

345.02
E 216 E
1969
F.J.YCS
EJ:1

012770

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias
Sociales.

"LA TIPICIDAD Y EL CUERPO DEL DELITO"

Tesis presentada en el acto público de su
doctoramiento por el Bachiller

EDUARDO GARCIA

Diciembre de 1959.

San Salvador, El Salvador. C.A.



AUTORIDADES UNIVERSITARIAS.

RECTOR:

Dr. Napoleón Rodríguez Ruíz

SECRETARIO GENERAL:

Dr. Roberto Emilio Cuéllar Milla

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

DECANO:

Dr. Adolfo Oscar Miranda

SECRETARIO:

Dr. José Ignacio Paniagua

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Presidente:..... Dr. Manuel Castro Ramírez hijo
1er. Vocal:....., Dr. Guillermo Trigueros hijo
2do. Vocal..... Dr. Mario Luis Velasco

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATI
VAS.

Presidente: Dr. José María Méndez
1er. Vocal:Dr. Ricardo Mena Valenzuela
2do. Vocal:Dr. José Ignacio Paniagua

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGIS-
LACION LABORAL.

Presidente:Dr. Julio Fausto Fernández
1er. Vocal:Dr. Feliciano Avelar
2do. Vocal: Dr. Ricardo Jiménez Castillo

EXAMEN PUBLICO DE DOCTORAMIENTO.

Presidente:Dr. Arturo Zeledón Castrillo
1er. Vocal: Dr. José María Méndez
2do. Vocal: Dr. Antonio Verdugo hijo

D E D I C A T O R I A

A LA MEMORIA DE MIS PADRES:

Dr. Miguel Angel Soriano y

Señora Victoriana García

A LA DE MI HERMANO.

José Antonio García

DE MI TIA

Ester Viera

CON RESPETO A MI TIA

Ana María Viera

CON CARIÑO A MI ESPOSA

Alicia Ester Coreas de García

Y A MIS HIJAS

Ana Victoria, Ana Isabel, Alicia Ester, Mercedes Alejandra

A mis demás Familiares y Amigos y Especialmente a los

DOCTORES

Miguel Angel Flores

Jesús Alemán Penado y

Carlos Galileo Moisa.

"LA TIPICIDAD Y EL CUERPO DEL DELITO"

INTRODUCCION.

El estudio del Derecho Penal, recayó en épocas anteriores en lo estrictamente legislado, se glosaban las leyes y se resolvían cuestiones prácticas. Era la época del empirismo de los glosadores cuya tarea no salía de los estrechos marcos de la legislación, sin una función interpretativa que hiciera extensivo el derecho mas allá de los artículos de la ley positiva y proporcionará la adecuación de ésta a las condiciones históricas del momento. Sin embargo en el incesante cambio y movimiento que implica la vida, natural era que ese estado de cosas, en relación al Derecho Penal, no perdurara y como natural reacción a ese estatismo en la concepción del derecho, surgió una nueva forma de verlo, aparecieron en escena las corrientes "ius naturalistas" que proponían la existencia de un contenido inmutable y otro positivo no variable en el Derecho. Esta dualidad conceptual representaba por un lado, lo eterno de un ideal de justicia penal, universal e inalterable. Y por otro un Derecho Penal positivo, obra de los hombres, varió según los tiempos y circunstancias.

Estas tendencias abrieron nuevos caminos y fueron después desechadas en la concepción del derecho, pero ampliaron el campo para la investigación cada vez depurada, científica, desligándolo al Derecho de la mera referencia a la ley. Pero para llegar a estos estados de perfeccionamiento, el investigador ha tenido que superar muchos obstáculos de orden doctrinario y así vemos como, se han querido hacer distinciones en esta disciplina, hablando de "Ciencia del Derecho Penal" y "Derecho Penal" y otras denominaciones que han querido plantear que hay diferencias conceptuales, siendo unas de orden teórico y otras de orden práctico; ocupándose la "Ciencia Penal" de los postulados generales, indagando acerca de la verdad con la sola razón. El Derecho Penal estaría evocado a la parte práctica, siendo la ley escrita, la juris-

prudencia y la interpretación las que informarían esta disciplina. Así, por este camino se han ido postulando cuestiones que tratan de diversificar el contenido del Derecho Penal.

Fuó sin lugar a duda, la Escuela Positiva la que vino a plan--tear situaciones nuevas y ampliatorias para el Derecho Penal, ya que hasta se proclamó por esta Escuela que éste era un capítulo de la Sociología Criminal, extendiendo el horizonte en demasía y generalizando con exceso. Al introducir al delincuente en la esfera del Derecho Penal, se tuvo necesariamente que cambiar el concepto del delito y de un "Entejurídico" que era, se convirtió en un fenómeno socio-biológico, siendo sometido el estudio del delincuente y del fenómeno delincencial en general, al método positivo. Esta tendencia ejerció un gran influjo en los estudios penales y por mucho tiempo predominó como la mejor expresión de los estudios criminales, alcanzando conformación legislativa, en algunas naciones de Hispanoamérica.

Sin embargo en la continuada secuencia investigativa, los estudiosos han logrado establecer ciertas condiciones especiales de cada disciplina y así se ha logrado o trata de lograrse que el campo de la criminología, y del Derecho Penal estricto, se delimiten, cada uno tiene su propia expresión técnica y práctica, debiendo abandonarse en consecuencia esas inútiles diferencias que se han tratado de establecer; de lo que se trata ahora, es ubicar el Derecho Penal en el terreno de la Dogmática.

CAPITULO I

APRECIACION SOBRE LA DOGMATICA JURIDICA.

"La teoría jurídica, en nuestro tiempo, ha destacado con acierto que la ciencia del derecho, en el riguroso sentido de la palabra, es decir, la ciencia que se ocupa del contenido de un determinado derecho positivo en una disciplina de función meramente reproductora y con carácter dogmático" (L.Recasens Siches-Filosofía del Derecho-Del Ve--

chio y Recasens Siches). Tal es como en la actualidad se estudia el de re ch o, en su presencia actual, en su vigencia, se busca en tal caso de reproducir, explicar y sistematizar los materiales normativos suministrados por el derecho vigente, haciendo con ellos un trabajo de in do le do g m á t i c o, pues no se puede ir mas allá de la presencia cierta de lo legislado, no pudiendo en ningún caso discutir el material informador, pues con ella se estaría construyendo una crítica o una deontología que, son terrenos que hacen florecer otras preposiciones de interés mas allá del Derecho, pero ineficaces para la labor inmediata del jurista.

Debe en todo caso precisarse, cual es el verdadero sentido de la afirmación de que la ciencia del derecho es dogmática, pues se ha incurrido en otras épocas en apreciaciones distintas a lo que hoy se supone con el término. Se creyó sobre todo por la Escuela Francesa y después de la promulgación del Código Napoleónico, "Que todo derecho se halle contenido en la ley y que la función de la jurisprudencia debe limitarse a ser la boca que pronuncie las palabras de la ley" tal sentido no puede ser aceptado ya que, para una disciplina el tener limitaciones de tal índole, significa su frustración como tal, la total anulación del proceso del hombre inmerso en el campo jurídico o científico.

En el esclarecimiento terminológico debe tomarse en consideración que, hay diferencia entre lo que hace el legislador creando la norma regida u orientado por su concepto de lo justo, o lo que ocurre al teórico, filósofo o político; y lo que compete al jurista en la función esclarecedora de lo que es el derecho vigente en un momento y estado determinado, que es lo que corresponde a la ciencia del derecho y a la dogmática jurídica. Dada esta situación, el jurista toma para sí la tarea de reconocer con precisión los preceptos jurídicos vigentes, entenderlos de conformidad a lo que es el derecho en esencia, o sea decirles sentido y aplicación o sea interpretar; luego buscar lo relacionado con el precepto justamente interpretado, hasta integrarlo en algo

mayor o sea la institución jurídica y no deteniéndose aquí, buscar lo fundamental que haga de todo el ordenamiento presente algo coherente; o sea sistematizar, yendo de lo mas sencilllo o simple a lo complejo, cum pliendo un esfuerzo lógico. Ya con esta tarea realizada nos podemos -- dar cuenta que, a pesar de trabajar frente a un ordenamiento fijo, no se trata sin embargo de trasladar mecanicamente el estudio que del Derecho Vigente se haga a los casos de obligación concreta, sino tenerlo - como rector; caben de consiguiente por natural disposición de la ciencia, los elementos generales que la informan y que son presupuestos de la disciplina que, no están en el ordenamiento positivo, pero que no se puede prescindir de ellos por ser esenciales; aqui entran términos - como los de norma, relación, sujeto, derecho subjetivo etc. Estos e lementos que constituyen lo fundamental para el trabajo jurídico y no - representan por tanto elementos de formación esencialmente historica, ni estan expresados en proposiciones legisladas, sí existen, en toda manifestación de índole jurídica, constituyendo la esencia del derecho, - desde luego que no hay derecho sin normas que nos establezcan deberes y nos concedan derechos y, en que no hayan relaciones jurídicas, etc.

Para el dogmático que trabaja con los elementos del ordenamiento jurídico vigente y con los principios rectores generales de lo jurídico, también se le presenta la cuestión de lo que se pueda llamar "Convicciones Sociales Vigentes"; esta situación se presenta cuando en un ordenamiento jurídico determinado, no es suficiente con lo que se encuentra expuesto en la ley, sino que hay que atenerse a ciertas valoraciones no formuladas, pero que en cierto modo son aludidas o implicadas - en la norma. En tales condiciones sin apartarse del ordenamiento vigente, se adentra el jurista en la aplicación y el estudio de él, en un - campo en el que tiene que tener presente la manera como son entendidos - en un momento determinado ciertos términos genéricos, tales como utilidad pública, existencia digna del trabajador, honor, fama, etc. por - lo que sin apartarse de lo contenido en la ley, procura ajustarse a lo

que se considera mas cerca del derecho o mas justo, al hacer la valoración de tales términos en el medio social en que ha de tener eficacia, y que por las condiciones históricas imperantes, precisa de una determinada concepción y no de otra, por la superación que el tiempo y la cultura han producido en la concepción antigua. Es así como, aunque estos términos esten vinculados al ordenamiento legal, no siempre son definidos por él, entonces el jurista, magistrado, abogado, etc. tendrá ocasión de utilizarlos, aprovechando el margen de elasticidad que proporciona la conceptuación actual de los términos, actualizando así el derecho y la ley y vivificando su aparente contenido estático.

Hay otro punto que también interesa y es el que corresponde al caso de no haber disposición aplicable y que por virtud de la plenitud hermetica del derecho, no debe dejarse ningún caso sin solución basado siempre en el ordenamiento jurídico. Aquí la dogmática también tiene su sostén e inspiración en el derecho vigente, pues el jurista no está frente a un caso de libre creación de la norma, sino de aplicar una norma que considere formar parte del sistema positivo vigente, atendiendo a los principios generales del derecho, implicados en toda la estructura positiva y por consiguiente vigente desde antes de la aplicación por el juez. Queda así vista como aún en este caso, se opera en forma dogmática.

El estudio del derecho en la forma expresada, no anquilosa al estudioso ni frena el avance de la jurisprudencia; las condiciones de la vida que nutren y enriquecen las relaciones humanas, proporcionan también el material que mueve al derecho y de esta significativa riqueza humana, el dogmático se vale para reavivar lo que parece caduco y para enriquecer la ciencia jurídica y propiciar su indeclinable avance.

La Dogmática Jurídica Penal.

Se puede afirmar con base en lo expuesto que la dogmática Jurídica Penal "Es la reconstrucción del derecho vigente en base científica". Esto implica que para el estudio es preciso que se haga éste to-

mando como base la infracción sus variados caracteres, tanto positivos como negativos, siempre de acuerdo con el derecho vigente en un lugar determinado. El concepto así presentado nos indica que la dogmática jurídica penal, representa una disciplina ajena a las escuelas, no lo es, desde luego que, esta construcción científica está mas allá de las pasiones extremas de las escuelas y fuera del rigor dominante de sus pontífices.

Cuando se ha dicho que la dogmática penal es la reconstrucción del derecho en base científica, se está haciendo un énfasis especial sobre algo muy digno de reparar en ello, y es que, no se hace referencia a la ley positiva puesto que ésta, si bien es la expresión mas concreta en la vida normativa y con mayor singularidad en materia penal, no agota todo el contenido de lo jurídico, pues éste se explaya hasta el campo mas amplio de las normas, que constituyen el fundamento de la vida colectiva, sujeta ésta a una existencia normativa. "La dogmática se edifica sobre el derecho que existe y que cambia al adaptarse progresivamente a las conductas de hoy. El derecho vive y se aplica y aunque el derecho penal se halle limitado por la ley, que es la única que lo crea, es derecho en cuanto en el marco de esa ley rige y se actúa por la interpretación de los jueces que buscan la voluntad de las leyes acudiendo a la norma de cultura" (Jimenes de Azua) Tratado de Derecho Penal pag. 68.T. II.

Este trazo ~~que nos representa~~ la Dogmática dinamizada, llena de espíritu, se aleja del simple hecho del estudio riguroso del articulado de un Código abarcando el derecho en sus bases normativas de cultura, alcanzando situaciones solo así explicables, tales como las causas supralegales de justificación, la no exigibilidad de otra conducta; posiciones de critica y proposiciones de reforma. Este estudio es en esa forma acreador y asegurador de una verdadera ciencia singularizada en su estructura y vitalizada en sus relaciones con la riqueza de las normas vigentes en el espacio y tiempo actuales y ubicado con precisión en

el propio terreno de lo jurídico.

Concepto Dogmático del Delito.

Precisa hacer notar que para dar una noción acerca del delito en forma dogmática jurídica, hay que plantear la cuestión de la norma, la cual fué expuesta como construcción sistemática por el tratadista Carlos Binding en 1.872; y en lo peculiar del Derecho Penal ese autor sentenció que, lo que viola el delinte, no es la ley sino la norma imperante, la que prohíbe robar, matar etc.. Para Carrera el delito consistía en ser una "Infracción a la Ley del Estado" lo que hacía suponer que la conducta del agente delictivo era contrario a la ley penal; sin embargo del análisis hecho por Binding de la norma, concluyó que ésta es una situación general que impera sobre la conducta humana que la rige y gobierna, estatuye principios que son reguladores del hacer del hombre, y que para garantizar su permanencia y su real efectividad, se han dado regulaciones positivas, leyes en sentido estricto y que en materia penal constituyen las reglas que señalan la conducta que es contraria a la norma, de ello se infiere y establece que el delincuente viola la norma y acomoda su conducta a la ley penal. Se viola la norma jurídica y se entra en la vigencia del dispositivo legal, por eso se ha dicho "La norma crea lo antijurídico, la ley crea el delito".

Es en consideración a estas nuevas situaciones creadas por el estudio y la especulación que los continuadores de esta posición bindigniana, hayan empezado a formular sus definiciones del delito con base a la norma y a la ley. Ernesto Von Beling en 1.906 definió el delito como "la acción típica, antijurídica, culpable, sometible a una sanción penal adecuada y suficiente para las condiciones de la sanción penal". (Citada por Luis Jiménez de Azua tratado de derecho penal pag.52) I.III. Encontramos en esta definición que se vinculan los elementos a que antes nos hemos referido; la norma y la ley; y nos colocan en situación de reconocer su contenido y constatar que sus elementos son: acción; descrita objetivamente en la ley-tipicidad; contraria al derecho-antijuri-

cidad, contrario a la norma; dolosa o culposa-culpabilidad; sancio-
nada con una pena-penalidad, campo legal. Dada en esta forma la con-
cepción del delito es fácil ver como se entronca la ley, en la tipi-
cidad, con la norma en lo antijurídico, o sea que la acción no con-
lleve elementos que la justifiquen y por consiguiente deje intacta la
mora, aunque la conducta este ajustada a la ley.

Acerca de esta definición hubo reacciones de parte de los pena-
listas y se abrieron discusiones y discrepancia entre los investigado-
res acerca del contenido y real expresión de la tipicidad, como parte
independiente y sobre la cuestión de la penalidad como elemento sustan-
cial del delito. Es así como Max Ernesto Mayer, no obstante conside-
rar relevante la adecuación típica o tipicidad no la encaja en su defi-
nición como totalmente independiente sino que liga a la antijuricidad
y elimina a la condición de estar penada por la ley, por considerar -
que esta no es esencial al delito sino su consecuencia y así el dice:
"Delito es un acontecimiento típico antijurídico e imputable".

Por lo que se ve, los indagadores difieren en cuestiones metódi-
cas, pero todos construyen una definición dogmática arrancada de las -
vivencias jurídicas y de la estructura legal. El profesor Jiménez de
Azua ve el delito como; "Acto típico, antijurídico, imputable y cul-
pable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se
halla conminado con una pena o en ciertos casos con una medida de segu-
ridad en reemplazo de ellas" (Tratado de Derecho Penal pag. 59 I.III.).
En esta definición se ven claramente los elementos del delito que han
surgido y han sido incorporados después de largas indagaciones. Contie-
ne como se puede apreciar no solo las consideraciones propias de la fi-
gura delictiva tomada en consideración la pena, sino que incluye a
las medidas de seguridad que en algunas legislaciones sustituyen a aque-
lla, incorporando también las condiciones objetivas de penalidad, que
aún siendo de orden excepcional deben ser incluidas en una definición
de orden general como la expuesta. Tal una definición formal que da-

dos sus elementos el Sr. Azua lo explica así: "Empezemos por hablar de un acto, en cuyo término, se abarca la acción y la omisión. Decimos que ha de ser típicamente antijurídica, para que desde el primer instante quede proclamado el ligamen entre lo típico y lo injusto, ya que tipificación se hace ante el indicio y para la concreción de lo contrario al derecho y el injusto punible es solo lo que está tipificado en la ley.

"Enunciamos la cualidad de imputable, que ha de reunir el acto, pues imputable es la acción del hombre y no el sujeto actor como ordinariamente se dice, porque es el presupuesto de la culpabilidad. Y se incluyen las condiciones objetivas de penalidad porque a veces, figuran como requisito de la conminación punitiva".

"En cuanto a las condiciones de estar conminado con una pena, se toman también con la debida importancia por ser carácter constante y específico en lo general del delito; tomando también en consideración las medidas de seguridad que sustituyen la pena en los casos de legislaciones que entran al terreno del estado peligroso del sujeto". Obra citada pag. 60 T-III.

Queda así dicha y explicada una definición general y programática, como dice Azua, de lo que es el delito desde el punto de vista dogmático jurídico.

CAPITULO II

EL DELITO EN SUS CARACTERES Y COMO UN TODO.

El delito tal como ha sido descrito desde el punto de vista dogmático, nos indica que debe ser estudiado en forma analítica o sea en todas sus partes, sin que ello sea motivo para pensar que esa forma de estudio implica una desmenuzación desligada, es decir sin que se haga con la debida trabazón que existe entre todos estos elementos; el carácter del estudio conduce a la debida síntesis -no hay analisis sin síntesis- y con ello estamos frente a un acabado concepto ampliamente

investigado y por consiguiente firmemente establecido para los fines - de una certera aplicación, ajena al error o a la injusticia y menos a la arbitrariedad.

El derecho penal dado como un sistema estricto que vela por las garantías del hombre, tiene que escudarse en un régimen que le permita incurrir, lo menos posible en arbitrariedad lo que se consigue, mediante el estudio profundo de cada uno de los elementos, caracteres o fuerzas del delito, como se ha dado en llamar a sus partes, desde luego que se tiene presente lo uno del delito como figura de la vida y de la ley.

Así se logra ver con claridad que los elementos normativos del tipo legal, dejan ver el ligamen entre la tipicidad y antijuridicidad; la relación entre acto y culpabilidad; así como cuando se observan los elementos subjetivos del tipo se ve la unión entre la culpabilidad y tipicidad; todo esto nos conduce "Hacia una concepción armónica en que el análisis se pone al servicio de la síntesis, si bien es preciso mantener las propiedades de cada una de ellas, para no poner en riesgo la seguridad jurídica, que cumplen sobre todo la tipicidad y la antijuridicidad objetiva separada de la culpabilidad" Jiménez de Azua Obra Citada pag. 276 T.III.

La referencia a esta forma de estudiar el delito pareciera que - carece de importancia, pero ello se hace debido a que el derecho en su esencia, ha sido transgredido por concepciones de tipo distinto e interpretaciones surgidas en un escenario político distinto al de la democracia liberal, por consiguiente nos incumbe por cuanto en nuestro medio y dada nuestra formación, estamos contra todo lo que representa una regresión o un ataque al orden en que la libertad es uno de los postulados que mas importa defender.

Los tratadistas del estado totalitario del nacional socialismo, en su época difundieron nuevas concepciones acordes con ese nuevo tipo de ideas políticas y, como obligada consecuencia, trasplantaron al -

derecho penal sus conclusiones y pugnaron por estudiar el delito como una unidad que debía ser comprendida así y no en cuanto al estudio analítico de sus componentes, pero ello como decimos acordes con postulados que eran una negación del "Nullun Crimen Sine Lege".

Conforme este modo de concebir el delito se llegó a situaciones que nos parecen totalmente incongruentes, tales podrían considerarse las conclusiones que dicen "Que no todo lo objetivo es antijurídico, pues hay características objetivamente concebidas en la culpabilidad y elementos subjetivos de lo injusto. Una consecuencia de estos pensamientos es la eliminación del dolo de la esfera de la culpabilidad localizándolo en la acción dotada de naturaleza finalista"; tal situación conduce a que el individuo que infringe la norma nomás responde por el resultado haciendo a un lado toda la teoría del dolo tal como debe ser concebida para los efectos de la culpabilidad.

Toda esta construcción que tomó auge en ciertos sectores, llevó sin embargo a sus entusiastas acogedores evasiones en el campo de lo estrictamente científico, pues ante las convicciones políticas y las realidades y el pasado tradicional en derecho penal, surgieron como dije esas especies de encrucijadas que quedan en evidencia en unos pensamientos de Juan del Rosal, penalista del régimen de la falange quien dice: "Esta nueva concepción del delito unitaria o totalizadora al modo de un concepto indestructible, no susceptible de fragmentarse en varios sectores tuvo efectos saludables, al menos como freno a aquella anterior que conceptuó al delito como una noción descriptiva sin sangre ni color, en parejos términos a cualquier concepto natural. Pero sin embargo, si era posible sostenerla como tesis general, al enfrentarse con el concepto del delito, la cosa variada de tono cuando se pretendía conseguir con ella consecuencias provechosas en punto a la rectificación del sistema imperante en la teoría del delito. Pues, ¿Cómo se lograba una diferencia entre antijuricidad y culpabilidad en vistas al logro de una seguridad jurídica de la persona? ¿Era posible que

en derecho penal quedaran de buenas a primeras convertido en un derecho decisionista? ¿Se renunciaba sin mas al viejo e insustituible dogma de la legalidad de delitos y de las penas? ¿Como iban a producir los mismos efectos eximentes las causas de justificación que las de inculpa bilidad? La pueba es que los sistemas construídos al amparo de esta tesis prestan de suyo tantas o mas quiebras que los anteriores, so pena de hacer del derecho penal un derecho subjetivista, con lo que termina por quebrantarse la razón de ser de toda ley penal" Jiménez de A zua obras citadas pag. 271. T.III.

Ese parrafo es por demás claro en lo referente a la imposibili dad de satisfacerse plenamente con la concepción del delito como con junto, pues se hace feferencia que si no se explica satisfactoriamen te cada una de las cuestiones plantadas, no podría aceptarse como jus ta y convincente la concepción totalitaria del delito; ello lleva a la negación de la eficacia de la ley penal. Y si se estudia el dere cho porque éste es indispensable en la vida social y el derecho penal en especial es un bastión en la seguridad jurídica, éste debe tender a que las conclusiones sirvan para que el objeto de su estudio sea efi caz y valedero para la seguridad jurídica, valor éste que, siempre está en la base del alto concepto de lo justo.

Hechas las anteriores consideraciones toca ahora tomar nota de los caracteres positivos y negativos del delito para mejor determinar dentro de la concepción analítica las cuestiones primordiales que en de finitiva conducen a la integración del delito en su unidad, tal como e xiste en la realidad; tomando dichos caracteres de la definición an tes apuntada desde el punto de vista dogmático jurídico, resultan ser lo siguiente:

Aspecto Positivo.

- A) Actividad
- B) Tipicidad
- C) Antijuricidad

Aspecto Negativo.

- A) Falta de acción
- B) Ausencia de tipo
- C) Causas de justificación

- | | |
|-----------------------------|--------------------------------|
| D) Imputabilidad | D) Causas de inimputabilidad |
| E) Culpabilidad | E) Causas de inculpabilidad |
| F) Condicionalidad objetiva | F) Falta de condición objetiva |
| G) Punibilidad | G) Excusas absolutorias. |

De esta situación en que sinópticamente se han dejado expuestos los elementos componentes del delito nos toca partir, para entrar al estudio de una de sus partes como es la tipicidad, para luego relacionarla con lo que para nosotros es el cuerpo del delito. Será esto también una exposición panorámica que procurará exponer cual es el concepto y estado de esta parte del delito en el derecho penal.

CAPITULO III ✓

LA TIPICIDAD.

CONCEPTO. ✓

Al considerar la tipicidad, como un carácter del delito "Hay que tomarla como la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción".

Al hacer esa aseveración tomamos en consideración dos cuestiones fundamentales; una que haya hechos contrarios a la norma, que infirieren daños y que por ello son sancionables; y la otra que, las leyes en forma generalizada definen esos hechos contrarios a la norma para poder aplicarles el castigo. La descripción que se hace en el Código Penal desprovista de carácter valorativo es lo que constituye la tipicidad. El tipo legal es por consiguiente, la abstracción que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.

Dada esta referencia acerca del tipo penal, se puede añadir que cuando se observan las descripciones legales, que hay distintas clases de ellas, unas de simple descripción objetiva, otras que hacen referencia a los sujetos activos, pasivos o al objeto y algunos en que aparecen elementos normativos o subjetivos de lo injusto. Pero cada u

na de estas circunstancias en definitiva, no hacen sino crear situaciones que van de lo simple a lo complejo, en cuanto a la descripción, pues así mismo son los hechos de la realidad que, la ley en su abstracción trata de comprender para la debida garantía y seguridad.

Por ello es que todo hecho concreto o material, debe subsumirse al tipo legal desde luego que el hecho material cobra relevancia penal si concuerda con el tipo penal.

DESARROLLO DE LA INSTITUCION.

La tipicidad, ha tenido su desenvolvimiento, como toda concepción con contenido nuevo, se ha desarrollado, ha tenido su proceso histórico y en esa forma ha tenido varios planteamientos y significados, desde su inicio, de lo que se conocía como "cuerpo del delito" y que era comprensivo de todos los caracteres del delito, tanto internos como externos, ligando además esta concepción general del cuerpo del delito y los autores del mismo y a la prueba.

Este comienza en la concepción de lo que los Alemanes llamaron "Talbestand", fué la que empezó a ser modelada en forma distinta por Ernesto Vom-Beling quien dió inicio a la visión del tipo legal como descripción objetiva y no valorativa, apartandose así, de la forma de ver de Binding que, apreciaba que la antijuridicidad era un elemento esencial del tipo, no obstante que él al desarrollar la teoría de las normas evidenció la diferencia entre norma y ley penal, advirtiendo para la primera el carácter valorativo de la acción y para la segunda su carácter descriptivo.

En la doctrina expuesta por Vom Beling acerca del delito, tomada como es sabido sobre la base del derecho positivo vigente, la tipicidad es el elemento primordial alrededor del cual están los otros. Por ello el acto punible adquiere su carácter definitivo, sin ella no hay delito. Para que éste exista se necesita que la acción tí

pica consista en un acto, que sea antijurídico y culpable que exista una penalidad adecuada y que se den los requisitos de punibilidad. En esta doctrina la tipicidad deviene en un concepto puro, solo cuando es tá conectada con ella el acto ilegal culpable se convierte en delito, sola "Carece de tiempo, espacio, y existencia" como dice Fontan Balelestra.

Tal como Beling encuentra la tipicidad es puramente descriptiva, la ley se vale de la tipicidad para describir, de modo que cuando ocurre un hecho penal en la realidad, éste se adapta a la previsión contenida en la ley penal. Hay pues en ésto un acomodamiento ajeno a lo que la ley señala como delito, de donde se desprende el aforismo "La norma crea lo antijurídico la ley crea la acción punible".

Así pues, para que la ley penal pueda aplicarse a un acto, debe ser típico; por medio de la tipicidad el acto voluntario se transforma en un acto penal, de tal manera que, por sí sola la tipicidad no contiene indicación de un actuar con voluntad; por otra parte en -- cuanto a los actos que puedan ser típicos, éstos no siempre tienen relevancia penal, pues hay actos típicos sin ser por ello ilícitos, como el homicidio en legítima defensa y algotros que siendo ilícitos carecen sin embargo de tipo. Esto dió la pauta Beling para considerar la independencia de la tipicidad. Esta es completamente objetiva y libre de elementos subjetivos. Esto da la debida medida y límite con la culpabilidad, como una parte que es del hecho subjetivo, y, por último se destaca de los requisitos de culpabilidad que están absolutamente fuera de los límites de la tipicidad, pues aquellos son circunstancias exigidas para la imposición de la pena pues no pertenecen al tipo, ni condicionan la antijuricidad y no se relacionan con la culpabilidad.

Tal es a grandes rasgos el contenido de la doctrina de Ernesto Vom Belig que al trazar en tal medida la doctrina abrió un enorme campo a la seguridad jurídica tal como el lo expresa en su "Esquema de Derecho Penal" pag. 36 y 37 de la Editorial de Palma Buenos Aires 1.944

"La común práctica jurídica penal había extendido de tal modo el Poder Judicial que el Juez podía castigar toda ilicitud culpable. Toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción punible. Contra esto irrigió su ataque el liberalismo naciente del siglo 18, afirmando la inseguridad jurídica que tal sistema importaba; a falta de una firme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles el juez podía someter a pena toda acción que le desagradara, pretendiendo la antijurídica, y podía imponer arbitrariamente una pena grave o leve para toda acción estimada punible.

Siguiendo este movimiento liberal, la legislación posterior estrechó el concepto de acción antijurídica. Del común dominio de la ilicitud culpable fueron recortados y extraídos determinados tipos delictivos (Asesinato, hurto, etc.). Para cada uno de tales tipos se previó una pena concreta y precisamente determinada para él; y así quedaron como no punibles ciertas formas de obrar antijurídicamente que no correspondían a ninguno de esos tipos enumerados. Así logró expresión un valioso pensamiento; el de que solo ciertos modos de conducta antijurídica (Los típicos) son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública y que, además, deben todos ser colocados en una firme escala de valores.

✓ La protección jurídica del individuo reforzóse pues tomando el legislador mismo el monopolio de la facultad de constuir tipos y de imponerles la pena, con exclusión del derecho consuetudinario y de la analogía".

Como se ve este parrafo de Beling es altamente significativo en cuanto a la importancia que tiene el tipo dentro de la doctrina penal liberal, pero ello no es mas que un planteamiento general en cuanto a que la tipicidad tiene un significado peculiar tanto para la garantía y seguridad jurídica; como a la importancia que tiene en cuanto a elemento sustancial del delito. Sin embargo se ha enfrentado a diversas interpretaciones con las que se ha obscurecido el concepto así como la --

doctrina científica a que ha dado lugar.

Cuando se enfrenta el estudio del delito podría afirmarse que, - basta la antijuridicidad de la conducta para que esta constituyera un acto delictuoso, pero es indudable que el concepto del delito requiere algo mas o sea que, la conducta a mas de antijurídica ha de ser típica o sea que debe ser adecuada y subsumible en un tipo penal; Si la consideración acerca de que el delito es acción antijurídica, bastara, el derecho penal confrontaría situaciones carentes de seguridad puesto que, la antijuridicidad se vería afectada a multitud de cambios como los que sufren las normas en un determinado sistema jurídico. El derecho penal que indudablemente significa una defensa a derechos como el patrimonio, la libertad, el honor la vida, etc. se encontraría en un completo estado de incertidumbre frente a la cambiante valoración de las normas, por eso es preciso que en el ámbito penal, la antijuridicidad en cuanto a la fundamentación del delito debe ser determinada de una manera precisa e inequívoca; y el derecho penal ha encontrado el medio, con la confección del tipo.

De lo anterior se columbra que la antijuridicidad es la ratio essendi de la tipicidad. Esta es una expresión equivalente a la apotegma político "Nullum crimen sine lege", y que expresa la garantía de la libertad consagrada en las constituciones políticas, y nos da clara visión de que la tipicidad, en todo régimen jurídico, es un requisito o carácter del delito. Nuestra constitución garantiza que nadie puede ser vencido sin una ley previamente promulgado y el Art. 10. del Código Penal dice que delito es toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley.

Una conducta no puede ser delictiva aunque aparezca claramente ilícita, sino está previamente comprendida en un tipo penal, por lo que la adaptación de la conducta real al tipo legal, viene a constituir la tipicidad que es una expresión conceptual perteneciente al moderno derecho punitivo y que ha venido a poner de relieve que, es necesario-

que la antijuricidad esté determinada de una manera precisa e indudable.

El tipo es la descripción de conducta que a virtud de un acto legislativo, queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad, y como expresión del alcance incontenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible tal como lo define Mariano Jiménez Huerta. La adecuación típica supone la conducta del hombre vivificando activamente el tipo en virtud de su subordinación o vinculación con la descripción contenida en la ley. El tipo tiene la característica de ser estático puesto que, permanece lo mismo en el articulado legal y a la vista de quienes deban hacer uso de él para una correcta interpretación; por el contrario la adecuación típica es algo que se considera en su estado dinámico y funcional puesto que, para ello se precisa que se presente una actividad expresando una conducta que deba ajustarse o vincularse al tipo, subsumirse a él, o estar legalmente ligada por un nexo de personal o temporal dependencia. Estas dos cuestiones importa verlas con detenimiento pues constituyen faces importantes de nuestro estudio.

CAPITULO IV

REFERENCIAS AL TIPO.

Al considerar el estudio del tipo debe tomarse en consideración que, éste es un elemento de genuina extracción penal, y no puede considerarse como se ha querido decir, que él tenga una función como la de cualquiera otro de los preceptos pertenecientes a las demás ramas del derecho. Es como se ha dicho trascendente en cuanto parte determinante en derecho penal y su contenido ha tenido una permanencia muy lejana en cuanto al delito se refiere, no obstante haber sido Beling quien precisó la teoría sobre él. Debe considerarse con toda amplitud que, el tipo desempeña una función descriptiva y concretizadora de la antijuricidad, la cual no se encuentra en ninguna de las otras ramas -

del derecho; los preceptos jurídicos funcionan en las demás ramas del derecho en forma amplia, puede decirse hasta creadora, concurren con otros elementos que les dan enorme elasticidad, mientras que en derecho penal la función es completamente restringida, limitada en el modelo penal.

Siempre es advertible que la antijuricidad existente en las otras ramas del derecho, no está descrita con especificación concreta de los hechos con que ha de plasmarse, mientras que en materia penal es siempre descrita mediante referencias concretas y fácticas de la conducta, tal como indica Jiménez Huerta. La conducta en materia penal está estrictamente vinculada a algo específicamente descrito, en un precepto penalmente sancionado o como se dice, a un tipo o modelo o figura legal, penal. Por eso se ha dicho por algún tratadista de Derecho Penal, que todo éste es típico. En el derecho penal no se admite que exista antijuricidad atípica como suele suceder en otras ramas del derecho en donde surten sus efectos sancionatorios los principios generales del derecho, la analogía y la costumbre. La antijuricidad penal se funda sobre el requisito de la tipicidad, lo cual no tiene relieve en el campo civil y como dice Jiménez de Azúa "La tipicidad es rigurosamente penal proque solo en este derecho funciona el tipo con carácter agotador" lo cual no ocurre como ya se dijo, ni en materia civil ni comercial, en donde junto con la ley funcionan con relevancia jurídica las declaraciones de voluntad, como son los contratos o el testamento.

Ya anteriormente se indicó que los caracteres del tipo fueron en lo general conocidos, no obstante que fué Beling quien le dió estructura a la doctrina; sin embargo debe tomarse en consideración para el estudio mismo de la doctrina del tipo, un estudio somero del cuerpo del delito, creación ésta de la que arranca toda la estructura del tipo legal. Esta proposición ha sido reconocida por muchos de los tratadistas de Derecho Penal.

La teoría del tipo al ser enunciada por Beling lo coloca en un -

orden primordial en la jerarquía de los elementos esenciales a la no-
ción del delito. Para Beling el tipo es la suma de aquellos elementos -
materiales que permiten establecer la esencia propia del delito e inte-
gra el núcleo del concepto en torno al cual se agrupan los demas ele-
mentos. Antes de esta nueva forma de enfocar el delito, las defini-
ciones de éste hacían referencia unicamente a que era "una acción anti-
jurídica culpable y sancionada con una pena" pero en seguida ha sido -
preciso transformar esta forma de concepción del delito, para conside-
rar la cuestión del tipo y su importancia, toda vez que aquella deter-
minada acción tipificada por el legislador y precisamente por esa tipi-
ficación debía automaticamente considerarse como antijurídica. Amplian-
do y tecnificando la definición enriqueciéndola así con un concepto -
nuevo y justo. El tipo penal describe abstractamente los elementos ma-
teriales necesarios que caracterizan cada especie del delito. Esta ha
sido la concepción primordial acerca del tipo y la que ha prevalecido
y es sustentada por la mayoría de los autores.

No obstante la teoría ha sufrido rectificaciones por su propio-
creador y en 1.930 propone nuevas observaciones en relación a su doc-
trina original, y en esta nueva ocasión, hace nuevas distinciones en-
tre lo que es el tipo y lo que el llama la especie delictiva. Conside-
ra Beling que ésta es un todo compuesto de una pluralidad de elementos,
expresados o subentendidos, que se encuentran en la correspondiente -
descripción legal. Estos elementos que componen la especie delictiva,
unos son de naturaleza externa y objetiva, tales los que caracterizan
la antijuridicidad y otros de naturaleza subjetiva tales los que se re-
fieren a la culpabilidad.

Pero esta especie delictiva siempre estaría en referencia a "U-
na imagen unitaria" que vendría a ser determinante para la unidad de
la especie delictiva; esta imagen unitaria es el tipo que informa y -
preside la creación y la vida de cada especie delictuosa y representa
esquemáticamente su contenido esencial.

En esta forma el tipo adquiere una nueva estructura y de hecho --
objetivo abstracto y conceptualmente descrito se convierte en imagen --
rectora, cuadro dominante o tipo regens que vendría a normar y a re--
gir cada especie delictiva. Con esta nueva presentación de lo que es
el tipo, la adecuación de la conducta al tipo, ya no sería a lo que
dado en llamar especie delictiva sino a la imagen rectora. Esta nueva
expresión del concepto del tipo, a pesar de las explicaciones dadas --
por su autor respecto a que su construcción, daba solución a proble--
mas que fueron planteados con relación a la anterior teoría, sin em--
bargo no tuvo la aceptación esperada y los penalistas han seguido tra--
bajando con los conceptos primordialmente expuestos. La característi--
ca principal del nuevo enfoque de Beling es mas que todo de carácter --
metódico puesto que, en lo que se refiere a lo específico de la con--
ducta es indudable que la adecuación tendrá que ser a los diferentes --
tipos de delitos que un Código contiene y que han sido concebidos por
el legislador como tipos de lo injusto. La tarea iniciada por Beling
para la delimitación del tipo como elemento esencial del delito desde
su primera exposición, pone de relieve la importancia que revisten --
los elementos objetivos que, conceptualmente integran la singular es--
pecie delictiva plasmada legislativamente en la ley y con ello las ba--
ses de la doctrina del delito. Es sobre esta base que importa consi--
derar la función metodológica que desempeña el concepto del tipo, por--
que alrededor de él vemos se concretiza la antijuricidad en cuanto a --
los fines penales; lo cual tiene gran relevancia en cuanto al proceso
formativo de la ley y tambien al quedar ya plasmada en la legislación,
como elemento de garantía y seguridad a más de ser elemento guiador --
en la función judicial, por otra parte determina con precisión, cual
es el comportamiento humano que en un determinado momento es delicti--
vo.

En este aspecto debe considerarse todo delito en la forma que--
se presenta, ésto es, en su expresión externa, sea como acción o --



como omisión, puesto que los elementos materiales que están a la vista y que concuerdan con la expresión descriptiva de la ley, dan lugar a una mejor actuación e interpretación judicial.

Importa hacer referencia a lo que la doctrina del tipo como función concretizadora de la antijudicidad se refiere, por cuanto si bien el tipo puede considerarse como central en el concepto del delito, no está en ninguna forma desligado de la antijuricidad, desde luego que la tipicidad siempre ha de ir unida a lo injusto, puesto que los tipos de delito son ante todo antijurídicos, en cuanto son extraídos del complejo ámbito de los comportamientos que, el legislador estima antijurídicos. Esta condición de que el tipo legal penal concretiza lo injusto ha sido reconocido por la mayoría de los penalistas. Y se ha considerado que la antijuricidad es la verdadera razón esencial de la tipicidad, para ello debe considerarse la situación en que se encuentra el legislador; cuando éste confronta la situación de dictar la ley penal, toma en consideración la serie de actos de la vida real que, en cierto modo se consideran antijurídicos, pero no tienen sanción penal y frente a esta situación, el legislador establece una figura de delito o sea crea un tipo, sancionador de la antijuricidad preexistente. Algunos tratadistas han señalado la existencia de un nacimiento simultáneo de lo antijurídico y lo típico, pero si bien esto puede acontecer en el acto material legislativo, ello no quiere decir que el acto no haya sido previamente conceptuado como antijurídico, aunque esta valoración hubiera sido hecha en instantes inmediatos. Esto pues, nos demuestra que la antijuricidad es la ratio essendi de la tipicidad. El penalista Max Ernesto Mayer concibe la tipicidad con carácter indiciario o sea como fundamento de conocimiento de la antijuricidad o sea que, cuando un simple hecho o conducta sea recogida o descrita en un tipo se pone de relieve que, en la generalidad de los casos la misma es tan inequívocamente antijurídica que el legislador se ve precisado a acotarla en un tipo penal. Esta posición y la ante-

rior significan dos enfoques de una misma situación desde distintos -- puntos de vista. Considerada la antijuricidad como razón esencial del tipo, desde el aspecto que anteriormente se señaló, del hacer legis-- lativo, o sea que lo antijurídico determina la necesidad de crear el tipo; pero considerado desde el punto de vista del tipo ya creado o -- sea constituido en el régimen legal, natural es que al presentarse el hecho concreto, la existencia del tipo penal es un fundamento de cog-- nición, desde luego que el tipo penal confirma si el hecho acaecido -- pertenece o no a la esfera penal, ambas situaciones son ciertas des-- de el punto de vista en que cada uno se ubica.

CAPITULO V

LA ADECUACION TIPICA.

Al examinar el tipo hemos de considerarlo no solo desde el pun-- to de vista de su expresión estructural sino también como algo que -- tiene una función. El estudio en abstracto de los tipos penales no a-- gota el contenido de la tipicidad. Debe examinarse además la dinámica de su función, pues sí bien el moderno Derecho Penal es un catálogo -- de tipos delictivos como afirmó Beling, es sin embargo además, un -- conjunto de normas jurídicas que la realidad social ha impuesto y que deben ser aplicadas de la manera que el mismo ordenamiento legal impo-- ne. Los tipos delictivos constituyen un sistema que coordina los di-- versos conceptos que integran la realidad jurídica; los acontecimien-- tos y fenómenos que trascienden a la vida del derecho, rodeados de -- los tipos delictivos, son el producto del choque de diversos elemen-- tos y conceptos penales. Por éso, en el estudio del tipo penal, si-- bien debe examinárselo estático como figura estructural ya definida, en la adecuación típica, deben considerarse los procesos del movimiento y los fenómenos que se producen. Es en esta forma como se integra la concepción funcional del tipo y su adecuación en cuanto esta viene a ser como una expresión personal del individuo que, trata de encajar su conducta en algo preestablecido y definitivamente consagrado en la ley.

De lo anterior podemos concluir que el tipo penal concretizado en la ley, no puede tener vigencia sin que haya una adecuación entre la conducta antijurídica y el tipo básico penal. De esa manera vemos que, - el concepto de adecuación está mas allá de la simple causalidad material, para entrar en la dinámica de los tipos penales; y así se ve -- que, en la adecuación de los hechos al tipo, hay una faena de encaje o ajuste de la multiforme realidad de la vida en el tipo descrito en la ley, este contejo del mundo real con el supuesto legal, es el proceso de subducción, por el cual la abstracta fórmula de los tipos cobra vida al subsumirse en ellos los hechos ajetutados, la ley que yace inerte y flácida, vive y se yerque al contacto con la realidad fáctica, tal como lo expresa don Luis Jiménez de Azúa. Adecuación típica - subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias. Esta adecuación puede producirse directa o indirectamente. En la primera o sea la directa, la conducta humana activa el tipo penal por la inmediata subsunción en la descripción básica establecida en la ley. En la adecuación típica indirecta el proceso de vinculación a la descripción legal, es de una manera mediata, o sea a consecuencia de otros elementos que amplifican el tipo penal.

La concepción de la adecuación típica nos lleva a presuponer un juicio lógico, en el que la conducta humana como premisa histórica por constituir lo vivo y en movimiento, está subsumida en una premisa legal o sea en el tipo, es decir en lo estático pero que entra en función en contacto con la realidad. Y como ésto que, es una facultad de enjuiciamiento y que para el caso penal es de competencia de los órganos del Estado en forma exclusiva, por estar atribuida a estos la potestad jurisdiccional, el juicio lógico antes dicho tiene una naturaleza judicial. Esta condición implica que, debe pronunciarse acerca de si la acción o conducta humana es o no adecuada a un tipo penal lo cual es objeto de un exámen reflexivo sobre el nexo entre la na

turalidad y la ley, por consiguiente deben de limitarse con precisión - tanto la conducta principal que se trata directa o indirectamente de - subsumir en la ley punitiva, como el tipo o tipos delictivos que en el caso concreto han de entrar en función. Y en esta forma una vez esta- blecida la adecuación típica de la conducta principal, deben buscarse las vinculaciones típicas de las conductas accesorias.

CAPITULO VI

FUNCION DE LA TIPICIDAD.

Ya con anterioridad hemos señalado que el delito es una unidad, en que pueden advertirse sus distintas características mediante el análisis. Y también hemos visto que la tipicidad es la característica descriptiva. También en virtud del análisis es fácil advertir la relación existente entre estas características, así como la condición particular de cada una de ellas; la tipicidad no es dentro de estos términos ratio essendi de la antijuricidad sino que un indicio de ella tal la postura de M.E.Mayer o a la sumo como función de concretización y de conocimiento de antijuricidad a los efectos penales. La tipicidad delimita y enmarca la antijuricidad desde el momento en que tiene expresión como tipo penal y en vistas a una norma anterior susceptible de violación y también de conocimiento cuando coinciden en el tiempo la aparición del tipo y de la antijuricidad; no obstante que sobre este último término puede aducirse el concepto de que, siempre hay una apreciación de la antijuricidad aunque sea momentaneamente anterior a la aparición del tipo.

De lo anterior se puede ver que la tipicidad y la antijuricidad se relacionan y se condicionan pero siempre pueden ser distinguidas, por consiguiente puede decirse a) la tipicidad y la antijuricidad no se identifican; b) el tipo concretiza o indica lo injusto; c) el tipo legal es el punto de unión de todos los caracteres del delito; d) la tipicidad es garantía liberal. Tiene además otra función en cuanto al -

aspecto procesal y a la indagación hecha por el Juez.

El tipo legal ya hemos visto que es completamente distinto de lo antijurídico, pero sí hay que afirmar que, concreta o indica a éste. Si un hecho no es injusto o violatorio de una norma, no puede ser motivo para que se crea un tipo legal penal. Establecido el tipo sabemos que este tiene una función indiciaria, pero también debemos concluir que para antes del establecimiento del tipo el legislador toma en consideración conductas que estima que serán antijurídicas, o sea establece concretamente aquello que por ser injusto se castiga.

La concreción del tipo ocurre generalmente cuando la antijuricidad precede cronológicamente a la descripción típica de lo que, por ser injusto ha de ser punible. Tal ocurre con ciertas conductas que para el consenso general son inmorales o injustas pero que, no son punibles por no estar comprendidas en la parte especial del Código Penal; pero una vez que esto ocurra o sea que esta conducta se defina y se pene, entonces aparecerá la tipicidad como concretizadora de lo injusto.

También se considera que el tipo legal, señala la antijuricidad porque hasta el momento de la acción, la conducta no era injusta, pero en un instante dado por motivos de primordial urgencia se concretiza un tipo y se le da una pena y entonces se dice que lo injusto y el tipo nacen juntos; esta simultaneidad entre lo antijurídico de la conducta y la descripción conceptual del tipo legal al que se asocia el castigo, puede sin embargo escindirse en una valoración previa, aunque inmediata en el tiempo y estimarse como primordial el aspecto antijurídico de la conducta.

Hechas las anteriores consideraciones importa establecer que, alrededor del tipo giran los otros caracteres del delito puesto que se conectan con él, la antijuricidad y la culpabilidad y puede decirse que se subordinan a él, cumpliendo en esa forma la acabada función que le corresponde a un ordenamiento jurídico liberal y democrático.

tico, La culpabilidad y la antijuricidad, en materia penal, han de serlo en referencia a la figura rectora que se encuentra en un artículo determinado de la parte especial del Código Penal. Esta fundamentación acerca de la estrecha vinculación y subordinación de los caracteres del delito alrededor del tipo legal penal, es la corriente mas aceptada tal como dice Sebastián Soler de que la acción típicamente antijurídica y culpable sea adecuada a una figura penal. Agregando "Por lo tanto la figura delictiva señala la fisonomía que en cada caso deben tener aquellos grandes elementos (Antijuricidad, culpabilidad) para que de delito pueda hablarse. No basta que el delito sea una acción antijurídica y culpable; debe serlo típicamente, ello es, en el sentido del tipo que está en consideración".

Vista así la cuestión y establecida en la unidad del delito la relevancia de la tipicidad, forsozo es considerar que ésta pertenece a un régimen liberal. En la defensa de la libertad humana la delimitación de los caracteres del delito es importante y eficaz..

La expresión de Beling acerca de que "No hay delito sin tipicidad" viene a ser una modalidad de la garantía que el hombre tiene frente al poder público. Y hay que advertir que, la tipicidad en derecho penal constituye una característica específica, puesto que ella es la que imprime la verdadera garantía y delimita la función del poder. Y es que la tipicidad tiene una función agotadora, no admite alrededor de ella otras posibilidades como ocurre en las otras ramas del derecho y por eso podemos decir con la afirmación de Frias Caballero "Que si se estudia a fondo la cuestión se ve que ésto último se debe a que en el Derecho Penal la descripción es imprescindible en todo caso es decir, es constitucionalmente imperativa y exhaustiva, y por tanto lo es con exigencia dogmática (Derivada de preceptos constitucionales) la adecuación de toda conducta punible como tal, a esa descripción. No ocurre otro tanto en derecho civil, comercial etc. en lo que la descripción no es consitucionalmente imperativa; de donde resulta que e

lla puede existir en unos casos y faltar en otros y cuando existe no es exhaustiva. De ahí que la adecuación de una relación civil, comercial etc. por ambas razones a la vez, no pasa de ser un mero accidente. Por tanto ese ajuste-tipicidad- solo caracteriza de un modo específico, a la acción punible. Consideración final; tipo y tipicidad no son un modo común a todo el derecho, sino conceptos específicos del "Derecho Penal".

Dada esta concepción adviértese la importancia que la tipicidad tiene en el período indagatorio del juicio. Toda vez que el juez en su actuación tendrá que observar que el hecho que investiga revista todos los elementos del tipo delictivo, para así, en una forma objetiva proseguir la investigación hasta el esclarecimiento acerca de lo antijurídico y culpable.

Y por lo demás, debe considerarse que el papel de la tipicidad es innegable y su significación es decisiva en la teoría jurídica del delito. "La teoría del tipo llega a ser cada vez mas la piedra angular de la dogmática jurídico penal y el lazo de unión entre la parte general y la parte especial". Tal ha dicho Mezger.

La teoría del tipo ha sido considerada por autores como Beling de un amplio contenido y fuerza pues, incluso la concibe dentro del derecho consuetudinario y la analogía y a ese efecto estima que, la analogía exige para ser aplicada cuando se trata de un hecho no tipificado que exista un tipo que sea muy analogo. De allí que el tipo adquiere relevancia, aún en lo sistema jurídico en que esta garantía de libertad no cumple el papel que se le asigna en los países cuyas constituciones estan basadas en la democracia y la libertad, pero que sin embargo, determinan para la función analógica la existencia de un tipo que regule la aplicación por analogía.

✓ La teoría del tipo legal, si bien cumple su función específica en materia jurídica penal, como algo exclusivo de esta materia, no debe considerarse que pertenece a una determinada legislación; y pues

to que las derivaciones teóricas sobre esta materia partieron de la legislación alemana; hay quienes consideran que esta teoría se circuns-cribe unicamente a la legislación de ese país. El surgimiento original del vocablo Tatbestand, surgió del término corpus delicti, que ha si-do común a casi todas las legislaciones en cuanto significaba la exis-tencia de un hecho especialmente penado para establecer la culpabilidad del agente delictivo.

Esta cuestión del cuerpo del delito, es singularmente importante por cuanto muchas legislaciones procesales especialmente en nuestro con-tinente, sigue comprendiendo la acepción que el tipo tenía y tiene en la legislación alemana; y es de advertir que en cuanto al estudio dog-mático, las características del cuerpo del delito pueden asimilarse - a las de la tipicidad, tal como se ha hecho por los teóricos alemanes. Y es por eso que el Profesor Jiménez de Azúa dice: "Creemos que el ti-po legal y su función agotadora delimitativa de la incriminación y de la pena condigna, que expresamos con el término tipicidad, puede y debe tener pleno vigor en la ciencia, en la legislación y en la prác-tica de España y de la Argentina, mientras hayan sido o sean demoli-berales".

CAPITULO VII

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CUERPO DEL DELITO.

La forma como la teoría del tipo fué presentada, antes de las últimas rectificaciones hechas a ella por su creador, es la que mejor se aviene a nuestras legislaciones y en esta denominación comprendemos también a nuestro Código de Instrucción Criminal que, es el que se re-fiere es especial al cuerpo del delito y que regula las condiciones -- que se precisan para cumplir con la inver-stigación penal, en relación a los hechos concretos y a los tipos de la parte especial de nuestro - Código. Es por ello que, el concepto del cuerpo del delito es esen-cial toda vez que éste no solo tiene importancia en relación al proce-

dimiento penal, sino también en el derecho sustantivo.

En el estudio del cuerpo del delito se reconoce el influjo que la teoría de la tipicidad ejerce para su debida comprensión, puesto que se encuentra constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales que se encuentran en la definición del tipo y si se considera que el acto es el cuerpo del delito y su descripción se haya en la tipificación legal del delito, logicamente se puede concluir, que, el cuerpo del delito comprende los elementos con que se describe el delito.

El cuerpo del delito ha sido considerado en su estudio de tres distintas maneras: 1) Como un hecho objetivo, tanto permanente como transitorio connatural en cada delito o sea la acción punible abstractamente descrita en cada infracción, como un homicidio, un hurto, etc, 2) Como el efecto material que ha resultado despues del acaecimiento del delito, sobre todo cuando se trata de un hecho permanente, tal como un cadáver, una lesión, etc; y 3) Se ha tomado como vestigio o huella apreciable realmente y que se conserva como recuerdo del acto perpetrado como una arma, una llave falsa etc. Es posible advertir que en nuestro procedimiento penal la acepción cuerpo del delito está tomado como el conjunto de elementos materiales que constituyen la especie delictiva y que se describe en la ley penal respectiva; no obstante también que en la integración del capítulo que estudia el cuerpo del delito, se encuentran situaciones especiales en las cuales se hace referencia a las circunstancias de comprobación del hecho o a los vestigios que quedan después de su perpetración. Estas situaciones crean naturalmente diversos modos de contemplar el cuerpo del delito, toda vez que son completamente diversos el concepto sustancial y abstracto del cuerpo del delito y los medios señalados por la ley para establecer su comprobación.

Pero a pesar de estas Concepciones es posible advertir que, es el hecho objetivo tanto permanente como transitorio insito en cada de

lito, el que mejor expresa la doctrina contenida en la legislación - nuestra sobre el cuerpo del delito, o sea que se hace referencia a - la acción punible, abstracta y objetivamente descrita con unidad de - sentido en cada infracción. Y es siguiendo esta trayectoria que es - posible reconstruir el concepto del cuerpo del delito establecido en - la base del sistema penal como el dogmático pueda crear alrededor de - él la teoría del delito hayando en el concepto del cuerpo del delito - fundamento para establecer firmemente el tipo penal. Por lo que es así como debió operarse en el país de origen de la teoría del tipo penal, la transformación del cuerpo del delito en aquel.

Observando como han operado las transformaciones de un concepto a otro, se ha visto que hay sin embargo algunas lagunas que ha sido preciso llenar mediante el estudio detenido de cada uno de los conceptos, puesto que el tipo penal estructurado sobre una base estrictamente objetiva hacía difícil en ciertos casos construir el cuerpo del delito con elementos estrictamente materiales. Y ello porque el tipo delictivo que concretiza la antijuricidad y el cuerpo del delito que -- corporiza al delito, no siempre era posible por cuanto existen elementos subjetivos que permanecen en el ánimo o voluntad del agente delictuoso; y así es como han entrado en consideración elementos llamados típicos subjetivos o bien los elementos subjetivos de lo injusto, que corresponden a una especial intención o finalidad que, da característica especial a la ilicitud de la conducta y que concurren a determinar el tipo penal.

El tipo, como injusto recogido y descrito en la ley penal, está mejor precisado en cuanto mas avanza el derecho penal. Sin embargo existen conductas antijurídicas que no estan precisamente determinadas y entonces para lograr su determinación hay que acudir a otras leyes - o reglamentos a que hacen referencia. Estos son los llamados tipos en blanco porque para encontrar la precisión que la ley penal no ha hecho, hay que acudir a otras leyes o reglamentos en que se encuentran definini

dos los preceptos a que hace referencia el tipo penal. Es por eso que, este complemento que se encuentra en las otras leyes, es lo que completa el tipo y éste así adquiere su función normal.

En la diversidad de tipos que se encuentran en el Código Penal, las expresiones con que se describe algunas veces son de carácter muy general y algotras detalladas, y en ocasiones el comportamiento anti-jurídico dominante en una disposición, es recogido para tener actuación en otros comportamiento típicos y se establece así, una relación formal acumulativa creandose así en una misma figura una especie de escala típica. Como en el delito de falsedad. Y de esta manera el legislador haciendo uso de un proceso lógico de generalización, toma las notas comunes a una serie de hechos reales que son diferentes por algunas circunstancias. No obstante esa generalización siempre va procedido del juicio valorativo de la conducta en relación a las normas y fines del derecho. Sin esa valorización, la creación de un tipo carece de fundamento ético jurídico y su creación implica una real arbitrariedad.

CAPITULO VIII

ANALISES DEL TIPO LEGAL.

Tipos de Mera Descripción Objetiva.

La ley define los delitos y establece los tipos legales y generalmente los describe objetivamente, algunas veces en forma escueta y otras en forma detallada. Y esto es de gran importancia en cuanto a la garantía que el tipo implica, por cuanto si no fuera así, aparecería de pronto un síntoma de arbitrariedad. Sin embargo los Códigos no son siempre conformes con esta actitud y aunque hacen referencia a determinadas situaciones, están éstas definidas con demasiada generalidad; tales los casos de delitos en que solamente se dice, como en el aborto, en que se hace referencia unicamente "El que cauare aborto" - será penado con determinada pena, sin que se defina que es tal hecho, tal como lo expresa nuestro artículo 364 del Código Penal. Igual for

ma descriptiva general es la que se encuentra en la tipificación homicidio que se concreta a decir el que mate a otro", así como lo expresa nuestro Artículo 358 pn.. En el análisis de esa clase de figuras típicas, se encuentra ante todo el núcleo constituido por el verbo, referencias al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, la ocasión y a los medios.

En la pura descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal, como matar, apoderarse o sustraer etc. El núcleo del tipo es de enorme importancia -- puesto que, decide los problemas que se suscitan en concreto de un especial delito, incluso para establecer el grado de perfección o frustración que acontece para el momento de la acción. El núcleo del tipo exige muchas veces ser interpretado, no aceptando como definitivo el tenor literal del verbo, sino de acuerdo con los fines, ver el bien jurídico tutelado tal acontece por ejemplo, en el delito de la violación en que se habla de yacer con una mujer y que puede darse para los casos de una violación en que, el sujeto activo podría ser una mujer que se aprovecha de un hombre.

En cuanto a la referencia del sujeto activo, comprende las condiciones que debe llenar la persona del sujeto para que, el hecho -- por él cometido pueda serle imputado, o sea que en cuanto a esas condiciones personales se refiere que haya un ajuste preciso en el tipo descrito en la ley, o bien que, un sujeto carezca de los elementos que se señalan para que sea sujeto de delito.

✓ En cuanto a esta referencia, a la persona, se exigen para ésta a veces determinada condición jurídica, como cuando es un funcionario público o bien un profesional legalmente reconocido o cuando se trata de delitos en que el parentesco es esencial o situaciones de índole natural y fisiológica o políticas etc. como en los tipos que hacen referencia especial, a la mujer embarazada o a una persona extranjera, condiciones éstas que, son una restricción al principio gene-

ral de que cualquiera persona puede ser actor de un delito. Sin embargo adquiere mucha importancia para ciertos casos de codélincuencia, como es en aquellos en que se trata de dilucidar la participación de extraños, en delitos cometidos por funcionarios públicos, a delitos cometidos por profesionales, así como los que se refieren a las relaciones de parentesco y también los que importan una calidad natural, fisiológica o política del hombre.

En cuanto al sujeto pasivo del delito, también se encuentran en las figuras penales ciertas características de índole especial, las cuales son necesarias para la determinación del tipo y cuya falta hace desaparecer a éste; así también cobra importancia en el sujeto pasivo motivos de parentesco para los casos del homicidio calificado, también estados de tipo valorativo como cuando la ley se refiere a una mujer honesta, también situaciones de autoridad en los delitos contra los funcionarios o bien condiciones específicas, como cuando la ley hace referencia a un jefe de Estado o representante de una nación extranjera, en los delitos cometidos contra ellos.

En cuanto al tiempo siempre es importante considerarlo por cuanto las acciones siempre se producen en un instante y lugar determinado; aunque es bien sabido que el tiempo, la ocasión y el lugar, en los hechos de normal ocurrencia, no tienen mayor importancia, esto no quiere decir que no sean señalados, en ciertas circunstancias, como constitutivos del tipo y éste ha sido compuesto conforme a determinadas referencias al tiempo, lugar, ocasión y medios empleados. Así por ejemplo se señalan los casos de delitos cometidos en tiempo de guerra; o cuando se habla de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones o bien cuando se comete el hecho con ocasión de un acto religioso, etc. esto en referencia a la ocasión y en cuanto al lugar cuando hace referencia la ley a una casa habitada o en edificios públicos en algunos casos de robo; cuando se habla de despoblado o en lugares destinados al culto, etc.

En cuanto a los medios, es importante señalar que, algunas veces ésto constituye importantes motivos para establecer la antijuricidad pues, sólo cuando los acompañan a la acción es que llegan a constituir el tipo; tal ocurre por ejemplo con la violencia, la intimidación, la fuerza, la coacción, el engaño, el fraude, etc.; la publicidad en los delitos de injuria etc.- Los medios así concurren en ocasiones a diferenciar un delito de otro, como ocurre en los casos del hurto y del robo en que la fuerza o la violencia diferencian a éste de aquel.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LO INJUSTO

Los elementos subjetivos de lo injusto, algunas veces se hallan expresamente y entonces no deben ser apreciados con sentido diverso a las modalidades de la acción que el legislador dejó expresadas en la figura típica. No obstante el elemento subjetivo de lo injusto es lo que generalmente da sentido al tipo. Y se reconocen dichos elementos aunque no aparezcan manifiestos en la definición del tipo legal, siempre que éste lo requiera. Como en el caso de la lesión ocasionada por la intervención quirúrgica y la cometida en una ocasión distinta. Estos elementos a pesar de su gran importancia en cuanto a los aspectos para determinar la naturaleza de la conducta, aún para diferenciar un delito de otro, no implican necesariamente que su estudio deba separarse de la tipicidad. Y de lo que se trata es precisamente de que esos elementos subjetivos, no son otra cosa que manifestaciones que nos llevan a la organización científica de los delitos y en particular de la figura rectora. Y estas circunstancias que hacen difícil, las delimitaciones, en cuanto a las referencias antijurídicas y culpables, son las que imponen la debida delimitación para ubicar estos elementos en donde corresponde cuando precisan al tipo.

En la delimitación de los elementos de índole subjetiva cabe precisar: 1) Aquellos elementos subjetivos que dicen relación directa

con la culpabilidad, como cuando se exige la voluntariedad en el delito de homicidio para distinguirlo del que se comete por imprudencia o sea el homicidio culposo. Puesto que en estos casos, cometido el hecho, no es necesario que se diga que es intencional o cometido con dolo, así como tampoco es preciso decir que ha sido contrario a la ley. Tampoco se hacen referencias especiales al dolo para oponer el tipo doloso al culposo. Bastará en todo caso definir el homicidio por imprudencia, puesto que el descrito como tipo propio, se entiende -mientras no se pruebe lo contrario- que se comete dolosamente. 2) El elemento subjetivo aparece en algunos tipos en forma ambivalente, pues tiene referencia a la culpabilidad pero también a lo injusto; tal en los tipos en que se expresa que, un hecho se comete a sabiendas, que claramente expresa que además de la intención de cometer el hecho, debe tenerse un especial conocimiento de las circunstancias, tal en el delito de aborto que requiere la ley que se reconozca el embarazo. 3) También hay en algunos tipos elementos subjetivos que, se vinculan al fin y que son verdaderos delitos de intención o propiamente de intención ulterior, y que son apreciables como representación de los elementos subjetivos de lo injusto; y se consideran como de una finalidad que está situada detrás de la realización del tipo; como cuando se dice: inducir a; para el fin o con el propósito etc.- 4) También se encuentra el elemento subjetivo que expresa el móvil que, aunque generalmente es integrante de la culpabilidad, sin embargo aparece como específico del tipo en casos como el infanticidio en que se dice: que comete el hecho para ocultar la deshonra. 5) También existen tipos legales en que los elementos subjetivos tienen una franca referencia a lo injusto, como el ánimo del lucro en el hurto y el ánimo de injuria en los delitos contra el honor.

Como se ve de lo anterior estos elementos constituyen algo exclusivo del tipo y pueden llamarse con exactitud elementos subjetivos del tipo y que son específicos para cuando se trata de establecer la

subsunción del hecho concreto a la figura penal. También en la descripción objetiva, el legislador coloca elementos que se les da el nombre de normativos; que pueden considerarse como partes esenciales de la acción, pero se distinguen de las referencias del acto, en que no están en relación directa de causalidad con el movimiento corporal. Así por ejemplo, cuando se habla de la cosa ajena en el objeto sustraído en caso de hurto, el hecho de ser ajeno no tiene relación de causalidad con el ladrón. Sin embargo, sobre este tópicó Max Ernesto Mayer ha dicho: "Cuando una circunstancia no indica la antijuricidad, sino que la fundamenta, no es entonces ratio cognoscendi, sino ratio essendi, y pertenece a la antijuricidad; es su parte esencial. Los elementos normativos del tipo tienen precisamente esa particularidad. En tanto que en la sustracción yace un indicio del apoderamiento antijurídico, la ajenidad de la cosa es su parte esencial; si falta la sustracción se excluye el tipo del hurto; si falta la ajenidad se excluye la antijuricidad del apoderamiento" citado por Jiménez de Azúa. Esta afirmación sin embargo no es del todo exacto puesto que estos elementos normativos algunas veces se deben a lo que se ha llamado impaciencia del legislador que obligan a los jueces a hacer valoraciones; para claridad pueden verse algunos elementos insertos en el tipo que exigen una especial valoración de la situación de hecho; pertenecen al tipo y por ello están estrechamente ligados a la descripción típica; y en una situación concreta obligan a hacer un juicio pero éste es de índole cognitiva. Así se puede ver en los casos en que hay que apreciar la verdad o falsedad para el caso del falso testimonio; o en casos en que la valoración se hace mas apreciable en cuanto hay que estimar por ejemplo la deshonra; y también hay valoraciones de tipo jurídico, como en el caso de funcionario en los delitos propios de éste; o bien actuaciones valorativas de índole empírico-cultural, en las referencias a la honestidad, deformidad etc. Estos elementos valorativos implican un acto de conocimiento y no podrán considerarse como estrictamente normativo.

En referencia a estos últimos se han considerado que, son ca--
racterísticos de la antijuricidad, pero eso no quiere decir que cuan--
do han sido colocados expresamente por el legislador al describir el
tipo, éstos no pertenezcan a él. Son por consiguiente elementos nor--
mativos de la antijuricidad, que constan en la descripción típica, y
que obligan en los casos de aplicación concreta a entrar en valoracio--
nes de carácter normativo. A estos tipos por su especial condición -
se les ha llamado tipos anormales. Estas referencias se encuentran en
distintos artículos de los Códigos Penales, cuya expresión valorativa
y normativa, está clara en los casos en que se habla de lo ilícito
de la conducta; o bien cuando se dice ilegítimamente, ilegalmente,-
injustamente, sin causa o motivo legítimo, sin las formalidades o -
requisitos legales etc.. Esta somera investigación hecha alrededor de
los aspectos del tipo tanto en lo que se refiere a éste, desde el -
punto de vista de lo meramente descriptivo, como la especial condición
de los elementos subjetivos que inciden en él, nos lleva a una conclu--
sión y es que en definitiva, el tipo siempre tiene un carácter descrip--
tivo, pues aún considerando las circunstancias especiales enumeradas
como elementos subjetivos de lo injusto o elementos subjetivos del ti--
po, éstos siempre aparecen insertos dentro de lo que es la definición
de la infracción, en la parte especial de los Códigos Penales; de a--
llí que siempre tenga importancia para apreciar a cabalidad la conduc--
ta, que ésta esté acomodada a la descripción legal; y es así como u--
na vez más puede decirse con certidumbre que, esta clase de elementos
específicamente subjetivos que aparecen en las figuras penales, co--
rresponden con exactitud al tipo y no a la antijuricidad, como han -
querido algunos penalistas entre otros Mezger. Al considerar este as--
pecto del tipo y los distintos elementos que lo integran, vemos la -
importancia que tiene como elemento de conocimiento o como factor in--
diciario cuya relevancia hizo presente Mayer.

La Tipicidad y su importancia en el Procedimiento. → *Cap. I*

Sabido es que las distintas ramas del derecho en mayor o menor medida se encuentran vinculadas y se producen procesos de integración mas ó menos amplios sobre todo entre las materias sustantivas y adjetivas inmediatamente atañeras, tal como sucede con el Derecho Civil y los Procedimientos Civiles, entre el Derecho Penal y el Procedimiento Penal, y especialmente en estas materias, en que podemos decir que la tipicidad es un punto de contacto amplio entre el Derecho Penal y su Derecho Procesal. Desde el punto de vista de la tipicidad como descripción objetiva e indicio de lo antijurídico, vemos que adquiere un relevante papel para los efectos del juicio sumario. Para el Juez que instruye las primeras diligencias, es importante revisar con atención los elementos del tipo delictivo pues, solo entonces podrá ante el hecho concreto, establecer si éste es indicio de un hecho antijurídico que corresponde a una descripción legal, haciendo caso omiso a toda situación valorativa que implique anticipo de opinión acerca de la culpabilidad de una persona. Y en esta misma circunstancia deben tenerse también presente, los elementos normativos y subjetivos de lo injusto que, aparecen referidos en el tipo, a fin de no incurrir en situaciones de confusión o duda.

El Juez encargado de recoger las primeras diligencias debe ante todo establecer la existencia del tipo como carácter descriptivo, y procurar buscar todas las pruebas y recogerlas para determinar lo antijurídico del hecho y, además, sobre la participación de un individuo y, si ésta a su vez, ha sido motivada por dolo o culpa del indiciado; debiendo abstenerse de hacer valoraciones acerca de la conducta antijurídica, salvo cuando es preciso de acuerdo con los elementos subjetivos o normativos insertos en el tipo, no pudiendo inmiscuirse en cuanto a la culpabilidad porque ello rebaza los límites de su investigación.

El comienzo de la acción judicial se produce, cuando aparece -

un hecho que se considera delictivo, y ello se da principio al sumario para investigar si en realidad la conducta investigada corresponde a un tipo determinado, por lo que, solo cuando exista un hecho que revista caracteres típicos, pueden los jueces abrir el sumario correspondiente. Y esto, porque basta que el hecho en sí aparezca con dichos caracteres, puesto que, en el momento de inicio de la investigación se puede carecer de noticias acerca del actor y además si la conducta del agente fue o no antijurídica. Para el juez instructor el caso es puramente objetivo o descriptivo.

Para los efectos de la investigación, el Juez que instruye las primeras diligencias debe tomar en cuenta: 1) Establecer la existencia del tipo o sea ver que se den en el hecho todos los elementos establecidos en la definición legal y recabar la prueba pertinente para el caso; y 2) El juez debe buscar un indicio racional de criminalidad contra determinada persona. Debe pues buscar un nexo que una al hecho que investiga con una determinada persona o sea, a alguien a quien se le puede atribuir la conducta o imputársele la acción; debiendo pues buscar indicios que sean mas o menos racionales y verosímiles.

Es así como puede decirse que el Juez de instrucción debe probar la existencia de la tipicidad, tomando en consideración el hecho en la vida real y el tipo de la ley subsumirlo en forma estricta y luego establecer los elementos que conduzcan a vincular el hecho y la definición con una persona determinada, a quien debe serle atribuida su participación.

Estos elementos se dan para cuando se provee el auto de detención, que en nuestro Código de Instrucción Criminal es obligatorio dictarlo cuando aparece prueba del hecho y una presunción acerca de la participación, por lo que puede decirse que este auto de detención exige: que este justificada por una presunción grave que se ha cometido algún delito; y que haya, en los delitos graves, indicios sufi-

cientes o cualquiera presunción para creer responsable a una persona:
Art. 66 I.

Compete pues al Juez instructor, comprobar al menos semiplenamente, la existencia de hecho de la vida real que contenga los caracteres del tipo legal descrito en la ley. Y en esta acepción es como debe entenderse la referencia al delito. No debe pues hacerse una indagación acerca de los caracteres generales de éste, sino que precisar si, el hecho que se investiga concuerda con la definición legal, es decir, debe verse todo lo concerniente a la tipicidad.

Debe además reconocer los indicios suficientes de la participación del sujeto, sobre todo en los delitos graves, debiendo considerarse que esos indicios, son también hechos atribuibles a un sujeto en relación al acto típico establecido; y en relación a esto, en esta parte del proceso, nomás debe encontrarse el nexo y no extenderlo además, a la participación dolosa o culposa que pueda tener el individuo en el acontecimiento. De lo anterior podemos deducir que en el proceso sumario, interesa probar los elementos del tipo, sin hacer juicios valorativos mientras dura la instrucción y no pronunciar ningún criterio sobre la culpabilidad, tanto mas que esto no compete al Juez de Derecho. Lo dicho no obsta, para que una investigación pueda reunir en forma simultánea, los elementos que permitan enjuiciar los acontecimientos en lo referente a la antijuricidad y aún en cuanto a la culpabilidad, a lo cual se puede llegar cuando está depurado el informativo y el Juez dicta un auto de sobreseimiento por haber una causa de justificación o existir una excusa absolutoria.

En el proceso, en que el Juez tiene que hacer las debidas y necesarias investigaciones que conduzcan a la integración de la conducta con la ley, siempre aparecerán las naturales dificultades que implican los tipos, en donde cobran relevancia específica elementos subjetivos o nombrativos, los que se han llamado tipos anormales, puesto que en el proceso de subsunción tienen que ir mas alla de lo mera

mente descriptivo, puesto que, tiene que hacer una indagación acerca de la intención específica que se da especialmente en los tipos que -- tiene elementos normativos; aunque ello no reste importancia al proceso indagatorio o cognocitivo que el tipo conlleva. En estos casos para el Juez se presenta una situación de mayor profundidad en el conocimiento, y tiene que hacer un juicio valorativo alrededor de la índole antijurídica de la conducta del autor.

La importancia procesal de la tipicidad salta a la vista, desde el momento que es primordial para el Juez, establecer que se ha cometido un hecho delictivo y que por consiguiente amerita la investigación necesaria para llegar a la situación en que se hacen presente lo antijurídico y culpable. En todo momento el Juez lo que hace es indagar, no se enfrenta a ningún proceso valorativo y aún en aquellos casos como en la legítima defensa, que es una causa de justificación, el Juez recaba las pruebas necesarias en torno a los elementos que -- constituyen esa causal eximente de responsabilidad, o sea acerca de la agresión ilegítima, de la racionalidad del medio empleado para impedir la o repelerla y de la falta de provocación del agente; pero hasta allí la conducta del Juez está dirigida hacia lo objetivo, o sea -- que frente al hecho que constituye para el caso; el tipo de homicidio, recoge los otros elementos de prueba en referencia a la causa de justificación, legítima defensa; es ya frente a esta serie de hechos que el Juez en nuestro especial modo de proceder, tiene que hacer un juicio de valoración alrededor de la falta de antijuricidad de la conducta, declarando la existencia de una causa que exime de responsabilidad, pero esto ocurre cuando ya se ha depurado el informativo o -- sea cuando ya se ha agotado la investigación.

Asimismo puede verse respecto a los motivos que dan lugar al sobreesamiento que indica el Art. 181 I. que, para llegar a él, es preciso obtener de la información seguida en el sumario, datos concretos y objetivos respecto del hecho que ha dado origen al enjuiciamiento.

En el número primero de dicho artículo se dice: cuando el hecho que hubiere dado motivo al sumario no tuviere pena señalada en la ley, lo cual quiere decir que el Juez se enfrenta a una conducta aparentemente típica y antijurídica pero que, en definitiva y luego de agotar la investigación, se encuentra que el hecho carece de pena o sea que en la forma específica en que ocurrieron los acontecimientos, no corresponden a un tipo determinado y se encuentra frente a una conducta atípica o sea el elemento negativo de la tipicidad, pero aún en este caso, se advierte la importancia procesal de la tipicidad. Respecto al número segundo de dicho artículo que dice: "cuando no se haya podido comprobar plenamente el cuerpo del delito", está haciendo la disposición una exacta referencia a la tipicidad desde luego que, aquí se toma el concepto cuerpo del delito con especial significación al tipo legal; y aunque el numeral se refiera a falta suficiente de prueba esto significa que, los elementos típicos para los efectos de la garantía procesal no fueron suficientemente establecidos, pero sobre ello giró la investigación judicial tendiente como dijimos a concatenar la conducta con el tipo legal. En el numeral tres del referido artículo hay una referencia al agente, pero que indudablemente está siempre vinculada la participación criminal con un hecho que ha de ser típico. Y por último en el cuarto ya se ha explicado la situación en que el Juez se encuentra frente a un hecho típico en el que concurren causas eximente y que dan motivo para el juicio de valoración como antes se expuso.

He allí, pues, como en el campo procesal, adquiere particular relevancia la tipicidad; y máxime porque en nuestro sistema procesal penal, se siguen las corrientes generales en torno a que el inculpaado en la condición de un delito, es inocente hasta que no se haya dictado el fallo de culpabilidad que, en nuestro ordenamiento jurídico corresponde al jurado.

En el congreso Latinoamericano de criminología celebrado en Chi

le en Enero de 1941, se hicieron especiales referencias a la importancia de la tipicidad en la materia procesal, como antes se ha dicho y uno de sus ponentes entre otras cosas manifestaba "Que el cometido del Juez instructor se limita a dejar satisfechas las finalidades objetivas del sumario; que estas consisten en verificar el hecho punible y su tipicidad, por una parte, y por otra su imputación, con motivos fundados a los que aparezcan responsables; que además le incumbe recoger todos los elementos necesarios para que oportunamente pueda apreciarse la antijuricidad del hecho y la culpabilidad; que no obstante lo dicho el instructor ni pese pruebas ni juzga de la culpabilidad, pues ello corresponde al Tribunal sentenciador después de concluido el sumario; que por lo tanto aunque la instrucción recoga y agrupa pruebas, no lo hace contradictoriamente".

Esta tendencia de considerar la tipicidad de suma importancia procesal ha sido puesta de relieve por autores como Rafael Fontecía, que estudia la tipicidad como segundo elemento de los presupuestos procesales del juicio, y dice: "Siendo pues, la primera función que incumbe al Juez antes de juzgar, la justificación de la tipicidad es obvio que, para declarar reo, debe abstenerse de hacer apreciaciones valorativas atinentes a la antijuricidad y culpabilidad, salvo cuando esté en presencia de elementos subjetivos o normativos enraizados al tipo, en estos casos, esas valuaciones quedan correspondidas dentro del tipo mismo, y, por lo tanto, deben establecerse. Un análisis anticipado de la antijuricidad o de la culpabilidad en el auto de reo importaría prejuzgar y resolver, desde luego, el juicio criminal, lo que es contrario a nuestra técnica procesal".

Esto confirma que el Juez está obligado a comprobar hechos de carácter típico y de sus elementos, especialmente cuando se trata de tipos de mera descripción objetiva y subjetivamente cuando hay elementos subjetivos de lo injusto. La valoración únicamente tiene ve-

rificación cuando hay en el tipo, elementos normativos. Esta forma de establecer los efectos procesales de la tipicidad contribuye a fortalecer la explicación dogmática jurídica penal a los trámites procesales reafirmando la vigencia del apotegma de Beling de que "no hay delito sin tipicidad".

CAPITULO ~~XI~~ → XI

EL CUERPO DEL DELITO Y EL PROCEDIMIENTO PENAL. ✓

Con anterioridad ya hemos hecho referencia al cuerpo del delito como elemento que ha servido de punto de partida para la estructuración de la teoría de la tipicidad, y volvemos a la referencia específica del cuerpo del delito, por cuanto en nuestro Código de Instrucción Criminal, hay un título consagrado a la reglamentación del Cuerpo del Delito, como elemento fundamental del Juicio Criminal.

Hicimos ver que el Cuerpo del Delito se considera: I) Como el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio connatural en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción; II) Considerado como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de perpetración; y III) Como cualquier huella o vestigio de naturaleza real que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada.

Esas tres acepciones han dado margen a que se cree una serie de teorías en relación al cuerpo del delito, pues han considerado a éste, desde cada uno de los ángulos que conducen a aseverar cualquiera de cada una de esas tres proposiciones. Pero indudablemente que la que mejor corresponde a la realidad de lo que se ha querido significar con cuerpo del delito, es la primera acepción que hemos dejado transcrita.

Y es que la teoría del cuerpo del delito surgió a la vida del derecho procesal penal, por la necesidad de garantía que el derecho implica y porque en materia penal, la existencia de los errores judi-

ciales producían en muchas ocasiones irreparable daños; y fué por eso que se vió precisado el jurista y luego el legislador, para un verdadero enjuiciamiento penal, que hubiera un algo concreto que hiciera evidente la existencia de la infracción, y a esta evidencia, se le dió el nombre de Cuerpo del Delito, de allí que en principio se tomara en consideración que, estos efectos materiales fueran considerados como el Cuerpo del Delito. Pero ésto que en principio fue una norma de garantía y que dió inicio a nuevas normas procesales, no podían tener una aplicación general, porque dada la circunstancia de la materialidad que exigía, no tenía aplicación en los delitos de efecto transitorio por lo que, esta incipiente teoría era incompleta. Había necesidad de formular una teoría que fuera comprensiva de los delitos de efecto permanente y transitorio, desde luego que, para los efectos del proceso y para la garantía que necesita el procesado era necesaria la existencia indudable de la infracción penal. Necesariamente los elementos materiales que quedan en evidencia, cuando se trata de delitos de efecto permanente, la prueba material de ellos sirve para configurar el delito de que se trata, dejando claramente expuesta la transformación física que se ha producido por la acción delictiva. En los delitos de efecto transitorio la falta de materialidad, dado que no quedan vestigios, tiene que ser proporcionado por elementos no materiales, pero que en forma cierta establezcan la realidad de la infracción.

En definitiva pues, lo que se persigue al dejar establecido el Cuerpo del Delito, es que aparezca claro en el proceso que se ha cometido una infracción o sea que el hecho que el juzgador tiene ante sí, es una de las figuras que el Código Penal tiene en su parte especial.

El estudio del cuerpo del delito tal como se ha hecho, implica la determinación de la realidad de consumación del delito y la realidad de participación en el delito. Y estas consideraciones deben te-

ner aplicación, tanto en los delitos de efecto permanente como en los de efecto transitorio, desde luego que, tanto en unos como en otros siempre hay una consumación y una participación. No debe pues desestimarse que la falta de materialidad, en los delitos de efecto transitorio, deje sin aplicación, no debe dejar sin aplicación, la teoría del cuerpo del delito, porque también para estos casos se requiere una consumación y participación voluntaria en el evento. Hay también en los delitos de efecto transitorio una transformación, desde luego que, ha habido lesión en los derechos de una persona ofendida, por consiguiente la probanza de esa transformación, por cualquiera de los medios de prueba, implica necesariamente la existencia del cuerpo de un delito. Lo que vendría a constituir la diferencia entre ambas clases de delito es la forma como se prueba, o sea que clase de prueba es necesaria para establecer unos u otros. Para los delitos de efecto permanente es precisa una prueba material, para los otros se requiere una prueba personal, pero ambas conducen a establecer la existencia de una lesión jurídica encajada en una figura delictiva que constituye el cuerpo del delito. Esto es lo que el Doctor José María Méndez ha llamado "La realidad de consumación del delito".

Establecida que es, la existencia del hecho y su concordancia con una definición legal penal, nos encontramos con el fundamento de la acción judicial que persigue la determinación de una persona responsable o no del hecho, esto nos lleva dentro de la sistemática del proceso a vincular la existencia legal del cuerpo del delito, con la búsqueda de la persona responsable o sea la determinación de la delincuencia tal como la llama nuestro Código. Y es que la estructura legal del proceso, no puede conformarse solo con establecer que se ha cometido una infracción sin que alguien esté implicado en ella, puesto que el fin del proceso es declarar una culpabilidad o una inocencia, obteniendo con ello el fin, que es la justicia.

La forma de tratar el cuerpo del delito de la manera tradicio-

nal, hace necesaria esta vinculación cuando se hace su estudio puesto que, esa noción cuerpo del delito expresa una generalidad comprensiva de lo que es el delito en sí, lo cual pues nos lleva a estudiar el problema desde la caracterización del acto voluntario, pasando por la especificación de la infracción hasta la imputación a una persona determinada, lo que hace que el estudio de esta materia se vuelva muy amplia.

El estudio del delito como es comprendido en la actualidad, tiene bien delimitadas las características del mismo, haciendo posible que su estudio sea mas acabado y al verificarse la necesaria síntesis, se advierte toda la sistematización que el delito representa.

Y esto nos hace pensar que es necesaria una revisión a la teoría del cuerpo del delito, por cuanto uno de los elementos del delito, como es la tipicidad, expresa con amplitud, lo que en definitiva se pretende con el acto procesal de la comprobación del cuerpo del delito.

Como con anterioridad se ha dejado dicho, la adecuación de la conducta al tipo legal, viene a precisar la existencia de la tipicidad, por cuanto se ha dado uno de los elementos del delito o sea que frente al hecho concreto hay una figura legal penal que encaja perfectamente en él. La teoría del cuerpo del delito tal como tiene expresión concreta en nuestra legislación, mas bien parece hacer referencia a un tratado sobre la prueba, y no como se ha pretendido, ser la expresión de la existencia del delito; como aparece en la definición de nuestro Código de Instrucción Criminal en el Art. 122 que dice "Que el Cuerpo del Delito no es otra cosa que el delito mismo y averiguar el cuerpo del delito es lo propio que reconocer su existencia o averiguar que lo ha habido, ora por los medios generales ora por los medios particulares con que puede y debe justificarse cada uno" esto pareciera indicar que el delito se toma no como lo que es dentro del Derecho Penal, sino unicamente como la acción circuns-

crita a la definición legal, puesto que de otro modo la definición ca-
recería de todo sentido, desde luego que, el cuerpo del delito sería
comprendido de todos y cada uno de los elementos que constituyen el de-
lito y que se han dejado expuestos en la definición dogmática del deli-
to que al principio hemos dejado transcrita. Por esa razón considera-
mos que la definición legal es poco feliz y que además toda la estruc-
tura jurídica, creada alrededor del cuerpo del delito en el ámbito -
legislativo, carece del debido y suficiente arraigo científico en la
actualidad y no llena la satisfacción el cometido de una moderna legis-
lación procesal.

Sin embargo de esos preceptos contenidos en el Título X del Cód-
igo de Instrucción Criminal, podemos reafirmar lo que con anteriori-
dad se ha dicho, de que la teoría de la tipicidad ha surgido a conse-
cuencia de la evolución que en el tiempo ha sufrido al concepto del -
cuerpo del delito. Tanto éste como aquella han sido estudiados y pue-
tos en consideración por el carácter de seguridad que, en materia pe-
nal requiere la gestión procesal y por ambos se ha pretendido encon-
tar la necesaria garantía contra los errores judiciales primero y como
garantía de Derecho Penal Liberal enseguida. Por el cuerpo del delito
se buscó la forma de estructurar en forma cierta, la existencia de
la infracción, al principio observando los efectos materiales de ella,
tales como el cadáver, la lesión, objeto rotos o incendiados etc., -
lo que indudablemente proporcionó la objetividad necesaria para esta-
blecer la certeza de la infracción, pero que luego dió lugar a la -
confusión, entre lo que debía ser el cuerpo del delito y su prueba y
mas aún los objetos que pudieron servir para la comisión del hecho.

No obstante en el proceso evolutivo que reviste toda discipli-
na, natural era que se fueran afinando las concepciones situando al -
cuerpo del delito en su sentido mas acertado y científico y que por -
lo mismo diera lugar a las sucesivas transformaciones que fueron fru-
to de las investigaciones dogmáticas del delito que, ha señalado con -

precisión los elementos de éste y les ha asignado su verdadera función. Y por consiguiente el acto material o sea la conducta que amerita sanción, ha sido estudiado en sus diversos elementos por separado, asignando a cada uno su verdadera función dentro de la teoría general del delito; de este modo se han superado muchas de las dificultades y deficiencias que entrañaba la teoría del cuerpo del delito.

CAPITULO XII

EL CUERPO DEL DELITO EN NUESTRA LEGISLACION.

En el Art. 122 del Código de Instrucción Criminal que ya antes hemos mencionado, ha hecho el deslinde necesario en cuanto a lo que ha querido referir, o sea la acción que constituye la infracción, con los elementos o instrumentos del delito, así como sus efectos, pues al decir que el cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo, ha pretendido situar la acción dentro del ámbito penal legal. Sin embargo en el contenido del título del Cuerpo del Delito encontramos mas bien referencias a la forma de comprobarlo y lo que es aún mas impropio, solo hace referencia a la forma de comprobar cuando se trata de determinados delitos como son: los de homicidio, estupro, violación, hurto y robo, sustracción de menores etc. Hay pues en esta materia, mas que sistematización de una teoría jurídica acerca del cuerpo del delito, señalamientos concretos sobre la prueba, es decir que, se reglamenta mas la forma de probar determinados delitos que la concreción legislativa de la doctrina jurídica del cuerpo del delito.

Después del Artículo que define legalmente el cuerpo del delito se le asigna a éste la importancia que tiene el proceso penal, pues el Artículo 123 del Código de Instrucción dice: "El cuerpo del delito o falta es la base y fundamento del juicio criminal y sin que esté deficientemente comprobado no puede elevarse a plenario la causa, excepto en el caso del Art. 183". Esta disposición ya directamente nos aparta de toda conceptualización doctrinaria y nos ubica en el terreno del

proceso, la plenitud de la prueba del cuerpo del delito para fundamentar y basar el juicio criminal. Requerimiento legislativo de alta importancia, porque sólo en presencia de la conducta criminal comprobada, debe el Juez actuar en el proceso criminal, siendo por consiguiente esta disposición justa y adecuada a la pretensión de la justicia.

Pero enseguida de estas disposiciones de tipo introductorio y que son las que expresan doctrinariamente lo que es el cuerpo del delito y su importancia, nos encontramos con una serie de disposiciones que, son como guía de las probanzas requeridas para establecer el cuerpo del delito y el Art. 124 hace referencia a "los delitos que dejan señales cuya comprobación necesitare alguna pericia en ciencia o arte deberán ser reconocidas por dos peritos justificando así el cuerpo del delito"; luego reglamenta la condición de los peritos, lugares donde debe practicarse el peritaje, los casos de discordia, la imposibilidad de las excusas y otras tantas situaciones que pueden dar en materia pericial, y especialmente en los delitos de homicidio, aborto y lesiones, tal como lo indica el Art. 125. En el Art. 128 señala nueva condición para ser peritos en los casos de estupro y violación, confiriéndoles idoneidad a matronas de honradez y probidad. El Art. 129 se refiere a la necesidad de acumular en ciertas causas las certificaciones de las partidas de nacimiento y defunción, y reglamenta los casos en que estos documentos hayan de obtenerse de los libros parroquiales. Para los delitos que no dejan señal el Art. 130 especifica que el cuerpo del delito se establecerá por cualquier medio legal de prueba. Esta disposición pudiera ser omnicomprensiva para toda clase de delitos, y pudiera ser la fundamental en esta materia puesto que, en la forma como hasta hoy hemos venido observando, el Código trata de hacer incapié en los delitos que dejan señales y no en los que no dejan, dando para cada uno la correspondiente reglamentación; no obstante que lo que debe perseguirse es el establecimiento legal de todas las condiciones que en definitiva constitu-

yen la adecuación de la conducta al tipo legal. Sin embargo el Código continúa reglamentando las formas de comprobación del cuerpo del delito en los hurtos y robos, en la sustracción de menores y el rapto y así sucesivamente se van trazando normas que hacen referencias a los delitos antes especificados.

Podría preguntarse, frente a esa disposición legislativa, el por qué de la reglamentación únicamente sobre determinados delitos, --dejando sin ella a muchos de los delitos que están comprendidos en la parte especial del Código Penal y no es posible encontrar una respuesta adecuada, únicamente se puede explicar tal conducta legislativa, porque los delitos a que ha hecho referencia, son casi todos de los que dejan señales o en los que ha habido un desplazamiento material observable y susceptible de comprobación por la acción directa en las cosas que han sufrido los efectos del delito o que han servido para su ejecución. Pero en esta forma queda al criterio judicial, buscar la forma de comprobar otras clases de delitos que también dejan señales, como los de falsedad de moneda o documento y en los que no dejan señales como las injurias y calumnias verbales y en otros que requieren especiales condiciones, como en aquellos a que nos hemos referido cuando tratamos los elementos subjetivos de lo injusto o los que requieren condiciones objetivas de penalidad. Sobre estos casos queda librado el criterio judicial, para aplicar los medios probatorios que se requieren para establecer la existencia de la infracción y para referirla a una persona imputable y entonces vemos que toda la regulación establecida por título X del Código de Instrucción Criminal, como expresión legislativa de una doctrina jurídica, no cumple su cometido desde luego que la doctrina del cuerpo del delito, es referida a todos los delitos o sea a todas las infracciones que están definidas en el Código Penal y a las cuales se subsume la conducta concreta del sujeto delincuente.

Puede con razón hacerse crítica a la postura que adopta nues-

tro Código de Instrucción, conducida desde luego hacia los planos de todo el proceso, puesto que en la misma ordenación legal que rige -- nuestro procedimiento, se dice que el cuerpo del Delito es la base -- del juicio criminal Art. 123 I.

En varias de las disposiciones del Código de Instrucción Criminal encontramos referencias en donde es preciso que, haya una relación cierta de un delito cometido y así vemos como en el Art. 5.I., nos habla de las primeras diligencias de instrucción y dice: "Son primeras diligencias las indagaciones mas urgentes e indispensables que no pueden diferirse para la comprobación del Cuerpo del Delito por el medio que su naturaleza exige y para el descubrimiento de los Criminales; como el reconocimiento del cadáver en caso de homicidio, de la persona ofendida en el de heridas, golpes o cualquiera otra violencia de la casa o heredad quemada, de las fracturas o rompimientos en el robo, etc. la declaración del ofendido si fuere posible, el examen de los testigos que aparezcan desde luego como presenciales, la detención o arresto de las personas sospechosas y la declaración indagatoria de éstos". En este inciso vemos como hay una serie de datos referentes al establecimiento de una base fundamental para el juicio criminal, y es el encontrar la prueba para el establecimiento del Cuerpo del Delito, señalando la serie de diligencias que el Juez de instrucción debe practicar, para llegar a establecer, si el hecho al cual se enfrenta es -- constitutivo de delito por estar subsumido a una definición legal. -- Hay en este artículo una reglamentación orientadora para aquellos delitos que dejan señales que son los usados en la ejemplificación que -- contiene, pero deja siempre al libre criterio judicial, la búsqueda de los medios necesarios para establecer la existencia de la infracción que no deja señales. Esta disposición puede además dar lugar a la confusión que ha existido para considerar los efectos del delito como partes del cuerpo delito, puesto que obliga al Juez a tomar las medidas necesarias para obtener en forma inmediata todos aquellos efec--

tos materiales que, induzcan a la certeza de que el hecho que se investiga es delictivo. Además impone al Juez de inmediato la obligación de indagar acerca de la participación criminal. En esta forma este artículo en materia procesal vincula estrechamente la investigación del hecho en sí, con el autor, por lo que la doctrina del cuerpo del delito en este caso pone de manifiesto que es el delito en varios de sus elementos, lo que el juez debe precisar, no encontrándose en esa forma la limitación que debe existir entre el hecho, la figura delictiva y la participación, dando lugar a las confusiones que la moderna teoría del delito ha tratado de eliminar.

En el Art. 66 del Código de Instrucción Criminal al hablar de la detención dice: "Para proceder a la detención de una persona se necesita una presunción grave de que ha cometido algún delito o falta, pero bastará cualquiera presunción para detener a los indiciados de alguno de los delitos siguientes: homicidio, hurto, robo, incendio o falsedad en cualquiera de las diferentes clases enumeradas en el Código Penal. En esta disposición encontramos que el Código hace referencias a que una persona haya cometido algún delito, significando con esto, que haya quedado establecido plenamente que el hecho investigado está comprendido en las definiciones de la parte especial del Código Penal; haciendo en este caso un ^{distingo}, pues no menciona la expresión -- cuerpo del delito, ^{débiera} que/dentro de la doctrina general seguida por el Código, ser la adecuada para significar que es preciso estar establecido el cuerpo de un delito para que la imputación que de él se haga a una persona, amerite su detención, cuando hay una presunción grave o simple según la entidad del delito.

Hay en esto pues, una expresión que induce a creer que lo que la ley quiere es que haya una prueba de que el hecho concuerda con un tipo legal. El art. 149 I, dice: "El juez de la Instancia o el de Paz, luego que tenga noticia de haberse cometido un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, procederá a instruir las diligencias correspondientes para la averiguación del delito, sus actores, com--

plices y encubridores. "Este primer inciso de esa disposición citada, impone al Juez instructor, las diligencias para la averiguación del delito, volviendo en ésta forma a insistir en que es el delito lo primordial de la averiguación, y como tal hecho aislado, es decir siempre como proceso de substanciación entre lo concreto que se le presenta de inmediato y la figura legal que lo induce a pensar en la existencia del delito, máxime que en esta misma disposición se habla de la necesidad de averiguar sobre los autores, cómplices y encubridores delimitando aquí, la investigación sobre el hecho como delito y la participación. Esta disposición legal da lugar a pensar la falta de uniformidad en el tratamiento cuando de la investigación se trata ^{que} puesto/en estas disposiciones anteriores transcritas la ley habla de delito, significando con ésto que la investigación persigue establecer un ordenamiento, entre lo que ha sido noticiado al Juez como delito, y que se le presenta en los hechos concretos que de inmediato observa, que hacen inferir que constituyen en realidad una infracción sancionada penalmente y que por consiguiente puede ser imputable a una persona.

Sin embargo las expresiones empleadas por la ley no son exactas aunque la intención pueda conocerse por el intérprete judicial; y es que, hablar de delito implica expresar una categoría jurídica de amplio contenido, que está mas allá de lo que simplemente representan los efectos materiales que inducen a pensar en la existencia de la infracción; pero además esas expresiones tan generales empleadas por el legislador, de limitadas como pueden ser por la dogmática jurídica penal, nos conducen a encontrar presupuestos válidos para interpretar dogmáticamente nuestra legislación y ubicarla en el lugar preciso para una correcta aplicación.

Como vemos estas disposiciones vienen encadenandose, unas tras otras, hasta que el Juez se ve colocado en la situación de decidir, para los efectos de discutir contradictoriamente la responsabilidad penal o para dar por terminado el sumario, en los casos en que no apa

rece establecida la relación entre el hecho y la persona imputable; y así encontramos que el Art. 181 en el número II indica que hay lugar al sobreseimiento cuando no se encuentra comprobado el cuerpo del delito.

En esta disposición para los efectos procesales, nuevamente encontramos el concepto del cuerpo del delito que, debe ser entendido en el sentido de que, de las pruebas recogidas en el sumario, se ha establecido plenamente que el hecho investigado corresponde a una de las figuras penales que el Código respectivo establezca, o sea que todas las pruebas concuerdan con cada uno de los elementos que contiene la definición correspondiente, o sea que cada una de las circunstancias que se dan en el hecho concreto corresponden a las que en abstracto la ley ha consagrado. De innegable valor procesal es la consagración de este principio, desde luego que sólo cuando el hecho que ha dado origen al juicio criminal, se ha probado plenamente es de los castigados por la ley, se puede decir que el juez tendrá que dictar resolución a efecto de determinar si debe proseguirse el juicio o no, en caso la prueba de hecho no sea plena.

Cabe hacer alguna consideración también, respecto al número primero del mismo Art. 181 I. que dice que hay lugar al sobreseimiento cuando el hecho que hubiere dado motivo al sumario no tiene pena señalada en las leyes. En esta disposición encontramos una variante muy especial en cuanto a lo que pudiera considerarse cuerpo del delito; y es que el juez se encuentra ante un hecho aparentemente antijurídico, o sea de aquellos que chocan al sentido de justicia que tiene el juzgador y que por esa razón, abre investigación, a fin de imponer la correspondiente sanción a quien haya violado la norma defendida por el derecho. Pero de la investigación resulta que, establecida plenamente la existencia del hecho, en el Código Penal, no le aparece pena alguna. Esto significa en definitiva que, el hecho no es constitutivo de delito y la razón primordial de ello es que carece de tipicidad

o sea que no está consagrado en tipo legal penal. Podría entonces decirse sin faltar a la verdad que, el hecho no obstante su prueba cierta de existencia carece de cuerpo del delito; pero para este caso especial, la teoría del tipo legal penal es mucho más exacta, por cuando tiene plena aplicación para este caso especial al apotegma de Ber-ling "No hay delito sin tipicidad", Decíamos anteriormente que este precepto podría considerarse una variante del anterior, porque podría en una aplicación extensiva de la teoría del cuerpo del delito aplicarse a él, por la razón de que lo que se trata de comprobar y debe comprobarse plenamente es la existencia del hecho, y así poder en definitiva dejar a salvo la responsabilidad ante un hecho cierto por falta de sanción.

Estas dos circunstancias como vemos, se resuelven en definitiva, con que los hechos deben estar referidos, el primero a un delito cierto y el segundo a un delito aparente; para en el primer caso la investigación judicial cesa con el auto de sobreseimiento, en virtud de que no pudo probarse plenamente que el hecho investigado es de los sancionados penalmente o sea que el acto típico no fúé en todo legalmente establecido de manera que en los casos en que se tratara de un tipo descriptivo o que contuviera elementos subjetivos de lo injusto estos no lograron ser plenamente probados. En el segundo caso el hecho investigado debió probarse plenamente, o sea que los hechos inductivos a creer en la existencia de un acto antijurídico penal, fueron legalmente establecidos en la investigación judicial, pero no era posible subsumirlos a una figura penal porque ésta no existía, faltando la sanción correspondiente es decir que el hecho no obstante su apariencia antijurídica carecía de tipo penal. La teoría de la tipicidad en estos casos ayuda a. mejor delucidación los problemas que estos numerales del artículo 181 presente.

En el decurso del juicio criminal pueden presentarse las circunstancias que hace que éste continúe con el impulso procesal que --

dan las pruebas en el juicio, porque sí se logra establecer plenamente el cuerpo del delito y por lo menos semiplenamente la delincuencia, el juez se ve precisado a elevar la causa a plenario a fin de discutir en forma contradictoria las responsabilidades del indiciado. En esta fase del juicio nos encontramos con que el cuerpo del delito debe estar establecido en toda su plenitud o sea, que todas las pruebas conduzcan a dejar claramente establecido que, el hecho objeto de la investigación en todas sus manifestaciones, concuerda con la figura legal y que por consiguiente no hay dudas que se ha cometido un hecho sancionado por la ley. En este momento también la ley requiere de otro elemento y es que se haya esclarecido que, el hecho ha sido cometido por una determinada persona aunque esta prueba, la ley la requiere por lo menos semiplena, para los efectos del juzgamiento. Esta situación de vinculación que hay en el procedimiento penal, es la que ha traído cierta confusión en la teoría del cuerpo del delito por cuanto se ha querido ver que la delincuencia está tan íntima y estrechamente vinculada al cuerpo del delito que, éste no podría existir sin aquella, confundiendo así los elementos del delito que, deben estar claramente determinados, por cuanto la participación es una cosa que dice relación a la imputabilidad y el cuerpo del delito es una situación que tiene su expresión cierta en el tipo penal. Esta manera de concebir el cuerpo del delito y la delincuencia en forma estrechamente unida, en la que no es posible apreciar los límites de cada uno, conducen necesariamente a conclusiones confusas haciendo aparecer el delito como una unidad cuyas partes no es posible precisar. Sin embargo, en la moderna teoría del delito, cuya preocupación es deslindar cada uno de los elementos que constituyen el delito, trata de ahondar sobre cada uno de los elementos precisamente para facilitar la investigación y hacer más fácil la comprensión del todo; porque el estudio del delito en sus elementos, no niega la existencia de la categoría jurídica-delito-como unidad, pero sí cree necesario y oportuno que la investigación es-

clarezca el contenido estudiando separadamente sus elementos.

En materia de prueba, y dada la naturaleza de ciertos delitos, una misma clase de probanza sirve para establecer, tanto el cuerpo del delito como la delincuencia o sea que la tipicidad y la participación, se prueban con los mismos elementos, pero ello no quiere decir que no puede delimitarse la existencia de cada una.

Indudablemente que para los efectos judiciales, como para el estudio teórico del Derecho Penal, estas cuestiones referentes al estudio de los elementos que forman el delito, tienen una gran importancia metódica, por cuanto ayudan a formarse una clara idea de lo que es el delito y además para facilitar la investigación y situarla en planos más justos, cumpliendo con esto en forma más acabada los fines del derecho que es realizar la justicia.

Pueden en ciertos casos pecar la investigación de ligera o de descuidada la interpretación, y entonces llevar al conocimiento del jurado ciertos hechos en la creencia de que tanto el cuerpo del delito está plenamente probado como la delincuencia en el extremo requerido por la ley; y darse un veredicto de culpabilidad para la persona indiciada.

Sin embargo la sentencia sujeta como está a la revisión de los tribunales superiores, puede ser no obstante el veredicto de culpabilidad que la informó, ser revocada, declarando nulo el veredicto por no estar comprobado plenamente el cuerpo del delito o no estar simplemente probada la delincuencia. Y no podría ser menos, desde luego que, si conforme a los dictámenes de la prueba no aparece claro o probado el hecho que se considera delito, no es posible hacer un juzgamiento alrededor de él y cualquiera que se hiciere, por más que lo fuere por un Tribunal de conciencia, carecería de toda base legal. Y lo fundamental es que no ha podido precisarse que el hecho corresponda a algo definido como delito y, ese hecho pues, no puede integrarse a la figura penal, por faltar elementos que lo configuren, puede

decirse que no ha habido en realidad infracción penal.

Con lo anteriormente dicho a grande rasgos puede apreciarse que en nuestra legislación es de una inmensa importancia, la cuestión del cuerpo del delito, y que su estudio concienzudo, es preciso para el buen juzgador, tanto como para los otros colaboradores de la función jurisdiccional; y que dada esa importancia preciso es que se busquen los medios para que sea más precisa, la doctrina que le sirva de sus tento y ello necesariamente se consigue mediante la aplicación adecuada de las modernas corrientes de la dogmática jurídico penal.

De todo lo anteriormente expuesto, podemos observar que la -- preocupación tanto del legislador, como del juez, es para el primero, dejar claramente establecidas las figuras constitutivas de delito, y para el segundo, establecer que los hechos que investiga como infrac ciones correspondan en todo a la figura o la definición del Código Pe nal. Para ello en el Código de Instrucción Criminal, se ha estable- cido un título especial denominado del Cuerpo del Delito, pero como antes hemos dejado expuesto este título mas que una expresión doctri- naria alrededor de esa categoría jurídica, es mas bien un tratado so bre prueba. Creemos por ello que ese capítulo no cumple la función - informadora de tipo doctrinario y tampoco se ajusta ya, a las nuevas - corrientes del derecho penal. Y es que no obstante ser ésta una -- cuestión de tipo procesal, puede decirse que dado el nuevo estado de las corrientes penales, mas valiera darle contenido legislativo, a u no de los elementos del delito tan importante y significativo como es del tipo penal.

Conclusiones.-

En definitiva puede decirse que, en el Código de Instrucción - Criminal pueden establecerse las normas pertinentes que regulen en for ma precisa, las cuestiones relativas al tipo penal, o sea que tanto en lo referente al auto que da lugar a la detención, como a los que - ordenen el sobreseimiento o la elevación a plenario de la causa deba -

procurarse que, de la investigación se establezca en forma clara que el hecho corresponda a un tipo penal de los que aparecen en la parte especial del Código Penal, pudiendo por consiguiente en el auto que ordena la detención decir: "Para proceder a la detención de una persona se necesita constatación plena de que el hecho investigado corresponde a un tipo penal y presunción grave de que ha sido cometido por determinada persona; debiendo bastar cualquiera prueba de participación en los delitos de homicidio, hurto, robo, incendio o falsedad en cualquiera de las diferentes clases enumeradas en el Código Penal". Creemos con esto que se mejora la redacción del artículo 66 del Código de Instrucción -- que se dice que se necesita presunción grave de que una persona ha cometido algún "delito" o falta para proceder a su detención. Esta redacción como ya se dijo hace referencia al delito en una forma demasiado amplia y poco técnica para precisar en realidad que cosa o elementos deben estar probados, a fin de restringir la libertad provisionalmente a una persona; mientras que declarando que se necesita la constatación de que el hecho se subsume en la figura penal se está determinando con mejor claridad y acierto lo que es preciso para la mejor función del juez.

Igualmente debería legislarse en lo referente a las causas que dan lugar a sobreseimiento por cuanto podría decirse que hay lugar al sobreseimiento en los casos siguientes: 1o) Cuando el hecho que hubiere dado motivo al sumario no constituye un tipo penal y 2o) Cuando no se haya podido comprobar plenamente el tipo penal.

Con estas dos proposiciones se le da mejor contenido al número 1o. del Art. 181 I. por cuanto es mejor motivo de sobreseimiento el hecho constatado en el apotegma de que no hay delito sin tipicidad, que el hacer referencia a la pena que, es uno de los elementos del delito, pero que es mas consagratorio de la técnica jurídica la circunstancia de que si no hay tipo penal no puede haber delito y tampoco pena.

En cuanto al 2o) número también creemos que es más acertado de-

cir que no se ha comprobado plenamente el tipo penal, por cuanto es más concluyente para los efectos de la investigación que, lo que debe tener consagración procesal en la determinación cierta de sí, el hecho penal encaja en una figura penal, y si ésto no se logra establecer conforme a lo establecido en lo referente a la prueba criminal, no podrá nunca juzgarse a una persona cuya participación no sea cierta en un hecho que, debe estar plenamente probado que corresponde a un tipo penal.

Por consiguiente deberá estar plenamente probado la existencia del tipo penal y semiplenamente probado la participación para los efectos de la elevación a plenario de la causa. En ésta forma las disposiciones del Código de Instrucción Criminal referentes a las materias expuestas tendrán mejor relevancia científica y jurídica por cuanto estarán más acorden con el estado actual de la ciencia penal. Por lo que, los legisladores encargados de darles cuerpo de ley a las disposiciones de esta naturaleza deberán hacer uso de los vocablos mas justos para incorporarlos a la legislación respectiva, para cuando se trate de la reforma de la actual o de dictar un nuevo Código de Procedimiento Penal.

También a mi juicio y dadas las observaciones y estudio general precedente el actual título décimo del Código de Instrucción Criminal que trata del Cuerpo del Delito, debe ser suprimido e incorporar las disposiciones que contiene el título "De la Prueba en Materia Criminal", legislando además en forma mas moderna y técnica, la manera de como deberá establecerse la plenitud de prueba en lo referente al tipo penal. Consideramos por consiguiente, que, bastará una declaración general sobre como debe entenderse el tipo penal para los efectos que hemos anotado, de la detención, sobreseimiento y elevación a plenario, tanto así como para los efectos de la sentencia que, el Juez tendrá que constatar para dictar su fallo. Debiendo dictarse cuales son las formas mas adecuadas de pruebas o medio que servirán para establecer

la existencia del tipo penal, y de la participación, dándole a cada medio probatorio, las fuerzas legales necesarias que se estimen convenientes, de acuerdo con la teoría de las pruebas en materia penal.

Esto es lo que en definitiva proponemos después de nuestro estudio somero acerca de la tipicidad y el cuerpo del delito, queden como sugerencias para cuando de reformar o dictar nuevas normas procesales penales se trata.

I N D I C E

INTRODUCCION

Capitulo I. Apreciación sobre la Dogmática Jurídica

- " II El Delito en sus caracteres y como un todo
 - " III. La Tipicidad
 - " IV Referencias al Tipo
 - " V La Adecuación Típica
 - " VI Función de la Tipicidad
 - " VII Consideraciones Generales sobre el Cuerpo del Delito
 - " VIII-Análisis del Tipo Legal
 - " IX Elementos Subjetivos de lo Injusto
 - " X La Tipicidad y su Importancia en el Procedimiento
 - " XI El Cuerpo del Delito y el Procedimiento Penal
 - " XII El Cuerpo del Delito en nuestra Legislación
- Conclusiones