidad)

1.- El autor debe ser capaz de comprender su acto.

2.- Debe poderse motivar de las normas y actuar conforma a derecho.

3.- Que exista una causa inimputabilidad.

a) Minoría de edad.

b) Enajenación Mental

c) Trastorno mental transitorio.

4.- Actio Liberae in cause.

B) Posibilidad de conocer la antijuridicidad

1.- No se conoce si se presenta un error de prohibición.

2.- Vencible; atenúa la culpabilidad.

3.- Invencible; borra la culpabilidad.

C) Causas de Inculpabilidad, excluyen la culpabilidad.

1.- Estado de necesidad disculpante.

2.- Coacción.

3.- Miedo insuperado

4.- No exigibilidad de otra conducta. (213)

7.- Elementos.

Para el autor Gladys Romero, los elementos de la culpabilidad son :

a) Comprensión de la criminalidad del acto que se realiza.

b) Posibilidad de motivarse por la norma ya actuar según su comprensión. (214)

8.- Imputabilidad (Capacidad de Culpabilidad)

La imputabilidad penal significa capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y la capacidad de actuar o de determinar conforme a dicha comprensión.

9.- Causas de Inimputabilidad.

El delito excluye, al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél, o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental o doloso o culposamente en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere revisible

10.- Minoría de Edad.

En nuestro sistema penal la mayoría de edad comprende hasta que no se han cumplido los 18 años de edad.

Los menores de edad penal son considerados inimputables plenos por lo tanto incapaces de culpabilidad. (215)

(214) Ob Cit Pág. 202

(215) Ob. Cit. Pág. 210

El autor Castellanos Tena, apunta que para ser culpable un sujeto, precisa antes sea imputable.

Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener la capacidad de entender y querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva), constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.
(216)

CAPITULO XVII

HISTORIA DE LA PENA

1.- Introducción. Según es el catálogo de los delitos en un Código Penal, según su tratamiento y enfoque, así es el castigo que el Estado infringe.

La prueba la tenemos en las épocas históricas que le han dado marcado preferencia a la pena de muerte.

Revisemos el derecho punitivo: sólo encontramos rigor, exageración legislativa y jurisprudencial, abuso del Estado sobre la comunidad. Por lo mismo no es aventurero decir que el derecho penitenciario y junto con el la penología, es un espejo donde se refleja el derecho penal.

La penitenciaría es, en cambio, un sitio donde se sufre penitencia, pero en sentido más amplio. La voz "Penitenciaría", nos invita a meditar en los individuos sujetos a un régimen que, haciéndolos expiar sus delitos, va enderezado y enmienda.

La penitenciaría, se distingue de la cárcel y de la prisión es que aquella guarda relación con un establecimiento destinado para el cumplimiento de las penas largas de los condenados, sentenciados, por sentencia firme, en México, se cuenta con el llamado "Palacio negro de Lecumberri", que es una cárcel para sujetos a proceso y con la penitenciaría de Santa Martha, que es para sentenciados.

La voz "PRISIÓN", proviene del latín prehensio-onis, e indica acción prender, por extensión es, igual mente, una cárcel sitio donde se encierra y asegura a los presos.

La prisión preventiva o detención se lleva a cabo en una cárcel provisional, asegurativa; y la pena

de prisión propiamente dicha en una penitenciaría.
(217)

2.- Epoca Precorteciana.

a) Los Aztecas. El derecho penal precorteciano fue rudimentario, símbolo de una civilización que no había alcanzado la perfección en las leyes, es decir el máximo de evolución moral de acuerdo con una cultura valorativa.

El derecho penal mexicano, ha escrito Kohler, es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política, el sistema penal era casi draconiano.

3.- Concepto de Pena.

1.- El concepto del término "Derecho Penitenciario", ha sido sumamente criticado porque encierra la vieja idea de "penitencia", o de castigo, que es un tanto arcaico y choca con la moderna concepción de readaptación social, aunque ésta última es cuestionable como observaremos más adelante.

De allí viene, además que los establecimientos donde se cumple la pena privativa de libertad se les ha denominado por largo tiempo " penitenciarías ".

De la misma forma también ha sido cambiado la terminología para llamar al preso, reo o recluso, por el interno, al guardia cárcel por el de custodio, a la celda o

(217) Raúl Carranza y Rivas. Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas de México. Pág. 12

crujía, por el de dormitorio y así podríamos continuar elaborando una larga lista.

El derecho penitenciario trata del cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, y se encuentra dentro del llamado derecho ejecutivo penal, que en forma más amplia se ocupa de las ejecuciones de todas las penas y medidas de seguridad.

Algunos autores incluyen la asistencia post-penitenciaria, es decir la acción aún después de que el individuo ha cumplido su pena. (218)

2.- Ciencias Penitenciarias.

La ciencia penitenciaria, es el conjunto de principios de la ejecución de la pena privativa de libertad, de las doctrinas, sistemas y resultados de la aplicación.

El derecho penitenciario, es el conjunto de normas que se ocupan de ello, y en consecuencia de la ciencia penitenciaria, es más amplia porque se nutre de la experiencia, las opiniones de los especialistas.

La ciencia penitenciaria es reconocida a partir del año de 1828, con las publicaciones de las obras de N.H. Julius en Alemania y Carlos Luca en Francia.

Abordaremos el tema de su importancia para más adelante analizar las relaciones con el Derecho Penal y otras disciplinas y ciencias. (219)

(218) Luis Marco Del Pont. Derecho Penitenciario . Pág. 11

(219) Ibidem.12

CAPITULO XVIII

LA ATENUACIÓN DE LAS PENAS

1.- El autor Quintanilla Saldaña, jurista ilustre, que la historia de las penas se corresponde con la idea de una gradual edulcoración.

Esta historia es el relato de constantes aboliciones, lo cual pudiere resumirse en otro giro: paulatina y tal vez irreversible humanización, Jimenèz de Azùà, en uno de los recios conceptos que suele imprimir a sus doctas enseñanzas, observa con agudeza que el seno del derecho punitivo amadriga, embozado, indecible sadismo. (220)

De mayor transcendencia pràctica es el articulo 3 de la Convención Europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las Libertades Fundamentales, suscrita el 4 de Noviembre de 1950, en el marco del Consejo Europeo : "Ndie puede a sometido a torturas ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes".

Y decimos que esta estipulación reviste mayor transcendencia real por el carácter vinculatorio que la Convención posee para los Estados signatorios, e inclusive en vista de la jurisdicción internacional de derechos humanos que el mismo instrumento crea, admitiendo a los individuos como sujetos del Derecho internacional, en cuanto aquèllos, y no solo ya los Estados, pueden acudir directamente ante la Comisión Europea de los Derechos del Hombre, en los tÈrminos del articulo 25, primer pàrrafo, de la citada Convención. (221)

(220) Sergio Garcia Ramàrez. Manual de Prisiones. La Pena y la Prisiòn.
Pag 31

(221) Ibidem.Pàg. 38

Quizàs en algùn futuro que deseamos pròximo, pero que, en rigor se presenta como remoto, la prohibiòn de las penas cureles se erija en imperativo para todas las naciones del mundo, y el correspondiente derecho individual se acoja a la protecciòn de una efectiva y jurisdicciòn internacional.

2.- La Individualizaciòn de la Pena.

La ley sòlo contiene preceptos abstractos y generales y por lo tanto no pueden prever los casos concretos y particulares en que se aplica la pena.

Por eso se ha dicho que, en realidad, no hay individualizaciòn legal de la pena y que los que se citan como casos de individualizaciòn legal no son motivos de atenuaciòn o de agravaciòn de la pena fundados en la mayor o menor gravedad del delito, y, por consiguiente, del grado de responsabilidad, por lo que constituye, una falsa individualizaciòn. (222)

Cierto es que muchas de las circunstancias atenuantes y agravantes que contienen los còdigos penales atienden a la mayor o menor gravedad del delito, pero a la par de ellas hay otras circunstancias atenuantes y agravantes que se refieren directamente a la personalidad del sujeto que ha delinuido y que son las que dan lugar, precisamente, a la individualizaciòn legal, al igual que las diferencias de tratamiento que impone la ley con respecto a cada clase de delincuentes. (223)

(222) Mario I. Chichizola. La Individualizaciòn de la Pena. Pág. 55

(223) Ibidem. Pág. 55

Nada impide que el legislador pueda establecer determinados beneficios de los que sólo puede gozar el delincuente primario (por ejemplo, la condena de ejecución condicional, el perdón judicial, etc.), y al mismo tiempo establezca agravantes de la penalidad y la privación de ciertos beneficios para los reincidentes y habituales, como así también clasificar a los delincuentes en distintas categorías sujetándose a diferentes tratamientos según su mayor o menor peligrosidad.

3.- Medios

El legislador puede valerse de diversos medios para efectuar la individualización legal de la pena.

Los medios que utiliza con más frecuencia son los siguientes:

- a) La fijación de circunstancias atenuantes y agravantes de la pena,
- b) El establecimiento de un régimen de medidas de seguridad para los inimputables en reemplazo de las penas,
- c) La atenuación de la penalidad en razón de la inmadurez propia de la minoría o del estado mental del agente, en aquellas legislaciones que admiten la responsabilidad atenuada,
- d) El establecimiento de beneficios que sólo pueden ser concedidos a los delincuentes primarios,
- e) La agravación de las penas aplicables a los reincidentes,
- f) La fijación de una medida de seguridad accesoria para los delincuentes habituales,

g) La clasificación de los delincuentes en diversas categorías, de acuerdo a su mayor o menor peligrosidad, para su sometimiento a penalidades diferentes,

h) La adopción de regímenes especiales de ejecución de la pena para las mujeres, los menores, los hombres débiles, enfermos o ancianos, y para las personas valetudinarias,

i) La adecuación de la multa a la situación económica del condenado. (224)

CAPITULO XIX

NATURALEZA, CONCEPTO Y FORMAS DE REHABILITACION

I.- NATURALEZA DE LA REHABILITACION.

A)La rehabilitación como gracia

a)Planteamiento del problema.

Es unánime compartida por la doctrina actual la idea de que la rehabilitación fue originalmente una concesión graciosa proveniente de un acto de clemencia real, siendo (formulada en Francia), el concepto moderno de la rehabilitación, donde ya la ordenanza de 1670, (Tit. XVI, art. 5-7.o)la regula particularmente y los comentaristas la distinguián netamente de otras especiales de gracias, distinción que no significaba otra cosa más que el reconocimiento, sin ningún tipo de reserva, de que la rehabilitación era, en cualquier caso, una gracia.

Esta unanimidad respecto de la concepción originaria de la rehabilitación, deja de serlo respecto de la actual. Efectivamente, de una parte, se entiende que la rehabilitación se fundamenta en la existencia de un verdadero derecho a la misma adquirido por el condenado, después de un cierto periodo de tiempo transcurrido en las en determinadas condiciones, de otra, pese a reconocer en la rehabilitación ciertos aspectos que nos dibujan una especie de derecho subjetivo, desde el punto y hora que se haya cumplido la pena o alcanzado la remisión condicional, tiene sin embargo, parte de acto de gracia por ser concesión del

Gobierno, y al ser facultado no es susceptible de casación la denegación del beneficio. (225)

Las rehabilitación, es un derecho o, por el contrario, es una gracia. El propio tenor literal del Código penal, en su artículo 118, párrafo I, al decir podrán instar y obtener del Ministerio de Justicia, nos está ofreciendo un criterio ya utilizado anteriormente para clasificar los diferentes sistemas de rehabilitación.

Como quiera que este sistema, en virtud que la autoridad que resuelve, es el administrativo, al que se ha venido considerando como modelo en aquellos ordenamientos en que la rehabilitación era concebida como gracia, partiendo de esta identificación para ver hasta qué punto la relación sistema administrativo-rehabilitación como gracia es inmutable.

2.- La rehabilitación como derecho.

a) Planteamiento del problema.

Cierto sector de la doctrina actual entiende que la rehabilitación tiene el carácter de verdadero derecho subjetivo. Sin embargo, no faltan opiniones que disienten con mayor o menor rigor de la citada, así el autor Cuello Calón opina que: " La rehabilitación referente a los derechos políticos y de familia no ha perdido aún en nuestra legislación el carácter de concesión graciosa. (226)

b) Toma de postura.

Estas palabras del profesor Quintano estarían de

(225) Vicente Baeza Avallone. La Rehabilitación. Pág.124

(226) Ob. Cit. Pág. 125

acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley de 20 de Diciembre de 1952, si se entendiendese que lo que se está recogiendo no es el derecho a obtener la cancelación de antecedentes, sino el derecho a solicitarla.

Esta interpretación no puede mantenerse en modo alguno, ya que el párrafo 2º., de la Exposición de Motivos de la Ley 1952 de 20 de diciembre al decir que, por otra parte, la exclusión de los reincidentes y reiterantes del beneficio de la rehabilitación da por supuesta, de un lado, la idea de la imposibilidad de su regeneración, que es contraria a los principios cristianos, y de otro una peligrosidad que no siempre existe, sobre cuando ambas condenas son muy distantes en el tiempo, dejaba bien claro que lo que esta ley les permitía no era solicitar, sino obtener la cancelación de sus antecedentes penales, distinción ésta posible en la legislación italiana, como pone de manifiesto el autor Manzani, pero imposible de realizar en la nuestra. (227)

3.- Concepto de Pena.

Pena criminal, es la consecuencia jurídica pública, consistente en la privación o disminución de uno o más bienes jurídicos, que la ley expreamente prescribe para los hechos constitutivos de delitos y para el fin de la prevención general, que los órganos de la jurisdicción infligen mediante el proceso el proceso a causa del delito cometido, y que se aplica y se ejecuta con modalidades que tienden, para los fines de la prevención especial, a la reeducación del condenado. (228)

(227) Ob. Cit. Pág. 125

(228) Ob. Cit. Pág. 129

4.- Sistemas de las medidas de seguridad.

1.- Concepto de medidas de seguridad.

Las medidas de seguridad, son provenientes administrativamente, con garantía jurisdiccional, consistente en la privación o disminución de uno o varios bienes jurídicos, que la ley conmina como medios de defensa social contra las personas peligrosas; que el juez aplica a estas, aunque no sean imputables, cuando hayan cometido un hecho considerado delito, o, por vía de excepción observado una conducta definida de otro modo en la ley penal; y que se ejecuten con modalidades conformes a su fin, que es el de tender hacia la readaptación del individuo peligroso para la vida social. (229)

Por consiguiente, el concepto de medidas de seguridad le es esencial no solo la privación o la disminución de uno o varios bienes jurídicos, en la cual consisten, y su naturaleza de medios de protección jurídica, sino también, y principalmente, como carácter específico, la adecuación con la peligrosidad del agente, a la cual deben referirse, y en virtud de la cual se aplican, para combatirla, como medios de defensa contra ella, medios que se ejercen readaptando al agente o tornándola inofensivo.

Las medidas de seguridad, en efecto como medidas de prevención mediata contra las personas peligrosas, si presuponen un hecho dañosos o peligroso, aun no punible, no se aplican, sin embargo, a causa de ese hecho, sino solo, como lo dijeron los redactores del Código, con ocasión de él, ya que están

(229)Silvio Ranieri. Manual de Derecho Penal Tomo II Parte General. Pág. 319

dirigidas contra la peligrosidad demostrada por el agente, a fin de prevenir la verificación de futuros delitos. (230)

5.- Naturaleza jurídica de las medidas de seguridad.

De todo lo dicho surge ya, en sus grandes rasgos, la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad, las cuales, por los caracteres que presentan y por el fin a que tienden, se manifiestan en el sistema de los medios de defensa del derecho como medios de prevención mediata contra personas peligrosas.

Esto implica la necesidad de distinguirse de aquellos otros medios de prevención mediata contra personas peligrosas que se denominan medidas de policía. (231)

6.- Identidad formal de las normas que estatuyen las penas y las medidas de seguridad.

En el curso de este trabajo expresé el criterio diferencial de penas y medidas de seguridad, aplicables las primeras a los imputables, las segundas a los inimputables, Cabe considerar ahora la identidad formal de estas medidas, la identidad formal de las normas que las estatuyen.

Recuerdo la distinción del concepto del delito, amplio como hecho antijurídico descrito por la ley, y el más restringido, correspondiente únicamente a los delincuentes imputables y culpables.

(230) Ibidem. Pág. 374

(231) Ob. Cit. Pág. 375

La identidad formal ha sido intruída por los positivistas, pero no han extraído las consecuencias correspondientes, por su punto de partida de la responsabilidad de todos los hombres por vivir en sociedad. (232)

Substancialmente las penas y las medidas de seguridad difieren por su carácter y sentido, como se ha puesto de relieve precedentemente. Pero las expresiones de los autores citados, van conduciendo hacia su identidad formal.

Para el autor Peco, ambas se imponen coercitivamente por el Estado en virtud del delito; para el autor Florian y López-Rey Arrojo, ambas son consecuencia jurídica del delito.

El autor Ricardo C. Nuñez ha instruído la identidad formal de la pena y la medida de seguridad, al expresar: " Dependiendo la aplicación de la medida de que el agente sea autor de un delito, la extinción de la sanción penal la vuelve inadmisibile, a pesar de que subsistan las condiciones que la hagan aplicable.

De la diferencia absoluta establecida extraen los codificadores la conclusión de que no es necesario que estén previstas en la ley anterior al hecho.

El art. 75 establece que las medidas de seguridad se rigen por la ley vigente al tiempo de la sentencia, o la que entre a regir en el momento de la ejecución de la misma.(233)

Al comentar el Código Penal de Brasil, expresè que si bien la pena y la medida de seguridad

(232) Ibidem.Pág. 377

(233) Roberto A.M. Terán Lomes. Pena, Medidas de Seguridad y Delitos. Pág.45

son de naturaleza y carácter diverso, ambas parten de un mismo punto de partida: la comisión de un hecho delictivo. Y de esto se llega lógicamente a la identidad formal de las normas que las estatuyen.

La norma penal dice: si una persona mata a otra, será encarcelada. La norma que establece la medida de seguridad dice : si el delincuente es irresponsable, se le aplicará una medida de seguridad. O, subrayando más la identidad de las normas: si una persona no imputable mata a otra, será objeto de una medida de seguridad. (234)