

279
2ej'



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"CONCEPCION TEORICO PRACTICA DEL CUERPO DEL DELITO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JORGE FUENTES MARTINEZ



CD. UNIVERSITARIA, MEXICO, D.F.

1991

TESIS CON
VALIA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INTRODUCCION :

El cuerpo del delito, para los estudiosos del Derecho Penal y Procesal Penal, ha cobrado gran importancia, ya que al ser abordado todos coinciden en que este es un requisito fundamental para la iniciación de todo Procedimiento Penal.

Dicha importancia, en Nuestro Derecho Mexicano, ha llegado a grado tal, de elevar a rango de Garantía Constitucional, la necesidad de la estructuración del Cuerpo del Delito, como requisito sine qua non del Procedimiento Penal en contra de cualquier gobernado.

Lamentablemente también es de mencionarse que cuando los tratadistas (por lo menos en su mayoría), al abordar el tema referente al cuerpo del delito, lo hacen bajo el supuesto de que es un tema bastante visto y hasta "trillado", por lo que únicamente al tocarlo lo definen mediante un simple juego de palabras, pero sin abordarlo con la importancia y relevancia que sostienen.

Es precisamente la importancia que representa en realidad el cuerpo del delito dentro de Nuestro Derecho, la que me ha inquietado para la elaboración del presente trabajo de tesis profesional, toda vez que como ya lo he señalado los autores al tocar el tema se concretan únicamente pretender dar una definición de dicho concepto definiéndolo como "El conjunto de elementos objetivos, subjetivos y normativos, que dan lugar a que el delito

real, quede configurado como delito legal".

Dicha definición no constituye más que un simple juego de palabras, toda vez que dentro de la propia teoría tradicional, no existen criterios uniformes para determinar los elementos del delito, razón por la que en el presente trabajo se hace referencia a las corrientes doctrinarias que se han avocado al estudio del delito, ya que como se dice por ahí que "para comer pollo, primero hay que tener el pollo", así para hablar del cuerpo del delito, primeramente consideré necesario indagar que es el delito, y así poder tratar de entender el concepto del cuerpo del delito, por lo que es necesario en éste trabajo, hacer mención a las corrientes doctrinarias que se han avocado al estudio del delito, considerando que hasta la fecha son dos las corrientes doctrinarias que se han encargado del estudio del delito y son la teoría de la Acción Causal, y la Teoría de la Acción Finalista, ambas con diversas variantes que han tenido a lo largo de su existencia, pero que no era motivo de éste trabajo su análisis detallado.

En nuestro país, pese a que la mayoría de los autores se afilian a la corriente causalista, o por lo menos es la que a los alumnos del nivel de Licenciatura en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, se nos da a conocer, dejando como objeto de estudio la corriente finalista en varios de los casos para los estudiantes del Post-Grado de Derecho, también ha existido la inquietud en algunos maestros, entre ellos los precursores de la Corriente que denomino

Moderna. quienes mediante la aplicación de la Lógica Matemática al Derecho Penal, y utilizando los conceptos ya dados por la Teoría tradicional, pero mediante una ubicación adecuada, elaboran una Teoría del delito, digna de ser vista con simpatía y tomada en cuenta por los estudiosos del Derecho, ya que la misma se encuentra elaborada precisamente en base a Nuestro sistema Jurídico Penal.

Consecuentemente teniendo una visión más o menos amplia del concepto del delito, opté por aplicar la Teoría que denominé Moderna, al concepto del Cuerpo del delito, mediante la base que éste concepto es ubicado dentro de la Teoría del Delito, dentro de la figura de la Tipicidad.

Así las cosas se expone en su oportunidad el concepto del cuerpo del delito, expuesto por la teoría tradicional, el elaborado a la Luz de la Corriente Moderna o Lógica Matemática, como es conocida por algunos, y su concepción legal y Jurisprudencial; Todo lo cual se expone en las páginas siguientes:

En un primer capítulo se exponen ideas generales sobre el cuerpo del delito, así como sobre la Teoría del Delito, exponiéndose las formas de estudio del delito, así como las corrientes doctrinarias que se han abocado a su estudio y que son: La Teoría de la Acción Causal; La teoría de la Acción Finalista; La corriente seguida en México; y la corriente que denominé Moderna, también conocida como Lógica Matemática.

En un segundo capítulo, se expone el tema referente a los presupuestos del delito, de acuerdo a la Teoría Tradicional y de acuerdo a la Corriente que denominamos moderna.

El tercer capítulo se refiere a los elementos del delito, vistos a la Luz de la Teoría Tradicional y de acuerdo a la Corriente Moderna, en el que además de sus aspectos positivos, se exponen también al igual que en el capítulo de los presupuestos, sus aspectos negativos.

En un cuarto capítulo que es denominado Concepción Teórica del Cuerpo del Delito, en el que se exponen el concepto del Cuerpo del delito, a la Luz de la Teoría Tradicional, y el que se expone en base a la corriente Moderna.

Y un quinto capítulo que titulo como concepción práctica del Cuerpo del Delito, en el que expongo las disposiciones contenidas en los Códigos Federal de Procedimientos Penales y de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así como diversas interpretaciones que respecto del Cuerpo del delito ha emitido La Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Formulándose por último diversas conclusiones respecto del tema central del presente trabajo de tesis profesional.

CAPITULO PRIMERO

EL CUÉRPO DEL DELITO:

- 1) Ideas Generales:**
- 2) La Teoría del delito:**
- 3) formas de estudio del delito:**
- 4) Corrientes Doctrinarias:**
 - a) Teoría de la Acción Causal:**
 - b) Teoría de la Acción Finalista:**
 - c) Corriente seguida en México:**
 - d) Corriente Moderna.**

IDEAS GENERALES :

Dentro del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, la figura jurídica de "EL CUERPO DEL DELITO", cobra gran importancia para los estudiosos de ésta disciplina, toda vez que la gran mayoría de ellos coincide en que dicho concepto unido a la figura de la Presunta Responsabilidad, constituyen los requisitos esenciales para la iniciación de todo procedimiento penal, es decir que ambos conceptos constituyen los requisitos sine-qua non del procedimiento penal.

Dentro del Derecho Penal Mexicano, esos conceptos han llegado a tal grado de importancia, que inclusive han sido elevados al rango de Garantías Constitucionales, toda vez que sin la existencia de los mismos no se puede poner en marcha esa gran maquinaria que constituye el procedimiento penal.

Es precisamente esa importancia que se le ha conferido a la figura del cuerpo del delito la que ha orillado al que ésto escribe, a tratar de elaborar dentro de éste trabajo de tesis profesional un concepto del cuerpo del delito que tenga aplicabilidad no sólo teóricamente sino en la práctica, pues de la mucha o poca experiencia que he adquirido dentro de mi vida profesional, he encontrado gran contradicción de dicho concepto de la teoría con la práctica por lo siguiente:

Teóricamente se ha definido al cuerpo del delito como: "El conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la Ley Penal".

Ahora bien en la práctica, el mencionado concepto del cuerpo del delito, a veces y en la mayoría de los casos, resulta inaplicable a casos concretos, por lo que inclusive se han dado casos de que respecto de un mismo tipo de delito, existan criterios diversos para la comprobación y por tanto la estructuración del cuerpo del delito, es por ello que reitero dicha inquietud es la que me ha servido de motivación para la elaboración del presente trabajo de tesis profesional.

Ahora bien para abordar el tema de el cuerpo del delito, considero necesario primeramente ubicarlo dentro del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, y para tal fin considero se debe acudir al análisis de la Teoría del Delito, pero debido a que no existe uniformidad en cuanto al estudio del delito, ya que básicamente a la fecha existen dos grandes corrientes doctrinarias que se han preocupado por el estudio del delito en las siguientes páginas nos ocuparemos aunque de manera superficial, pero tocando los puntos esenciales que respecto del concepto del delito y de sus elementos se han manifestado a la fecha, así como señalar la ubicación del cuerpo del delito dentro de los conceptos del delito que dentro de dichas corrientes doctrinarias se han expresado.

LA TEORIA DEL DELITO:

Para los estudiosos del Derecho Penal, uno de los grandes problemas a resolver, ha sido el referente al estudio del delito, por lo que ya desde a fines del siglo pasado y hasta nuestros días, una de sus grandes preocupaciones, ha sido precisamente la de tratar de elaborar una Teoría del delito la cual tenga Validez Universal.

Para la elaboración de esa Teoría del delito, los tratadistas han partido de la base de dividir al delito en dos grandes esferas que son:

A) La primera de ellas y que la hacen consistir en la resolución de las siguientes interrogantes:

- a) ¿Que es el delito? y
- b) ¿Cual es su contenido? habiandose aquí de los elementos que lo constituyen, o como en la actualidad se habla de los aspectos positivos y aspectos negativos del delito.

B) La segunda esfera del delito consiste en las formas de aparición del delito ; en el llamado concurso de delitos.

Respecto a la resolución de la primer interrogante, consistente en saber ¿Que es el delito? los tratadistas han pretendido dar su personal punto de vista, y para ello han formulado diversas definiciones, algunas de las cuales a

continuación paso a mensionar.

La mayoría de los tratadistas coincide en que es Rafael Garofalo, quien por primera vez trata de elaborar una definición del delito, para lo cual dicho autor hace una distinción entre Delito Natural y Delito Legal, de la siguiente manera:

Al Delito Natural, lo define como: "La lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos de piedad y providad, según la medida media en que son poseidos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad".

Y al Delito Legal, lo define como: "Toda acción que amenaza al estado, que ataca al poder social, sin un fin político o que lesiona la tranquilidad pública, los derechos políticos, el culto, la moral pública, o la legislación de un país en particular". (1)

1) GAROFALO, Rafael.- *La Criminología*. (La criminología versión española de Pedro Barrajo; estudio sobre la naturaleza del crimen y la teoría de la penalidad) Daniel Jorro Editor, Madrid 1912 p. 37

Sin embargo es a Francisco Carrara, a quien los tratadistas le atribuyen el merito de la elaboraci3n de la primer definici3n del delito, dentro del 3mbito netamente jur3dico, ya que para ello dicho autor parte de la base de que al delito debe estudiarse como un ente jur3dico distinto de otras infracciones a la ley definiendolo como: "La infracci3n a la ley del estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente da±oso". (2)

De la anterior definici3n destaca lo siguiente:

a) Que el delito es una violaci3n a la ley dictada por el estado, de lo que se excluye cualquiera otra disposici3n que no tenga esa caracteristica:

b) Que esa violaci3n es el resultado de un acto externo del hombre, ya que s3lo el hombre tiene la capacidad de actuar de manera voluntaria:

c) Que ese acto del hombre debe ser de naturaleza positiva o negativa, es decir que la conducta humana s3lo puede manifestarse mediante una acci3n o mediante una omisi3n.

2) CARRARA, Francisco.- Programa de Derecho Criminal, Parte General Volumen I (Traducci3n Jos3 J. Ortega Torres y Jorge Guerrero Ed. TEMIS, Bogot3 . 1971 p.43

d) Que al ser ese acto moralmente imputable, hace al sujeto que lo lleva a cabo, responsable de la conducta desplegada:

e) Que ese acto es socialmente dañoso, toda vez que la infracción a la ley en este sentido, constituye una alteración para la seguridad de los ciudadanos, para cuya garantía fué dictada la ley infringida.

A raíz de la definición propuesta por Carrara para entender el delito es como diversos autores han formulado sus respectivas definiciones, algunas de las cuales a continuación se mencionan y que son las siguientes:

Para Ernest Von Belling, el delito es: "La acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga condiciones de punibilidad". (3)

Según Eugenio Cuello Calón, el delito debe ser estudiado desde dos aspectos:

En un Aspecto Formal, y en este sentido el delito consiste en: "La acción prohibida por la ley, bajo la amenaza de una pena" y tiene como características:

a) Es un acto humano el cual puede consistir en una acción o en una omisión:

3) BELING, Ernest Von. Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito tipo (traducción de Sebastian Soler). Ed. de Palma. Buenos Aires 1944 p. 38

b) Ese acto debe ser antijurídico, es decir debe oponerse a una norma jurídica;

c) Debe ser culpable (imputable), es decir debe ser un acto doloso o culposo; y

d) Ese acto debe ser punible, es decir debe estar sancionado con una pena.

Según Cuello Calón, de la unión de las características anteriormente apuntadas resulta una definición sustancial del delito, y en éste sentido debe ser considerado como: "La acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena". (4)

Por su parte Edmundo Mezger, señala que el delito es: "La acción típicamente antijurídica y culpable". (5)

Según Franz Von Litz, el delito es: "Un acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena". (6)

Por su parte Reinhart Maurach, define al delito como: "La acción típicamente antijurídica y atribuible a su autor". (7)

4) CUELLO CALÓN, Eugenio.- Derecho Penal Parte general, tomo I Volumen I, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1971 pp. 284-286

5) MEZGER, Edmundo.- Tratado de Derecho Penal, tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1953 2a. ed. p. 161

6) LITZ, Franz Von.- Tratado de Derecho Penal II. (Traducción de la 20a. edición alemana, por Luis Jimenez de Asua) Ed. Reus Madrid 3a. edición, p. 262

7) MAURACH, Reinhart.- Tratado de Derecho Penal (traducción de Juan Córdoba Roda) Ediciones Ariel, Madrid 1953 2a. ed p. 154

Para Luis Jiménez de Asua, el delito es: "un acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción". (8)

En México, también varios de nuestros tratadistas, han elaborado sus definiciones del delito, algunas de las cuales también a continuación paso a mencionar.

Para Francisco Pavón Vasconcelos, el delito es: "La conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible". (9)

Según el Maestro Raul Carrancá y Trujillo, el delito es: "Una acción antijurídica, culpable, punible según ciertas condiciones objetivas y conminada con la amenaza de una pena". (10)

Para Fernando Castellanos Tena, el delito es: "Una conducta típica, antijurídica, imputable, culpable, sujeta a condiciones objetivas de punibilidad y punible". (11)

8) JIMENEZ DE ASUA, Luis.- La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana Hermes, Buenos Aires, 1a. ed. México 1986 p.262

9) PAVON VASCONCELOS, Francisco.- Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa México 16a. ed. 1984 p.161

10) CARRANCA Y TRUJILLO, Raul.- Derecho Penal Mexicano Parte General, Ed. Porrúa México 14a. ed. 1982 p. 223

11) CASTELLANOS TENA, Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa México, 21a. ed. 1985 p. 125

Por su parte Celestino Porte Petit Candaudap, señala que el delito consiste en: "La conducta o hecho típico, imputable, antijurídico, culpable, sujeto a condiciones objetivas de punibilidad y punible". (12)

Se ha dicho que tomando en cuenta el número de elementos que cada uno de los autores emplea en las definiciones que han elaborado y de las cuales he mencionado algunas, las mismas se pueden clasificar en : bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas, o heptatómicas, incisto según el número de elementos que se emplean cada una de estas.

En virtud de lo antes señalado aparentemente se puede pensar que existen diferencias en cuanto al contenido del delito, pero al respecto los tratadistas señalan que las clasificaciones anteriores de las definiciones del delito, obedecen a que de acuerdo al número de elementos empleados, algunos de dichos elementos se encuentran ya implícitos en otros, pero en términos generales en la actualidad se concibe al delito como : "LA CONDUCTA TÍPICA, ANTIJURÍDICA Y CULPABLE".

Pero ya cuando los tratadistas realizan el estudio dogmático del delito, se ocupan de todos y cada uno de los elementos que a su parecer constituyen los elementos del delito y que son: La conducta o hecho, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la punibilidad, y en algunos casos las condiciones objetivas de punibilidad.

FORMAS DE ESTUDIO DEL DELITO:

Para llevar a cabo el estudio del delito, La Teoría Tradicional, ha elaborado diversos métodos de estudio, a los que les ha dado en llamar "teorías", y que son los siguientes:

A) "Teoría Unitaria o Totalizadora". - Según la cuál sus exponentes manifiestan que el delito debe ser estudiado como un todo homogéneo, y que debe ser considerado como "un bloque monolítico" al que no es posible dividirse en elementos, ya que de hacerlo así perdería su esencia, pues al ser considerado como un hecho contrario al derecho, esa calidad no concierne a alguno de sus elementos en particular, sino a toda la unidad que representa en delito.

B) "Teoría Analítica o Atomizadora". - Según la cuál para estudiar al delito es necesario desglozarlo en los elementos que lo constituyen y de esa manera analizar cada uno de ellos en forma individual pero sin perder de vista que éstos forman parte de un todo común y que guardan íntima relación entre sí, dándole vida al delito cuando éstos se conjugan para formar esa unidad que es el delito.

C) También surge una tercera teoría como intento para resolver el problema entre si el delito debe ser estudiado de manera unitaria o de manera analítica, dicha idea la desarrolla Vincenzo Cavallo, quien propone que el delito debe ser estudiado de la siguiente manera:

a) En primer término el delito será visto de manera Unitaria;

b) En seguida debe hacerse un estudio Analítico de cada uno de los elementos que lo componen; y

c) Como fase final, se hará una reconstrucción del conjunto de elementos que forman el delito y así saber la función que cada uno de ellos tiene dentro del conjunto, así como la forma en que dichos elementos aparecen en la realidad, en consecuencia según dicho autor, el delito debe ser estudiado desde los puntos de vista: Unitario, Analítico y Sintético.

Otra de las interrogantes que se han planteado los tratadistas, es el de saber si al estudiar el delito pueda señalarse si entre sus elementos haya prioridad lógica, prioridad temporal o prelación lógica.

Al respecto se ha manifestado que no existe ni prioridad lógica, ni prioridad temporal, de los elementos del delito, ya que al actualizarse en la realidad, los elementos del delito previstos en la disposición legal respectiva, deben darse de manera simultánea, ya que todos ellos son igualmente importantes para la existencia del delito concreto existiendo entre ellos una relación recíproca ya que de la existencia de alguno de dichos elementos depende la existencia de los demás elementos.

Ahora lo que sí señalan los tratadistas es que dentro del estudio del delito, si existe una prelación lógica, de sus elementos, ya que al analizarse una figura delictiva en

concreto, debe partirse de la base de que primeramente exista una conducta o hecho, que estos se adecuen a un tipo, que sean antijurídicos, que haya culpabilidad, que sean atribuibles a un sujeto específico y que haya una determinada punibilidad; es decir que se habla de prelación lógica, ya que para saber si un determinado elemento del delito existe, debe cerciorarse primeramente si el que le precede existe también.

CORRIENTES DOCTRINARIAS:

Para llevar a cabo el estudio del delito, dentro de la Teoría Tradicional, han surgido diversas corrientes doctrinarias, varias de las cuales con el transcurso del tiempo han venido cayendo en desuso, pues muchas de ellas fueron elaboradas apartándose del ámbito netamente Jurídico, ya que estas fueron estructuradas dentro de marcos puramente sociológicos o filosóficos o en muchos casos se apropiaron de conceptos ya dados por las corrientes netamente Jurídicas, por lo que considero irrelevante hacer mención de esas "corrientes doctrinarias", las cuales incierto fueron pasajeras y a la fecha carecen de validez alguna en la actualidad.

Es de señalarse que desde a fines del siglo pasado y hasta nuestros días, son esencialmente dos corrientes doctrinarias las que en la actualidad prevalecen para llevar a cabo el estudio del delito y estas son:

A) La Teoría de la Acción Causal, también conocida como Teoría Causalista de la Acción o Teoría Clásica, como algunos autores la denominan, ésta corriente surge en Alemania a fines del siglo XIX siendo sus precursores Ernest Von Belling y Franz Von Lixt; y

B) La Teoría de la acción Final o Teoría Finalista de la Acción, la cual también surge en Alemania ya en el siglo XX, en los años treinta, siendo su precursor Hanz Welzel.

TEORIA DE LA ACCION CAUSAL:

He señalado anteriormente que ésta corriente doctrinaria surge en Alemania a fines del siglo XIX, siendo sus precursores Ernest Von Belling y Franz Von Litz, quienes parten de la introducción al Derecho Penal de las Leyes Newtonianas.

En efecto en un principio los citados autores parten de la base de que dentro del gran mecanismo que representa el universo, todo se encuentra regido por una sucesión de causas y efectos y que por tanto la conducta humana al formar parte de ese universo, es en consecuencia una relación de causa efecto.

A ésta fase inicial de la Teoría de la Acción Causal, se le conoció también como Estructura Clásica o Positivista ya que en ésta fase se considera a la acción como un movimiento voluntario, pero en el que carece de importancia el fin al que esa voluntad se dirige, es decir que en esa fase la acción se considera como un movimiento hecho con voluntad de moverse, causante de un resultado: y en éste sentido a la omisión según éste concepto positivista se lo consideró como un no hacer caracterizado por la distensión muscular e interiormente por la voluntad de distender los músculos.

Lo anteriormente señalado se deduce de la definición que de la conducta propone Belling, quien señala que: "Acción debe entenderse como el comportamiento corporal (fase externa de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo

(libertad de inervación muscular) "voluntariedad" (fase interna subjetiva de la acción), ello es un "comportamiento corporal voluntario" consistente en un hacer (acción positiva) movimiento corporal; y en un no hacer (omisión), distensión de músculos". (13)

Con el transcurso del tiempo, ese concepto mecanicista fué careciendo de validéz, ya que poco a poco los tratadistas se fueron dando cuenta de que no todo en el mundo es un conjunto de causas y efectos, por lo que el concepto de acción hasta entonces sostenido (el cual había sido considerado como natural), también caía estrepitosamente.

Pero fué la imposibilidad o la necesidad de no querer darle un contenido a la voluntad dentro de la acción, la que influyó para que los teóricos causalistas acudieran al recurso de idealizar un concepto de la acción según ellos propio del Derecho Penal, (sin importarles siquiera que dicho concepto estuviera fuera de la realidad) y es cuando surge la llamada Teoría Neoclásica de la Acción Causal, encabezada principalmente por Edmundo Mezger quien en defensa de dicha "teoría" señala que es de todos conocido que la conducta siempre tiene una finalidad, pero que dicha finalidad no debe ser tomada en cuenta al estudiarse dentro de la teoría del delito a la conducta, sino que más bien esa finalidad debe ser estudiada en el capítulo de la culpabilidad bajo los rubros de dolo o culpa, pero que eso no equivale a desconocer su importancia.

13) op. cit. pp. 19-20

Por lo que según la Teoría de la Acción Causal, la acción es considerada como una alteración en el mundo externo, derivada de la relación causal entre la conducta del hombre y el resultado en el mundo exterior, por lo que para ésta corriente al estudiar la acción no es indispensable averiguar si el autor de la misma se ha propuesto o no realizar un movimiento corporal, lo que le llaman "voluntariedad", y que el contenido subjetivo de la voluntad, según afirman es un problema que debe ser estudiado, dentro de la culpabilidad bajo los rubros de: dolo o culpa.

TEORIA FINALISTA DE LA ACCION:

De igual forma he señalado ya que ésta corriente doctrinaria surge también en Alemania, en este siglo, aproximadamente por el año de 1930, siendo su creador Hanz Welzel.

Para la elaboración de dicha Teoría Welzel parte de la base de que toda acción humana es el ejercicio de una actividad finalista, toda vez que considera que toda acción debe ser entendida como un acontecer finalista y no solamente causal.

"La finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de sus objetivos". (14)

Consecuentemente la voluntad es la espina dorsal de la acción finalista ya que ésta es la que determina el acontecer causal exterior, sin la cual resultaría un proceso causal ciego, por lo que según el citado tratadista, hablando gráficamente la finalidad es vidente y la causalidad ciega.

14) WELZEL, Hanz.- Derecho Penal Parte General (traducción Carlos Fontán Balestra) Roque de Palma Editor, Buenos Aires 1936 p.39

Con lo antes manifestado, no quiere decirse que la finalidad solamente toma en consideración el objetivo (finis) ya que ésto no sería menos equivocado que querer objetar a la causalidad, que debería limitarse a la causa y no podría satisfacer el efecto.

De lo antes señalado resulta que toda acción es un poner en movimiento la causalidad por lo que la causalidad es un elemento de toda acción.

En conclusión según la Teoría de la Acción Final o Finalista de la Acción, la acción consta de dos fases que son:

a) Una fase finalista, la cual ocurre en la mente del sujeto y que consiste en tres momentos a saber:

- 1) La determinación por parte del sujeto, del objetivo que pretende alcanzar;
- 2) La elección de los medios necesarios para la consecución del fin propuesto; y
- 3) Saber las consecuencias secundarias que están necesariamente vinculadas con los medios utilizados. y

b) Una fase causalista, la cual ocurre en el mundo exterior y la que a su vez consta de dos elementos que son:

- 1) El despliegue de los medios elegidos para la consecución del fin; y
- 2) La consecución del fin propuesto.

Por lo tanto según Welzel, la dirección finalista del acontecer causal es una prestación por la cuál el hombre estructura consiente de su finalidad todas las actividades de su vida.

Esa dirección finalista puede ser empleada para la concreción de objetivos socialmente positivos o socialmente negativos.

A las actividades socialmente dañosas el Derecho Penal las tipifica como delitos dolosos.

Pero al Derecho Penal también le interesa que el hombre en sus acciones observe un mínimo de dirección finalista, para evitar la lesión de bienes jurídicos y que cuando no se prevén dichas acciones finalistas para evitar la lesión a esos bienes, es cuando se está en presencia de los delitos culposos.

Como se puede apreciar la principal discrepancia entre La Teoría de la Acción Causal y la Teoría de la Acción Finalista, es la ubicación de la voluntad dentro del estudio del delito.

Pues según la Teoría de la Acción Causal, la voluntad en sus formas de dolo o culpa, como elemento subjetivo del delito es un problema que debe ser estudiado dentro del marco de la Culpabilidad y no como elemento de la conducta.

En cambio para la Teoría Finalista de la Acción, la voluntad también considerada como dolo o culpa, es un elemento de la conducta, ya que sin este elemento carecería de sentido la acción, y por tanto sería irrelevante para el Derecho.

Pero en términos generales ambas corrientes doctrinarias, llevan a cabo el estudio del delito a partir de considerar al delito como "LA CONDUCTA TIPICA ANTIJURIDICA Y CULPABLE".

CORRIENTE SEGUIDA EN MEXICO:

En Nuestro Pais, aún cuando de manera expresa nuestros tratadistas no señalan la corriente doctrinaria a la que pertenecen, de la lectura de sus obras, se advierte que éstos en su gran mayoría (salvo algunas excepciones) se adhieren a la Teoría de la Acción Causal, e incluso han tratado de fundamentar dicha afiliación, pretendiendo encuadrar nuestra Legislación Penal en la Teoría Causalista, haciendo una extraña amalgama que no concuerda con la realidad de Nuestra Legislación.

Dicha circunstancia no se debe a que en efecto Nuestra Legislación Penal de esa pauta, sino que más bien considero que dicha adhesión obedece al lamentable retraso que hasta la fecha existe no sólo en México, sino en casi toda América Latina, sobre la Literatura Jurídico Penal, pues por lo menos en Nuestra Facultad de Derecho del nivel de Licenciatura, a la gran mayoría únicamente se nos da a conocer La Teoría de la Acción Causal, y la Teoría de la Acción Finalista es reservada en la mayoría de los casos para los estudiantes de post grado, por lo que desafortunadamente los estudiantes de nivel Licenciatura muchas veces nos encontramos ante la imposibilidad de conocer ambas teorías y de su análisis poder saber a cual de ellas nos afiliamos, bien cual de ellas nos podría servir de base para la estructuración de una Teoría del delito realmente aplicable a nuestra legislación Penal, inquietud que espero algún día sea tomada en cuenta por Nuestros Profesores de Derecho Penal, y a la postre sirva de punto de partida para el logro de mejores estudiosos y por que no decirlo, de Mejores Tratadistas de Derecho Penal Mexicano.

CORRIENTE MODERNA:

Afortunadamente en Nuestro País, ha habido algunos profesores de Derecho Penal que se han esforzado por realizar un verdadero estudio del Derecho Penal como Ciencia, entre ellos, los precursores de la corriente que denomino Moderna y que son los maestros de ésta Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Olga Isias Magallanes y Elpidio Ramírez Hernández, quienes alentados por otros grandes Maestros e investigadores de Nuestra Alma Mater, y pretenden elaborar el estudio del Derecho Penal como Ciencia basandose en la aplicación al Derecho Penal de la Lógica Matemática.

El punto de partida de ésta corriente "moderna" es el analisis de las corrientes doctrinarias que hasta la fecha han tratado de elaborar la Teoría del delito, y despues de la ubicación correcta de los conceptos utilizados por sus exponentes, pudieron llegar a determinar el verdadero contenido del Derecho Penal.

Para el estudio del delito ésta corriente doctrinaria parte de la idea fundamental de que los conceptos de precepto, sanción y responsabilidad, son las nociones en que se fundamenta el Universo Juridico y por lo tanto esos conceptos son comunes a todas las ramas del Derecho.

Dichos conceptos adoptan un significado específico dentro de cada rama del derecho en particular, mediante la aplicación de un determinado proceso de semántica y así en el Derecho Penal los conceptos fundamentales de Precepto, Sanción y Responsabilidad, corresponden a los conceptos de Tipo, Punibilidad y Culpabilidad, los cuales relacionados entre sí permiten la construcción de la Ciencia Jurídico Penal.

De ésta manera se abarca la totalidad del Derecho Penal, ya que se incluyen conceptos generales los cuales constituyen el núcleo de la Teoría, así como conceptos específicos que se derivan de cada tipo en particular.

Consecuentemente ésta corriente, sostiene que el Derecho Penal como Ciencia se integra por tres grandes Teorías que son: La Teoría de la Ley Penal; La Teoría del Delito y la Teoría de las Penas.

Por otra parte el Derecho Penal como Ordenamiento Jurídico, se compone de una Parte General, en la que se hayan las reglas generales que deben asociarse a las contenidas en la Parte Especial; y en ésta última el Legislador señala los tipos y las punibilidades que van relacionados con las reglas contenidas en la parte general.

La Teoría de la Ley Penal.-Según ésta corriente moderna, el objeto de estudio de ésta Teoría lo

constituyen: Las Fuentes de la Norma Jurídico Penal, así como sus componentes que son el tipo y la punibilidad; sus ámbitos de validez; sus formas de interpretación e integración y el concurso aparente de normas jurídicas.

Dentro del estudio del tipo, debe ser analizada su estructura, así como la función que cada elemento típico cumple dentro de dicha estructura.

Por otra parte al estudiarse la punibilidad se deben tomar en cuenta las propiedades que la caracterizan.

Cabe hacerse mención, que ese análisis se lleva a cabo tomando en cuenta que la Norma Jurídico Penal al igual que todas las normas jurídicas se encuentra investida por sus características esenciales que son: Generalidad, abstracción y permanencia.

Consecuentemente el tipo y la punibilidad, al ser elementos de la Norma Jurídico Penal cuentan con dichas características de generalidad, abstracción y permanencia, y por tanto se encuentran ubicados dentro del mundo del deber ser o mundo normativo.

En cambio los conceptos de delito y pena, son conceptos fácticos es decir se encuentran en el mundo del ser, y se caracterizan por ser conceptos particulares concretos y temporales.

Tambien debe hacerse incapie en que la Teoria de la Ley Penal constituye un capitulo de la Ciencia del derecho Penal, tiene tambien las caracteristicas de Validez Universal y como ya se ha anotado la Norma Juridico Penal al ser objeto de estudio de dicha ciencia es general abstracta y permanente.

La Teoria del Delito.- Tiene como objeto de estudio al delito en sus aspectos positivos y negativos.

Al respecto debe hacerse notar que el delito es un hecho particular, concreto y temporal, el cual se integra por elementos fácticos, adecuados a un tipo específico y un específico grado de culpabilidad, determinado por el ejercicio de la libertad así como los reductores de ese ejercicio.

En cambio la teoría del delito al ser tambien un capítulo específico de la Ciencia del Derecho Penal, cuenta tambien con las características de Universalidad, validez permanente y abstracción.

Al hacer esa clara distinción entre el mundo normativo que es general abstracto y permanente; y por el otro el mundo fáctico que es particular concreto y temporal, salta a la vista que de ninguna manera resulta válido el que se haga una extraña mezcla de los conceptos de un mundo con los conceptos del otro, (como erroneamente hasta la fecha lo ha venido haciendo la Teoria Tradicional) toda vez que ambos mundos por su naturaleza son diferentes entre si.

La Teoría de la Pena.-Su objeto de estudio es la pena así como su aspecto negativo (excusas absolutorias) .la cual también cuenta con las características de universalidad.abstracción y validez permanente.

En cambio la pena en sí es un concepto concreto.particular y temporal.y se constituye al individualizar en el caso concreto el intervalo de punibilidad mediante el reproche de la culpabilidad.

Es de aclararse que hasta ahora solamente he tratado de hacer un pequeño bosquejo sobre la corriente que denomino moderna.pero tambien debo señalar que dentro del presente trabajo unicamentearé mención a la Teoría del delito expuesta por ésta corriente moderna.la, que constituye la base fundamental del presente trabajo de tesis profesional la que será abordada más adelante.

CAPITULO SEGUNDO

PRESUPUESTOS DEL DELITO:

- 1) Ideas Generales:
- 2) Presupuestos del Delito Según la Teoría Tradicional:
- 3) Presupuestos del delito según la Corriente moderna.

IDEAS GENERALES :

Otro de los temas abordados por la Teoría tradicional, dentro del estudio del delito, ha sido el referente a los presupuestos del delito, y en relación a éste tema también ha existido discrepancias ya que algunos autores hablan de la existencia de presupuestos del delito y algunos otros señalan que dentro del Derecho Penal no puede hablarse de presupuestos del delito, sino más bien de presupuestos de la conducta o hecho.

La introducción dentro de la Teoría del delito del tema de los presupuestos del delito, se le atribuye a Vincenzo Manzini quien señala que: "Son presupuestos del delito, aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho, positivos o negativos, a la existencia o inexistencia de los cuales está condicionada la existencia del título delictivo de que se trate". (15).

Los presupuestos del delito han sido clasificados por la Teoría tradicional en :

Presupuestos Generales. - "Entendiéndose por tales a aquellos que son previos a la realización de la conducta y que son necesarios para la existencia del delito y son los siguientes:

(15) MANZINI, Vincenzo.- Tratado de Derecho Penal Tomo II volumen II (citado por Celestino Porte Petit op. cit. p. 254)

1) La norma penal, comprendidos el precepto y la sanción;

2) El sujeto activo y el sujeto pasivo;

3) La imputabilidad;

4) El bien tutelado;

5) El instrumento del delito.

Ahora bien tomando en cuenta que el delito está formado por elementos, los presupuestos generales del delito, son en consecuencia presupuestos de cada elemento de la siguiente manera:

El Sujeto activo, será presupuesto del elemento objetivo del delito es decir de la conducta o hecho.

El tipo, (es decir la norma penal), será presupuesto de la tipicidad y de la antijuridicidad.

La imputabilidad, será presupuesto de la culpabilidad.

Ahora bien toda vez que la punibilidad es considerada por la teoría tradicional como consecuencia del delito, los elementos del delito son presupuestos de la punibilidad.

Presupuestos Especiales del delito.- Se entiende por tales a aquellos elementos requeridos por cada figura delictiva en particular; por ejemplo en delitos como el peculado, la concusión el abuso de autoridad, etc. el presupuesto es que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público; una relación de parentesco en delitos como el

parricidio, infanticidio, incesto etc: la de ser depositario en el delito de abuso de confianza etc.

Estefano Riccio, señala que en efecto dentro de la teoría del delito debe hablarse de presupuestos, pero no como presupuestos del delito, sino como presupuestos de la conducta, ya que al hablarse de conducta no debe hablarse de cualquier conducta sino de aquella descrita precisamente en la norma jurídica; señalando también que es inadmisibles hacer la distinción entre presupuestos generales y presupuestos especiales, ya que para dicho autor estos últimos no existen, pues los que se señalan como tales no son más que modificaciones al sujeto activo, al sujeto pasivo, al bien tutelado, o al objeto del delito, por lo que resulta inútil esa distinción.

Por su parte Silvio Ranieri señala que en efecto existen algunos presupuestos, pero él los considera como presupuestos del tipo, y que al considerarse al tipo como elemento del delito, en consecuencia esos presupuestos deben ser considerados como elementos del delito.

Respecto al aspecto negativo de los presupuestos del delito generales, los autores señalan que se hablará de ausencia de tipo o inexistencia del delito:

Si falta la Norma Penal habrá ausencia de tipo como aspecto negativo:

Si faltan el sujeto activo, el sujeto pasivo, o el bien jurídico requeridos por el tipo; habrá atipicidad como

aspecto negativo:

Si falta la imputabilidad, se hablará de una inimputabilidad como aspecto negativo:

En cambio si falta alguno de los llamados presupuestos especiales no se hablará de inexistencia del delito, sino que solamente habrá variación en cuanto al tipo delictivo de que se trate.

Ya he señalado, que algunos autores prefieren hablar de presupuestos de la conducta o hecho en vez de presupuestos del delito, entre los cuales se encuentra Francisco Antolisei, quien sostiene que debe hablarse de presupuestos de la conducta pues considera que son elementos que aún cuando son independientes del comportamiento del sujeto activo, no son extraños al hecho previsto en la Ley como delito.

Por su parte Manzini señala que debe entenderse como presupuestos de la conducta o hecho a: "Aquellos elementos jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto en la norma constituya delito".

Como presupuestos jurídicos de la conducta se señalan a las normas jurídicas o algún acto jurídico de los que el tipo prevé su existencia, para que el delito exista, como por ejemplo: para que el delito de abuso de confianza se configure, debe existir previamente un depósito judicial; en el de quebrantamiento de sellos, debe existir el acto jurídico previo que es el de el estado de

clausura decretado por una autoridad: en el de bigamia debe existir un matrimonio anterior subsistente etc.

Y como presupuestos materiales de la conducta, aquellas condiciones reales preexistentes en las cuales debe iniciarse y cumplirse la ejecución del hecho, por ejemplo: el embarazo en caso de aborto: el estado de necesidad en el caso de abandono de persona etc.

También se dice que los presupuestos de la conducta o hecho deben reunir los siguientes requisitos:

- a) Debe ser un antecedente jurídico o material;
- b) Debe ser previo a la realización de la conducta o hecho;
- c) Ese antecedente es necesario para la existencia de la conducta o el hecho previstos por el tipo.

Consecuentemente a la falta de los presupuestos de la conducta o hecho traen consigo la imposibilidad de la realización de la conducta o hecho previsto en el tipo.

En lo que concuerdan los autores que consideran que debe hablarse de presupuestos del delito y de los que consideran que debe hablarse de presupuestos de la conducta o hecho, es que si falta alguno de esos presupuestos que unos y otros señalan, es que al no darse dichos presupuestos, no se da la existencia de la figura delictiva de que se trate.

PRESUPUESTOS DEL DELITO SEGUN LA TEORIA TRADICIONAL:

Ya he señalado anteriormente que para la teoría tradicional existen dos conceptos de los presupuestos del delito, y que son:

A) Los que hablan de presupuestos del delito propiamente dichos y que según ellos son los siguientes:

1) El sujeto activo como presupuesto de la conducta o hecho:

2) El tipo como presupuesto de la tipicidad y de la antijuridicidad:

3) La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad; y

4) Al ser la punibilidad considerada como consecuencia del delito, en tal virtud los elementos del delito son presupuestos de la punibilidad.

B) En cambio los que hablan de presupuestos de la conducta o hecho señalan que son aquellos elementos jurídicos o materiales anteriores a la ejecución del hecho y están determinados individualmente en cada figura delictiva y en cada caso concreto.

PRESUPUESTOS DEL DELITO SEGUN LA CORRIENTE MODERNA :

Ya he señalado anteriormente que ésta Corriente Doctrinaria parte de la base de hacer una clara distinción entre el mundo fáctico y el mundo jurídico, a fin de no hacer una errónea mezcla de los conceptos de uno y otro Universos, pues mientras el tipo se encuentra ubicado dentro del mundo normativo, por esa razón es abstracto, general y permanente; en cambio el delito al pertenecer al mundo fáctico es particular concreto y temporal.

En éste orden de ideas, ninguno de los presupuestos del delito o de la conducta o hecho expuestos por la Teoría Tradicional, son tales, ya que al hablarnos de ellos los tradicionalistas hacen una especie de "ensalada jurídica" pues mezclan elementos de uno y otro universos.

En cambio la corriente que denomino "moderna", sostiene que tanto los presupuestos del delito como el delito mismo se hayan dentro del mundo fáctico y no dentro del mundo normativo.

Más aún ésta corriente sostiene que todos los delitos en particular tienen presupuestos y que en todos los casos concretos son los mismos y lo único que varía es el contenido semántico de cada uno de ellos.

Consecuentemente, ésta corriente define a los Presupuestos del delito como: "Aquellos antecedentes fácticos del delito, adecuados a un tipo y necesarios para la existencia del delito".

Dichos presupuestos del delito son:

a) El Deber Jurídico Penal.- El cual según la Corriente Moderna, debe ser entendido como: "La prohibición o el mandato categóricos contenidos en el particular tipo penal" y lo encontramos determinado en forma de prohibición o mandato, es decir en los delitos de acción el tipo prohíbe una acción y ordena una abstención; en cambio en los delitos de omisión el tipo prohíbe una abstención y ordena una actuación, es decir que en los delitos de acción el deber jurídico penal es prohibitivo; y en los delitos de omisión ese deber jurídico penal es un mandato.

Por otra parte en los delitos que prevén resultado material, el deber jurídico penal consiste en la prohibición de su causación (delitos de acción) o bien se ordena su evitación (delitos de omisión).

b) El Sujeto Activo.- Debe entenderse como tal: "Toda persona que concretiza el específico contenido semántico de cada uno de los elementos incluidos en el particular tipo legal"; de lo que se desprende que solamente puede ser sujeto activo del delito la persona física y nunca la persona moral, así como lo puede ser únicamente el autor material, ya sea individual o

múltiple.(con lo que se rompe con la clasificación tradicional de: Autor material, autor intelectual, autor mediato, instigador etc.) el que puede concretizar la conducta descrita en el tipo.

Semánticamente el sujeto activo debe reunir ciertas características que son:

Una capacidad psíquica de delito, manifestada por la presencia de sus dos aspectos que son:

1) La Voluntabilidad.- Que consiste en: "La capacidad en abstracto de conocer y querer un hecho" (capacidad de voluntad), se finca en la conciencia independientemente que esté o no perturbada (se relaciona con la conducta típica).

2) La imputabilidad.- Que consiste en: "La capacidad de comprender y querer la ilicitud del hecho concreto" (se relaciona con la culpabilidad).

Si en el caso concreto la conciencia del sujeto activo está anulada no hay voluntabilidad; y si la conciencia sólo está perturbada no hay imputabilidad pero si voluntabilidad.

Calidad de Garante o Posición de Garantía.- Consiste en: "La relación especial estrecha y directa en que se haya un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la

salvaguarda del bien".

La posición de garantía puede provenir por:

- 1) Una aceptación efectiva:
- 2) Normas jurídicas extrapenales (Derecho consuetudinario, resoluciones judiciales etc.) ;
- 3) Realización de una conducta peligrosa anterior; o
- 4) Especiales comunidades de vida o de peligro.

Cabe hacerse mención que no todos los sujetos activos tienen una calidad de garante, pero en los delitos de omisión éste elemento es necesario para determinar quien es el autor, así como el tiempo y lugar de la realización de la conducta típica en dichos delitos, pero es indispensable que el sujeto tenga esa calidad de garantía.

Calidad específica.- "La constituyen el conjunto de características que algunos tipos exigen para tomar como delictiva la conducta realizada y así determinar que persona es el autor del hecho".

Pluralidad específica.- Conciste en la cantidad de sujetos activos que el tipo exige para la realización de un hecho delictuoso.

c) El Sujeto Pasivo.- "Es el titular del bien Jurídico lesionado o puesto en peligro en el caso particular".

Este elemento es el que justifica la prohibición de la conducta típica lesiva o peligrosa para el bien Jurídico.

Su contenido semántico, se compone de:

Una Calidad Específica.- Que se determina por la naturaleza del bien tutelado y por tanto solamente es sujeto pasivo el que reúne las condiciones para ser titular del bien.

Y una Pluralidad Específica.- La que también se determina por la Naturaleza del bien y depende del número de sus titulares.

d) El Objeto Material.- "Es el ente corpóreo sobre el que recae la acción típica".

Sus características esenciales son que es un presupuesto de los delitos de acción ya que los delitos de omisión carecen de éste debido a que un no hacer no recae materialmente sobre ente corpóreo alguno, aún cuando no en todos los delitos de acción es necesaria su presencia.

CAPITULO TERCERO

LOS ELEMENTOS DEL DELITO:

- 1) Ideas Generales:
- 2) Elementos del delito según la Teoría Tradicional.
- 3) Elementos del delito según la Corriente Moderna.

IDEAS GENERALES:

Ya de je señalado con anterioridad que la Teoría Tradicional una vez determinado el concepto del delito, se plantea como segundo problema a resolver, el de saber ¿Cuál es el contenido del delito?

Entre los diversos tratadistas existe discrepancia respecto a la denominación de los componentes del delito, pues algunos sostienen que debe hablarse de elementos, otros que debe hablarse de notas esenciales, otros más que de caracteres, y en la actualidad se habla de aspectos del delito.

Ahora bien la mayoría de los autores se ha inclinado por la denominación de elementos del delito, pues además de que éste término es el más usual, lo consideran como el más apegado a su significado etimológico que es el de: "pertenecer o formar parte de algo" que en éste caso lo es el delito: aún cuando como ya se ha señalado en la actualidad a los elementos del delito se les denomina Aspectos del Delito, positivos o negativos.

La Teoría Tradicional define a los Elementos del Delito, como: "Aquellos componentes indispensables para la existencia del delito".

Y los clasifica de la siguiente manera:

a) Elementos esenciales, los cuales son considerados como necesarios e indispensables para la existencia del delito: y

b) Elementos inesenciales o accidentales, que son aquellos que solamente sirven para agravar o atenuar el delito.

De igual forma se ha clasificado a los "elementos esenciales" en:

Elementos esenciales generales, los cuales se encuentran en todos los delitos y son: a) La conducta (que siempre debe ser típica). b) La antijuridicidad; y c) La culpabilidad. y

Elementos esenciales especiales, que son aquellos elementos que unicamente aparecen en algunos delitos, dándole una significación especial a cada uno de los elementos generales esenciales y que varía según la figura delictiva de que se trate, dándole en especial significado al elemento de que se trate.

Ahora bien aún cuando la teoría tradicional sintetiza el concepto del delito al considerarlo como: "La conducta, típica, antijurídica y culpable", al entrar al estudio dogmático del delito, éste se lleva a cabo a partir del análisis de todos sus componentes que son: a) La conducta; b) La tipicidad; c) La antijuridicidad; d) La imputabilidad; e) La culpabilidad; f) Las condiciones objetivas de punibilidad; y g) La punibilidad.

ELEMENTOS DEL DELITO SEGUN LA TEORIA TRADICIONAL :

Ya he senalado que independientemente de la concepción que las dos grandes Corrientes doctrinarias tradicionales que hasta la fecha se han encargado del estudio del delito tengan de cada uno de los elementos del delito, ambas Corrientes doctrinarias, La Teoria de la Acción Causal, o la Teoria de la Acción Finalista, llevan a cabo el estudio del delito siguiendo como ya se ha dicho tambien una prelación lógica de los elementos que según ambas corrientes doctrinarias forman parte del delito, es decir que ambas corrientes inician su estudio del delito en el orden siguiente:

Primamente inician el estudio de la conducta, en seguida siguen con la tipicidad, despues con la antijuricidad, despues la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, y la punibilidad, así como tambien se ocupan de los aspectos negativos de cada uno de dichos elementos por lo que en páginas posteriores dicho estudio se expondrá de maner conjunta unicamente resaltando las diferencias que en cuanto a la concepcion de cada elemento tenga cada corriente de las ya señaladas.

En primer lugar la Corriente Causalista divide a los elementos del delito en:

a) Un elemento objetivo.- El cual según su

modo de ver, está constituido por La Conducta o Hecho, y el que puede manifestarse mediante una acción o mediante una omisión, así como un resultado material y un nexo causal entre la conducta desplegada y el resultado material, haciendo incapie en que esa conducta debe estar descrita en un tipo legal, es decir que esa Conducta debe ser Típica.

b) Un elemento valorativo, que es la Antijuridicidad, y que se presenta cuando existiendo una conducta típica, ésta no se encuentra protegida por una causa de justificación o de licitud.

c) Un elemento psíquico, en el que se habla de que el autor de la conducta típica y antijurídica actuó en forma dolosa o culposa, y dentro de éste capítulo hablan de dolo eventual y dolo directo: así como de culpa con o sin representación.

A) El elemento Objetivo del delito. La Conducta o Hecho:

La corriente Causalista inicia el estudio del delito partiendo del análisis de la conducta que como ya se ha manifestado, debe ser típica, pues el tipo es considerado por dicha corriente como presupuesto del delito y por tanto de la conducta, sosteniendo que su contenido es puramente objetivo, sin que por el momento interese el estudio de la voluntad del autor del hecho ya que a dicha voluntad la consideran como elemento

subjetivo del delito. el cual debe ser estudiado dentro de la culpabilidad, bajo los rubros de dolo o culpa, y a últimas fechas se habla de preterintencionalidad.

La corriente causalista sostiene que la conducta que le interesa al derecho Penal es aquella que produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior, es decir que produce un resultado material palpable por los sentidos la que puede ser realizada mediante una acción o mediante una omisión.

Respecto a la denominación de este elemento dicen que debe hablarse de conducta, encuadrando tanto a la acción, a la omisión y al resultado material.

Según la corriente Causalista, los elementos de la conducta son:

a) La conducta en sus dos manifestaciones, como acción y como omisión;

b) El Resultado Material; y

c) Un nexo causal entre la conducta y el resultado material.

a) La Conducta. este elemento es considerado como: "El hecho material, externo positivo o negativo, producido por el hombre y el cual produce un resultado que puede consistir en un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior". Dicho en otras palabras, la conducta es: "La manifestación de voluntad positiva (acción) o negativa, (omisión) dirigida hacia la consecución de un resultado externo".

Ya se ha dicho anteriormente que para esta corriente doctrinaria, no hace especial énfasis en cuanto a la manifestación de voluntad del autor del hecho, toda vez que no se toma en cuenta la finalidad que el sujeto persigue con su conducta, sino únicamente toma en cuenta el que se haya querido realizar esa conducta, y a tal situación la denominan Voluntariedad.

Aún cuando algunos tratadistas causalistas como Francisco Antolisei y Edmundo Mezger, definen a la conducta como: "Todo comportamiento humano dirigido hacia la consecución de un fin", persisten en la postura de dejar a la voluntad como objeto de estudio de la culpabilidad.

La Acción, es considerada como: "La conducta positiva expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario, con violación de una norma prohibitiva y la producción de un resultado típico o extratípico"; y se integra por la voluntad o el querer, la actividad y un deber jurídico de abstenerse.

La omisión, que es considerada como: "La conducta o inactividad voluntaria, con violación de una norma preceptiva (omisión simple), o de ésta y una norma prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión)", es decir que la omisión propia consiste simplemente en una inactividad, mientras que la llamada omisión impropia, consiste en omitir la realización de una conducta esperada, para la evitación de la producción del resultado.

Al respecto Mezger señala que al hablarse de los delitos llamados de comisión por omisión, no se señala que mediante una acción se realiza una omisión, sino que se realiza una acción en sentido amplio, pero que ésta implica un no hacer que es la omisión.

El Resultado Material, para definirlo existen dos concepciones que son:

Una llamada "Naturalística", para la que el Resultado "Es el efecto natural del comportamiento humano".

La otra llamada "Jurídica", para la cual el resultado es "Una mutación en el mundo jurídico o inmaterial, al lesionarse o poner en peligro un bien jurídicamente protegido".

Aunque también otros autores señalan que al resultado debe definirse como: "Todo efecto natural de la conducta, que es relevante para el derecho".

El Nexo Causal, que es entendido como: "La relación existente entre la conducta y el resultado mediante la cual se hace posible la atribución material de éste a aquella como su causa". Dicha relación es dinámica y productiva, puesto que la acción produce el resultado al obrar como causa.

Ya hemos señalado que respecto al tema de la conducta como elemento del delito existen discrepancias entre la Corriente Causalista y la Corriente Finalista, una vez expuesto el planteamiento que al respecto hace la corriente causalista, ahora señalaré el que formula la Teoría Finalista de la Acción y que lo hace de la siguiente manera:

Parte de la base de que toda acción humana es el ejercicio de una actividad finalista, por tanto la acción es un acontecer finalista y no solamente causal, siendo la finalidad un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo y la causalidad es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes.

La finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigiría según un plan hacia la obtención del objetivo, la voluntad consciente del objetivo que dirige el acontecimiento causal es la espina dorsal de la acción finalista, ella es en consecuencia el factor de dirección que sobre determina el acontecimiento causal exterior sin el cual éste destruido en su estructura material degeneraría en un proceso causal ciego. Por eso pertenece también a la acción la voluntad finalista como factor que conforma objetivamente el acontecimiento real.

La voluntad finalista de la acción es la voluntad de concreción que abarca todas las consecuencias respecto

de las cuales el autor conoce que están necesariamente vinculadas con el objetivo y los quiere realizar.

La voluntad finalista consiste en:

- 1) Determinar el objetivo que se propone alcanzar;
- 2) Elegir los medios necesarios para la consecución de ese fin;
- 3) Saber las consecuencias secundarias que están necesariamente vinculadas con los medios utilizados.

La acción es un poner en movimiento la causalidad, por lo que la causalidad es también un elemento de la acción, aunado al objetivo o finis.

La dirección finalista del acontecer causal es una prestación por la cual el hombre estructura consiente de su finalidad todas las actividades de su vida.

Esa dirección finalista puede ser empleada para la concreción de objetivos socialmente positivos o socialmente negativos.

El Derecho Penal prohíbe la concreción finalista de objetivos socialmente negativos, a los que tipifica como delitos dolosos.

Por lo tanto Dolo "El aquella voluntad

finalista de acción que está dirigida hacia la concreción de las características onjetivas de un tipo de injusto".

Pero al Derecho Penal, tambien le interesa que el hombre en sus acciones observe un mínimo de dirección finalista para evitar la lesión de bienes jurídicos.

Por tanto dentro de los ordenamientos jurídicos se eliminan tambien aquellas acciones que no siendo antijurídicas vistas desde el ángulo de sus consecuencias finalistas, observadas en sus consecuencias no finalistas puramente causales, no aporten el mínimo objetivamente necesario en la actividad finalista para evitar tales consecuencias.

Estas acciones se encuentran comprendidas por los tipos de los delitos culposos como lesiones imprudentes o negligentes de bienes jurídicos; su tipo de injusto conciste en determinadas lesiones causales de bienes jurídicos ocasionadas por aquellas acciones que no llevan consigo la cantidad de diligencia necesaria en el intercambio de dirección finalista, para evitar el resultado.

LA CAUSALIDAD EN EL DERECHO PENAL:

Según la Teoría finalista de la acción, toda acción es un poner en movimiento la causalidad, por eso la causalidad es un elemento de toda acción y no plantea problemas en la mayoría de los tipos penales.

El concepto causal no es un concepto Jurídico, pero tampoco una categoría meramente lógca sino una categoría del ser. Por eso el nexo causal no es una vinculación meramente lógca y menos aún una relación mental de varios acontecimientos; sino el nexo legal por cierto no preceptible pero susceptible de ser captado mentalmente a través de la sucesión del acontecer real y por tanto como tal tan real como el acontecer mismo.

Abas teorías para la explicación de la relación de causalidad entre la conducta y el resultado material, nos hablan de diversas teorías sobre la causalidad que son:

1) La Teoría de la Equivalencia de las condiciones, también conocida como de la *condictio sine qua non*, según la cual causa es toda condición que suprimida mentalmente tiene por efecto que el resultado se produzca, y es la totalidad de condiciones causales positivas o negativas que producen un fenómeno consecuentemente todos los antecedentes del fenómeno tienen el mismo valor, por lo que se dice que hay completa equivalencia entre causas, concausas, condiciones y ocasiones.

Se denomina también de la *condictio sine qua non*, porque la condición no puede ser suprimida sin que al mismo tiempo desaparezca el resultado, es decir no se puede suprimir un suceso determinado sin que al mismo tiempo desaparezca también el efecto del mismo en su forma concreta, o sea que el suceso es la condición *sine qua non* del resultado.

2) La Teoría de la Condición más eficaz, la que considera como la condición más eficaz a aquella condición que más ha contribuido en la producción del resultado, es decir aquella que aporta más energía para la producción del resultado.

3) Teoría de la Preponderancia, se basa en que el mundo se rige sobre un equilibrio de fuerzas, cuya mutación es originada por la prevalencia de aquellas que tienden a modificar dicho equilibrio, frente a aquellas que tienden a conservarlo.

4) Teoría de la Última condición o de la causa proxima, según la cual el conjunto de condiciones que concurren en la producción del resultado, sólo tiene el carácter de causa la última de ellas, es decir la más proxima al resultado.

5) Teoría de la adecuación o de la causación adecuada, sostiene que no cualquier condición es causa del resultado sino sólo aquella que cualitativamente es apropiada para producirlo, esto de acuerdo a su regularidad estadística.

6) Teoría de la causa exclusiva, para la que sólo los resultados verificados dentro de la esfera del actuar del hombre, el cual está en condiciones de poner en juego sus facultades de conocer y querer, pueden considerarse como eventos producidos por una causa humana por haberlos querido o bien porque no queriéndolos no los ha evitado cuando estaba en su mano impedirlos.

Según esta última teoría, para la existencia de la relación de causalidad, se requieren dos elementos

Uno positivo, consistente en la acción humana que da vida a una condición del resultado sin la cual éste no se habría verificado; y

Uno negativo, consistente en la exclusión de factores excepcionales en la producción del resultado.

De dichas teorías elaboradas para la explicación de la relación de causalidad en la acción con el resultado, la más aceptada hasta la fecha es la de la equivalencia de las condiciones o de la *Conditio sine qua non*, ya que las demás se refieren únicamente a la causalidad en sentido estricto.

Ahora bien por lo que hace a la relación de causalidad respecto al resultado en la omisión también se han elaborado diversas teorías como son:

a) La teoría del *alid actum*, la cual considera que la causa debe encontrarse en la acción que lleva a cabo el omitente una vez de realizada la acción esperada y exigida, es decir la causalidad del resultado consistirá precisamente en la acción positivas paralela a la omisión.

b) Teoría de la acción precedente, según la cual al realizar el sujeto una conducta (acción), se coloca en la obligación de realizar una acción esperada y exigida para evitar el resultado

c) Teoría de la interferencia, que sostiene que cuando el omitente ha dominado el impulso que le compelia a actuar se produce como contra corriente un fenómeno de la interferencia entre la fuerza que le impulsa a obrar y al despliegue de la misma y el nexa causal existe entre dos polos: por un lado la energía desplegada para dominar el impulso del sujeto y por el otro el resultado producido.

d) Teoría de la omisión misma, que establece que el sujeto al realizar una conducta (acción), está obligado a realizar una acción que además de esperada le es exigida, y si se lleva a cabo dicha acción, el resultado no se produce, por lo que existe un nexa causal entre la omisión y el resultado producido.

De las anteriores teorías referentes a la relación de causalidad en los delitos de omisión, la más aceptada a la fecha es la señalada en último término.

Ahora bien respecto de la conducta debe recalcar que como elemento del delito sólo se concibe a aquella conducta que se encuentra descrita en un tipo por lo que siempre debe hablarse de conducta típica.

EL ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDUCTA:

Tomando en consideración que para la mayoría de los autores la conducta o hecho como elemento del delito se encuentra compuesto por: La conducta (acción u omisión), el resultado material y el nexo causal existente entre la conducta y el resultado producido; en consecuencia se hablará de ausencia de la conducta o hecho y por tanto del delito, cuando: a) Hay ausencia de conducta; b) Hay inexistencia del resultado; o c) no hay relación de causalidad entre la conducta y el resultado material.

De las anteriores hipótesis la más relevante es la referente a la ausencia de conducta ya que si en el caso concreto no hay una conducta, no es posible averiguar si hubo resultado material, y menos aún si existió o no un nexo causal, por lo que los tratadistas coinciden en que el estudio del aspecto negativo de la conducta, debe versar esencialmente sobre los casos de la ausencia de conducta.

Ahora bien tomando en cuenta que en términos generales se ha considerado a la conducta como el comportamiento del hombre manifestado exteriormente como una actividad o inactividad voluntarias; consecuentemente habrá ausencia de conducta, cuando la conducta manifestada como una acción o una omisión se manifiesten de manera involuntaria, es decir cuando la actividad o inactividad no pueden ser atribuidas al sujeto que las realiza, ya que no las ha llevado a cabo de manera voluntaria.

Como verdaderos casos de ausencia de conducta, se señalan los siguientes:

a) La Vis Absoluta o Fuerza Irresistible, la cual se presenta cuando el sujeto activo realiza una conducta involuntariamente, impulsado por una fuerza física exterior, proveniente de otro sujeto cuya superioridad le impide resistirla.

Presupone la ausencia del coeficiente psíquico (voluntad), por lo que una actividad puramente física sin voluntad no puede ser relevante para el Derecho; toda vez que el que actúa o deja de actuar por causa de una fuerza irresistible, se convierte en instrumento de una voluntad ajena, puesta en movimiento a través de una fuerza física, a la cual no ha podido oponerse el sujeto.

b) Vis Maior o Fuerza Mayor, la cual es un fenómeno parecido al de la vis absoluta, y es entendida como la actividad o inactividad involuntarias, realizadas por la actuación sobre el cuerpo del sujeto de una fuerza exterior a él de carácter irresistible, originada por la naturaleza o por un ser irracional.

Algunos autores señalan también como casos de ausencia de conducta: El sueño, el sonambulismo, el hipnotismo, los actos reflejos, etc.

Dichos presupuestos en efecto también pueden

en todo caso ser considerados como casos de ausencia de conducta, pero sólo en algunos casos, ya que existe la posibilidad de que el sujeto que encuadra dentro de dichos supuestos lo ha hecho teniendo conocimiento de éstos supuestos así como de sus consecuencias, por lo que entonces el sujeto si ha actuado con voluntad, sino dolosa, si por lo menos culposa.

LA TIPICIDAD:

Siguiendo la prelación lógica de los elementos del delito a las que hace referencia la teoría tradicional, en seguida ésta se ocupa del siguiente elemento del delito, que para ellos es La tipicidad, pues se dice que no todas las conductas le interesan al Derecho Penal, sino solamente aquellas consideradas típicas.

Previo al estudio de la tipicidad, determinan el concepto y contenido del tipo, y dicen que en sentido amplio, el tipo es considerado como el delito mismo, es decir como la suma de todos los elementos constitutivos del delito, o bien como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; y en su sentido más restringido, el tipo ha sido considerado como el conjunto de todas las características de todo delito, distinguiéndose del tipo específico el cual se encuentra integrado por las notas esenciales de una concreta figura de delito.

Al tipo se le ha definido como: "La descripción que el legislador hace al crear las leyes, de aquellas conductas consideradas contrarias al derecho, para la protección que el estado debe prestar a la sociedad contra los actos perturbadores que impidan la convivencia de la misma; en otras palabras el tipo constituye el injusto recogido y plasmado por la Ley Penal."

Respecto a la explicación del origen del tipo

se han elaborado diversas "teorías", algunas de las cuales son las siguientes:

1) La teoría de la independencia, que se deriva de la obra de Belling, quien señala que el tipo cumple una función meramente descriptiva del contenido de la acción como elemento del delito, excluyendo las demás notas esenciales del delito y en consecuencia entiende al delito como una forma independiente y autónoma de toda idea de valor así como de los demás elementos esenciales o no del delito, agotando su misión en la mera descripción objetiva que realiza, lo cual no quiere decir que éste elemento pretenda desligarse de los demás elementos del delito, sino que más bien pretende destacar la función que desempeña, sin desecharse la íntima relación que guarda con los demás elementos del delito.

2) Teoría del tipo como indicio de antijuridicidad, es formulada por Max Ernesto Mayer, el cual considera que el tipo no tiene una función meramente descriptiva, sino que se asigna al tipo un valor indiciario de antijuridicidad de la conducta o hecho encuadrado en un tipo hasta en tanto no se pruebe lo contrario, es decir que para dicho autor la tipicidad debe separarse de la antijuridicidad ya que el legislador al crear un tipo, prevé la antijuridicidad de la conducta en él descrita, por lo que el tipo es un indicio de antijuridicidad.

3) Teoría de la identidad o del tipo como ratio escendi de la antijuridicidad, la que es formulada por

Edmundo Mezger, quien parte de la base de que la función del tipo dentro del Derecho Penal es conducirnos a la seguridad y certeza jurídicas respecto de los delitos pues ante el Derecho en general varias conductas pudieran considerarse antijurídicas, pero en el Derecho Penal sólo serán consideradas como delictivas aquellas conductas así descritas en un tipo.

Para éste autor, no todas las conductas antijurídicas son sancionadas por la Ley penal, sino solamente aquellas conductas que son típicamente antijurídicas, por lo que según el propio autor, al actuar típicamente, también se actúa antijurídicamente siempre y cuando no exista una causa de justificación que excluya al injusto, es decir el tipo penal es un fundamento real y de validez (ratio essendi), de la antijuridicidad a reserva siempre de que la acción esté justificada por una causa de exclusión de lo injusto.

4) La doctrina del delito tipo. También es formulada por Belling pero ahora en 1930, y sus puntos esenciales, son el que únicamente los tipos de conducta contenidos en la descripción del delito por la Ley caen en lo púnible, en consecuencia el tipo de delito encuentra su fundamento en la antijuridicidad y dirección específica de la culpabilidad, después de haber sido captadas éstas por el legislador y dentro de ésta figura se deben destacar las penas correspondientes a los tipos autónomos específicos así como a los llamados accesorios como los de tentativa, complicidad y participación.

Este autor sostiene que toda acción por antijurídica y culpable que sea si no se incluye en los tipos

establecidos en la Ley es una acción no punible es decir que el Derecho Penal está formado en tipos por lo que la tipicidad es una característica conceptual del delito, pero no es posible decir que el delito sea primero una acción conforme al tipo (adecuada al tipo o típica), después antijurídica y en seguida culpable, sino que más bien el delito es una acción típicamente antijurídica y por consiguiente culpable.

Por otra parte según el citado autor los llamados elementos normativos del tipo, sólo son referencias jurídicas de la conducta pero sin que ello importe pérdida de su carácter descriptivo y los llamados elementos subjetivos, los considera como frases de carácter interno que se dirigen a la descripción.

5) Teoría de la Antijuridicidad como ratio essendi del tipo, surge aproximadamente en 1942 y es sostenida por Blasó Fernández de Moreda quien señala que la antijuridicidad es la razón esencial y fundamento del tipo (ratio essendi), toda vez que si una conducta o hecho en un momento y lugar determinados se reputa como delictuosa en una norma jurídica vigente, es porque para el legislador creador del tipo, dicha conducta va en contra de las normas de cultura que al ser reconocidas por el estado alcanzan protección del derecho, acompañadas de la seguridad jurídica que representa la existencia de la sanción penal correlativa.

En otras palabras ésta teoría encuentra su fundamento en que el legislador teniendo a su alcance los medios

necesarios para conocer el desenvolvimiento de la sociedad, puede prever antes de elaborar los tipos penales, las conductas jurídicas de lo que se destaca que la antijuridicidad es la ratio escendi del tipo.

6) Doctrina del tipo como elemento de concreción y de conocimiento. esta es desarrollada por José Arturo Rodríguez Muñoz quien le da al tipo el caracter de elemento de concreción y de conocimiento de la antijuridicidad ya que para dicho autor la actuación concretizadora funciona cuando el tipo existente con anterioridad a la conducta que puede justificar la tipicidad precisa y delimita la antijuridicidad. es decir el conocimiento se dá con la coincidencia temporal de la manifestación de la antijuridicidad y el tipo.

7) La doctrina de la llamada fase destructiva. Dicha teoría es expuesta por Georg Dahm, quien entre otras cosas señala que dentro del derecho penal y más concretamente dentro del tipo debe darse cábida a la analogía, pues dentro del Derecho Penal, el único criterio de valor aceptado, debe ser el riesgo que la comunidad puede tener con la realización de un acto delictuoso; en consecuencia el papel del juez debe ser el de interpretar el sentir general de esa comunidad, convirtiéndose en legislador a la vez y colocando la balanza ante un problema concreto, por un lado a la colectividad ultrajada y por otro al individuo culpable, por lo que debe rechazarse a la tipicidad ya que con ella se limite la función del Estado, con lo que se impide el cumplimiento de sus funciones.

ELEMENTOS DEL TIPO:

Respecto a éste tema los autores señalan que toda vea que los tipos por lo general constituyen la descripción de una conducta o hecho, pero en algunas otras ocasiones el tipo requiere además de una conducta (acción u omisión) de la existencia de un resultado material; y en otras además la satisfacción de determinadas calidades o cualidades de los sujetos activo o pasivo, tambien en algunos tipos se hace referencia a los medios empleados, o bien a determinadas modalidades de la conducta, o a determinados estados de animo o tendencia del sujeto o al fin de la conducta etc.

Dichos requisitos, la teoría tradicional los señala como elementos del tipo y los clasifica en:

A) Elementos objetivos, que son aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y tienen la función de describir la conducta o hecho que pueden ser materia de imputación y responsabilidad y son:

a) La conducta, (acción u omisión) la cual por lo general constituye el núcleo del tipo y que generalmente se determina por la utilización de algún verbo, (privar de la vida, apropiarse, sustraer, etc).

b) El resultado material, el cual es requerido por algunos tipos para que la conducta sea considerada delictiva.

c) Referencias a los sujetos activo o pasivo, ya que si bien es cierto que por lo general cualquier persona puede ser sujeto activo o pasivo del delito, tambien lo es que en algunas

ocasiones dicho sujeto según el tipo debe reunir ciertas calidades o cualidades pues de lo contrario no se daría ese delito descrito en el tipo específico.

d) Referencias temporales y espaciales, pues algunos tipos requieren que el ilícito descrito se realice en determinado lugar o en tiempo determinado.

e) Otros tipos requieren de la utilización de determinados medios; y

f) Algunos más señalan que la conducta delictiva debe recaer sobre determinados objetos.

B) Elementos normativos. Son los presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho, dicha valoración puede ser netamente jurídica o bien de carácter cultural.

C) Elementos subjetivos, se está en presencia de dichos elementos cuando el legislador en el tipo hace referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido que el agente ha de imprimir a su conducta o a un específico modo de ser o de estar del coeficiente psicológico de dicha conducta, bien perfilado en sus caracteres hasta integrar un estado de conciencia para de ésta manera dejar constancia de la conducta que se tipifica es únicamente aquella que va precedida de esa específica finalidad o estado de ánimo del sujeto que la realiza.

LA TIPICIDAD:

Toda vez que el tipo es considerado como presupuesto general del delito por la teoría tradicional, y de que éste es concebido como la descripción que hace el legislador de un comportamiento humano, consecuentemente la tipicidad, es entendida como: "La adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa" de tal suerte que la tipicidad presupone el hecho tipificado más la adecuación típica o subsunción del hecho concreto al tipo legal, quedando claramente determinado que existe diferencia entre tipo y tipicidad, ya que el tipo es un antecedente necesario del delito, es decir su presupuesto general, y la tipicidad es un elemento del delito; pues por una parte el tipo al ser una creación legislativa constituye la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales, mientras que por otra parte la tipicidad, es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

En estas condiciones la ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, por lo tanto impide la integración del delito, más esa situación no implica ausencia del tipo.

Dicho en otras palabras, hay atipicidad cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo, por lo que atipicidad es ausencia de adecuación típica y ésta se da precisamente por la ausencia de alguno de los elementos del tipo, ya sea objetivo, normativo o subjetivo.

LA ANTIJURIDICIDAD:

Este es otro de los elementos del delito de los que se encarga de estudiar la teoría tradicional y lo realizan de la manera siguiente:

El punto de partida es el de determinar el concepto de antijuridicidad para lo cual para ellos resulta importante saber si existen diferencias entre los conceptos de: Antijurídico, injusto e ilícito toda vez que con demasiada frecuencia dichos conceptos son confundidos e incluso son utilizados de manera indistinta.

Al respecto se señala que lo ilícito se entiende como la antítesis entre el comportamiento jurídicamente obligatorio y el efectivamente seguido por una persona. En cambio la mayoría de los tratadistas causalistas coinciden en que los términos antijuridicidad e injusto si son sinónimos y ambos representan la conformidad de una situación de hecho con un estado querido por el Derecho, lo cual implica no sólo la lesión de un deber jurídico sino de un bien o interés protegido por el Derecho, es decir implica no sólo la violación de una obligación jurídica sino además de una norma jurídica.

Esta opinión ha recibido diversas críticas, entre ellas la de Hanz Welzel, quien sostiene que si existe gran diferencia entre los términos de antijuridicidad e injusto; pues según dicho autor, la antijuridicidad es una

característica de la acción, mientras que el injusto es la acción antijurídica en su totalidad, es decir que la antijuridicidad es la relación que expresa un desacuerdo entre la acción y el orden jurídico y el injusto representa el objeto junto con su predicado de valor, es decir la acción ya valorada y declarada antijurídica.

Otro de los problemas a que se enfrenta la teoría tradicional es el de determinar el papel que desempeña la antijuridicidad dentro de la teoría del delito, y al respecto han surgido opiniones que son las siguientes:

a) La que sostiene que la antijuridicidad es un carácter del delito. Los partidarios de esta opinión sostienen que la antijuridicidad no es un elemento del delito sino que ésta es un carácter del delito, ya que constituye la síntesis integral del fenómeno punible así como de cada uno de los elementos que lo componen de tal manera que la antijuridicidad, representa solamente un atributo, un predicado o un denominador común del delito y de sus componentes, pues con dicho calificativo puede hablarse por ejemplo de una voluntad antijurídica, un resultado antijurídico etc.

b) Algunos otros consideran que la antijuridicidad si es un elemento del delito, haciendo incapie en que en el término elemento, debe ser considerado como requisito, o como aquello que se requiere para componer el delito. En consecuencia la antijuridicidad es una nota que le da color a cada parte del delito por lo que puede ser considerada como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes

aptos para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ella establecidos. La antijuridicidad expresa una relación de contradicción entre la norma y el hecho; y el hecho jurídico en cambio es el objeto calificativo llamado antijuridicidad.

c) Existe otra opinión en el sentido de considerar a la antijuridicidad como aspecto del delito, toda vez que ella reviste y compenetra todo el delito pues en todo delito está presente en forma expres o tácita la antijuridicidad pues no puede ser concebido un delito sin antijuridicidad.

d) también hay la opinión en el sentido de que la antijuridicidad no solamente es un elemento integrante del delito sino que la misma constituye en sí el delito, es decir que para varios autores la antijuridicidad representa la naturaleza intrínseca del delito es decir su esencia.

En sí la mayoría de los autores coinciden en señalar que la antijuridicidad es un disvalor jurídico, es decir una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del derecho.

Partiendo de esa idea los tratadistas han pretendido hablar de la antijuridicidad dándole diversas características, ya que algunos hablan de que la antijuridicidad es solamente de carácter formal; otros dicen que es de carácter material; otros que es un elemento puramente objetivo; otros que es

un elemento de caracter subjetivo; otros señalan que si la antijuridicidad es general es decir aparece en todas la ramas del derecho y otros que no, que es una figura que solamente se da dentro del Derecho Penal.

Sin entrar al estudio de dichos criterios en particular, en terminos generales diremos que la antijuridicidad es considerada como la opocisión de una conducta humana (acción u omisión) a una determinada norma dictada por el estado, lo que implica lesionar o poner en peligro determinados bienes juridicos tutelados por dicha norma de conducta, y es de naturaleza objetiva ya que ésta existe simple y sencillamente cuando una conducta viola a determinada norma juridica, sin ser necesaria la presencia de un elemento subjetivo, pues constituye una valoración de la fase de la conducta o del hecho.

Tomando en consideración que dentro de la Teoría Tradicional, debido a los diversos criterios que los tratadistas formulan respecto de la antijuridicidad no existe un concepto uniforme de éste elemento del delito, consecuentemente el maestro Porte Petit, señala que en base al criterio de "excepcion regla", es dable señalar que una conducta o hecho son antijuridicos cuando no son licitos, es decir cuando no se está en presencia de alguna causa de justificación.

ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTIJURIDICIDAD:

Respecto a éste tema la gran mayoría de los

autores señala que habrá ausencia de antijuridicidad de una conducta, siempre que se esté en presencia de alguna causa que haga lícita esa conducta, es decir cuando haya una causa de justificación.

Las causas de justificación a que se refieren los tratadistas son:

a) La legítima defensa que es entendida como: "La repulsa inmediata necesaria y proporcionada de una agresión actual e injusta de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho".

Para que exista la legítima defensa es necesario según los tratadistas que se reúnan los siguientes requisitos:

1) La existencia de una agresión (la cual debe ser entendida como la conducta que lesiona o pone en peligro a bienes jurídicamente protegidos);

2) Dicha agresión debe ser actual es decir que suceda en el presente;

3) Debe ser violenta, es decir con notorio ímpetu lesivo;

4) Debe ser sin derecho, es decir antijurídica, lo que da legitimidad a la reacción defensiva;

5) Debe originar un peligro inminente de daño, es decir que debido a la agresión pueda suceder prontamente un daño;

6) debe recaer sobre la persona, honor o bienes

del defensor o de un tercero;

7) La defensa debe ser necesaria y proporcionada;

Obviamente no podra existir una legitima defensa si en el caso concreto no se reune alguno de dichos requisitos:

B) El estado de necesidad, constituye en esencia una contraposición de intereses entre distintos titulares y se define como: "La situación de peligro cierto y grave cuya superación para el amonazado, hace imprescindible el interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio".

El estado de necesidad para ser considerado como causa de justificación debe tambien reunir los siguientes requisitos:

1) La existencia de un peligro real grave e inminente;

2) Que ese peligro recaiga sobre bienes jurídicamente protegidos, ya sean propios o de tercera persona;

3) Que el peligro no haya sido provocado dolosamente;

4) Que se lesione otro bien protegido por el Derecho, pero cabe mencionarse que el bien que se sacrifique sea de menor valor para el Derecho;

5) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para superar el peligro.

C) El cumplimiento de un deber y el ejercicio

de un derecho:

Debe señalarse que por lo general las conductas o hechos tipificados en la Ley constituyen situaciones prohibidas toda vez que en las mismas existen normas prohibitivas es decir de no hacer, pero cuando dichas conductas o hechos se hacen al amparo de el cumplimiento de un deber o del ejercicio de un Derecho, éstas se vuelven lícitas.

Hay cumplimiento del deber, cuando un sujeto realiza una conducta aparentemente típica, pero la cual es autorizada, ordenada o permitida por la Ley en razón de su situación oficial o de servicio" y esos deberes pueden derivar de:

- 1) Una norma Jurídica;
- 2) O bien emanar de una orden de autoridad, la

Situación similar guarda lo referente al ejercicio de un derecho, el cual debe estar consignado en una ley o emanar de cualquier acto Jurídico con la fuerza de ley.

D) La obediencia Jerárquica. Esa el realizar una conducta considerada delictiva, pero obedeciendo la orden de un superior Jerárquico siempre y cuando el sujeto sea legitimamente subordinado y desconozca la ilicitud de la conducta que le fué ordenada y no tiene otra alternativa de actuación.

LA IMPUTABILIDAD.

Dentro de la teoría tradicional a la imputabilidad se le ha considerado como presupuesto de la culpabilidad, y se ha dicho que constituye el nexo psíquico que une el resultado con el autor quien para actuar debe gozar de la facultad de querer y conocer pues sólo conociendo y queriendo será susceptible de captar los elementos ético e intelectual del dolo.

Como la imputabilidad es la capacidad normal de entender y querer será imputable, como dice el Maestro Carrancá y Trujillo, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas abstracta e indeterminadamente por la Ley para desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idoneo jurídicamente para observar una conducta que responde a las exigencias en sociedad humana.

Para poder exigirle a un sujeto responsabilidad por sus propias conductas o hechos es necesario que éste se encuentre dotado de salud y desarrollo mental al tiempo de ejecución del hecho, dicho sujeto para poder ser considerado imputable, debe reunir los requisitos de mayoría de edad, tener capacidad psíquica normal y conciencia y libertad para decidir los propios actos consecuentemente cuando en el caso concreto no se reúna alguno de esos requisitos se estará hablando de inimputabilidad, como aspecto negativo de éste elemento del delito.

LA CULPABILIDAD:

Al llegar al estudio de la culpabilidad como elemento del delito, se dice que deberá hacerse un verdadero análisis individualizado de la conducta o hecho delictivo; es decir se procede a valorar y determinar si es reprochable o no la conducta o hecho perpetrado por el sujeto activo.

Consecuentemente en la declaración de culpabilidad hay un elemento valorativo puesto que la culpabilidad implica el análisis de la situación subjetiva ante el hecho que ha de ser enfrentado con la Ley penal.

Mezger define a la culpabilidad como el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho púnible que se ha cometido.

Weizel por su parte señala que culpabilidad es reprochabilidad, lo que se reprocha es que la voluntad de acción se dirija dolosamente a la concreción de un tipo sea que no aporte la medida mínima jurídicamente impuesta de dirección finalista en el producido no doloso resultado.

El presupuesto existencial es la autodeterminabilidad libre adecuada al sentido del autor su capacidad de culpa o imputación.

En la acción dolosa el conocimiento de la concreción del tipo es tanto un elemento para la reprochabilidad de

la decisión de acción, como una característica de la voluntad finalista de acción y por tanto ya decidido de antemano con la afirmación del dolo.

En la culpa consiente el autor prevé las consecuencias posibles de su hecho pero no hay voluntad de concreción.

El objeto es la voluntad antijurídica de acción ya sea dolosa o culposa.

El error de prohibición excluye la culpabilidad.

Para explicar la naturaleza de la culpabilidad se han elaborado diversas teorías, de las que destacan:

La Teoría Psicológica, que parte de la base de considerar a la culpabilidad tan sólo como nexo psíquico existente entre el sujeto activo y su conducta o resultado.

consecuentemente la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad ya supuesta su esencia se agota en el proceso intelectual volitivo que se desarrolla en el autor. El estudio de la culpabilidad supone el análisis del psiquismo del agente con el objeto de investigar en concreto cual ha sido su conducta con relación al resultado objetivamente delictuoso.

En conclusión y toda vez que el elemento

subjetivo del delito, según esta postura, recae dentro de la culpabilidad, consecuentemente ésta constituye la relación psíquica del sujeto activo con el resultado.

Teoría normativa de la culpabilidad, que sostiene que la culpabilidad no es tan sólo un nexo psicológico entre el sujeto y el resultado, sino que además constituye un juicio de reproche que se hace al sujeto por la realización de su conducta o hecho.

Es decir que aquí no sólo se considera a la culpabilidad como una liga psicológica que existe entre el autor y el hecho ni radica sólo en la psiquis del autor, pues la valoración en la culpabilidad, es un juicio de reproche de ese contenido psicológico que es el presupuesto de la misma valoración o el contenido del juicio de culpabilidad.

Una conducta podrá ser reprochada a su autor si las circunstancias internas y externas acompañantes de su acción delictiva, demuestran que a dicho autor le era exigible otro comportamiento psíquico distinto del observado, de ahí que según la teoría en mención lo que convierte a una conducta antijurídica en culpable, es la reprochabilidad.

FORMAS DE CULPABILIDAD:

Según la corriente causalista, son dos las formas exclusivas de la culpabilidad y son:

- a) Dolo, que existe en una conducta cuando su

autor encausa su voluntad hacia la ejecución de un hecho típico y antijurídico, y lo clasifican en:

Dolo directo, que es en el que la voluntad del agente se dirige directa y conscientemente al resultado delictuoso:

Dolo eventual, cuando el sujeto dirige su conducta a la consecución de un fin, pero conociendo la posibilidad de que se presente un resultado delictuoso, aún sin desearlo lo acepta en última instancia; y

Dolo de consecuencia necesaria, que es aquel que se presenta cuando queriendo un resultado se produce otro como consecuencia fatal.

b) La culpa, que existirá en aquellos casos en donde aún sin pretenderse el resultado típico y antijurídico éste se produce porque el sujeto activo actuó sin tomar las precauciones que el caso requería, es decir su conducta es imprudente o negligente, y esta a su vez se clasifica en:

Culpa con representación, también llamada con previsión o consciente que se origina cuando el agente previendo un resultado típico y antijurídico, actúa con la esperanza de que éste no llegará a producirse.

Culpa sin representación, también llamada sin previsión o inconsciente, que se origina cuando el agente no prevee el resultado que era previsible, cuando ese resultado no previsto se considera imprevisible, se está en presencia del caso fortuito, que es límite de la culpabilidad.

c) La preterintencionalidad, es un elemento de naturaleza mixta, ya que se encuentra compuesta de dolo y

culpa, y se presenta cuando el resultado va más allá de la intención del sujeto al realizar su conducta, pero que suma dos resultados uno querido y otro no querido previsto o no previsto.

Se puede originar de la suma del dolo directo con la culpa con representación; o bien de la suma del dolo directo con la culpa sin representación.

CAUSAS DE INCULPABILIDAD:

La culpabilidad al igual que los demás elementos del delito tiene sus causas de inculpabilidad como aspecto negativo y estas son:

a) El error, que surge cuando se desconoce en su totalidad la realidad o cuando se tiene un concepto equivocado de ella, y se clasifica en:

Error de hecho, que es el que hay total desconocimiento de los hechos; el que a su vez se subdivide en:

Esencial, que implica el desconocimiento de los hechos constitutivos del delito (error sobre la conducta), y éste a su vez puede ser:

Invencible, que es aquel que no puede ser superado por el sujeto debido a las circunstancias.

Y vencible que es el que puede ser superado por el sujeto.

El error de hecho también puede ser inescencial, que implica el desconocimiento de los hechos no necesarios para el delito, o sea con o sin esos hechos hay delito.

El error de hecho esencial e invencible, elimina al dolo o a la culpa, por lo tanto extingue a la culpabilidad.

El error de hecho esencial vencible, elimina al dolo pero no a la culpa.

El error de hecho esencial e invencible, puede consistir en un error total del tipo, cuando éste recaiga sobre un tipo formado por el elemento objetivo, ya que cuando recae sobre alguno de los elementos del tipo debe ser sobre un elemento esencial.

Este error también puede ser de licitud, es decir que el sujeto crea que actúa amparado en una excluyente o exculpante de responsabilidad.

Error de derecho, se presenta cuando el sujeto considera que su conducta o hecho no son violatorios de derecho, ya sea porque desconoce la existencia de la norma penal, o por conocimiento inexacto de la misma.

b) La no exigibilidad de otra conducta, que surge cuando debido a las circunstancias de la situación del sujeto, no se le puede exigir otra conducta distinta a la observada.

c) Otras formas de exclusión de la culpabilidad pueden ser el ejercicio de alguna de las excluyentes de responsabilidad, cuando los bienes sacrificados son de igual valor al salvado con dicho ejercicio.

LA CULPABILIDAD SEGUN LA TEORIA FINALISTA:

Esta corriente considera que La culpabilidad, es reprochabilidad, y lo que reprocha es la voluntad de acción que se dirija dolosamente a la concreción de un tipo, sea que no se aporte la medida mínima jurídicamente impuesta de dirección finalista en el producido no doloso resultado.

Según ésta corriente los elementos de la culpabilidad son:

La exigibilidad, de una determinada conducta, atendiendo a las cualidades o calidades específicas del sujeto, sean de carácter personal, o intelectual.

La imputabilidad es decir el conocimiento de la ilicitud de la conducta.

Como casos de inculpabilidad los finalistas mencionan el error como elemento que elimina al dolo y por tanto elimina a el conocimiento de la ilicitud, recae en la conducta.

Cuando ese error va sobre el conocimiento de la ilicitud elimina a la culpabilidad.

Hay error de tipo y error de prohibición.

Este puede ser vencible o invencible.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD:

Son elementos esenciales pero no constitutivos del delito, ya que si bien de su existencia no depende la existencia del delito, si en cambio constituyen antecedentes esenciales para la aplicación de las penas al caso concreto. las cuales se encuentran determinadas en cada tipo en el caso concreto.

El aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad, derivan de cuando éstas no se presentan en el caso concreto, las que traen como consecuencia no la inexistencia del delito, sino unicamente la imposibilidad de aplicar la pena que corresponda.

LA PUNIBILIDAD:

Al igual que las condiciones objetivas, existe discrepancia en cuanto a si la punibilidad es o no elemento del delito. un criterio general es en el sentido de que la punibilidad no es elemento del delito, sino que es una consecuencia del delito, y es el grado de penalidad que el legislador determina como aplicable por la comisión de un determinado delito.

El aspecto negativo, de la punibilidad, lo constituyen las excusas absolutorias ya que ante la presencia de éstas no puede aplicarse pena alguna en el caso concreto.

ELEMENTOS DEL DELITO SEGUN LA CORRIENTE MODERNA:

Ya se ha señalado anteriormente que el punto de partida de la Corriente Moderna, es el de hacer una clara separación entre el mundo normativo y el mundo fáctico, y en éste orden de ideas, señala que el delito al ser un hecho concreto, particular y temporal, el mismo se haya dentro del mundo del deber ser o sea del mundo fáctico.

Así las cosas, para el Derecho Penal, el delito es relevante, toda vez que dentro del tipo penal elaborado por el Legislador, se describe la existencia de ese hecho, es decir que para que se hable de la existencia del delito, primeramente debe haber un tipo que lo describa en la Ley como tal, pero además debe existir en la realidad un hecho, que además de ajustarse al tipo y existir una culpabilidad del sujeto que lo lleva a cabo.

Para entender lo antes manifestado ésta corriente nos dá una definición de lo que se debe entender por tipicidad y al respecto nos dicen que La Tipicidad es: "La correspondencia biunívoca entre un hecho de la vida real y un tipo legal", esa correspondencia biunívoca quiere decir que el contenido es correspondido uno a uno los elementos de cada conjunto.

Para el mejor entendimiento de lo antes manifestado, es preciso hacer mención a los elementos constitutivos del tipo penal que son:

EL DEBER JURIDICO PENAL, representado simbólicamente como: N

EL BIEN JURIDICO, representado simbólicamente como: B

EL SUJETO ACTIVO, representado simbólicamente como: A1 Voluntabilidad; A2 Imputabilidad; A3 Calidad de Garante; A4 Calidad Específica; y A5 Pluralidad Específica.

EL SUJETO PASIVO, representado simbólicamente como: P1 Calidad Específica y P2 Pluralidad Específica.

EL OBJETO MATERIAL, representado simbólicamente como: M

EL KERNEL O CONDUCTA TIPICA K, REPRESENTADO simbólicamente como: J1 Voluntad Dolosa; J2 Voluntad Culposa; I1 Actividad; I2 Inactividad; R Resultado Material; E Medios; G Referencias temporales; S Referencias Espaciales; F Referencias de Ocasión.

LA LESION O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURIDICO, representado simbólicamente como: W1 Lesión del Bien Jurídico; y W2 Puesta en Peligro del Bien Jurídico.

LA VIOLACION DEL DEBER JURIDICO PENAL, representada simbólicamente como: V

Por lo que representando simbólicamente al tipo lo podemos hacer de la siguiente manera:

T=([N B (A1•A2•A3•A4•A5)(P1•P2)M] [J1•J2](I1•I2)(R•E•G•S•F)][W1•W2
) V}]

Ahora bien para que un hecho se adecúe a la descripción que el legislador hace de un delito dentro del tipo penal,debo haber correspondencia entre cada uno de los elementos del delito.con cada uno de los elementos del tipo.a dicha relación de correspondencia se le denomina Tipicidad. la cual es entendida por ésta corriente moderna como ya se ha dicho anteriormente,como:"La correspondencia biuniboca entre un hecho de la vida real y un tipo legal".

Pero la tipicidad a que se refiere ésta corriente no es a la que se refiere la Teoría Tradicional. ya que ésta última entiende por Tipicidad,La adecuación de una conducta al tipo, sino que de acuerdo a la concepcion moderna,se señala que debe haber una tipicidad total entre los elementos del delito.con todos y cada uno de los elementos requeridos por el tipo para considerar a un hecho como delictivo,es decir la tipicidad debe darse en cada elemento.pues en el caso de que alguno o algunos de ellos no encuadren dentro de la descripción legal. se hablará de atipicidad.

Ahora bien el contenido del delito para su estudio ha de dividirse en dos partes que son:

- a) La primera de ellas que se encuentra antes de la realización de la conducta; y
- b) Otra que existe hasta que se realiza la conducta.

De igual forma a las conductas lesivas o violatorias son reprochables a su autor.

Aquella parte del delito que se encuentra antes de la realización de la conducta, es lo que constituye Los Presupuestos del Delito, que como ya se ha señalado son: "Los antecedentes fácticos, adecuados a un tipo y necesarios para la existencia del delito"; y son los siguientes:

El Deber Jurídico Penal: **N**

El Bien Jurídico: **E**

El Sujeto Activo: **A1, A2, A3, A4, A5.**

El Sujeto Pasivo: **P1 y P2**

El Objeto Material: **M**

Por lo que hace a la parte del delito cuya existencia se dá con posterioridad a la realización de la conducta, es lo que constituye propiamente lo que se llama Elementos del delito, y son:

El Kernel o Conducta Típica:

K((J1 + J2) (I1 + I2)] R(E + G + S + F))

La lesión o Puesta en Peligro del Bien Jurídico: **W1 W2**

La Violación del deber Jurídico penal: **V**

Así como la Reprochabilidad a el autor de la conducta que se hace mediante la culpabilidad: **C**

De aquí que dicha corriente defina al delito como: "La culpable violación del deber Jurídico Penal".

Representado simbólicamente como:

$$D = \{ [NB(A1 \cdot A2 \cdot A3 \cdot A4 \cdot A5)(P1 \cdot P2)M] [(J1 \cdot J2) \\ (I1 \cdot I2) (R \cdot E + G + S + F)] [(W1 \cdot W2)V] \}$$

Esto desde el punto de vista Teorico, ya que desde el punto de vista fáctico o de hecho, el delito se presenta simbólicamente como:

$$D = \{ K + W + V + C \}$$

Dado que ya se ha dicho que para que en el caso concreto se pueda hablar de que un hecho sea delictivo, debe haber tipicidad entre los elementos del hecho y los elementos del tipo concreto.

Así pues respecto del Deber Jurídico Penal, al que es concebido como: "La Prohibición o el mandato categóricos, contenidos en el tipo" Habrá tipicidad en relación a éste elemento cuando en el caso concreto el sujeto tiene a su cargo un deber, entonces habrá tipicidad en relación al deber jurídico, y en el caso contrario, es decir que cuando el sujeto no tenga a su cargo un deber jurídico, que por cierto son casos muy excepcionales, habrá atipicidad en relación al deber jurídico, es decir que en la mayoría de las veces habrá tipicidad en relación a éste elemento y sólo de manera excepcional se estará en presencia de la atipicidad por ausencia de éste elemento.

Por lo que hace al bien Jurídico, que de acuerdo a la corriente doctrinaria en estudio se define como: "El concreto interés social, individual o colectivo protegido en el

tipo" y habra tipicidad en cuanto a éste elemento, siempre y cuando el tipo describa la existencia de un bien juridico a proteger y en el caso concreto ese bien exista, y en consecuencia habra atipicidad por falta de bien juridico cuando no lo haya en el caso concreto y por tanto se estará en presencia de un delito imposible.

Respecto del Bien Juridico, se presenta el tema del consentimiento, que en algunos casos al manifestarse trae como consecuencia la extinción del bien juridico, aún cuando algunos autores digan que es causa de justificación y lo ubiquen dentro del tema de la antijuridicidad, otros además señalan que puede ser causa de atipicidad.

Al respecto se señala que el consentimiento no es causa de justificación de la antijuridicidad, ya que lo que se justifica es la lesión o puesta en peligro del bien; o sea que cuando hay consentimiento no se lesiona ni se pone en peligro; porque no hay bien, por tanto no hay conducta típica o no hay objeto material, o porque no se lesionó ni se pone en peligro.

El consentimiento también ya se ha dicho da origen al llamado delito imposible cuando extingue el bien.

Respecto del consentimiento del titular del bien existen dos tipos: a) El Real, que es cuando efectivamente se otorgó el consentimiento; y

b) El presunto, que no se otorga directamente pero existen actos que hacen presumir su existencia.

El Consentimiento Real, puede ser otorgado en forma expresa o tacita, se otorga de manera tacita, no haciendo nada, es decir mediante un hecho netamente psiquico, o mediante la manifestación real de su titular.

Ahora bien el consentimiento no puede afectar a todos los bienes juridicos, sino unicamente aquellos sobre los cuales su titular tiene una disponibilidad personalisima, pero no sobre aquellos cuyo titular lo es la colectividad, además de que el consentimiento como ya se dijo sólo puede ser otorgado por su titular o por su representante legitimo, y para que surta sus efectos es necesario que sea otorgado antes o simultaneamente con la realización de la conducta, pero además se requiere que el consentidor conozca el alcance del consentimiento y que no esté viciado, que la conducta del activo esté acorde con el consentimiento del titular del bien pero si existe otra conducta esta no será amparada por el consentimiento, por lo que siempre que se esté en presencia del consentimiento no habrá lesión o puesta en peligro del bien juridico, dando lugar al delito imposible.

Respecto del Sujeto Activo que es definido como: "Toda persona que concretiza el específico contenido sumático de cada uno de los elementos incluidos en el particular tipo legal", y dado que el mismo cuenta con diversos elementos, se dice que habrá tipicidad cuando en el caso concreto aparezca que el sujeto tiene voluntabilidad, imputabilidad, capacidad psiquica de delito, calidad de garante, capacidad y pluralidad específica.

Habrá Capacidad Psiquica de delito, cuando el sujeto tenga la capacidad de conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal (voluntabilidad); Y además tenga la capacidad de conocer y comprender la ilicitud de los hechos que va a realizar, es decir la específica violación del Deber Juridico Penal (imputabilidad).

Si en el caso concreto se reunen ambos elementos habrá tipicidad del sujeto activo en relación a la capacidad psiquica de delito.

En caso de que no haya voluntabilidad o imputabilidad habrá atipicidad por falta de sujeto activo, la ausencia de esos requisitos puede ser producida por : Trastorno mental, sordomud z, o algunos grados de oligofrenia (poca inteligencia).

Consecuentemente hay atipicidad en relación a la capacidad psiquica de delito cuando hay falta de desarrollo mental (minoría de edad u oligofrenia), o falta de salud mental (Trastorno mental transitorio o permanente), o sordomud z.

Los menores de edad por disposición expresa del legislador son excluidos como sujetos activos de delito.

El trastorno mental transitorio, "Es una perturbación de la conciencia que padece en sujeto durante el tiempo que lleva a cabo la actividad o inactividad típicas".

El transtorno mental permanente, es una perturbación o anulación de la consciencia que perdura más allá del tiempo en que se realiza la actividad o inactividad típica.

Cuando la consciencia se anula no hay voluntabilidad ni imputabilidad, cuando sólo hay perturbación si hay voluntabilidad pero no imputabilidad.

La sordomudez, cuando es de nacimiento y hay inhabilitación, se carece de capacidad psíquica de delito; y cuando es sobrevinida a temprana edad y se está inhabilitado, tampoco habrá capacidad psíquica de delito.

La Oligofrenia o sea la falta de desarrollo mental, sólo en algunos casos puede ser causa de atipicidad, ya que ésta se divide en: Liminal, leve, moderada, grave y profunda, siendo éstas dos últimas en las que no hay capacidad psíquica de delito.

En la mayoría de los tipos legales, se habla implícitamente de la capacidad psíquica de delito, por tanto habrá atipicidad por falta de capacidad psíquica cuando en el caso concreto haya incapacidad psíquica de delito por alguna de las causas antes señaladas, y por tanto habrá atipicidad por falta de sujeto activo y por tanto no habrá delito.

Respecto de la Calidad de Garante o posición de garantía, que es la relación especial estrecha y directa en que se haya un sujeto y un bien singularmente determinados creada para

salvaguarda del bien", si en el caso concreto el tipo la exige y en la realidad el sujeto la tiene habra tipicidad, pero si no sucede asi habra atipicidad por falta de sujeto activo.

La Calidad Especifica, que consiste en las especiales calidades requeridas en algunos tipos legales, si el tipo en el caso concreto la requiere y está se dá en la realidad, habra tipicidad, pero si no se reune, habra atipicidad por falta de sujeto activo.

Respecto de La Pluralidad especifica, tambien si en el caso concreto el tipo legal la requiere y ésta se da en la realidad, habra tipicidad, pero si falta, habra atipicidad por ausencia de sujeto activo.

Ahora bien por lo que hace al Sujeto Pasivo, que es "El titular del bien juridico lesionado o puesto en peligro en el caso particular", cuando en el caso concreto el tipo exija que el pasivo tenga alguna calidad en especial, y en la realidad se presente esa calidad en el pasivo, habra tipicidad, pero en el caso contrario se hablará de atipicidad por falta de sujeto pasivo.

Lo mismo ocurre con la pluralidad especifica del pasivo, ya que cuando en el caso concreto el tipo la requiera y ésta se de en la realidad, habra tipicidad, pero en el caso de que no se satisfaga, habra atipicidad por falta de sujeto pasivo.

Ahora bien por lo que hace al Objeto Material, que es " El ente corporeo sobre el que recae la acción típica". si en el caso concreto el tipo exige un determinado objeto material, y éste existe en la realidad, habrá tipicidad, pero en el caso de que el tipo lo exija y no se satisfaga, habrá atipicidad por falta de objeto material.

Respecto al Kernel o Conducta típica, que es "El subconjunto de elementos típicos necesarios para producir la lesión del bien jurídico", debido a la complejidad de sus elementos es necesario analizarlos de manera detallada de la siguiente manera:

La conducta (acción u omisión) "Es el proceder finalístico, descrito en el tipo, y puede ser una acción, que se traduce en un hacer algo con voluntad, y esa voluntad puede ser dolosa, que consiste en conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal; o bien puede hablarse de una voluntad culposa, cuando habiéndose propuesto el sujeto un fin atípico, no provee el cuidado posible y adecuado para no producir la lesión típica previsible y previsiblemente la haya o no previsto; ahora que en la actualidad se habla de una tercera forma de voluntad denominada proterintención, que consiste en que el sujeto queriendo causar un daño menor produce culposamente uno mayor.

También puede ser que en el caso concreto el tipo se refiera a una inactividad u omisión, que constituye el finalístico dejar de hacer algo descrito en el tipo legal, también puede ser dolosa o culposa.

Con relación al Resultado Material, que es el típico efecto natural de la acción, es un elemento que solamente se da en los delitos de acción más no en los de omisión, ya que en los delitos de omisión no hay resultado material.

Consecuentemente al hablarse de resultado material en la acción, deberá hacerse referencia al nexo causal, entendiéndose como tal al proceso naturalístico relacionante de todos los efectos consecutivos a la acción el último de los cuales es el resultado material.

Por otra parte el tipo también puede requerir el empleo de ciertos medios para la realización del ilícito, entendiéndose como medios "Al instrumento o la actividad distinta de la conducta, empleados para realizar la conducta o producir el resultado".

Referencias Temporales. Son condiciones de tiempo o lapso dentro del cual ha de realizarse la conducta o producir el resultado.

Referencias espaciales. Son condiciones de lugar en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.

Referencias de Ocasión. Son situaciones especiales generadoras del riesgo para el bien jurídico, que el sujeto activo aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado.

Cuando en el caso concreto, el Tipo requiera de la existencia de todos y cada uno de los elementos de la conducta, o de determinados elementos, y estos aparezcan en la realidad, se estará en presencia de la tipicidad en relación a la conducta; Pero para el caso de que por lo menos uno sólo de los elementos de la conducta no se dé en la realidad, entonces habrá atipicidad de la conducta derivada de la ausencia del elemento de que se trate.

Dentro del tema de la Conducta como elemento del delito, uno de los problemas centrales es el referente a la Voluntad Dolosa, pues ya se ha dicho que si en el caso concreto el tipo requiere de la presencia de una voluntad dolosa, entonces se debiera en el caso concreto dar esa voluntad dolosa, para poder así hablar de que existe tipicidad, pero también existen supuesto de ausencia de dolo los que pueden ser:

- a) Por Falta de conocimiento;
- b) Por falta de querer; o
- c) Por falta de ambos elementos del dolo.

La falta de conocimiento puede derivarse de el error.

Dentro de la Corriente Moderna, el error lo encontramos de la siguiente manera:

Hay un error que afecta a la tipicidad el que puede ser vencible o invencible y que por tanto pueden ser causas de atipicidad.

Consecuentemente el error es considerado como aspecto negativo del dolo y por tanto aspecto negativo de la conducta.

El error puede ser considerado como el desconocimiento que se tiene de los presupuestos y elementos del delito que se adecuan a la parte objetiva del particular tipo legal.

El error puede afectar al dolo, a la tipicidad y a la culpabilidad.

Los efectos del error varían según sea:

Invencible, que es en el que el sujeto cae a pesar de ser cuidadoso en no caer en ese error, es decir que no puede superar aún cayendo en él; éste elimina al dolo y a la culpa y da origen al "caso fortuito";

Es vencible, cuando el sujeto no evita caer en el error, o por no ser cuidadoso cayó en él; elimina al dolo pero no a la culpa.

Existen también los llamados casos límite de error, que son:

La aberratio ictus, que aparece cuando el sujeto dirige su actividad hacia un objeto determinado, pero por desviación de ésta cae en un objeto distinto; en este caso podrá hablarse de una tentativa de un delito doloso y un delito culposo consumado, se llama aberratio y no error, porque ocurre fuera de la

mente del sujeto, como evento exterior, y no dentro de ella.

El error in objecto, opera cuando el sujeto dirige su actividad hacia un objeto determinado y ésta recae sobre dicho objeto, pero sólo que previamente hubo confusión de objetos, aún cuando encuadre dentro del mismo tipo legal la conducta realizada, trayendo como consecuencia un delito doloso consumado, es decir éste tipo de error no elimina al dolo.

Ahora bien ya señalamos anteriormente que también existen causas que eliminan al querer en el dolo y son:

La Vis Maior, o Fuerza Mayor, y La Vis Absoluta, ambas consisten en una fuerza física externa que recae sobre el sujeto activo (sobre su cuerpo), y no sobre su inteligencia, son de naturaleza irresistible y trae como consecuencia la realización de una conducta típica: Cuando esa fuerza externa irresistible proviene de un ser humano, se está en presencia de la Vis Absoluta, pero cuando proviene de una cosa, un animal, o un objeto inanimado se denomina Vis Maior o Fuerza Mayor.

Los movimientos reflejos, que son los movimientos involuntarios de un órgano motor que se produce como respuesta inmediata y directa a un estímulo en un órgano sensorial receptor" se produce sin voluntad del sujeto, por lo que elimina al querer, aún cuando exista el conocimiento de los hechos, por lo que elimina la voluntad dolosa, pero por lo que hace a la culpa, ésta sí existirá cuando el sujeto pudiéndolos evitar no lo hace.

Cosecuenteemente cuando en el caso concreto el sujeto conoce y quiere la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal, habrá tipicidad en relación al dolo.

Cuando el sujeto no conoce o no quiere, habrá atipicidad por falta de conducta típica dolosa.

Cuando en el caso concreto el sujeto no siendo cuidadoso, siendo previsible y provisible la conducta típica, cae en un tipo legal, habrá tipicidad en relación a la culpa.

Habiendo atipicidad en relación a la culpa, cuando previó y provocó el debido cuidado pero cayó en el tipo.

Ahora bien cuando una actividad se amolda a algún tipo legal, se hablará de tipicidad en cuanto a la actividad.

Y habrá atipicidad cuando esa actividad no se amolda a la conducta descrita por el tipo.

Respecto a la inactividad cuando ésta se amolda a la conducta descrita en el tipo, y atipicidad cuando esa inactividad no se amolda al tipo concreto.

En relación al Resultado Material, habrá tipicidad cuando en el caso concretose manifiesta tal y como el tipo lo requiere; si no ocurre así habrá atipicidad por ausencia de este elemento.

Ahora bien respecto a los medios empleados para la realización de la conducta, si en el caso concreto se amoldan al tipo legal específico, habrá tipicidad; de lo contrario habrá atipicidad.

Si en el caso concreto hay referencias temporales o referencias espaciales y el tipo las requiere y se dan en la realidad, habrá tipicidad, de lo contrario habrá atipicidad por falta de esos elementos.

Por lo que hace a la Lesión del bien Jurídico, habrá tipicidad cuando el delito es consumado; si el bien no es lesionado habrá atipicidad, ya que no hay consumación del delito.

En cuanto a la puesta en peligro del bien cuando ésta se realiza en la realidad, habrá tipicidad, y se hablará de tentativa, si no la hay habrá atipicidad y si no hay ni lesión ni puesta en peligro del bien se hablará de un delito imposible y por tanto de atipicidad por falta de Lesión o Puesta en Peligro del Bien Jurídico.

Dicha atipicidad puede provenir por la presencia del consentimiento en los términos ya antes apuntados.

En cuanto a la violación del deber Jurídico Penal, hay atipicidad cuando el sujeto al lesionar o poner en peligro el bien con su acción u omisión va a salvar un bien de igual o mayor valor que el bien que va a sacrificar sin haber otra

alternativa de actuación, es decir opera una causa de justificación que pueden ser: La Legítima defensa, El Estado de Necesidad, el cumplimiento de un deber, la obediencia jerárquica, el ejercicio de un Derecho el temor fundado, o el exceso de la Legítima defensa.

Opera alguna causa de justificación cuando en un tipo se encuentra descrita una conducta prohibida y a la vez hay una permitida y una ordenada.

Hay causas de justificación que producen atipicidad por ausencia de violación del Deber Jurídico que se dividen en: El Ejercicio de un derecho dentro de las que se encuentran: La Legítima defensa, el estado de necesidad, el temor fundado, la actuación del agresor frente a un exceso de legítima defensa, y el ejercicio de derechos no especificados; o en el cumplimiento de un deber, que son la obediencia jerárquica y cumplimientos de deberes no indicados en forma específica.

Legítima defensa es la conducta típica racionalmente necesaria para repeler una agresión actual, violenta y sin Derecho que pone en peligro bienes propios y de tercero.

Se dice que deberán existir dos tipos de requisitos para que exista la Legítima defensa, unos que son de naturaleza positiva, que se requieren para que opere la legítima defensa y otros de naturaleza negativa, los cuales no deben existir en la legítima defensa.

Desde el punto de vista conceptual, en la legítima defensa, aparecen tres sujetos:

a) El agresor, que es el autor de la agresión y pasivo a la vez de la conducta típica desplegada por el defensor;

b) El agredido, que es el pasivo de la agresión; y

c) El defensor, que es el autor de la conducta típica, ejecutada en defensa del agredido y es el autor de la repelición.

Aún cuando en la realidad pueden ser tres o dos los sujetos que intervienen.

Pero si hay dos conductas que son:

La agresión, que es el ataque doloso a un ser humano o a un bien jurídicamente protegido.

La repelición, que es la conducta típica ejecutada en defensa del agredido.

Consecuentemente la agresión es un presupuesto de la legítima defensa; mientras que la repelición es un elemento de la legítima defensa.

Ahora bien la agresión como fundamento fáctico debe ser:

Actual, es decir que al momento de realizar la repelición debe existir la agresión:

Violenta que el agresor actúe con violencia;

Sin Derecho. Es decir que el agresor no esté facultado por una norma jurídica; porque no existe la norma que faculta al agresor; y porque la conducta del agresor es ilícita.

No provocada por el agredido, es decir que cuando el agredido provoca la agresión esta es causa inmediata y suficiente para la agresión; consecuentemente la provocación es la conducta del agredido encaminada a producir la agresión.

Los bienes protegidos por la Legítima defensa, son defendibles cuando son de mayor o igual valor al que es sacrificado al ejecutarse la conducta típica por el defensor.

La repelición como elemento de la legítima defensa, tiene dos momentos uno interno que es el ánimo de defensa, y otro externo que es la conducta típica defensiva, la que debe ser racional, es decir debe haber una proporcionalidad en cuanto a los bienes que entran en juego.

Pero cuando la actividad típica fue irracional, derivada del error en la utilización de los medios defensivos, si el error es vencible, hay culpabilidad atenuada; si es invencible hay inculpabilidad.

En consecuencia no hay racionalidad cuando el daño que iba a causar el agresor era notoriamente de poca importancia comparado con el que se causo con la defensa, es decir si el daño que iba a ser causado por el agresor es de fácil reparación, no hay legítima defensa, pero si no es fácilmente reparable, si habrá legítima defensa.

En nuestro Código Penal existen presunciones de legitima defensa en los siguientes supuestos:

Se habla de rechazar un escalamiento o fractura de escaleras, bardas, departamentos etc.

O bien sorprender a alguien en una habitación de noche, y en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

En éstos casos la determinación del valor del bien o los bienes en conflicto, no es necesaria desde el punto de vista Penal, pues se presume la racionalidad de la repelición y la necesidad de la defensa, ya que hay presunción de la legitima defensa; Desde el Punto de vista Procesal Penal, se presume la licitud de la conducta que repele la agresión.

Junto a la legitima defensa, se puede presentar el exceso en la legitima defensa, que se deriva de el uso irracional de los medios empleados; o porque el dano que iba a ocasionar el agresor es facilmente reparable por medios legales.

Pero el agresor, puede actuar defendiendose, sólo cuando por el uso irracional de los medios, haya exceso de legitima defensa, por parte del agredido o el que repele la agresión.

La actuación del agresor frente al exceso en la legitima defonasa; es la repulsa de la conducta del sujeto que

al defenderse hace uso irracional de los medios empleados en la repelición.

El Estado de Necesidad, es la necesidad de salvar su propia persona o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave o inminente siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No se considerará que obra en estado de necesidad aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro.

No se habla de agresión, existe un sólo sujeto y una sola conducta, surge una situación de peligro y entran en conflicto dos bienes jurídicos, de los que sólo uno se salvará pereciendo el otro, aún cuando existe la posibilidad de que ambos bienes perezcan, pero no que ambos se salven.

El estado de necesidad también consta de dos supuestos:

- a) El surgimiento de una situación de peligro;
- b) Se realiza una conducta para cancelar ese peligro.

Ya se ha dicho que ese peligro debe ser real grave e inminente, y debe provenir de la naturaleza o de una conducta humana anterior dolosa pero no dirigida a la causación del peligro.

Consecuentemente en el estado de necesidad, la conducta de salvación afecta a personas inocentes y terceros no involucrados.

Ese peligro debe ser real y no imaginario, y que tenga una positiva y verdadera existencia.

El peligro grave será la probabilidad real y elevada de que el bien jurídico sea lesionado.

El estado de necesidad sera causa de Justificación cuando el bien salvado sea de mayor valor que el sacrificado; y causa de inculpabilidad cuando el bien salvado es de igual valor al sacrificado.

El elemento interno de la conducta salvadora, es un dolo matizado por el animo de salvación.

El cumplimiento de un deber, se da cuando se concretiza un tipo mediante una conducta y al mismo tiempo cumple un deber, entendiendose por deber: la prohibición o el mandato contenido en una norma jurídica.

Ese deber puede estar contenido en normas penales, por la calidad de ciudadanos, o por algun cargo especial.

El ejercicio de un Derecho, implica que se tiene un Derecho que debe estar establecido en una Ley y que se encuentre en la Constitución, las Leyes Ordinarias del Poder Legislativo, los tratados internacionales, los reglamentos, las resoluciones de los tribunales, o las circulares, siempre y cuando en ellas se contenga un Derecho.

Para que la conducta amparada en el ejercicio de un Derecho sea lícita, ésta debe cumplir con los requisitos que la norma invocada establezca, pero además esa conducta debe encaminarse a la salvaguarda de un bien jurídico de mayor o igual valor al sacrificado y que no exista otra alternativa de actuación.

El ejercicio de derechos no denominados en forma específica, es la realización de una conducta facultada por una norma jurídica, encaminada a salvar bienes propios o de tercero.

La obediencia jerárquica, que es la conducta típica ejecutada en cumplimiento de una orden de un superior legalmente facultado para dictarla, y que el inferior tiene el deber jurídico de ejecutarla en forma incondicionada.

En toda conducta ejecutada en obediencia jerárquica, se va a lesionar un bien y se va a salvar otro de igual o mayor valor y en éste caso habrá causa de justificación; pero cuando el bien sacrificado sea de mayor valor podrá ser causa de inculpabilidad; sino se va a salvar ningún bien habrá delito, pero para que opere, el inferior no debe tener otra alternativa de actuación.

Cuando en el caso concreto haya violación al deber jurídico penal previsto en el tipo legal, habrá tipicidad, pero cuando no haya tal violación o se esté en presencia de alguna causa de justificación, habrá atipicidad por falta de violación al deber jurídico penal.

La Culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta violatoria del deber jurídico penal, realizada en ejercicio de la libertad psicológica independientemente de que ese ejercicio esté atenuado o no por factores que lo reduzcan.

Es un elemento del delito importante para la aplicación de una determinada pena.

El punto de partida de la corriente moderna es el de la libertad, ya que en el derecho las normas se cumplen o no por la libertad.

Debe hablarse de una libertad desde el punto de vista psicológico, la cual si no existiera no tendrían ningún valor las normas jurídicas, siendo en consecuencia la culpabilidad el lugar de esa libertad.

Desde éste punto de vista la libertad psicológica viene a ser un conjunto de opiniones que tiene el sujeto para realizar una conducta o no, las cuales son variables entre los sujetos, y respecto del mismo sujeto en función de la situación en que se halle.

En el Derecho Penal esas alternativas son de diversa índole.

La base de la culpabilidad es el ejercicio de la libertad psicológica; ese ejercicio está conectado íntimamente

con las circunstancias de la realización de la conducta típica, que pueden ser: biológicas, psíquicas, sociales o ambientales ya que tienen gran influencia en el aspecto de ampliar, reducir, o eliminar el campo de posibilidades de actuación: cuando las reduce o aniquila, se les llama Reductores del ejercicio de la libertad psicológica y son:

a) La no exigibilidad del deber jurídico penal;

b) El error (que afecta a la culpabilidad).

Cuando el sujeto actúa libre de reductoras o éstos son insignificantes, se dice que éste actuó con ejercicio de su libertad psicológica y por tanto hay culpabilidad, cuando esos reductores no son muy graves.

Cuando esos reductores son demasiado graves hay culpabilidad atenuada, pero cuando son tales que no haya otra alternativa de actuación hay inculpabilidad.

En los casos de reductores que se refieren a la no exigibilidad del deber jurídico Penal, anulan siempre la reprochabilidad y por tanto a la culpabilidad.

En los casos que se refieren a un error, si es invencible, elimina a la reprochabilidad, si es vencible eliminan a la reprochabilidad pero existe culpabilidad atenuada.

Ese error debe recaer sobre la concreción de

los elementos objetivos del tipo penal, es decir recae sobre el deber jurídico penal, sobre la violación del deber jurídico penal y además sobre la exigibilidad del deber jurídico penal.

La no exigibilidad surge cuando un sujeto va a salvar un bien de mayor o igual valor y no existe otra alternativa de actuación.

Las causas de justificación operan como exculpantes cuando el bien que se va a salvar es de menor valor pero no hay otra alternativa de actuación.

Hay error sobre el deber jurídico penal cuando el sujeto tiene a su cargo el deber éste no lo sabe.

Hay error sobre la violación del deber jurídico penal, cuando el sujeto tiene a su cargo el deber jurídico penal éste lo sabe, lo viola pero desconoce esa violación, es decir cree que hay justificantes y por tanto hay licitud, ese error sobre las causas de justificación da origen a:

- a) Legítima defensa putativa;
- b) Estado de necesidad putativo;
- c) Temor fundado putativo;
- d) Actuación por error del agresor frente a un inexistente exceso de legítima defensa;
- e) Ejercicio de derechos no denominados en forma específica putativo;
- f) Obediencia jerárquica putativa;

g) Cumplimiento de deberes jurídicos no denominados en forma específica putativo.

Cuando en esos casos el error es invencible, no hay culpabilidad porque falta el ejercicio de la libertad psicológica.

Cuando el error es vencible, hay culpabilidad atenuada, por lo tanto debe haber una sanción también atenuada.

En relación al error de la no exigibilidad es necesario que el sujeto tenga a su cargo el deber, que lo sepa, que lo esté violando, que sepa que lo está violando, que al sujeto le sea exigible el cumplimiento del deber y que éste sepa que le es exigible.

Otros casos de no exigibilidad son:

El temor fundado, la vis compulsiva o amenaza, el miedo grave, el encubrimiento de personas ligadas por amor, respeto, gratitud, estrecha amistad etc.

CAPITULO CUARTO

CONCEPCION TEORICA DEL CUERPO DEL DELITO:

A) Según la Teoría Tradicional:

B) Según la Teoría Moderna.

EL CONCEPTO DEL CUERPO DEL DELITO SEGUN LA TEORIA TRADICIONAL:

Desde el punto de vista teorico, EL CUERPO DEL DELITO es un tema que ha sido incluido como objeto de estudio del Derecho Procesal Penal, pero tomando en consideración los conceptos que respecto de dicha figura Juridica se han elaborado, varios de los cuales son los siguientes:

Según Bartolini Ferro, el Cuerpo del delito es la materialidad del delito que consta de dos elementos uno el hecho considerado en sí mismo, y la culpabilidad del agente.

Manzini por su parte señala que El cuerpo del delito son todas las materiales sobre las cuales o mediante las cuales fué cometido el delito como toda otra cosa que fué efecto inmediato del delito mismo, o que de otro modo tenga directa referencia con su ejecución.

Frac Marino por su parte señala que el Cuerpo del delito se refiere a los medios materiales inmediatos y a los efectos inmediatos de la consumación del delito, en cuanto son permanentes ya de un modo accidental, ya por razones inherentes a la esencia del hecho del delito y de todo lo que ya como causa, ya como efecto, no tiene ese lazo inmediato con la consumación del delito será si se percibe directamente una prueba material perpetrada.

Ortalán por su parte define al cuerpo del delito como el conjunto de elementos físicos de los elementos materiales ya sean principales, ya accesorios de que se compone el delito.

Garraud, por su parte señala que el cuerpo del delito está constituido por todos sus elementos materiales.

Bentham, sostiene que el cuerpo del delito es el estado de la cosa que ha sido objeto del delito lo cual no comprende las cosas propiamente dichas sino además a las personas en su estado físico como es el caso de las marcas producidas por enfermedad o violencia externa.

Chiossone, a su vez señala que el cuerpo del delito no es otra cosa que el hecho mismo o sea el tipo, trasgresión, como por ejemplo en el homicidio el cuerpo del delito es la persona muerta por la acción u omisión voluntaria del sujeto activo.

También en la actualidad el concepto del cuerpo del delito se identifica con el de la Tipicidad y se dice que El cuerpo del delito está dado por la adecuación del acto a un tipo penal.

EL CUERPO DEL DELITO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO:

Dentro del sistema Penal Mexicano, el concepto del CUERPO DEL DELITO, ha cobrado gran importancia, a grado tal de que ha sido elevado al rango de Garantía Constitucional, toda vez que del contenido de los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que para la iniciación del Procedimiento Penal en contra de cualquier persona que se haya dentro del territorio Nacional, es menester que previamente haya sido estructurado debidamente el Cuerpo del Delito cuya comisión se le atribuya.

Este tema ha sido abordado en efecto por la mayoría de nuestros tratadistas, más no con la importancia debida ya que aún cuando la generalidad de los autores está conciente de que el Cuerpo del Delito es un requisito sino qua non para la iniciación del procedimiento Penal, y de que dicha importancia es enarbolada por todos los estudiosos del derecho, al referirse a éste lo hacen con la convicción de que sólo resaltandolo como requisito primordial ya cumplen con su estudio, aún cuando de hecho no se haga mención a que es o que debe entenderse por cuerpo del delito, pues si bien es cierto que varios de ellos lo definen como "El conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la Ley penal", aún cuando incisto no se haga un análisis que sirva de punto de partida para la aplicación de dicho concepto a la realidad jurídica.

De las obras consultadas por el suscrito al elaborar el presente trabajo de Tesis profesional, he encontrado que quienes han tratado de profundizar en el estudio del Cuerpo del Delito son Mariano Jiménez Huerta y Manuel Rivera Silva.

Mariano Jiménez Huerta, sostiene que el concepto de cuerpo del delito o *corpus delicti* es medular en el sistema Penal Mexicano, que sobre él descansan el enjuiciamiento punitivo y sus criterios científicos rectoros, no queriéndose decir con ello que dicho concepto es en esencia un tema del Derecho Procesal Mexicano, sino también un tema importante dentro del derecho Penal.

Al ser considerado como un concepto medular dentro del sistema Penal Mexicano, tiene gran relevancia dentro del estudio dogmático del delito, en forma concreta con el tema referente a la Tipicidad.

Según el citado autor son tres las acepciones que se le han dado al cuerpo del delito y que son:

a) Como la acción punible abstractamente descrita en cada infracción:

2) Como el efecto material que los delitos dejan de manera permanente después de su perpetración; y

3) Como cualquier huella o vestigio de naturaleza real que se conserva como reliquia de la acción material perpetrada.

A su modo de ver dentro de la Legislación

Mexicana, existen bases dogmáticas para considerar que El Cuerpo del Delito, debe ser considerado como: "El conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva, que describe el Código Punitivo o una Ley especial".

Y que por otra parte las restantes acepciones que se han mencionado sobre el cuerpo del delito, encuadran dentro de las reglas de comprobación del cuerpo del delito contenidas en los Códigos Adjetivos Penales de Nuestro País, lo que hace que exista perfecta diferencia entre el concepto sustancial y abstracto del Cuerpo del delito, de los medios establecidos por la Ley para su comprobación.

Consecuentemente según el autor en cita, dentro del Ordenamiento Mexicano, la expresión "Cuerpo del delito", es utilizada y considerada como el hecho objetivo tanto permanente como transitorio en cada delito, es decir que la acción punible abstracta y objetivamente descrita con unidad de sentido en cada infracción lo evidencian los artículos 19 Constitucional, 161 fr. I del Código Federal de Procedimientos Penales y 297 fr. V del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (sic), en los que claramente existe diferencia entre el concepto fundamental de Cuerpo del delito y los datos procesales que deben considerarse para su comprobación.

Dicho autor nos dice también que ya que es posible la reconstrucción del cuerpo del delito, que constituye la base del sistema penal Mexicano, el estudioso que trate de actualizar el sistema y construir sobre el mismo la Teoría del delito, hallará en el Cuerpo del delito base firme para

orientar, asentar, fincar o erigir el tipo penal.

Ahora bien dicho autor considera que el cuerpo del delito no solamente debe referirse a los elementos estrictamente materiales del delito, sino tambien a aquellos elementos subjetivos situados en el animo de la gente, a los que denomina elementos corporales oriundos de una proyección subjetiva, esto es aquella especial intención o finalidad de la que depende la configuración del cuerpo del delito.

Otro de los autores que tambien abunda en el estudio del cuerpo del delito es Manuel Rivera Silva, quien señala que El Cuerpo del delito, está dado por la adecuación de un acto al tipo penal, es decir es el preciso y adecuado ensamblamiento de un acto a una figura de delito en un tiempo y espacio determinado.

Para realizar el estudio del cuerpo del delito, Rivera Silva, hace la distinción entre delito real y delito legal.

Señalando que delito real es el delito estimado en su conjunto, con sus elementos y consecuencias totales tanto jurídicos como extrajurídicos y del cual forma parte el cuerpo el delito que es una porción del delito real que encuadra en el delito legal.

Entendiendose como delito legal a la descripción que de cada delito hace la Ley en la que figuran diversos elementos ya sea definitorios del proceder o de caracter moral o valorativos.

Cabe señalarse que según el citado autor, el delito real presenta un contenido positivo el que consta de dos partes:

- a) Una que encuadra perfectamente dentro del delito legal; y
- b) Otra que queda fuera de esa descripción.

Por otra parte las definiciones de los delitos en particular, las crea el legislador fijandose en los actos que atentan la convivencia social y su esencia crea los tipos delictivos.

Los delitos Legales no se refieren a algún delito real en particular sino a todos aquellos actos que puedan encuadrar dentro del modelo tipificado en la Ley.

Consecuentemente el Cuerpo del delito se integra con la parte que empotra con precisión en la definición legal de un delito y dentro de sus límites fijados.

En efecto como puede apreciarse la teoría tradicional incluido el pensamiento de la gran mayoría de Nuestros tratadistas, el concepto del cuerpo del delito se fundamenta en la idea tradicional de la tipicidad a la que ya he hecho referencia al abordar el tema de los elementos del delito señalados por la Teoría tradicional y que es el de considerar a la tipicidad como una adecuación de la conducta o hecho a la descripción que ha hecho el legislador dentro de los tipos en particular.

Ahora bien en la actualidad, la doctrina Mexicana, se inclina por señalar que el Cuerpo del delito está constituido por todos los elementos del tipo de que se trate en el caso concreto, tomando en cuenta si esos elementos son objetivos, subjetivos o normativos (según la clasificación tradicional de los elementos del tipo) según sea el caso concreto.

EL CUERPO DEL DELITO SEGUN LA CORRIENTE MODERNA :

Partiendo de la base de que como ya lo manifesté al inicio de la concepción del delito por la corriente que el suscrito denomina Moderna, y de que de acuerdo a lo ahí expuesto, el estudio del delito no lo lleva a cabo con la invención de conceptos sino mediante la ordenación y ubicación adecuada de los conceptos utilizados por la Teoría tradicional.

Siguiendo ese lineamiento y tomando en consideración que es del consenso general de los tratadistas tradicionales, equiparar el concepto del cuerpo del delito al concepto de la tipicidad, es plenamente válido que se siga esa pauta, ya que aún cuando a la fecha dicha corriente moderna (por lo menos que yo lo sepa), no ha realizado un concepto del cuerpo del delito, pero tomando en consideración que si ha realizado el análisis de la figura de la Tipicidad, a la que define como "La correspondencia biunívoca entre un hecho de la vida real y un tipo legal", esa correspondencia biunívoca quiere decir que el contenido es correspondido uno a uno los elementos de cada conjunto en el presente caso es correspondencia debe ser entre los elementos del tipo en particular y los elementos del delito en concreto.

Así las cosas y tomando en cuenta que el tipo penal se encuentra integrado por los siguientes elementos:

- a) El deber Jurídico Penal;
- b) El Bien Jurídico;

c) El Sujeto Activo, con sus características de: voluntabilidad, imputabilidad, calidad de garante, calidad específica y pluralidad específica.

d) El Sujeto Pasivo, con sus características de calidad y pluralidad específica.

e) El Objeto Material.

f) El Kernel o Conducta Típica con sus elementos: voluntad dolosa, o voluntad culposa, actividad o inactividad, resultado material, medios, referencias temporales referencias espaciales, referencias de ocasión.

g) La Lesión o Puesta en Peligro del Bien Jurídico.

h) La Violación del Deber Jurídico Penal.

Por otra parte el delito se encuentra integrado:

Por una porción de sus elementos que se encuentra invariablemente antes de la realización de la conducta, que son sus presupuestos y que para ésta corriente son:

- 1) El Deber Jurídico Penal;
- 2) El Bien Jurídico;
- 3) El Sujeto Activo;
- 4) El Sujeto Pasivo; y
- 5) El Objeto Material.

Otra parte integrante del delito es aquella que surge con posterioridad a la realización de la conducta, son los llamados propiamente elementos del delito que son los siguientes:

- A) El Kernel o Conducta Típica.
- B) La Lesión (delito consumado) o Puesta en Peligro del Bien Jurídico (delito en grado de tentativa).
- C) La Violación del Deber Jurídico Penal.
- D) La Culpabilidad.

Ahora bien ya se ha dicho que ésta corriente sostiene que para que exista tipicidad entre el tipo y el hecho concreto para ser considerado como delito, debe existir esa relación de correspondencia biunívoca entre el hecho de la vida real y el tipo legal, es decir que a diferencia de la teoría Tradicional que señala como tipicidad únicamente la adecuación de la conducta al tipo, ésta corriente sostiene que la tipicidad debe ser total, entre los elementos del delito con todos y cada uno de los elementos requeridos por el tipo para considerar a un hecho como delictivo, consecuentemente la tipicidad necesariamente debe darse en relación a cada elemento, pues en el caso de que alguno o algunos de ellos no encuadre dentro de la descripción legal, se hablará de Atipicidad por falta de ese o esos elementos.

Para mayor entendimiento de lo aquí manifestado y en obvio de repeticiones me remito a lo ya manifestado al respecto en el capítulo de los elementos del delito sostenido por ésta corriente y que deje señalado en páginas anteriores.

Consecuentemente desde el Punto de vista Teórico y a la Luz de esta corriente, podemos considerar al cuerpo del delito como: "La correspondencia biunívoca que debe existir entre un hecho de la vida real en concreto y un tipo legal en concreto".

CAPITULO QUINTO

CONCEPCION PRACTICA DEL CUERPO DEL DELITO

- A) Según el Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal.
- B) Según El Código Federal de Procedimientos Penales.
- C) Interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

EL CUERPO DEL DELITO SEGUN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
PARA EL DISTRITO FEDERAL:

En nuestra legislación tambien existe gran interés por la figura jurídica de el Cuerpo del delito. pues ya desde el artículo 104 del Código de Procedimientos Penales de 1894, se señalaba que para la comprobación del cuerpo del delito, era necesario que se comprobaran todos los elementos que lo constituyeran según el caso concreto de que se tratara según el Código penal, teniendo siempre en cuenta lo establecido por el artículo 9° de éste último ordenamiento en el que se encontraba la presunción del dolo, por lo que dentro del concepto del cuerpo del delito se encontraba incluido el de culpabilidad.

Por otra parte en el artículo 263 del Código de Procedimientos Penales de 1929, se exigió que para la comprobación del cuerpo del delito se debía comprobar la existencia de todos sus elementos excepto la culpabilidad.

Ahora bien según el Código de Justicia Militar en su artículo 454 señala que "El cuerpo del delito está constituido por los elementos materiales objetivos, externos, físicos del hecho criminoso con tal abstracción de los elementos morales internos o subjetivos".

Actualmente el Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal, no nos dá una definición de lo que es el Cuerpo del delito, unicamente señala las reglas que

que deberá seguir el Juez para tener por comprobado el Cuerpo del Delito, aún cuando en el artículo 122 señala "El cuerpo de los delitos que no tengan señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción".

Ahora bien en seguida se señalan los diversos preceptos creados por el legislador como reglas de comprobación del cuerpo del delito y son:

Art. 97. Si para la comprobación del delito, de sus elementos o de sus circunstancias, tuviere importancia el reconocimiento de un lugar cualquiera, se hará constar en el acta la descripción del mismo, sin omitir ningún detalle que pueda tener valor.

Art. 101. Cuando para mayor claridad y comprobación de los hechos, fuere conveniente levantar el plano del lugar del delito y tomar fotografías, tanto de ese lugar como de las personas que hubieren sido víctimas del delito, se practicarán estas operaciones y se hará la copia o diseño de los efectos o instrumentos del mismo aprovechando para ello todos los recursos que ofrezcan las artes. El plano, retrato, copia o diseño se unirán al acta.

Art. 102. Cuando no queden huellas o vestigios del delito, se hará constar, oyendo juicio de peritos, a serca de si la desaparición de las pruebas materiales, ocurrió natural, causal o intencionalmente, las causas de la misma y los medios que para la desaparición se suponga fueron empleados; y se procederá a recoger y consignar en el acta las pruebas de cualquiera otra naturaleza que se puedan adquirir acorca de la perpetración del delito.

Art. 103. Cuando el delito fuere de los que no dejan huellas de su perpetración se procurará hacer constar, por declaraciones de testigos, y por los demás medios de comprobación, la ejecución la ejecución del delito y sus circunstancias, así como la preexistencia de la cosa, cuando el delito hubiese tenido como objeto la sustracción de la misma.

Art. 115. En todos los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará por alguno de los medios siguientes:

I.- Por la comprobación de los elementos materiales del delito;

II.- Por la confesión del indiciado, aún cuando se ignore quien es el dueño de la cosa objeto del delito;

III.- Por la prueba de que el acusado ha tenido en su poder alguna cosa que por sus circunstancias personales, no hubiera podido adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia;

IV.- Por la prueba de preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa materia del delito.

V.- Por la prueba de que la persona ofendida se hallaba en situación de poseer la cosa materia del delito, que disfrutaba de buena opinión, y que hizo alguna gestión judicial o extrajudicial para recobrar la cosa robada.

Estas pruebas serán preferidas en el orden numérico en que están colocadas, aceptándose las posteriores, a falta de las anteriores.

Art. 116. El cuerpo del delito de fraude, abuso de confianza, y peculado, se comprobará por cualquiera de los medios expresados en las fracciones I y II del artículo anterior, observándose lo que dispone el inciso final.

Art. 117. Se dará por comprobado el cuerpo del delito de robo cuando sin previo contrato con una empresa de

energía eléctrica, de gas o de cualquier fluido, se encuentre conectada una instalación particular a las tuberías o líneas de la empresa respectiva o cualquiera tubería o línea particular conectada a las tuberías o líneas de dicha empresa.

Art. 118. En los casos de incendio, la policía judicial dispondrá que los peritos determinen en cuanto fuere posible; el modo, lugar y tiempo en que se efectuó, la calidad de la materia que lo produjo, las circunstancias por las cuales puede conocerse que haya sido intencional, y la posibilidad que haya habido de un peligro mayor o menor, para la vida de las personas, o para la propiedad, así como los perjuicios y daños causados.

Art. 119. Si el delito fuere de falsedad o falsificación de documentos, se hará una minuciosa descripción del documento argüido de falso y se depositará en lugar seguro, haciendo que firmen en él si fuere posible las personas que depongan respecto de su falsedad; en caso contrario, se harán constar los motivos. Al proceso se agregará una copia certificada del documento argüido de falso y otra fotográfica del mismo, cuando sea posible. La comprobación del cuerpo del delito en los casos de falsedad, se hará como lo dispone el artículo 122.

Art. 121. En todos aquellos delitos en que se requieran conocimientos especiales para su comprobación, se utilizarán asociadas a las pruebas de inspección judicial y de peritos, sin perjuicio de las demás.

Art. 122. El cuerpo de los delitos que no tengan señalada prueba especial se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.

Art. 123. En el caso de lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad provenientes de delito, se tendrá por comprobado el cuerpo de éste con la inspección y descripción, hecha por las personas a que se refiere el artículo 94 de las manifestaciones exteriores que presente la víctima y con el dictámen médico en que se expresarán los síntomas que tenga, si existen esas lesiones y si han sido producidas por causa externa, en caso de no existir manifestaciones exteriores bastará con el dictámen médico.

Art. 105. Cuando se trate de homicidio, además de la descripción que hará el que practique las diligencias, la harán también los peritos que practiquen la autopsia del cadáver, expresando con minuciosidad el estado que guarday las causas que originaron la muerte, sólo podrá dejarse de hacer la autopsia cuando el juez lo acuerde previo dictámen de los peritos médicos.

Art. 124. Para la comprobación del cuerpo del delito el juez gozará de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes según su criterio, aunque no sean los que define y detalla la Ley siempre que esos medios no estén reprobados por ésta.

En efecto de las disposiciones legales anteriormente transcritas, se aprecia que en efecto existen algunas reglas que se dice son para la comprobación del cuerpo del delito.

Pero en lo personal considero que dichas disposiciones legales no se refieren a la comprobación del cuerpo del delito, toda vez de que de la lectura y análisis de las mismas se desprende claramente que solo sirven para acreditar alguno de los elementos del delito como son el objeto material, el bien

Juridico, los medios empleados, etc.

Por lo que dichas disposiciones son meramente casuísticas y ejemplificativas, mas no de carácter general y con validéz para todos los supuestos de delitos, y aún cuando el artículo 122 del ordenamiento legal citado, pretende aparecer como una disposición de carácter general para determinar el alcance del concepto del cuerpo del delito y establecer una regla general de comprobación del mismo, dicha disposición tampoco cumple con dicho compromiso, toda vez que unicamente se refiere a los elementos materiales del delito, pero sin precisar esos elementos.

Esa irregularidad, constituye un error sumamente grave, toda vez que en la practica cuando a los juzgadores se les presenta un caso concreto para su decisión, y aún cuando el Representante social no haya cumplido su obligación constitucional de acreditar el cuerpo del delito, mediante la comprobación de todos y cada uno de los elementos del delito en el caso concreto, su consignación la basan en esa "regla general", contenida en el citado precepto legal, pero debido a su ambigüedad no precisan los elementos materiales del delito en cada caso concreto.

Como consecuencia de ello en la mayoría de las veces el juzgador está imposibilitado para determinar si en el caso concreto quedó o no acreditado el cuerpo del delito, pero "lavandose las manos" en sus resoluciones sobre todo las de Término constitucional, señalan que el cuerpo de tal o cual delito

quedó acreditado en base a la "regla general" establecida por el artículo 122 del Ordenamiento legal citado,dejando muchas veces en estado de indefensión al presunto responsable o dando margen a que de acuerdo a esas deficiencias se logre la libertad de algún sujeto plenamente responsable,situación que considero debería ser reconsiderada por el legislador a fin de no desvirtuar el espíritu del Derecho de regular las relaciones de convivencia dentro de la comunidad.

Por otra parte, considero que el señalamiento que se hace en el artículo 124 del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal, carece de una verdadera fundamentación, por lo siguiente:

De acuerdo a lo establecido por el artículo 21 de la Constitución Federal,es una función exclusiva del Ministerio Público la de investigar y perseguir los delitos,por consiguiente a quien corresponde acreditar la existencia del cuerpo de tal o cual delito y más aún la existencia del delito mismo es a dicho Representante Social, y en cambio es al Juzgador al que le corresponde decidir si en el caso concreto quedó acreditado o no ese cuerpo del delito, más no como lo establece equivocadamente el precepto citado, de darle la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estime conducentes según su criterio para comprobar el cuerpo del delito, ya que como lo señalo dicha función es función y obligación exclusiva del Representante social,no siendo dable ni legal ni constitucionalmente el que el Juzgador actue con esa dualidad de Juez y parte,por lo que

considero que dicha disposición legal debería suprimirse del Código de Procedimientos Penales. por ser además de inútil, contraria a las normas constitucionales y por tanto su permanencia es violatoria de Garantías.

EL CUERPO DEL DELITO EN EL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS

PENALES:

A diferencia del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el Código Federal de procedimientos Penales trata de ser más explícito respecto al concepto del Cuerpo del Delito, así como de sus reglas de comprobación los cuales se encuentran contenidos en los artículos:

Art. 168. El funcionario de la Policía Judicial y el Tribunal en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe El Cuerpo del Delito como base del procedimiento Penal.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos materiales que constituyan el hecho delictuoso, según lo determine la Ley Penal salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

Art. 169. Cuando se trate de lesiones externas se tendrá por comprobado el cuerpo del delito con la inspección de éstas hecha por el funcionario que hubiere practicado las diligencias de policía judicial o por el tribunal que conozca del caso, y con la descripción que de ellas hagan los peritos médicos.

Art. 170. En el caso de lesiones internas, envenenamiento u otra enfermedad proveniente de delito, se tendrá por comprobado el cuerpo del delito con la inspección de éstas hecha por el funcionario o tribunal a quienes se refiere el artículo anterior, de las manifestaciones exteriores que presentare la víctima y con el dictamen pericial en que se expresarán los síntomas que presente, si existen esas lesiones y si han sido producidas por una causa externa. En caso de no existir

manifestaciones exteriores, bastará con el dictámen pericial.

Art. 171. Si se tratara de homicidio, el cuerpo del delito se tendrá por comprobado con la inspección y descripción del cadáver hecha en los términos de los dos artículos anteriores y con el dictámen de los peritos médicos, quienes practicarán la autopsia y expresarán con minuciosidad el estado que guarde el cadáver y las causas que originaron la muerte. Si hubiere sido sepultado se procederá a exumarlo.

Solamente podrá dejarse de practicar la autopsia cuando tanto el tribunal como los peritos estimen que no es necesaria.

Art. 172. Cuando el cadáver no se encuentre o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos en vista de los datos que obren en el expediente, declaren que la muerte fué resultado de las lesiones inferidas.

Art. 173. En los casos de aborto o infanticidio, el cuerpo del delito se tendrá por comprobado en los mismos términos que el de homicidio; pero en el primero además reconocerán los peritos a la madre, describirán las lesiones que presente y dictaminarán sobre la causa del aborto. En uno y otro caso expresarán la edad de la víctima, si nació viable, y todo aquello que sirva para fijar la naturaleza del delito.

Art. 174. En los casos de robo, el cuerpo del delito podrá comprobarse por alguno de los medios siguientes, siempre que no haya sido posible hacerlo en los términos del artículo 168:

I.- Cuando el inculpado confiese el robo que se le imputa, aún cuando se ignore quien sea el dueño de la cosa objeto del delito. y

II.- Cuando haya prueba de que el inculpado ha tenido en su poder alguna cosa que por sus circunstancias personales no sea verosímil que la haya podido adquirir legítimamente, si no justifica la procedencia de aquella y si hay además quien le impute el robo.

Art. 175. Siempre que no fuere posible comprobar el cuerpo del delito de robo en la forma que determina el artículo anterior, se procurará desde luego investigar:

I.- Si el inculpado ha podido adquirir legitimamente la cosa robada;

II.- La preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa robada; y

III.- Si la persona ofendida, se hallaba en situación de poseer la cosa materia del delito y si es digna de fe y crédito.

Si de la comprobación de todas esas circunstancias así como de los antecedentes morales, sociales y pecuniarios tanto de la víctima como del inculpado, resultan indicios suficientes a juicio del tribunal para tener por comprobada la existencia del robo, éste será bastante para considerar comprobado el cuerpo del delito.

Art. 176. Se dará por comprobado el cuerpo del delito a que se refiere la fracción II del artículo 368 del Código Penal, cuando sin previo contrato con una empresa de energía eléctrica, de gas o de cualquier otro fluido, se encuentre conectada una instalación particular a las tuberías o líneas de la empresa respectiva o a cualquier tubería o líneas particulares conectada a las tuberías o líneas de dicha empresa.

Art. 177. El cuerpo de los delitos de peculado, abuso de confianza, y fraude, si no hubiese sido posible comprobarlo en los términos del artículo 168, podrá tenerse por comprobado en la forma que establece la fracción I del artículo 174; pero para el de el peculado es necesario además que se demuestre por cualquier otro medio de prueba, el hecho de que el inculpado estuviere encargado de un servicio público.

Art. 178. En el caso de posesión de droga, substancia, semilla o planta enervante, siempre que no haya sido posible comprobar el cuerpo del delito en los términos del artículo 168, se tendrá por comprobado con la simple demostración

del hecho material de que el inculpado las tenga o haya tenido en su poder, sin llenar los requisitos que señalan las leyes y demás disposiciones sanitarias, ya sea guardadas en cualquier lugar o trayendolas consigo, aún cuando las abandone, las oculte o guarde en otro sitio.

Art. 179. Cuando tratándose del delito de ataques a las vías generales de comunicación, no fuere posible practicar inspección ocular, porque para evitar perjuicios al servicio público, haya sido necesario hacer inmediatamente su reparación, bastará para la comprobación del cuerpo del delito, cualquier otra prueba plena.

Art. 180. Para la comprobación del cuerpo del delito los funcionarios de la policía judicial y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean los que menciona la Ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ella.

Respecto de las disposiciones legales antes invocadas y salvo la observación hecha al inicio de las mismas, estas se encuentran establecidas en forma casi idéntica a las contenidas en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, por lo que el comentario de las mismas lo hago en los términos hechos respecto de dicho ordenamiento legal, y en obvio de repeticiones me remito en éste apartado a dicho comentario.

INTERPRETACION DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION
DEL CONCEPTO DEL CUERPO DEL DELITO:

Nuestro más alto Tribunal, también en diversas de sus ejecutorias jurisprudenciales se ha referido al concepto del Cuerpo del Delito, varias de las cuales son las siguientes:

181.- CUERPO DEL DELITO CONCEPTO DE:

Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente en la ley penal.

Así como diversas tesis relacionadas y tituladas:

CUERPO DEL DELITO:

La ley al establecer el principio de que la comprobación del cuerpo del delito es la base de todo procedimiento penal, quiere significar que la acción coactiva que debe ejercerse sobre el acusado no puede iniciarse antes de que el cuerpo del delito haya quedado demostrado; pero no que no puedan practicarse diligencias en averiguación de ese delito.

CUERPO DEL DELITO COMPROBACION DEL:

Comprobar el cuerpo del delito es demostrar la existencia de un hecho con todos sus elementos constitutivos tal y como lo define la ley al considerarlo como delito y señalar la pena correspondiente. Cuando en la resolución de la autoridad, no se cita el precepto legal cuya

infracción se le imputa al acusado, no existe base firme para precisar si ha quedado legalmente probado el delito que se le atribuye, toda vez que precisamente es el precepto que se estima violado el que debe determinar cuales son los elementos que constituyen el delito.

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE:

Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva, descrita concretamente por la ley penal, y la determinación que tiene por 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 delictivo y señalar la pena correspondiente.

CUERPO DEL DELITO, AMPLITUD DE LA PRUEBA:

El Juez natural goza en principio de las más amplias facultades para la comprobación del cuerpo del delito, aún cuando se aparte de los medios específicamente señalados por la Ley, con tal de que los empleados no impugnen con la propia ley, con la moral o con las buenas costumbres.

Visibles dichas ejecutorias y tesis relacionadas a fojas 183 y siguientes del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de la compilación 1917-1985, Segunda parte Primera Sala.

En las que pese a que se da una concepción más adecuada del cuerpo del delito, se vuelve a incurrir en el error de darle al órgano jurisdiccional facultades para la comprobación del cuerpo del delito, la cual he sostenido es única y exclusiva del Ministerio Público.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- El Cuerpo del Delito, además de ser un concepto utilizado dentro del Derecho Procesal Penal, es un requisito sine qua non, para la iniciación del procedimiento penal, en México.

SEGUNDA.- Para su mejor entendimiento es necesario acudir a la Teoría del delito.

TERCERA.- La teoría tradicional, en vez de arrojarlos elementos para la comprensión del Cuerpo del Delito, nos crea mayor confusión, dada la extraña mezcla que hace de los "elementos del delito" que expone, llevándonos al error de pretender resolver problemas del mundo fáctico, con la aplicación de conceptos que sólo tienen aplicabilidad en el mundo normativo o viceversa.

CUARTA.- Comparativamente hablando tiene mayor aplicabilidad a nuestra realidad jurídica, la corriente que denominamos Moderna o Lógica Matemática como algunos la llaman, ya que si bien es cierto que ésta emplea diversos de los conceptos ya dados por la teoría tradicional, también lo es que para ello útica a dichos conceptos en el mundo que les corresponde y si hacer esa extraña mezcla realizada por la teoría tradicional.

QUINTA.- En efecto como varios tratadistas lo han señalado el concepto del Cuerpo del delito es equiparable y por

lo tanto podría ubicarse dentro del estudio en la teoría del delito, de la Tipicidad, pero no de la tipicidad a que se refiere la teoría tradicional, sino al concepto que propone la corriente que denominamos moderna, ya que ésta es más amplia toda vez que abarca la totalidad de los elementos del delito.

SEXTA.- Es necesario exitar al Legislador para que reglamente con más precisión el concepto del cuerpo del delito y de una regla o conjunto de reglas que sirvan como base para la verdadera comprobación del cuerpo del delito en todos los casos posibles y derivados de los tipos contenidos en la Ley Penal, y no solamente de manera ejemplificativa como aparece hasta ahora.

SEPTIMA.- De igual forma se deroguen las disposiciones legales en las que se faculta al órgano Jurisdiccional para comprobar el Cuerpo del delito, toda vez que dicha facultad y obligación por mandato constitucional, recaen en la Institución del Ministerio Público, por lo que no lógica ni jurídicamente es dable que el Juzgador adquiere esa doble función de Juez y parte.

OCTAVA.- Con esa reconsideración que hiciera el Legislador se lograría que por un lado el Ministerio Público efectivamente se avocara a una verdadera investigación de los delitos, y no hacer consignaciones al vapor; y por otra que las resoluciones de los Juzgadores fueran emitidas con mayor apogo a la Ley, por un lado sin dejar en estado de indefensión a personas inocentes y por otro castigando a personas realmente responsables de los delitos sometidos a su Jurisdicción.

NOVENA.- En virtud de lo antes señalado considero que el Cuerpo del delito, debe ser considerado como "La correspondencia biunívoca (es decir uno a uno), entre los elementos del hecho de la vida real y los elementos contenidos en un tipo penal en concreto" y así poder establecer si ese hecho constituye o no un delito.

Entendiéndose como elementos del tipo los siguientes:

El Deber Jurídico Penal; El Bien Jurídico; El sujeto Activo, con voluntabilidad, imputabilidad, calidad de garante, calidad específica, pluralidad específica; El sujeto pasivo con su salidad y pluralidad específica; El Objeto Material; El Kernel o Conducta típica, con una voluntad dolosa o culpable, actividad o inactividad, resultado material, medios, referencias temporales, referencias espaciales, o referencias de ocasión; La lesión o Puesta en peligro del bien Jurídico; La violación del deber Jurídico Penal.

Y por otra parte el delito se integra por:

Sus presupuestos que son:

El Deber Jurídico Penal; El Bien Jurídico; El sujeto Activo; El Sujeto Pasivo; y el Objeto Material.

Y de los propiamente elementos del delito que son:

El Kernel o Conducta Típica; La lesión o puesta en peligro del Bien Jurídico; La violación del Deber Jurídico Penal; y La culpabilidad.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- ANTOISEI,Francisco.- Manual de derecho Penal. Parte General. Editorial UTEHA. Buenos Aires 1960
- 2.- BELNG,Ernest Von.- Esquema del Derecho Penal. La doctrina del delito tipo. (Trad. Sebastian Soler) Editorial De Palma Buenos Aires 1944.
- 3.- CARRARA,Francisco.- Programa de Derecho Criminal. Parte general Volúmen I (Trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero) Ed. TEMIS Bogotá 1971.
- 4.- CARRANCA Y TRUJILLO,Raul y Raul Carrancá y Rivas.- Derecho Penal Mexicano Parte General,Editorial Porrúa México 14a. ed. 1982
- 5.- CASTELLANOS TENA,Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa México,21a. ed. 1985
- 6.- CUELLO CALON,Eugenio.- Derecho Penal. Parte General Tomo I Volúmen I. Bosch Casa Editorial. Barcelona 1971
- 7.- GAROFALO,Rafael.- Le criminologie (La criminología,versión española de Pedro Barrajo; Estudio sobre la Naturaleza del crimen y la teoría de la Penalidad) Daniel Jorro Editor. Madrid 1912
- 8.- GRAF ZU DOMNA,Alexander.- La estructura de la teoría del Delito. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1958.
- 9.- JIMENEZ DE ASUA,Luis.- La Ley y el Delito Editorial Sudamericana Hermes,Buenos Aires 1a. ed. en México 1956.
- 10.- JIMENEZ HUERTA,Mariano.- La Tipicidad. Editorial Porrúa. México 1955.
- 11.- LIZT,Franz Von.- Tratado de derecho Penal II (Traducción de la 20a. edición Alemana,por Luis Jiménez de Asúa) Ed. Reus Madrid 3a. edición.

- 12.- MAGGIORE, Giuseppe.- Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá 1954.
- 13.- MANZINI, Vincenzo.- Tratado de Derecho Penal Tomo II Volúmen II (citado por Celestino Porte Petit).
- 14.- MAURACH, Reinhart.- Tratado de derecho Penal (trad. Juan Cordoba Roda) Ediciones Ariel, Madrid 1953.
- 15.- MEZGER, Edmundo.- Tratado de Derecho Penal Tomo I. Editorial revista de derecho Privado Madrid 1953.
- 16.- PAVON VASCONCELOS, Francisco.- Manual de derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa México, 6a. ed. 1984.
- 17.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.- Apuntamientos a la Parte general del Derecho Penal.- Editorial Litográfica de los Angeles S.A. Mexico 2a. ed. 1973.
- 18.- RAMIREZ HERNANDEZ, Elpidio y Olga islas Magallanes.- Logica del Tipo en el Derecho Penal, Editorial Jurídica Mexicana 1970.
- 19.- RIVERA SILVA, Manuel.- El Procedimiento Penal Editorial Porrúa México, 1984.
- 20.- RICCIO, Estefano.- Los presupuestos del delito, Concepto y determinación, Revista Jurídica Veracruzana, Tomo XII número 3 Jalapa Veracruz México.
- 21.- WELZEL, Hans.- Derecho Penal Parte general (trad. Carlos Fontán Balestra) Roque de Palma Editor, Buenos Aires 1936.

R E V I S T A S :

Derecho Penal Contemporaneo. Números 10, 12, 20 y 23.

LEGISLACION CONSULTADA:

Código Penal para el Distrito Federal 1989.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal 1989.

Código Federal de Procedimientos Penales, 1989.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1989.

**Jurisprudencia del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación
compilación 1917 - 1985.**

FUENTES BIBLIOGRAFICAS:

**SEMINARIO DE DERECHO PENAL, DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.**

INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES.

I N D I C E

CONCEPCION TEORICO PRACTICA DEL CUERPO DEL DELITO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO:

	Pag.
Introducción: - - - - -	- I
CAPITULO I EL CUERPO DEL DELITO.	
1) Ideas Generales: - - - - -	- 1
2) La Teoría del delito: - - - - -	- 3
3) Formas de estudio del delito: - - - - -	- 10
4) Corrientes Doctrinarias: - - - - -	- 13
a) Teoría de la Acción Causal: - - - - -	- 13
b) Teoría Finalista de la Acción: - - - - -	- 17
c) Corriente Seguida en México: - - - - -	- 21
d) Corriente Moderna: - - - - -	- 22
CAPITULO II PRESUPUESTOS DEL DELITO.	
Ideas Generales: - - - - -	- 27
2) Presupuestos del delito según la Teoría Tradicional: - - - - -	- 32
3) Presupuestos del delito según la Corriente Moderna: - - - - -	- 33
CAPITULO III ELEMENTOS DEL DELITO.	
1) Ideas generales: - - - - -	- 38
2) Elementos del delito según la Teoría tradicional: - - - - -	- 40
3) Elementos del delito según la corriente moderna: - - - - -	- 79

CAPITULO IV CONCEPCION TEORICA DEL CUERPO DEL DELITO.

A) Según la Teoría Tradicional; - - - - -	-107
B) Según la Teoría Moderna; - - - - -	-115

CAPITULO V CONCEPCION PRACTICA DEL CUERPO DEL DELITO.

A)Según el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; - - - - -	-118
B) Según el Código Federal de Procedimientos Penales; - - -	-126
C) Según Interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; - - - - -	-130
 CONCLUSIONES: - - - - -	 -132
 BIBLIOGRAFIA: - - - - -	 -135