

879309

51

28j

FALLA DE ORIGEN

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



Facultad de Derecho Incorporada a la

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

Clave 8793-09

*EL NUEVO CONCEPTO DE TIPO PENAL EN LA REFORMA
CONSTITUCIONAL DE 1993*

T E S I S

Que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

J. CARLOS NIETO JUAREZ

Celaya, Gto.

Mayo de 1995



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

CON AGREDECIMIENTO:

A MI ESCUELA Y MAESTROS

*CON APRECIO A QUIENES SIEMPRE
ME APOYARON Y ME BRINDARON
SU CONFIANZA, ESPECIALMENTE A
MI PADRE Y MI HERMANO:*

*MANUEL NIETO CORNEJO(+)
Y
J. MANUEL NIETO JUAREZ (+).*

INDICE.

I N D I C E .

EL NUEVO CONCEPTO DE TIPO PENAL EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1993.

INTRODUCCION.

Pág.

CAPITULO I.- CONCEPTUACION GENERAL DEL TIPO PENAL.

1.-Definición de tipo penal.....	1.
2.-Tipo, tipicidad y juicio de tipicidad.....	9.
3.-Modalidades técnico-legislativas de los tipos.....	13.
4.-Tipicidad y Ley penal en blanco.....	19.

CAPITULO II.- TIPICIDAD Y ANTINORMATIVIDAD.

1.-Interés, bien y norma jurídicos.....	24.
2.-El papel de la ley penal.....	28.
3.-Afectación del bien jurídico y resultado material.....	32.
4.-Tipo y antijuricidad.....	35.

CAPITULO III.- EL TIPO PENAL EN LA CONSTITUCION.

1.-El principio de supremacía constitucional.....	42.
2.-Interpretación constitucional de tipo penal.....	47.
3.-Evolución del concepto del bien jurídico.....	53.
4.- La explicación del fenómeno a la luz de la función del orden jurídico.....	56.

CAPITULO IV.- ESENCIA Y SIGNIFICADO DE TIPO PENAL.

1.-Aspectos objetivos y subjetivos del tipo.....	63.
2.-Los tipos dolosos y culposos.....	68.
3.-Elementos del tipo.....	72.
4.-Ausencia de elementos del tipo y su consecuencia.....	79.

CONCLUSIONES.....	83.
RECOMENDACIONES.....	87.
BIBLIOGRAFIA.....	89.

INTRODUCCION.

I N T R O D U C C I O N

La estructura de nuestro derecho penal inspirada en la doctrina causalista que se había mantenido vigente por varias décadas y cuyos principios animaron tanto a legisladores como a los doctrinistas, y que por supuesto formaron generaciones de brillantes juristas, hoy en día se han visto superados con la aparición de lo que se ha dado a llamar:- doctrina finalista del delito.

La aparición de nuevos autores como Welzel principalmente, Bacigalupo, Zaffaroni, Kauffman, Novoa Monreal y aquí en nuestro país Moisés Moreno, Franco Guzmán, Carpizo, vienen a transformar legislativamente el mundo del derecho penal tanto que las últimas reformas constitucionales de apenas el mes de septiembre de 1994, fueron bastantes para ese avance radical pero de extraordinaria pulcritud en su exposición.

Así, la concepción hexatómica del delito que inclusive recoge nuestro actual Código Penal del Estado de Guanajuato, queda por virtud de esa reforma reducido a sólo tres elementos que conforman la estructura del delito, para definirse simplemente como "toda conducta típicamente antijurídica y culpable". Lo que hasta aquí parece un cambio semántico es una apreciación reducida, porque el telos de ello va más allá desde el punto de vista doctrinal y que haya reflejo en lo procesal.

En efecto, antes de esta reforma en nuestro país -y así se enseñaba en las escuelas de Derecho- la imagen del delito se identifica con la noción de "cuerpo del delito", sin embargo, la definición que líneas arriba se cito del delito cuando es llevada al campo de lo procesal provoco la inmediata desaparición de la materialidad, estructura o cuerpo del ilícito para cambiarse por lo que se denomina "elementos del delito", mientras que lo que se sabía "presunta responsabilidad" se llama ahora "probable responsabilidad" que aunque pareciera es idéntico no lo es como ya en la exposición será fácil de advertir.

La reforma constitucional ya no hace alusión a "cuerpo del delito" sino se refiere a "elementos del tipo", lo que trae a colación la imperiosa necesidad de saber dos cosas:- qué es el tipo penal y cuáles son sus elementos.

Hasta antes de la reforma apuntada teníamos bien entendidos los conceptos de tipo y tipicidad. El primero era la descripción que de la conducta infractora hacia la ley, en tanto el segundo, se construye a la adecuación de una acción en el mundo de la realidad a esa hipótesis legal. Ahora, la amplitud del "tipo" abarca elementos que antes formaban parte de otro nivel del delito, baste tan solo citar un ejemplo, el dolo es en la actualidad parte integrante del tipo cuando que siempre lo conocimos como miembro de la culpabilidad.

Esto ya de por sí trascendente, marco una gran inquietud en la labor de investigación que llevo al suscrito a descubrir nuevos horizontes en el mundo del derecho penal, porque ciertamente pueden verse como conceptos que están sujetos a la discusión y a la crítica, solo que si ya el legislador los adopto a nivel de la ley, a partir de ese instante se convierten en obligatorios, y todos aquellos que nos dedicamos o mantenemos una relación estrecha con el derecho penal, bien por nuestro trabajo profesional, bien por ser estudiantes, nos vemos compelidos adentrarnos en su conocimiento y poder mantener actualizada nuestra cultura jurídica.

De ese modo el desarrollo de mi tesis consta de cuatro capítulos divididos en subtemas. Así, el primero denominado "Conceptuación General del Tipo Penal" es destinado a determinar el marco conceptual del tipo penal y su trascendencia en el derecho penal, la razón por la que ahora se habla de tipos básicos, complementarios, suplementarios, de garantía, de dolo y culpa etc., en una exposición paulatina.

En tanto, el segundo capítulo llamado "Tipicidad y Antinormatividad" tiene que ver sencillamente con el problema de si el delincuente comete delitos o si bien lo que se vulnera con

su conducta es la norma contenida en el tipo por detrás del bien jurídico tutelado, tal que nos permita conocer el papel de la ley penal en este punto.

Mientras en un tercer capítulo, se vera "Tipo Penal en la Constitución" porque precisamente los cambios al derecho penal se dieron a nivel constitucional, luego, se impone conocer la trascendencia de esta institución en el máximo ordenamiento nacional y explicar a la luz de esos imperativos este fenómeno que es el tipo penal.

En última instancia, el capítulo cuarto encierra la "Esencia y Significación de Tipo Penal" en donde podremos notar cuál es ahora la connotación del tipo penal y por supuesto como el legislador lo entendió, sin dejar de señalar que es la nueva manera como debe ser enseñado a las nuevas generaciones, a la que precisamente este cambio compromete.

A guisa de conclusiones, lo que bien puede parecer un estudio dogmático ve pleno reflejo en la realidad normativa y apenas -con sus limitaciones- la sugerencia de su programación en los planes de estudio en las Facultades de Derecho.

Vale dejar constancia, que este esfuerzo movido primero por la curiosidad, después por la inquietud es ahora propio de un deseo profesional de superación, y a la manera de Couture en sus mandamientos "estudia para que cada día seas más abogado", es la constante y premisa que presento a mi jurado.

CAPITULO PRIMERO.

CAPITULO I.- CONCEPTUACION GENERAL DEL TIPO PENAL.

SUMARIO:- 1.- *Definición de tipo penal.* 2.- *Tipo, Tipicidad y juicio de tipicidad.* 3.- *Modalidades tecnico legislativas de los tipos.* 4.- *Tipicidad y ley penal en blanco.*

1.- DEFINICIÓN DE TIPO PENAL

La vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que, por dañar en alto grado la convivencia social, se sanciona con pena. El Código o las leyes los definen, los concretan, para poder castigarlos.

Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo -según el acreedor de la teoría-, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.

Errados andan los que piensan que puede distinguirse un "tipo de hecho" de un "tipo legal". No hay tipos de hecho. Se trata de una conducta del hombre que subsume en el tipo legal.

Como después veremos, hay auténticos tipos de mera de mera descripción objetiva, otros más detallados en que se dan modalidades de la acción referentes al sujeto activo, al pasivo y al objeto; y numerosos más en que aparecen elementos normativos y subjetivos de lo injusto. Estos elementos del tipo, y sobre todo, su valor funcional, han cambiado, o mejor dicho, se han discutido apasionadamente en estos últimos años.

Hay grande anarquía para verter esa expresión. Los italianos hablan de

"hecho especie", y Juan P. Ramos, en la Argentina, trata del "caso penal" o "caso legal". Me parecen estas expresiones sobre manera expuestas a equívocos. El "hecho especie" se confundiría con el tipo de hecho que acabo de rechazar, y el "caso legal" más bien parece aludir a los casos prácticos que se ponen en los seminarios y a los que juzgan los tribunales y que luego se coleccionan en revistas o libros de jurisprudencia.

Pedro Ortiz, en Chile, traduce esta característica con el inelegante término "encuadrabilidad". Y Sebastián Soler denomina la parte en que se ocupa de este tema con el epígrafe "Teoría de la subordinación". Estas versiones del concepto de tipicidad también me parecen expuestas a error. Más bien aluden a la adecuación típica (Tatbestanmassigkeit), de la que luego se hablará, y que en el sentir de Beling nada tiene que ver con el Tatbestand o imagen rectora.

La jurisprudencia chilena y la doctrina mexicana parecen preferir la expresión "cuerpo del delito", que tampoco acepto por la fuerte confusión que se engendra sobre lo que debe entenderse por tal. A mi modo de ver, el cuerpo del delito es el objeto material del mismo y, en todo caso, el instrumento con que se perpetra.

Ahora bien, destacados tratadistas afirman y sostienen que el antecedente inmediato de la noción del tipo, es el concepto de corpus delicti, posteriormente desarrollado en forma prodigiosa por Ernest Von Beling.

El corpus delicti tuvo su aparición en el campo procesal, identificándosele con la prueba material del delito; posteriormente se le confundió con el objeto material del delito, y, por último, con el hecho descrito en la ley, por lo cual, el corpus delicti se fundía con el concepto de tipicidad.

En el derecho penal contemporáneo, principalmente entre los tratadistas mexicanos, que siguen el criterio del extinto maestro Don Carlos Franco Sodi, están acordes en considerar al *corpus delicti*, como el conjunto de elementos materiales que integran cada evento delictivo, descrito por la ley penal.

"La paternidad de la moderna teoría del tipo es atribuida a Ernest Von Beling, que al decir de Don Mario Jiménez Huerta, "primero materialista y después espiritualiza el concepto de tipo penal." (1).

"Para este ilustre penalista Alemán, que en 1906, publicó su obra "Die Lehre vom Verbrechen", el "Tatbestand" que en la doctrina anterior a él no era sino la suma de la totalidad de los elementos del delito, o sea, el delito mismo, incluyendo el factor subjetivo de culpabilidad, es la suma de los elementos objetivos descritos en el tipo, es decir, de la particular disposición legal, o sea, la suma de los elementos materiales atribuibles al agente; más claramente, la acción delictuosa con las notas que caracterizan y la realización del resultado que con ésta ligado. Quedan por tanto, fuera de él, todos los elementos y las notas que se refieren a la culpabilidad."(2).

En 1930, Beling amplía su doctrina introduciendo nuevos términos, como: tipo de delito, tipicidad y adversión típica, Mariano Jiménez Huerta, al estudiar la teoría Belingiana, expresa que con las ampliaciones hechas a su doctrina (Beling), el tipo, "es la imagen rectora, cuadro dominante o tipo regem que norma y preside cada especie delictiva".

La adecuación de la conducta al tipo -idea ésta ínsita en el concepto de tipicidad- no ha de ser adecuación a la especie delictiva, sino a lo que es "imagen o figura rectora" o "cuadro dominante" de cada una de ellas. De lo anterior se deduce que el tipo legal se perfila como descripción objetiva y no valorativa.

A partir del insigne tratadista Alemán en referencia, ha derivado toda una estructura jurídica, tendiente a establecer el concepto o noción del tipo, en que cada autor lo defina de acuerdo con su personal punto de vista.

Para Edmundo Mezger el tipo, en el sentido de la teoría general del derecho, es el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; por lo tanto, como puede advertirse, Mezger identifica el tipo con el delito y lo estudia o sitúa dentro de la antijuridicidad, agregando que sólo es punible el que actúa típicamente.

Posteriormente, esboza una nueva definición diciendo que el tipo en el propio sentido jurídico penal, significa más bien, el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y cuya realización va ligada la sanción penal; de esta segunda definición manifestada por Mezger, se deduce que para él, la culpabilidad no se encuentra dentro del tipo, el tipo asociado a la culpabilidad, da vida u origina al delito.

Guillermo Sauer define al tipo como "una reunión típica de los elementos desvalorizados jurídicamente relevantes y socialmente perjudiciales." (3).

Por su parte Hans Welzel afirma. El concepto del tipo es múltiple. En su sentido más amplio significa el tipo total, es decir, la totalidad de los presupuestos de la punibilidad, y a continuación agrega, con ella se elimina de él, desde un principio, todos los presupuestos de persecución -como acusación- que reglamentan solamente la perseguibilidad procesal de la acción punible; si faltan, tiene lugar la finalización del procedimiento, no absolución como cuando falta una característica de la punibilidad. Las características de punibilidad del tipo total pueden separarse en grupos, a saber:

"a).- El núcleo de lo injusto de todo delito, o tipo, en el sentido más

estricto, es decir, la totalidad de las características conceptuales de lo injusto que caracteriza determinado delito, y que diferencia, por tanto, ese delito, de todos los demás.

Contiene el tipo un aspecto objetivo y otro subjetivo. Tipo objetivo de injusto es la acción de un hecho con el resultado eventual y las eventuales condiciones y características objetivas de autor; tipo subjetivo de injusto es el dolo con elementos subjetivos particulares de autoría. Abarca la mayor parte del tipo total.

b).- La culpabilidad (capacidad de imputación y conciencia de lo injusto) es una característica general de todos los delitos, y por eso no aparece mencionada expresamente en los tipos particulares.

c).- Las condiciones de punibilidad (únicamente en pocos delitos). Las más de las veces ya el tipo de lo injusto y la culpabilidad fundamentan la punibilidad del delito. Sin embargo, en algunos casos, depende la punibilidad de otras condiciones exteriores a la acción culpable (antijurídica)". (4).

Para Welzel tipo "es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido, o de la materia de la norma)." (5).

El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por penalmente prohibidas). Luego, conviene ver algunas precisiones:-

a). El tipo es un instrumento legal, o sea que es un dispositivo que se halla en la ley y no en el delito. Mediante el juicio de tipicidad se establece la tipicidad de una conducta,

siendo ésta la característica del delito. Con la pertenencia del tipo a la ley, no quiero afirmar que el tipo se agota en la formulación legal aislada que lo contiene, sino que, como luego veremos, la formulación legal en sí misma es el tipo legal, pero el mismo está requerido de una rectificación conglobante (tipo conglobante), dando ambos lugar al tipo y a la consiguiente tipicidad penal. De cualquier manera, el tipo conglobante también surge de la ley, por lo que es correcto calificar en general al tipo como instrumento "legal".

b). El tipo es lógicamente necesario. Cualquiera sea el sistema legal que exista, el tipo es imprescindible para averiguar qué es un delito. En su contenido el legislador puede prohibir las más diversas conductas, lo puede hacer con la mayor precisión posible (sistema de tipos legales) o proporcionando al juez una pauta (o sistema de pautas) general de elaboración (sistema de tipos judiciales), pero de cualquier modo no se puede llegar a un concepto sistemático del delito prescindido del tipo, porque no se puede averiguar la delictuosidad de una conducta prescindiendo de su tipicidad.

c). El tipo tiene por naturaleza predominantemente descriptiva. Estas características que requiere algunas aclaraciones.

1).- En principio, si bien el tipo siempre describe conductas o acciones, no siempre describe conductas prohibidas, puesto que, ocasionalmente, describe la conducta debida (tipos omisivos). En consecuencia, si bien el tipo reconoce un carácter descriptivo, no siempre las conductas que describe son las prohibidas.

2).- Por otra parte, en ningún caso la descripción legal es completa. Ello es imposible en general, porque se trata de conductas humanas y la ciencia desconoce múltiples aspectos de las mismas. Más aún prescindiendo de las limitaciones científicas, el tipo se limita a describir aspectos

diferenciales de la acción, con lo que resulta ser un esbozo torpe de conducta en el que cabe una infinita variedad de conductas humanas. Esta descripción en general grosera es la que permite valerse del tipo para individualizar conductas.

3).- El tipo está redactado en un lenguaje humano, y éste ha menester de un símbolo para connotar la conducta: el verbo. Consecuentemente, es includible que el tipo contenga un verbo. La circunstancia de que el verbo no esté bien precisado en el tipo legal es sólo una deficiencia o una modalidad de la técnica legislativa, que obliga al órgano jurisdiccional a precisarlo, a buscarlo, a desentrañarlo.

4).- La circunstancia de que el tipo penal individualize conductas mediante descripciones no implica que describa conductas y sólo conductas. El tipo además de la conducta del autor, puede abarcar conductas de terceros, objetos, horas, lugares, resultados, etc. En consecuencia, esas conductas que aisladamente son indiferentes al derecho, no resultan indiferentes cuando se dan los otros elementos requeridos en la descripción típica.

5).- La naturaleza descriptiva del tipo penal no implica que éste describa una pura "exterioridad", un escenario de autómatas que causan resultados. Cuando el tipo describe conductas lo hace en su totalidad, o sea, como tales conductas son. El legislador se acerca más a un narrador que a un esquizofrénico retratista -como parece entenderlo el causalismo-; usa la descripción para individualizar conductas humanas y el hecho de que en la descripción se refiera a la exteriorización de la voluntad -aspecto imprescindible no implica que prescinda de la voluntad misma tan imprescindible como la anterior-. Hasta hay claras referencias a lo subjetivo.

6).- De la naturaleza predominante descriptiva del tipo no puede deducirse su total acromaticidad valorativa: el tipo le otorga relevancia penal a conductas que son presumibles

antijurídicas.

7).- El tipo puede valerse ocasionalmente de otro método que acompañe a la descripción, que es la remisión valorativa (los elementos normativos). Esta remisión, en razón del sistema político de tipos legales, será restrictiva, en general, pues lo contrario implicaría una quiebra del sistema.

d). El tipo otorga relevancia penal a las conductas que individualiza. Con la mera afirmación de la antijuridicidad de una conducta, nada podemos afirmar sobre su delictuosidad, y no solamente porque no conocemos aún si es o no culpable, sino porque la antijuridicidad es independiente de la delictuosidad en el sentido de que las conductas que interesan al derecho penal son unas pocas conductas antijurídicas.

Es contraria a una norma una infracción administrativa o el incumplimiento de un contrato, pero estas conductas antijurídicas por sí mismas, no interesan al derecho penal. Le interesarían cuando con la infracción administrativa se viola por ejemplo un deber de cuidado y se causa una lesión física o cuando en el incumplimiento del contrato se reporta a su autor por ese ardid un beneficio indebido.

Con mucha razón la culpabilidad del autor no nos interesa penalmente, porque tampoco sabemos si tiene alguna relevancia penal, podemos averiguar la antijuridicidad de todas las conductas que violan normas jurídicas de cualquier índole y la culpabilidad de su autor, o lo que es la mismo la reprochabilidad de su conducta, para averiguar después si interesa al derecho penal. El tipo penal es el dispositivo legal auténticamente penal que individualiza las conductas que nos interesan. Por eso decimos que es el que otorga relevancia penal a la conducta.

Cabe advertir aquí que la circunstancia de que se le otorgue relevancia penal no significa que le otorgue "relevancia social" es una cuestión de hecho que nada tiene que ver con la tipicidad y cuya indagación corresponde al campo de la sociología y no al terreno dogmático, salvo que el tipo nos remita a ello para cerrarlo."(6) .

2.- TIPO, TIPICIDAD Y JUICIO DE TIPICIDAD.

Uno de los más caros anhelos de todos los hombres a través del tiempo y del espacio, ha sido el hecho de que los individuos, al ser castigados por el Estado, por la comisión de un hecho delictuoso, tal delito se encuentre previsto dentro del ordenamiento jurídico, para evitar el abuso del poder, principalmente dentro de régimen totalitarios.

De ahí la necesidad, no sólo de formar catálogos que incluyan hechos y conductas, cuya comisión merezca el reproche de la sociedad, mediante la imposición de la pena, sino de consagrar en forma expresa e inequívoca el principio que rija la actividad jurisdiccional en los casos concretos que se den o produzcan en el mundo fáctico.

"En efecto, la legislación penal del mundo adopta el principio de Furbach, como una garantía para los ciudadanos de ser juzgados por una ley exactamente aplicable al hecho que se les imputa, expedida con anterioridad al momento en que lo cometieron y cuya sanción que se les aplica, como un reproche a esa conducta antisocial e ilícita, se encuentra, igualmente, consagrada en la ley." (7).

De lo expuesto con antelación concluyo, que no hay delito sin tipicidad; que la tipicidad es la simple descripción objetiva del hecho abstracto, y que el juzgador, en holocausto a los principios liberales, no podrá actuar, sino cuando el hecho de que tiene conocimiento, reúna todos los

elementos del tipo delictivo descrito en la ley.

La idea del principio en referencia, presupone la adecuación al tipo, del hecho concreto sometido al conocimiento del juzgador, es decir, exige que el comportamiento declarado punible, éste descrito plasticamente en la ley misma. Sólo lo que esta previsto en un tipo de ley penal como delito, puede ser declarado como tal.

Por otra parte, comulgo con el pensamiento del maestro Ricardo Franco Guzmán en cuanto considera que la antijuridicidad es "ratio essendi" del tipo, pues "el nacimiento del tipo surge de una acotación de la conducta antijurídica que el legislador considera en un momento determinado como digna de una pena, constituyendo por tanto la antijuridicidad ratio essendi de la tipicidad".(8).

Claro que tal pensamiento lo entiendo y me parece correcto, si lo ubicamos como antecedente o causa del proceso histórico en la formación de los tipos; estos surgen, como una necesidad de considerar como delitos, ciertas conductas o hechos que en determinado momento, la sociedad repudia, pero una vez que existe el delito plasmado en la ley penal, asume el carácter de indiciario, pues un hecho o conductas típicas, revelan indiciariamente su calidad antijurídica. Tanto así que el propio Franco Guzmán agrega "si un determinado hecho es considerado típico estamos en presencia de un indicio de su calidad antijurídica".

Reconozcamos ante todo que, funcionalmente, el delito es una unidad en la que analíticamente deben distinguirse sus características. La descriptiva es la tipicidad. Esta no debe asumir el descolante papel de ratio essendi .

La tipicidad no es ratio essendi de la antijuridicidad, sino más bien un

indicio de ella, a lo sumo función de concreción y de conocimiento de la antijuridicidad a los efectos penales. De mera concreción porque la tipicidad delimita y enmarca la antijuridicidad y; de conocimiento, cuando coinciden en el tiempo la aparición de la antijuridicidad y del tipo.

"La tipicidad no debe ser absolutamente independizada de los restantes caracteres del delito; como sería erróneo hacer con todas las características de la infracción un todo indisoluble, presidido de una parte por la voluntad criminal, y de otra por el resultado lesivo de la comunidad o del pueblo. Ello supone poner en manos de los jueces la libertad de los ciudadanos, ya que se volatizan los principios objetivos en la determinación de los actos contrarios a las normas, y someter a los individuos a una concepción que anula la personalidad en beneficio de vagos e imprecisos conceptos de comunidad de pueblo y raza." (9).

Es indispensable el mantenimiento de la tipicidad, de la antijuridicidad objetiva y de la culpabilidad como caracteres funcionales que, si bien forman a la postre el todo conceptual llamado delito, son capaces de ser distinguidos separadamente, ya que cada uno posee función propia en la diversidad armónica del conjunto.

Por lo que respecta a la tipicidad, mi opinión es la siguiente:- es una función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal, y tiene además, funcionamiento indiciario de su existencia.

Si bien no se confunde al tipo con la tipicidad, suele darse a la expresión "tipicidad" un doble sentido que lleva a la confusión de ambos conceptos. Así en un caso concreto, se suele hablar de la tipicidad de la conducta homicida de "A", queriéndose connotar con ello que la conducta de "A" es típica de homicidio, y también "b" la operación o función que desempeña el juzgador

valiéndose del tipo, por la que se establece que la conducta de "A" es típica de homicidio. De este modo el tipo tiene por función la tipicidad para determinar la tipicidad, lo que resulta contradictorio.

Entendemos entonces, que es necesario distinguir entre el "juicio de tipicidad", que es la función por la que ésta se establece, y la "tipicidad de una conducta", que es el resultado del juicio anterior y una característica de la conducta y del delito.

Cabe aclarar que si bien el tipo pertenece a la ley penal, o sea que es un "elemento de la ley penal" que pertenece sólo a la ley y no a la vida real, como lo afirma Beling, no implica una confusión como lo hace Class -otro autor- quien pretende que Beling identificó al tipo con la ley penal; si así fuere, el tipo sistemático de Beling sería igual a la concepción presistemática del tipo.

"Sintetizando, el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad, la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador; la tipicidad es el resultado afirmativo de ese juicio."(10).

He insistido en esa distinción porque suelen confundirse estos conceptos y así, se dijo por ejemplo, que la "tipicidad es una característica descriptiva del delito", cuando lo descriptivo es el tipo, porque en el delito, que es una conducta humana, nada hay de descriptivo.

"El juicio de tipicidad cumple una función fundamental en la sistemática penal. Sin él la teoría quedaría sin base, porque la antijuricidad deambularía sin fijeza y la culpabilidad perdería sustentación por desdibujamiento de su objeto." (11).

El requerimiento sistemático de tipicidad no puede negarse en tanto no quiera negarse con ello el contenido de determinación de verdad que hay en la tarea judicial, y, por ende,

en la dogmática, encargada de proyectar esa labor. Cuando el juez se pregunta si una acción determinada es delito, busca con ello una verdad, la congruencia de la acción con la prohibición que se halla en el enunciado.

3.- MODALIDADES TECNICO-LEGISLATIVAS DE LOS TIPOS.

Tipos legales y tipos judiciales. El cometido político garantizador del principio de legalidad y el sistemático-fundamentador del tipo se cumplen con independencia.

El tipo sistemático-fundamentador es un concepto lógico necesario, porque si hay injustos que no son delitos, como los civiles o administrativos por regla general, menester es antes de hacer recaer el juicio de desvalor definitivo que es la antijuridicidad y el de reproche al autor que es la culpabilidad, fijar el objeto sobre el que ese juicio habrá de recaer. Este cometido debe cumplirlo el tipo en cualquier sistema político-constitucional, sea que el objeto lo fije el legislador o el juez. De este modo el tipo resulta lógicamente necesario por su ineludible función dogmática, en tanto que el principio de reserva es contingente, dependiendo del sistema político.

El enunciado que nombra lo prohibido -sea que lo precise el legislador o el juez- siempre debe ser anterior a la averiguación de la verdad acerca de lo prohibido mentado en el enunciado. No es posible averiguar si una acción está prohibida sin disponer del enunciado que mienta lo prohibido.

Prueba de ello es que antes de consagrarse políticamente el principio de legalidad, los autores también consideraban a la prohibición como un elemento necesario del delito.

De un sistema de tipos legales de tipos judiciales se suele pasar

innecesariamente. Así como brutal caída en un sistema de tipos judiciales acarrea la tipicidad y la culpabilidad de autor, un derecho penal de peligrosidad o de culpabilidad de autor, inevitablemente, lleva a una minimización del tipo penal, de modo que aunque las funciones fundamentales y garantizadora sean lógicamente independientes y perfectamente diferenciables, no creo que políticamente estén desvinculadas totalmente.

"Cabe aclarar que entre el sistema de tipos legales y el de tipos judiciales, no es posible establecer una distinción totalmente clara, demarcar netamente una frontera. En los sistemas de tipos judiciales, los códigos proporcionan al juez una regla general conforme a la cual él debe completar el catálogo de la "parte especial", en tanto que en los sistemas de tipos legales, por muy estrictamente apegada al principio de legalidad que la ley quiera estar, muy frecuentemente no puede prescindir de referencias o pautas generales para cumplimentar la función individualizadora de los tipos." (12).

Es el caso de los llamados "tipos abiertos"; que se ofrece en todos los delitos culposos, por ejemplo. Todo ello sin contar con las dificultades que ofrecen los tipos "no independientes", particularmente el deslinde entre acto preparatorio (impune) y acto de tentativa (punible), y los tipos de omisión impropia (límites de la posición de garante).

Consecuentemente la diferencia entre ambos es de grado y hasta tal punto creo que ello es así que, en la actualidad, en que los sistemas de tipos judiciales se baten en retirada, las características de un sistema penal totalitario no finca ya en la ostensible y evidente supresión del principio de legalidad, sino que más bien hay que buscarla en la proliferación de tipos "abiertos", particularmente en delitos políticos y conexos, en los delitos de peligro, en la culpabilidad de autor y, por supuesto, en el derecho procesal penal, que es hacia donde de ha derivado de preferencia el problema.

En orden a sus fundamentos podemos clasificar los tipos en fundamentales, cualificados y privilegiados. Los primeros constituyen la medula del sistema de la parte especial de los Códigos. Los segundos constituyen los tipos derivados, pero cuya índole es más grave que la de los arquetipos; por el contrario, en los segundos su específica condición es la benignidad. En los Códigos penales es tipo fundamental el homicidio; tipos cualificados, el parricidio, el filicidio, el conyugicidio, el magnicidio, etc., y es tipo privilegiado el infanticidio." (13).

Es más íntima referencia a la autonomía de los tipos, éstos se dividen en básicos, especiales y complementarios. Los primeros son de índole fundamental y tiene plena independencia.

El tipo especial supone el mantenimiento de los caracteres del tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la ampliación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial; es decir, que éste y el básico se eliminan mutuamente.

En cambio, el tipo complementario presupone la aplicación del tipo básico al que se incorporará. Ejemplificando: El infanticidio es, a este respecto, tipo especial del homicidio, y, en cambio, deben considerarse como tipos complementarios el parricidio, el asesinato y el magnicidio.

Junto con los tipos de índole conceptual unitaria, suelen presentarse, sobre todo en los viejos Códigos, otros tipos de naturaleza casuística. Éstos se subdividen, a su vez, en tipos acumulativos y alternativos. En estos tipos aparecen diferentes núcleos: fabricar, comerciar, detentar, etc.,. A veces, estas variadas modalidades de la acción quedan separadas por la conjunción o. Ella expresa que las distintas modalidades del tipo tienen valor igual y que carecen de independencia propia. Por ello, son permutables entre sí alternativamente. Es decir, que basta que se dé una sola de esas conductas o uno de los medios de acción en la vida real, para que esa modalidad típica sea cumplida en

el proceso de subsunción.

Tipos abiertos y tipos cerrados. Habiendo afirmado ya que por muchos que fueren los esfuerzos del legislador por ceñir la conducta que individualiza en un tipo penal, esto no puede lograrse del todo, porque ocasionalmente se ve constreñido a formular referencias o pautas generales con las que cierra el tipo penal, surge la consecuencia de que la diferencia entre el sistema de tipos legales y el de tipo judiciales es de grado. Corresponde entonces determinar en qué medida puede el legislador formular estas reglas generales dentro de nuestro sistema, o lo que es lo mismo, de cualquier sistema de tipos legales.

La problemática no es simple; aquí lo que se plantea no es el tipo sistemático o legal a partir del *nullum crimen* (como pretende la doctrina argentina predominante), *sine* lo inverso, o sea, cómo rige el *nullum crimen* al tipo legal.

"González Ferrer dice con toda corrección que en los tipos abiertos la ley describe tan sólo una parte de los caracteres del hecho, limitando sensiblemente el principio de legalidad mediante elementos normativos y cláusulas penales, cuya determinación queda confinada a la valoración que realice el juzgador."(14).

El rechazo de la teoría de los tipos abiertos con el argumento de que esta concepción es una tentativa más para distinguir la antijuridicidad de la tipicidad, tal como lo pretende Roxin, no nos sirve para solucionar nada, pues desde el punto de vista del *nullum crimen* todo sigue como entonces. No es válido afirmar que no hay tipos abiertos en razón de que tipicidad implica antijuridicidad, y como ésta cierra el juicio de desvalor, nada queda abierto. Lo único que con esto se logra es trasladar el problema de la determinación de la punibilidad con referencia al *nullum crimen*, de la tipicidad a la antijuridicidad. En otras palabras: cambiamos nuestras escasas monedas de bolsillo,

mas seguimos igual de pobres.

El reconocimiento de que estos tipos no son descabidos, no pasa de ser un consuelo, pero de ninguna manera constituye un argumento dogmático, resultando una aspiración legal irrealizable, por que muchas veces es preciso dejar a la prudencia del juez la aplicación de la ley a ciertos casos particulares, que siendo conformes a la mente del legislador, no se expresan literalmente en sus palabras, porque las leyes no se pueden hacer de modo que comprendan todos los casos que pueden suceder.

Desde que von Liszt afirma que no se pena el hecho sino al autor, hasta la actualidad, se han desarrollado en la dogmática de Alemania e Italia principalmente, una serie de teorías que pretenden negar valor a la relevancia jurídica de la conducta humana para concedérselo al autor, y que en los diversos niveles de la construcción analítica cobran denominaciones distintas: en la conducta es la teoría del acto sintomático, en el tipo la del "tipo de autor", en la culpabilidad la de "culpabilidad del carácter" y, en cuanto a antijuridicidad, se niegan por lo general a distinguirla de la culpabilidad.

Por su puesto que ésta es una posición extrema de lo que en conjunto se ha dado en llamar derecho penal de autor, pero semejante concepción nunca ha sido del todo coherentemente desarrollada, sino en sus lineamientos generales, inspirada en una corriente política que desaparece del derecho penal con el ocaso de su régimen vitalizador.

El derecho penal de autor es hijo legítimo del positivismo criminológico, de la scuola positiva italiana, del "derecho protector de los criminales" de Dorado Montero en España y de las teorías de Franz Liszt en Alemania. Luego se pretendió llevarlo hasta sus últimas consecuencias con sentido político, lo que es otra cuestión.

A nivel del tipo, el derecho penal de autor se manifiesta con la teoría del tipo de autor, que es el más endeble de sus aspectos, pero sobre el que conviene insistir, particularmente en la actualidad, en que los estudios criminológicos cobran -por fortuna- nueva vida, a efectos de no caer en confusiones científicas que ya se superaron -o debieron superarse- muchos años antes.

"El "tipo de autor" tiene la pretensión de aprehender normativamente, no ya conductas sino personalidades, sosteniendo que a cada tipo normativo corresponde un tipo de personalidad. Así, al robo la del ladrón, al homicidio la del homicida, a la estafa la del estafador, etc. No nes la conducta la que el tipo encierra, sino que encierra la personalidad del autor de esa conducta". (15).

Semejante concepción nmo puede conducir más que a un feroz desastro para el ser humano: no se nos prohíben ciertas conductas, sino nuestra personalidad. No debemos dejar de cometer ciertas conductas para que no se nos penalize, sino cambiar nuestra personalidad, pues para sus sostenedores "la diferencia entre tipicidad es imposible" y "la separación del injusto y culpabilidad irrealizable". El derecho penetraría así hasta el fondo mismo de cada individuo hasta abarcar su individualidad toda, como abarcaría su personalidad y, por ende, su completa elección existencial y el desenvolvimiento total de la misma.

Nada tiene que ver esta teoría de los "tipos de autor" con los "tipos de autor criminológicos", que pertenecen a esa disciplina y que son clasificaciones de delincuentes que difieren de las normativas.

En nuestro derecho penal vigente la teoría del "tipo de autor normativo" no puede tener cabida frente a las claras disposiciones de los artículos 18 y 19 constitucionales. No obstante, puede pensarse que el Código Penal trata ocasionalmente de captar personalidades. Ello no es exacto y si así fuese sería inconstitucional.

Prueba de ello es que la reincidencia y plurireincidencia son claramente determinadas, sin que el Código Penal hable genéricamente de "habitualidad" como lo hacía el Código Alemán, que tantos problemas aparejó en este sentido.

En general se ha entendido que estos tipos requieren una repetición de conductas, lo que no considero correcto, porque entiendo que basta con un emprendimiento de la actividad, pero, en modo alguno requieren una personalidad. Creo que para la determinación de la habitualidad en estos tipos hay que tomar en cuenta un elemento subjetivo, de cuya naturaleza me ocupare oportunamente.

4.- TIPICIDAD Y LEY PENAL EN BLANCO

En la actualidad pueden distinguirse dos conceptos de ley penal en blanco: ley penal en blanco en sentido amplio y estricto. Las primeras serían aquellas en que para determinar la prohibición debe acudir a otra ley, pero emergida del mismo órgano o poder legiferante, en cuyo caso no plantea mayor problema.

El segundo sentido -el estricto- es el que plantea los problemas actuales: cuando para la determinación de la prohibición debe acudir a otro órgano legiferante (Poder Ejecutivo, Municipio, etc.).

Se trata en consecuencia de leyes penales en las que el legislador establece la sanción dejando incompleta de prohibición, su contenido que debe ser "rellenado" por otro organismo. En estos casos supuestos el acto legislativo, en sentido formal, deja precisada la sanción e indeterminado el contenido.

De cualquier manera las leyes penales en blanco no son tipos incompletos, en el sentido de tipos abiertos, ni afectan al principio de reserva en cuanto que siempre hay una ley anterior, pero esto será siempre y cuando la ley penal no implique una delegación de poderes, porque entonces no habrá una ley anterior en sentido formal.

Una cuestión que aparece meramente teórica, pero que tiene importantes consecuencias prácticas es la de saber si la disposición emanada de la otra autoridad integra la ley penal misma, o si ésta tiene existencia propia como ley que contiene una sanción sin precepto.

En mi concepto resulta claro que la disposición que "rellena" el "blanco" integra la ley penal, porque no concibo que pueda haber una ley penal que no individualice la conducta a la que asocia una pena. Esta disposición tiene como consecuencia que no hay ley penal hasta que no se dicta la reglamentación que la integra y, recién entonces, entrará en vigencia la ley penal en blanco.

Como lo expongo a continuación, no ha de exigirse una especialidad absoluta y también pueden considerarse leyes que producen Derecho Penal las especiales y las civiles, políticas y administrativas con sanción penal.

La ley es la expresión del Derecho Penal desde el punto de vista objetivo. Mientras el delito acarree penas y éstas consistan, a despecho de la propaganda científica, en la inflicción de un mal, la necesidad de las leyes penales es evidente. La ley penal es, hoy por hoy, el supuesto necesario de los delitos y de las sanciones. Más la ley penal no es tan sólo la garantía de los que no delinquen; de ella dímanan pretensiones para el Estado y para los propios delinquentes.

De la ley surge la pretensión punitiva del Estado a reprimir los actos catalogados en su texto como delitos, con la pena conminada, y por eso, la ley es, a la vez, fuente y

medida del derecho de penar. En consecuencia: el Estado no puede castigar una conducta que no esté tipificada en las leyes, ni imponer pena que no éste en ellas establecida para el correspondiente delito. Al mismo tiempo emana de la ley penal una pretensión subjetiva para el delincuente, que no podrá ser penado más que por las acciones y omisiones que la ley establezca, ni sufrir otra pena que la que esté señalada en las leyes para cada infracción.

Por tanto, la ley penal es garantía de libertad para todos. Finalmente, las leyes aseguran también las pretensiones punitivas y reparadoras de la víctima, puesto que en ellas se consagra la responsabilidad penal y civil oriunda de los hechos punibles.

Fue Carlos Binding quien puso por vez primera en circulación las expresiones leyes en blanco o leyes abiertas, para denominar aquellas leyes penales en las que está determinada la sanción, pero no el precepto, que deberá ser definido por un reglamento o por una orden de la autoridad, y raras veces por una ley especial, presente o futura.

Es preciso no confundir las leyes en blanco con las leyes incompletas o imperfectas, en las que contiene una parte de la norma penal tan sólo, y aquella otra especie minus quam perfecta, en que el precepto penal se completa reuniendo diversas disposiciones de leyes, a las que el artículo sancionador hace referencia. Estas leyes invocadas no son futuras, sino preexistentes, y si cambiaran, forzarían a variar también el texto punitivo.

La instrucción no supone, en principio, juicios valorativos reservados a los jueces o Tribunales de sentencia. Estimamos que el juez de instrucción debe limitarse, por un lado, a probar la existencia del tipo como carácter descriptivo, y a recoger con escrupulosa imparcialidad todas las pruebas sobre la característica antijurídica del hecho y sobre la participación personal, dolosa o culposa, del proccsado, absteniéndose de valorar el primero, salvo en lo que toca a los elementos

normativos y subjetivos de lo injusto incluso en ciertos tipos legales, no pudiendo entrar en la última, que requiere un juicio de culpabilidad.

Ello quiere decir que en cuanto exista hecho que revista caracteres típicos se abrirá sumario por los jueces. Y no puede suponer otra cosa, porque incluso en tal momento puede ser ignorado el autor y por ello imposible de investigar todavía si hubo antijuridicidad y, mucho más aún, si existe culpabilidad. El momento es puramente objetivo y descriptivo.

"Yo resumiría así la función de Instructor: probar la existencia de la tipicidad, haciendo una subsunción rigurosa del hecho de la vida real, en el tipo de la ley, y establecer los indicios racionales de que una persona determinada ha participado en el acontecimiento y que por ello debe serle atribuido". (16).

Ahora bien; esta función meramente cognoscitiva cambia, como hemos dicho, si existen elementos normativos en el tipo, en cuyo caso el juez precisa valorar; pero no varía cuando sólo se presentan elementos subjetivos de lo injusto, aunque entonces la tarea del instructor ha de ser más honda.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.**CAPITULO PRIMERO.**

- 1).- Jiménez Huerta Mariano., La Tipicidad., Ed. Porrúa, 2da. Edic. México D.F. 1955, Pág. 24.
- 2).- Pavón Vasconcelos Francisco., Manual de Derecho Penal., Ed. Porrúa, 4ta. Edic., México D. F. 1967, Pág. 239.
- 3).- Saver Guillermo., Derecho Penal, Edit. Botus, 4ta Edic., Madrid, España., 1956, Pág. 111.
- 4).- Welzel Hans., Derecho Penal Alemán., Edit. Cárdenas., 1a Edic., México D. F., 1980, Pág. 62.
- 5).- Welzel Hans., El Nuevo Sistema del Derecho Penal., Edit. Galas., 7ta. Edic. Madrid, España, 1981, Pág. 47.
- 6).- Zaffaroni Raúl., Tratado de Derecho Penal., Edit. Cárdenas, México D.F., 1988, Pág. 167.
- 7).- Zaffaroni Raúl., Ob. Cit. Pág. 170.
- 8).- Revista Jurídica Veracruzana., No. 1 Enc-Feb-Mar., 1971, Pág. 15.
- 9).- Guzmán Ricardo., Delito e Injusto., Edit. Porrúa, 1a. Edic. México D. F., 1950, Pág. 41-42.
- 10).- Jiménez de Asúa Luis., La Ley y el Delito., Edit. Hermes. 1a Edic., Argentina, 1981, Pág. 252.
- 11).- Zaffaroni Raúl., Ob. Cit. Pág. 172.
- 12).- Zaffaroni Raúl., Ob. Cit. Pág. 172.
- 13).- Zaffaroni Raúl., Ob. Cit. Pág. 180.
- 14).- Jiménez de Asúa Luis., Ob. Cit. Pág. 259.
- 15).- González Ferrer Elías., Tipo e Injusto., Edit.. Erga, 3a .Edic. Panamá, 1979, Pág.17.
- 16).- Zaffaroni Raúl Ob. Cit. Pág. 185.

CAPITULO SEGUNDO.

CAPITULO II.- TIPICIDAD Y ANTINORMATIVIDAD.

SUMARIO.- 1.- *Interés, bien y norma jurídicos.* 2.- *El papel de la ley penal.* 3.- *Afectación del bien jurídico y resultado material.* 4.- *Tipo y antijuridicidad.*

1.- INTERES, BIEN Y NORMA JURIDICOS

En las tendencias ius-filosóficas contemporáneas la palabra norma se ha llenado de significaciones muy variadas: Norma primitiva y secundaria, norma y peri-norma, etc.

Para explicar esta cuestión, que importa superlativamente en Derecho Penal hemos de retornar a Binding. El descubrió que el delincuente no infringía las leyes, sino que, más bien, llenaba con su conducta real la flácida fórmula de la ley. Lo que quebranta era algo que se encuentra por detrás y por encima de la ley misma, la norma.

El Decálogo es un libro de normas . La norma crea lo antijurídico; la ley, el delito, la disposición penal se compone de preceptos y de sanciones y la Norma es prohibitiva o imperativa; de ahí nacen la acción y omisión que el Derecho penal castiga.

Franz von Liszt también mantuvo, más o menos latente, la concepción de la norma, cuando distinguió la antijuridicidad material de la formal, creyendo que aquella estaba constituida por lo contrario a la sociedad.

Pero ha sido Max Ernesto Mayer quien, a mi juicio, ha alcanzado la mayor perfección en la materia, al construir, desde comienzos de este siglo, aplicándola después a su elaboración del Derecho penal, la famosa teoría de las normas de Derecho y de las normas de cultura. Sobre ellas vamos a edificar la antijuridicidad y serán allí aplicadas.

"Más, aquí quiero dejar bien claro que la norma de cultura no presupone un concepto metajurídico, aunque sí superlegal. En el árbol, la raíz no se ve y sólo contemplamos el tronco, las ramas y las hojas; pero aquéllas hundidas en la tierra, forman parte de la especie herbórea y le nutren de las sustancias terrestres. Así, la ley no es de todo el Derecho; no es el Derecho a secas, sino que las normas lo constituyen también". (17).

Los caracteres de la ley penal son éstos:

- a). Ser exclusiva, puesto que sólo la ley crea delitos y establece sanciones.
- b). Ser obligatoria, ya que todos han de acatarla. En este punto importaría aclarar quién es el destinatario de las leyes penales. Binding y Hippel creen que las leyes obligan a los órganos del estado. La opinión más difundida es que se dirigen al pueblo en general. El problema carece hoy de la importancia que antes se le daba. La norma obliga a todos los que habitan en el territorio sobre el que ejerce su imperio y la ley se destina a la autoridad, puesto que aunque suene a paradoja, el delincuente más bien encauza su conducta en la ley que la vulnera.
- c). Ser ineludible, puesto que las leyes sólo se derogan por otras.
- d). Ser igualitaria, ya que las Constituciones modernas proclaman que todos los individuos son iguales ante la ley. Esto no obsta para la individualización: el Derecho penal debe adaptarse a la conducta concreta de cada hombre.
- e). Ser Constitucional, puesto que en algunos países, como aconteció en Austria antes del cooperativismo de Dolfus, y en España antes del asalto falangista, la ley inconstitucional excluye su aplicación o se invalida erga omnes. Así acontece en Venezuela, en cuya

Constitución se declara la nulidad de las leyes nacionales, de los estados o Municipalidades, "cuando colinden" con la Constitución de la República.

El orden jurídico tutela determinados entes, elevándolos a la categoría de bienes jurídicos.

Este proceso se explica de la siguiente manera:

El derecho tiene interés en que algunos entes sean preservados, los valora positivamente: al hacerlo los hace objeto de interés jurídico. Esos entes existen o existirán con dependencia de que el derecho si interese por ellos. El interés jurídico hace que estos "entes" pasen a ser objetos de interés jurídico.

Puede sostenerse que fuera del interés jurídico estos "entes" no son tales porque no son "objetos". Ello es tautológico: no serán "objetos de interés jurídico", pero son "entes". La valoración no crea el objeto, sino que, por el contrario, la "naturaleza" del objeto condiciona el método de conocimiento y su valoración. La afirmación de que el "objeto" es tan sólo en presencia de un sujeto (en este caso el legislador) es certera pero engañosa. Se torna engañosa cuando olvidamos que es una proposición analítica y no sintética, y por ende, es una proposición apriorística que nada nos dice sobre el sujeto ni sobre el objeto.

La presencia del sujeto cognoscente no altera al objeto conocido, por ende, éste no es "creado" por el conocimiento: es al margen del conocimiento y de la valoración, con independencia del sujeto y de su valoración. El "ente" que deviene objeto de conocimiento y de valoración es antes de la instancia cognoscitiva y valorativa. En nuestro caso el interés jurídico hace de esos "entes" objetos de interés jurídico. El bien jurídico no es un bien de la vida humana, que preexiste a

toda calificación jurídica.

Estos objetos de interés jurídico (entes) que el legislador valora, los llamamos "bienes jurídicos" y cuando el legislador considera que determinadas formas de afectación requieren una especial consecuencia jurídica, los tutela con una sanción penal y se convierten así en "bienes jurídicos penalmente tutelados", pero sólo en la medida de la tutela penal.

Decir que el derecho patrimonial es un "bien jurídico tutelado" es en general inexacto: el derecho patrimonial es un bien jurídico penalmente tutelado sólo en cuanto a determinadas formas de afectación del mismo. El incumplimiento de una obligación afecta al patrimonio pero, no obstante, el derecho patrimonial resta como bien jurídico sin tutela penal frente a esta afectación.

Por supuesto que esto se da por sobre entendido y cuando hablamos corrientemente de "bienes jurídicos penalmente tutelados" sabemos que sólo están tutelados respecto de determinadas formas de afectación.

El legislador hace objeto de interés jurídico a un ente valorándolo. ¿Cómo se manifiesta esta valoración? Con una norma jurídica que lo tutela. Por ella se prohíben acciones que lo afecten en cierta forma determinada y que pueden: a). lesionarlo o b). ponerlo en peligro.

"La norma jurídica no se encuentra en la ley, particularmente en la ley penal, sino que se antepone lógicamente a ella: si a una conducta se le agrega como consecuencia una sanción (ley), es porque esa conducta está prohibida (norma) y esa prohibición obedece a que el derecho tiene interés en proteger al ente que esa conducta afecta, o sea que ese ente es valorado positivamente por él (es un bien jurídico)." (18).

Así como consecuencia del interés jurídico con signo positivo (valor) generador de bienes jurídicos, surge un interés jurídico con signo negativo (desvalor) sobre determinadas conductas.

Se está desvalorando lo que no existe, lo que no es, sino que mediante una figura imaginaria (tipo) que existe, en la imaginación del legislador- se hace recaer un juicio de valor negativo sobre toda conducta futura que llena las condiciones de la figura imaginaria, pero la materialización de la consecuencia de este desvalor queda condicionada a la efectiva realidad de una conducta que llene esas condiciones.

De este modo, el interés jurídico tiene un signo positivo cuando hace de un ente un objeto de valor jurídico (bien jurídico), manifestándose esta valoración en normas que prohíben conductas que le afecten, con lo cual estas conductas devienen objetos de interés jurídico con signo negativo, o sea, objetos de desvalor jurídico (conductas prohibidas).

Consecuentemente hay una prelación lógica: valoración jurídica (bien jurídico) - norma prohibitiva- (conducta prohibida, desvaloración jurídica).

2.- EL PAPEL DE LA LEY PENAL

Todas las normas prohibitivas se traducen en una sanción a su contraventor (civiles, mercantiles, administrativas, laborales, etc.). No obstante el legislador considera que determinadas conductas que afectan bienes jurídicos, merecen una sanción de naturaleza particular, es decir, una sanción penal, una pena, o sea, una ingerencia en los bienes jurídicos del autor de la conducta con el propósito resocializador.

Para ello individualiza en la ley penal la conducta prohibida (tipo penal) y le asocia una pena.

No obstante, el interés jurídico positivo, el bien jurídico, no se manifiesta recién a través de la norma penal. Siempre lo podemos reconocer antes, con las normas prohibidas de otras conductas que le afectan y que se hallan en cualquier parte del orden jurídico. Lo que la ley penal no hace es poner de manifiesto bienes jurídicos, lo único que pone de manifiesto es su tutela penal.

"Al bien jurídico lo conocemos por la norma y a la norma por la ley (el tipo penal). Osea que estamos siguiendo el camino exactamente inverso al seguido por el legislador: El juez debe desandar la senda legislativa para llegar al bien jurídico. El legislador parte de la valoración de un ente (bien jurídico) y lo pone de manifiesto en la norma que lo tutela (norma prohibitiva) que se efectiviza a través de una ley (tipo); el juez (o el dogmático) parte de una ley para averiguar la norma y a través de ella el bien jurídico." (19).

El tipo penal pertenece a la ley, está en la ley y es ley, pero ni el bien jurídico ni la norma pertenecen a la ley y por consiguiente tampoco al tipo. El tipo penal (que es la ley penal, aunque, por su puesto no toda ley penal es tipo penal) nos revela una norma que ésta prohibiendo una conducta que afecta de determinada manera a un bien jurídico.

El tipo permite "ver a través de" él la norma y el bien jurídico, pero este "ver a través de" es sólo la manifestación de que el tipo es el ente que nos posibilita el conocimiento de otros objetos, pero esos objetos son ajenos al tipo mismo, al ente que nos permite "ver a través de" él.

Hasta aquí parecería que con la mera afirmación de la tipicidad se deduce la violación de una norma y con ello la contrariedad de una conducta con el orden jurídico

(antijuridicidad). Ello sería exacto si el derecho se manejara sólo con normas prohibitivas, pero lo cierto es que en el derecho hay normas prohibitivas y preceptos permisivos.

El tipo no nos permite el acceso al conocimiento de los preceptos permisivos, porque su función es proporcionarnos el conocimiento de la prohibición. Del tipo no podemos deducir los permisos y, consecuentemente, tampoco nos permite el conocimiento de la afectación contrariedad de la conducta individualizada con el orden jurídico.

El tipo nos permite conocer la norma prohibitiva, y si todo precepto permisivo presupone una prohibición (proposición analítica), la averiguación del permiso (presencia de causa de justificación) debe ser necesariamente posterior a la de la norma prohibitiva. La circunstancia de que, eventualmente, el conocimiento de la norma prohibitiva lo logremos a través de dos o más preceptos legales, no implica que nos hallamos en presencia de ninguna causa de justificación si ninguno de ellos es un permiso.

En síntesis, con la averiguación de la tipicidad ni conocemos aun la contrariedad de esta conducta con el orden jurídico, sino con una norma prohibitiva, es decir, la antinormatividad de la conducta, que no debe confundirse con la antijuridicidad. "Antinormatividad es la contradicción de una conducta con una norma prohibitiva y antijuridicidad es la contrariedad de esa conducta con el orden jurídico en que armónicamente se complementan normas prohibitivas con preceptos permisivos). La antinormatividad se conoce a nivel de la tipicidad, pero la antijuridicidad no."(20).

Que la norma permanezca antepuesta a la ley es una necesidad lógica, un imperativo de sana regla del buen pensar, pero esta anteposición no significa en modo alguno una necesaria prioridad temporal.

Las normas se anteponen lógicamente al tipo y éste es la única fuente a través de la cual las podemos conocer, son previas a la ley. Estén o no expresamente formuladas en otra rama del derecho o de la ley, no tiene esto mayor importancia, porque si no lo están, de cualquier manera a través del tipo penal las conocemos y ello nos basta para nuestro menester.

El derecho penal no crea ningún bien jurídico sino que les da tutela penal, pues éstos se deducen de la totalidad del orden jurídico y aquí sí que, aunque precindamos del derecho penal, los bienes jurídicos restarían intocados, sólo que dejarían de estar penalmente tutelados.

Era frecuentísimo escuchar que el delito es lo "contrario a la ley". Así Carrara lo definía como "la infracción de la ley del Estado". Pero Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal; en efecto: ¿Que es lo que hace un hombre cuando mata a otro?. Estar de acuerdo con el artículo pertinente de un Código penal. Igual acace con el que roba. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley.

El Decálogo es un libro de normas: mas no la ley. Por eso Binding decía: la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe. Esta constituye la disposición penal que se compone del "precepto", en que se describe y define el acto o la omisión, y la "sanción", en que se determina la pena con que el hecho está conminado.

Nos encontramos, entonces, con que en la vida del Derecho existen normas referidas a intereses vitales que la protección jurista eleva a bienes jurídicos. Junto al bien jurídico está la norma que lo protege, y de aquí que el delito, que ataca un bien jurídico, sea lo contrario a la norma. Por eso, en vez de hablar de antijuridicidad, sería preferible decir, lo contrario a la norma.

A pesar del avance que supone esta primera conquista técnica, no era bastante. La curiosidad científica inquiere al punto: ¿qué es la norma? Binding dice que para definir la norma no pueden tenerse en cuenta consideraciones de orden moral, de sentido común, etc., pues no tienen carácter jurista, y mientras no exista un precepto del ordenamiento jurídico no puede declararse el concepto de antijuridicidad.

3.- AFECTACIÓN DEL BIEN JURIDICO Y RESULTADO MATERIAL.

De lo hasta aquí expuesto se deduce que el concepto de "bien jurídico" desempeña una importantísima labor en el injusto. De allí no debe deducirse que la existencia del injusto sea la lesión a un bien jurídico. Si bien la afectación (lesión o puesta en peligro) de un bien jurídico es un momento indispensable e importantísimo del injusto, no puede afirmarse que la lesión del bien jurídico es el injusto penal.

"No cualquier lesión de un bien jurídico es un injusto penal, sino sólo aquella que es típica. De toda forma, la discusión sobre si la esencia del injusto se halla en el desvalor de la acción o del resultado se ha vuelto bizantina y parece llamarse a sosiego la doctrina a su respecto: no tiene ninguna consecuencia práctica, siempre que se requiera, en cualquier caso, que la acción típica afecte un bien jurídico. Siendo así el requisito del desvalor de la acción sólo puede limitar la punibilidad de la conducta, pero jamás ampliarla más allá de lo que fijan quienes pretenden ver como esencia del injusto un desvalor de la lesión al bien. Mal puede verse en esto un elemento de derecho penal autoritario".(21).

"Bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que expresan con la tipificación de esas conductas".(22).

Esta definición exige algunas aclaraciones:

a). Se pueden señalar los bienes jurídicos por los objetos con que el individuo se relaciona. Así, se habla del "patrimonio", de la "vida", de la "salud", etc. En rigor, el bien jurídico, es la disponibilidad que el individuo tiene de esos objetos lo que resulta afectado por la conducta típica.

b). Todos los objetos con que el individuo se halla en relación que constituye bien jurídico son jurídicamente disponibles por él. Así no hay bienes jurídicos indisponibles o no disponibles: todos lo son, a condición de que sea el titular quien disponga y que éste sea titular único o de que lo haga en forma legalmente admisible. La vida humana también es un bien jurídico "disponible".

La idea de disponibilidad suele entenderse mal, porque suele identificársela con la posibilidad de destruir el ente con que se relaciona el sujeto. Este es un equívoco que proviene de asimilar todos los bienes jurídicos a la propiedad, entendida ésta en un sentido quirritario.

Disponibilidad no significa otra cosa que posibilidad de disponer, pero en la vida social organizada por el moderno Estado social de derecho, la disposición debe entenderse como un uso que de ciertos objetos hacen los ciudadanos para autorrealizarse. Es decir que se dispone "usando", y disponibilidad no sería, pues, otra cosa que "posibilidad de uso", de empleo, de utilización.

Como ya expuse, cada tipo requiere la afectación de un bien jurídico, porque en nuestra legislación son inconstitucionales las leyes que tipifican conductas que no afectan bienes jurídicos. Esta afectación puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro del bien jurídico, aunque, como veremos luego, también hay una tercera forma de afectación reservada a la

tentativa inidónea, pero que, dada su especialidad, la tratare al ocuparme de ésta.

Cuando la conducta no afecte bien jurídico alguno, la misma será atípica, pero no porque falte alguno de los elementos del tipo objetivo ni del tipo subjetivo (tipicidad legal), sino por que cae fuera de la prohibición, es decir, no es antinormativa (atipicidad conglobante).

He afirmado también que los bienes jurídicos son siempre relaciones de sujetos con ciertos objetos. Conforme a los objetos de la relación se distinguen los bienes jurídicos y, de este modo, la ley y la doctrina los utilizan como criterio clasificador de los tipos penales.

Frente a la clasificación legal de los bienes jurídicos, en cada tipo se hace necesaria una precisión del bien jurídico tutelado, por que los "títulos" y "capítulos" de la "parte especial" no pasan de ser abstracciones clasificadoras. Olvidar que son generalizaciones me conduciría a serias dificultades, por el peligro que implica distorsionar bienes jurídicos y normas.

En lo que a la clasificación de los tipos por sus bienes jurídicos tutelados respecta, se allegado a hablar de una "parte general de la parte espacial", particularmente por la doctrina italiana fundada sobre algunos intentos sistemáticos alemanes, pero hoy está bastante dejada de lado, sin que, por supuesto, implique ello el desconocimiento de lo mucho que resta por andar en la investigación científica de la "parte especial".

Cabe insistir una vez más en que la afectación al bien jurídico nada tiene que ver con el llenado "resultado material". Todo tipo (legal) requiere una cierta mutación en el mundo físico. Esta mutación es el "resultado material", que puede estar específicamente individualizado en el tipo, ser inseparable del verbo típico (porque el verbo ya lo exige), o bien estar imprecisado en el tipo legal, en forma tal que cualquiera que sea, con tal que afecte el bien jurídico, hace típica la conducta.

"Que siempre haya un resultado material y que siempre se requiera que ese resultado sea afectante del bien jurídico, no implica, en modo alguno, que deban confundirse el concepto de resultado material con el de afectación al bien jurídico. En tanto que el resultado material es un fenómeno natural, la afectación del bien jurídico es un producto de la valoración jurídica".(23).

Contribuye frecuentemente a confundir estos conceptos la circunstancia de que se denomine "resultado jurídico" a la afectación del bien jurídico tutelado. No nos conforma mucho esta denominación, justamente porque puede mover a confusión, e incluso llevar a una total alteración de sostener que hay una "causalidad jurídica" distinta o paralela a la causalidad física.

No es nada difícil admitir, a partir de la existencia de un resultado "jurídico", la de una causalidad "jurídica", que es inconcebible, puesto que no puede llamarse de esta manera a lo que no pasa de ser la captación o el relevamiento jurídico de la causalidad física, que es la única que existe, como no quiera pretenderse que el derecho crea un mundo por completo diferente e independiente. La "causalidad jurídica" es el producto inadmisibles de un solipsismo jurídico deplorable.

4.- TIPO Y ANTIJURICIDAD.

Lo antijurídico es una expresión desaprobadora que requiere esclarecimiento a fondo, porque tanto lo justo como lo injusto han sido enturbiados por pretendidas exigencias de moral y de política. El desprecio que tuvieron los positivistas por el derecho hizo que esta piedra angular de todo edificio de dogmática punitiva haya quedado sin pulimiento en los países que bebieron su sabiduría jurídica en fuentes italianas.

Tendría que comenzar por esclarecer si el prius lógico es lo jurídico (justo)

o lo antijurídico (injusto). Se afirma que el prius era lo injusto y que a él sucede lo jurídico. Acaso ocurriera así desde el punto de vista de la evolución histórica. Quizá el ordenamiento jurídico, que es un orden de paz, haya nacido de los ataques injustos a los intereses. Pero, si en vez, de la prioridad histórica se tratare de averiguar el prius lógico, se tendrá que reconocer que primero es lo justo, y lo injusto su contrario. Esta es la opinión común.

Otro problema previo es destacar si lo injusto y lo antijurídico tienen distintos significados o pueden emplearse como sinónimos. Guillermo Sauer, después de decir que son lo mismo, afirma que lo injusto abarca la valoración y el concepto, y lo antijurídico sólo la valoración.

En cambio, Binding que trata del asunto más profundamente, dice que injusto es sólo no derecho, y que lo antijurídico es ya un anti. Creo, que si bien es exacta la observación de Binding, se debe emplear indistintamente y con carácter sinónimo tanto la voz (injusto como antijurídico).

Provisionalmente puede decirse que la antijuricidad es lo contrario al derecho. Por tanto, el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que necesita que sea antijurídico, contrario al derecho. Pero esto nos expresa, y es una de tantas definiciones tautológicas.

Esta definición provisional de lo antijurídico sólo sirve de punto de partida. Pero nada nos dice, porque seguimos sin saber lo que es contrario al derecho.

En síntesis, me atrevo afirmar: 1o). No existen dos conceptos de antijuridicidad siempre es material, en el sentido de que implica una efectiva afectación del bien jurídico, para cuya determinación a veces no tiene el legislador otro camino que remitirse a pautas sociales de

conducta. La antijuridicidad siempre es formal, porque su fundamento no puede partir más que del texto legal.

2o). Como lógica consecuencia, tampoco existe un injusto legal y un injusto supralegal, sino que todos son "injustos legales" (aunque a veces su determinación, en razón de que la ley está limitada por la naturaleza de las cosas, deba buscarse en criterios o datos extralegales).

3o). De la inexistencia de un injusto supralegal se deriva la inexistencia de "causas supralegales de justificación" que ocasionalmente para la determinación de los permisos (contenido del ejercicio de un derecho) la ley necesite remitirse a las pautas sociales no significa que éstas sean "causas supralegales" de justificación: siguen siendo legales por imperio de la remisión misma.

4o). Estas "necesidades" de remisión de la ley son estructuras lógico-objetivas que vinculan al legislador con la naturaleza de la conducta que quiere prohibir o permitir, la que no le posibilita otro camino.

5o). La validez de las normas y de los preceptos dependerá de que llene todos los requisitos de validez la ley que los contiene: a). Que sea constitucional (además de espacio-temporalmente válida), lo que implica el reconocimiento de la estructura lógica que obliga al legislador a respetar la naturaleza de persona del ser humano; b). Que respete la naturaleza del orden jurídico, esto es, que no se halle en contradicción irreductible con otra norma o normas.

De este modo quedan superadas las consecuencias prácticas del viejo problema de la duplicidad de la antijuridicidad y la par se evita el riesgo de que se trate de introducir la ética social en el derecho. La llamada "etización del derecho penal" en la medida en que puede y debe

admitirla un Estado de derecho, no puede ser más que el reconocimiento de las estructuras lógicas que vinculan al legislador con las pautas sociales, por un lado, y de la aspiración ética del derecho por otro. Esta última debe mantenerse en el nivel mínimo exigible, o sea con el respetuoso reconocimiento de la pluralidad de órdenes valorativos de nuestra sociedad."(24).

La antijuricidad como uno de los elementos del delito, ha despertado siempre un especial interés en la mente de los investigadores del derecho penal, particularmente dentro de la escuela alemana. Aún cuando es ya un trillado tema de la dogmática jurídico-penal, he de expresar en unas cuantas líneas su concepto, contenido y a modo de ensayo, una particular opinión.

Los autores alemanes han utilizado diversos términos para distinguir el concepto en estudio, así conocemos las voces antijurídico, contrariedad al derecho o ilegalidad y todas estas señalan una de las características del delito puesta de relieve, como elemento independiente de todos los demás, siguiendo el método analítico, recomendado por las nuevas corrientes jurídico-penales.

"Dentro de las diversas Escuelas de Derecho Penal, se ha criticado a aquellos autores que buscando una definición apropiada a la antijuricidad y siguiendo un camino simplista, nos han dado una noción negativa del tercer elemento del delito (antijuricidad), afirmando que, existirá la antijuricidad en cuanto se reúnan dos requisitos: a) La violación de una norma penal y b) La ausencia de una Causa de Justificación."(25).

Es por ello que toda vez que invoco a otro estudioso alemán, Franz Von List al hablarnos de su concepto dualista de la antijuricidad, hablandonos en primer lugar de una antijuricidad formal, que es aquella que constituye una trasgresión a la norma dictada por el Estado, y en segundo de una antijuricidad material integrada por aquella acción contraria a la sociedad.

Pienso que la antijuricidad tal y como se entendió esta integrada únicamente por la antijuricidad material, puesto que, la antijuricidad formal no es más que, como expresa Jiménez de Asua, la tipicidad.

Se dará más veracidad a lo anteriormente afirmado si vuelve al contenido material de lo antijurídico. Creo que siguiendo un criterio ya adoptado, que el contenido material del concepto radica, en la violación de un deber jurídico. Siendo que la norma, al dirigirse a nosotros lo hace en forma de obligación y no como un derecho. Tenemos el deber jurídico de abstenernos, en unos casos, y de obrar en otros, para no caer sobre el campo tipificado y sancionado de la norma penal, mediante una conducta activa o inactiva respectivamente.

Luego entonces, si nos situamos desde el punto de vista jurídico, ¿no será la conducta reprochable perfectamente jurídica!, creo en la terminología de antijuricidad, puesto que lo que he venido llamando, hecho antijurídico o ilícito o violatorio de la ley penal, se adecúa, a está para convertirse en delito, tomando así un carácter evidentemente jurídico, es decir relevante al derecho, lo antijurídico es irrelevante a éste y un delito no podrá ser estudiado por la jurisprudencia.

La mayoría de los tratadistas emplean los términos antijurídico, ilícito e injusto, para referirse a aquello que es contrario al derecho, pero creo se equivocan al pensar que un hecho antisocial, sea antijurídico siendo que es precisamente la realización del supuesto jurídico (la tipicidad es la correcta adecuación del hecho jurídico al supuesto legal o sea es una identificación de lo concreto, hecho jurídico, con lo abstracto, descripción legal) adecuación que trae como consecuencia la erección del hecho mencionado en delito, merecedor de una sanción penal proporcionada.

Dicen los autores que la antijuricidad, es un disvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y la norma jurídica. Quiriendo con ello hacernos

entender que el delito consiste en esa contradicción para con la norma penal.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.**CAPITULO SEGUNDO.**

- 17).- Jiménez de Asúa., Ob. Cit. Pág. 83.
- 18).- Zaffaroni., Ob. Cit. Pág. 221.
- 19).- Zaffaroni., Ob. Cit. Pág. 223.
- 20).- Zaffaroni., Ob. Cit. Pág. 225.
- 21).- Jiménez de Asúa Luis., Ob. Cit. Pág. 269.
- 22).- Welzel Hans., Ob. Cit. Pág. 97.
- 23).- Zaffaroni., Ob. Cit. Pág. 240.
- 24).- Barbero Santos Merino., Los Delitos de Peligro Abstracto., 4ta. Edición. Buenos Aires Argentina 1973, Pág. 120.
- 25).- Zaffaroni., Ob. Cit. Pág. 571.

CAPITULO TERCERO.

CAPITULO III.- EL TIPO PENAL EN LA CONSTITUCION.

SUMARIO: 1.- *El principio de supremacía constitucional.*
2.- *Interpretación constitucional del tipo penal.* 3.- *Evolución del concepto del bien jurídico.* 4.- *La explicación del fenómeno a la luz de la función del orden jurídico.*

1.- EL PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.

El sistema penal mexicano se ha venido enriqueciendo con tenacidad e inteligencia, a partir de los últimos años, pero particularmente durante la presente administración.

Hacer la crónica minuciosa del ya ancho y riguroso elenco de actualizaciones y mejoras introducidas tanto a la ley fundamental, pero que a la legislación secundaria rebasaría la extensión y el propósito de este trabajo.

Sin embargo, no es posible soslayar, para ubicar en su contexto a las reformas últimas, que nuestro país cuenta ya con la estructura penal necesaria para combatir con mayor eficacia la actividad criminal, que tiende a incrementarse en la respuesta natural y esperada al crecimiento propio del país.

Así la renovación de la parte general y del catálogo de delitos en el Código penal; el régimen de responsabilidad de servidores públicos, recreado, a fin de darle claridad y cabal aplicación; el fortalecimiento del sistema penitenciario, del Ministerio Público y de la policía judicial; la mejora evidente de los poderes judiciales federal y del fuero común, son algunos de los grandes temas de esta reforma penal integral, que le dan pauta y sustento a las últimas modificaciones constitucionales y legales.

Son persistentes los temas del arbitrio judicial, con un ejercicio más cabal y razonado; la agilización de trámites y procedimientos, sin menoscabo de la seguridad jurídica, tanto del procesado, cuanto de los ofendidos; la despenalización, como moderna recomendación para la lucha contra el delito y la aplicación de sustitutivos penales; la protección a los individuos más desprotegidos o que pueden constituirse, dadas las circunstancias sociales, en víctimas de la criminalidad, como lo pueden ser las mujeres, los menores o los ancianos.

Este último impulso legislativo a la reforma penal integral, nos permite ampliar aún más los horizontes de México en su lucha contra el delito.

Satisfechos debemos sentirnos de que nuestro país continúe en la vanguardia de estos avances y que siga siendo en su administración de justicia y actividad readaptadora, ejemplo universal.

Para nuestro sistema, sigue conservando importancia lo que conocemos como principio de supremacía constitucional, solo que antes de llegar a ello es menester hacer las reflexiones siguientes:-

Cuando una resolución judicial tiene fuerza para impedir o suspender un mandamiento del poder que gobierna, es que hay una ley escrita o no escrita que impone una limitación al poder, es superior a él y lo rige: es decir, que hay una ley constitucional.

Podría invertir el orden de estas ideas, asentando que sólo la ley constitucional efectiva cuando prevalece sobre el poder que gobierna mediante la resolución de un tribunal, si no fuera porque esto valdría tanto como negar la posibilidad de otros sistemas para llegar al mismo fin; pero es permitido afirmar, sin reserva, que es sistema de limitación por la autoridad del juez

es hasta hoy el más llano, el más firme y el mejor consagrado por la experiencia.

Una Constitución escrita es la expresión de una voluntad soberana: esta voluntad queda siempre suprema y como lo único superior a la Constitución, que es su obra.

"En una ocasión excepcional (porque no puede provocarse con frecuencia), el pueblo establece las reglas de su organización y de sus funciones colectivas, no para que la soberanía su subordine, puesto que ésta es una fase contradictoria, sino para que los órganos de gobierno que crea no la usurpen; para que las fuerzas que constituye se empleen en el mantenimiento del orden interior y la seguridad exterior y dirijan con criterio alto y especial la vida común, pero con las limitaciones necesarias para que la libertad individual obre la expansión de las actividades y de las aptitudes de todos" (26).

La Constitución tiene por objeto resolver la eterna antinomia entre la libertad y el orden; la eterna lucha entre el gobierno, que intenta siempre la amplitud despótica, y el pueblo, que tiende a la licencia anárquica. Por eso están tan condenadas al aborto las Constituciones que hacen los despotismos como las que forjan las revoluciones. Una Constitución de tales orígenes no puede ser síntesis de la antinomia.

El gobierno no otorga nunca derechos, porque no tiene nada que dar, no es más que una fuente de restricciones para todos los elementos sociales.

Por otra parte la vida de la ley fundamental exige que toda disposición de violarla quede sin efecto por inexecución o por reparación, no sólo por su calidad de suprema, sino porque sus violaciones proceden de los mismos poderes que habrán de sustentarla, y porque las sanciones penales de los funcionarios son ineficaces y de conveniente aplicación.

Esto resulta de la naturaleza misma de la Constitución y de la institución de la justicia: aquella, para ser suprema, ha de ser aplicada de preferencia; todo acto, cualquiera que sea su origen y su modo de obrar, que al violar la Constitución lesiona un derecho, produce en el ofendido una acción para una querrela; de aquí la intervención de la justicia, que al dictar su fallo lo ajusta a la Constitución, y al reparar el agravio del individuo repara también el de la ley suprema.

En el concepto teórico de la Constitución escrita y de categoría especial superior a la de las leyes comunes, esto tiene que ser así por necesidad lógica, de suerte que cuando los hechos no corresponden a esta teoría, el sistema de gobierno de ese género, es que hay un desenvolvimiento ilógico dentro de la Constitución misma o una falsa interpretación de ésta en las leyes secundarias que la integran a una usurpación arbitraria dentro de su funcionamiento.

El poder judicial no ha necesitado para esta intervención una atribución extraordinaria, ni mucho menos ajena a las que su naturaleza le confiere; por el contrario, habría que cercenar las que de su índole emanan para que tal intervención no le fuera permitida; sería menester exceptuar de su competencia los casos constitucionales, lo que valdría tanto como borrar el precepto que hace suprema la ley fundamental y hacer de esta un documento literario inútil.

Como consecuencia de la función judicial, el poder que la ejerce resulta de hecho, también por necesidad lógica, investido de una facultad altísima; pero que tampoco necesita expresarse concretamente, porque también es propia de su índole: la de interpretar definitivamente los preceptos de la Constitución que sean susceptibles de caer bajo su conocimiento en las querrelas del derecho privado.

Dotado de esta facultad formidable, el poder judicial revisor de los actos de sus colaterales, sería absorbente y despótico si tuviera elementos de fuerza, no obstante la estrechez del

procedimiento legal, porque el instinto de dominio de los hombres prevalecería sin obstáculo sobre la moderación de los jueces.

La debilidad es la condición complementaria del poder judicial, en términos de parecer virtud, porque sirve para mantener otras virtudes. La impotencia que lo reduce al silencio cuando sus mandamientos se burlan o se atropellan, parece como que enaltece su autoridad con el desaire al presentarlo unido a la ley en un agravio común.

"En cuanto al equilibrio de los tres poderes, no resulta exclusivamente de la intervención del poder judicial, sino de la distribución de las facultades de todos y de un enlace entre ellos que, sin perjuicio de la independencia en las funciones propias, produce una compensación necesaria y una armonía indispensable para no desarticular los órganos del gobierno; el equilibrio del conjunto resulta principalmente de las funciones del poder judicial." (27).

Esto, por lo que se refiere al gobierno general en cualquier sistema, siempre que éste regido por Constitución escrita que establezca la separación de los tres poderes. En el sistema federal la importancia del tercero sube al punto de hacerse indispensable para mantener la organización propuesta en la ley fundamental.

Nueva complicación se produce por la coexistencia de dos autoridades supremas; porque si es suprema la federal dentro de sus funciones limitadas, también lo es la del Estado particular dentro de las suyas; ni sobre la de una ni sobre la otra hay autoridad ninguna constituida; sólo esta por encima la soberanía nacional, y ésta sólo se ejerce en casos excepcionales por la institución no permanente que puede modificar los mandamientos de la Ley Fundamental.

Esto solamente nos lleva a la conclusión de que las leyes secundarias que

emanan de la ley suprema deben apegarse estrictamente a los designios de ésta, y por eso la afirmación, ninguna ley por encima de la Constitución.

Tal es la razón por la que la Constitución goza del llamado Principio de Supremacía.

2.- INTERPRETACION CONSTITUCIONAL DEL TIPO PENAL.

Con la reforma a la ley fundamental de septiembre de 1994, particularmente en el aspecto del Derecho Penal este se ha visto transformado desde sus raíces, porque tanto a nivel sustantivo como adjetivo los cambios anunciados vinieron a dotar al derecho represivo de una mejor técnica derivada de los estudios doctrinales que inspiraron tal reforma.

Como sucede en el caso de cualquier norma, pero sobre todo de aquellas que revisten especial trascendencia y que inicialmente pueden hallarse sujetas a diversas interpretaciones, el artículo 19 Constitucional fue materia de intensa y prolongada atención por parte de las leyes, las resoluciones jurisdiccionales y los trabajos de la doctrina. En este sentido, fueron abundantemente explorados los conceptos de "cuerpo del delito" y "probable responsabilidad".

La idea de cuerpo del delito -*corpus delicti* o *corpus criminis*- tiene antigua raíz medieval. Revistió diversas connotaciones a lo largo de la historia y en los distintos ordenamientos mexicanos y extranjeros que la incorporaron. Se entendió como instrumento o medio para la realización del delito, objeto sobre el que recaían huellas de su comisión.

"El trabajo del procesalismo mexicano estableció, finalmente, el deslinde preciso entre *corpus delicti*, instrumentos para la ejecución del delito, objeto de éste, huellas o vestigios y productos o rendimientos de la conducta punible. Así quedó bien precisado, por encima de cualquier

duda, que el cuerpo del delito, para los efectos del artículo 19 Constitucional y de las leyes secundarias que en este se sustentan, equivale al conjunto de elementos recogidos en la descripción legal del delito. Esta elaboración mexicana -que pudiera coincidir o no, cosa absolutamente secundaria e irrelevante, con las acepciones extranjeras sobre el mismo concepto- ha sido ignorada y soslayada por la reforma constitucional, ajena al desarrollo del derecho nacional." (28).

El texto vigente del artículo 19, en este extremo, indica que la detención se justificará con auto de formal prisión "siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes, que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste".

La iniciativa de reforma al artículo 19 Constitucional prácticamente no señaló las razones para el cambio de conceptos. Se limitó a decir que entre las razones para el cambio en este precepto constitucional figuro "la conveniencia de sustituir el concepto de cuerpo del delito por el de la acreditación de los elementos que integran el tipo penal".

En el dictamen elaborado en la Cámara de Diputados se intenta, sin fortuna, justificar la reforma practicada, así, se dice que el cambio tiene apoyo en "la necesidad de compatibilizar la existencia de los extremos de prueba que rigen para la orden de aprehensión con los del auto de formal prisión o en su caso de sujeción a proceso, superando el complejo término de "cuerpo del delito" por el concepto de la acreditación de los elementos que integran el "tipo penal"; con lo que se clasifican los requisitos que deben ser considerados por el juez para fundar y motivar su auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y de esta manera se fortalece la seguridad jurídica de los gobernados, al puntualizarse la obligación por parte de la autoridad de verificar la existencia del hecho delictuoso, además de la probable responsabilidad del inculpado" (29).

"Pero cuál es la razón del cambio, pareció al proyectista que el término "cuerpo del delito" era "complejo" quizás por desconocer la evolución habida en el entendimiento de esta noción, que ningún problema planteaba cuando sobrevino la reforma; en contraste, olvidó la enorme complejidad que existe en la comprensión del "tipo penal", una de las nociones más debatidas y diversamente interpretada en la moderna teoría del delito. El tipo purito reformista en aras de alguna moda inútil, determinó el innecesario cambio en el precepto". (30).

Lo cierto es que en sistema procesal penal mexicano jugó un papel primordial el concepto de "cuerpo del delito". En los términos del artículo 19 Constitucional, hasta antes de la reforma de 1993 a la Ley Suprema se entendió que la comprobación plena del cuerpo del delito constituía un elemento de fondo del auto de formal prisión y, por ende, del procesamiento.

En realidad esta destacada importancia se anticipó en el iter procesal. Efectivamente, la legislación secundaria resolvió, con acierto, que la averiguación previa tuviera por objeto acreditar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado -otro dato de fondo para el auto de formal prisión- y en tal virtud entendió que sólo era practicable el ejercicio de la acción penal, es decir, la consignación del caso ante la autoridad jurisdiccional, cuando se hallan comprobados estos dos extremos.

Al llevarse a cabo la reforma constitucional de 1993, varió la terminología de la ley suprema. Se prescindió de la noción de "cuerpo del delito" y se optó por el giro "elementos que integran el tipo penal". En algunos de los documentos preparatorios de esta reforma se adelantó la idea, verdaderamente inaceptable de que "tipo penal" era un concepto menos complejo que "cuerpo del delito". Asimismo se dijo que con la nueva expresión acogida en la ley culminaba el esfuerzo científico a propósito de la teoría general del delito.

En lo particular me sumo a esta última apreciación, porque la reforma tiene una exposición más clara desde el punto de vista dogmático de lo que es la estructura del delito, significa que su exposición sí es verdaderamente científica.

Vale tomar en cuenta, sin embargo, que la idea de cuerpo del delito fue largamente elaborada por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina mexicana, hasta fijar con toda claridad y suficiencia el sentido de esta antigua expresión.

Ciertamente, el "corpus criminis" puede significar otra cosa en algunas legislaciones foráneas, pero su significado era ya unívoco en el sistema jurídico mexicano. Por lo demás el legislador debió tomar en cuenta que aquí viene al caso una noción de derecho procesal, no de derecho sustantivo, y respetar el desarrollo de la doctrina en aquel campo, sin perjuicio de hacer lo mismo, por lo que toca al régimen sustantivo, en el ámbito que le es propio. En fin una observación trivial acerca del cuerpo del delito, el desdén por el desenvolvimiento de la doctrina y la terminología mexicana y el prurito reformista, llevaron a modificar necesariamente el texto constitucional.

Independientemente de la opinión de cada persona acerca de la acertado o bien de lo equívoco de la reforma, la verdad es que llevadas estas ideas al texto de la ley suprema se transforman a partir de ese momento en la única disposición aceptable y aún más de carácter obligatorio.

Es fundamental en la materia que nos ocupa la fórmula del artículo 158 de la Ley Procesal Penal vigente en esa época anterior a la reforma, en que se establecía con redacción clara y precisa, que el cuerpo del delito "se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta". Hoy el precepto dispone que "deberán acreditarse los elementos descriptivos del tipo penal del delito que se trate y la probable responsabilidad del acusado". Se incorporan criterios de escuelas penales, que seguramente causarán revuelo, polémica, se

entiende que esos elementos son los siguientes :-

a).Necesarios:- pues concurren invariablemente en el tipo penal, y que son:

1.-Acción u omisión, lesión o en su caso, el peligro, a que ha sido expuesto el bien jurídicamente protegido por la norma prohibitiva contenida en el tipo.

2.-Forma de intervención de los sujetos activos:- se entiende que aquí vienen al caso las formas de autoría o participación delictuosa, así llamadas ahora, porque antes se conocían como formas de responsabilidad.

3.-Realización dolosa o culposa de la acción u omisión:- así se incorpora el dato subjetivo que había permanecido fuera del concepto cuerpo del delito, toda vez que el dolo y la culpa para entonces formaban parte del elemento culpabilidad del delito, y que procesalmente es estudiado en el punto relativo a la responsabilidad penal del autor.

b). Contingentes:- en cuanto su presencia depende de los requerimientos específicos de tipos determinados, como bien pueden ser los siguientes:

1.-Las cualidades del sujeto activo y del pasivo, como lo es el ser funcionario, propietario, abogado, menor de edad, impúber etc.

2.-El resultado y la atribuibilidad a la acción u omisión.

3.-El objeto material.

4.-Los medios utilizados.

5.-Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión del delito.

6.-Los elementos normativos.

7.-Los elementos subjetivos específicos, distintos al dolo y la culpa como lo son las intenciones, los ánimos, los propósitos, los descos, etc.

Bajo esta descripción actúa el concepto de "elementos del tipo penal" al que alude con excelitud la nueva redacción del texto constitucional. También en esta tesitura habrá de emprender su estudio la ley secundaria a efecto de ajustarse a la ley suprema. Pero ya en los capítulos siguientes se analizan los elementos del tipo penal con mayor detenimiento y profundidad.

Así en el capítulo cuarto de este trabajo, vamos a desentrañar el sentido y la real valía del concepto "tipo penal" a partir del cual nos encontraremos ante la evidencia:- si contiene una mejor exposición del delito y facilita su aplicación procesal, solo sostener lo contrario es dar muestra de estrechez intelectual y desconocer la condición del dinamismo del derecho.

3.- EVOLUCION DEL CONCEPTO DEL BIEN JURIDICO.

La norma, que no puede identificarse con la ley, según hemos de ver más tarde, es uno de los polos del eje del Derecho. El otro es el bien jurídico. Cuando los intereses fueron protegidos por el Derecho, se elevaron a bienes jurídicos. Estos son de inapreciable importancia para indicar el fin de un determinado precepto y de todo el ordenamiento jurídico; es decir, el bien jurídico ha de ser tenido en cuenta en la interpretación teleológica". (31).

En tanto que el criticismo distingue entre ser y deber ser, resulta explicable que el concepto de bien jurídico haya sido profundizado por Feuerbach, por que para este que transitaba por camino correcto, el ser no se determinaba ni dependía del deber ser. De allí que ubicase como núcleo del delito la afectación de objetos que son para el los "derechos externos" y los "derechos subjetivos".

El concepto de bien jurídico vuelve a resplandecer después de 1870 con Binding quien entra en polémica con Liszt, en quien el concepto alcanza una posición predominante.

El concepto liberal de bien jurídico, como derecho subjetivo, corresponde al penalismo de la ilustración y comprende como tales a los derechos prelegislados, o sea, a entes pre-jurídicos (los bienes jurídicos existen como tales, como "entes" independientemente de su reconocimiento jurídico). En Von Liszt al positivisar el bien jurídico, al convertirlo en una "condición vital de la comunidad estatal", también se hayan antes de su reconocimiento positivo, razón por la que Liszt polemiza con Binding, para quien bien jurídico son "personas, cosas o estados que sean condición efectiva para una sana vida en común" siendo el legislador quien da el criterio selectivo.

El concepto de Liszt era positivista naturalístico y el de Binding positivismo jurídico (el positivismo jurídico elevado hasta lo irracional por Dahm, Schaffstín y Gallas llevó hasta la negación del concepto) los conceptos liberal y positivistas naturalístico son pre-legales, o

sea que en alguna forma, son jusnaturalistas. Hay otros conceptos del bien jurídico como interés que también son supra-positivos.

En 1919, Honig enuncia el concepto teleológico-sistemático del bien jurídico. Para este autor no existen los bienes jurídicos reales, sino que son una función que ayuda a la interpretación y que define como "el fin reconocido por el legislador en un precepto jurídico penal particular en su más breve formulación".

El bien jurídico es una "síntesis categorial" debemos cuidarnos de este concepto, por que en él el bien jurídico termina desapareciendo, convertido en la finalidad perseguida por el legislador, que sirve de guía al interprete. El concepto se vacía hasta quedar hueco desistirse en cuanto queremos obtener algo material del mismo. Justamente, la consideración teleológica que es introducida por vía del concepto de bien jurídico viene a ser eliminada por el formalismo en que recae Honing. Recordemos que con "el bien jurídico hace su entrada el pensamiento finalista en los dominios de la teoría del derecho y se inicia la consideración teleológica del derecho, mientras encuentra su término aquella logico-formal".

Los diferentes conceptos de bien jurídico surgieron como consecuencia de una visión parcializada del mismo, o de la hipertrofia de una de sus funciones.

El bien jurídico desempeña:-

- a) Una función garantizadora o limitadora de la tarea del legislador penal.
- b) Una función teleológico-sistemática, de fundamental importancia para reducir a sus debidos límites la materia de prohibición, esta función (trascendental en la interpretación

de los tipos) implica la introducción del pensamiento teleológico en la construcción dogmática.

Así las cosas, será fácil advertir que el bien jurídico esta conformado como la objetividad tutelada por la ley penal, esto es, aquello que la sociedad exige como un elemento de protección, llámese patrimonio, vida, libertad, etc. Pero también es cierto, que no habrá de confundirse el bien jurídico con la norma penal.

La norma penal se encuentra por detrás de la ley, es en suma la conducta prohibida por el tipo penal, como el "no matarás", "no robaras", "no violaras" etc., sólo que de redactarse en esa forma no tendríamos un Código sino un Catálogo de Prohibiciones. Mientras que, por otra parte, el bien jurídico tutelado si se advierte como un elemento que debemos colocar por encima de la ley y que necesita ser objeto de su protección.

Como es de notarse, norma y bien jurídico tutelado no son lo mismo ni siquiera ha lugar a una similitud.

4.- LA EXPLICACION DEL FENOMENO A LA LUZ DE LA FUNCION DEL ORDEN JUDICIAL.

Las reformas constitucionales en materia penal que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993 consolidan una evolución dirigida a la modernización de las disposiciones legislativas de carácter represivo, que en mi concepto dieron inicio en los años de 1983, 1984, por conducto de las modificaciones entonces promovidas por Sergio García Ramírez.

Una segunda etapa, se advierte en los estudios y anteproyectos formulados por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, entonces presidida por otro notable jurista, el Doctor Jorge Carpizo, los que culminaron con las reformas legales de 1991 y 1992, a los referidos ordenamientos mencionados a lo largo de este capítulo.

Las citadas reformas constitucionales de septiembre de 1993, deben considerarse como el fortalecimiento y continuación de las anteriores. Dichas modificaciones a varios preceptos fundamentales fueron reglamentadas por las disposiciones publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el 10 de enero de 1994, las que pretenden adecuar y desarrollar los mencionados cambios de carácter constitucional, para lo cual fue necesario reformar y adicionar varios ordenamientos, tan sólo doce de ellos.

En el decreto en comento aparecen modificaciones a diversos preceptos constitucionales, pero las que se refieren a la materia penal, reformaron los artículos 16, 19, 20 y 119 de la Ley Suprema. Nos interesa de manera particular los tres primeros, aunque más específicamente la referida al "tipo penal" en donde ya se introducen cambios significativos a los lineamientos de las disposiciones represivas en nuestro ordenamiento sustantivo y adjetivo que tendrán hondas repercusiones en todo el sistema penal mexicano, si se toma en consideración que algunos de dichos preceptos

fundamentales habían sufrido solo alteraciones accesorias al texto original aprobado por el Constituyente de Querétaro.

Durante el tiempo que transcurrió desde la puesta en vigor de las reformas constitucionales (3 de septiembre de 1993) hasta que se publicaron las reformas a las leyes penales secundarias (10 de enero de 1994), existió una serie de dudas respecto de lo que debería entenderse por "elementos del tipo penal", ya que esta expresión sustituía a la de "cuerpo del delito".

De ahí que en el ámbito federal y para los efectos de la función que corresponde al Ministerio Público Federal, en el mismo mes de septiembre de 1993, la Procuraduría General de la República emitió un Instructivo destinado principalmente a los Fiscales, en el que se les indicaban los alcances de dichas reformas constitucionales, y, sobre todo, lo que deberían entender por "elementos del tipo penal".

En efecto, en este instructivo se indicó que, mientras la ley secundaria no precisara esto, por ahora habría que entender por "elementos del tipo" aquellos que tradicionalmente han dado contenido al "cuerpo del delito", en términos del párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que equivale al 158 de nuestra ley foral en el Estado.

Se establecía hasta antes de las reformas, que el cuerpo del delito se integraba solo de los elementos materiales u objetivos del delito; concepción que se corresponde con la idea más tradicional del tipo penal, aunque de dicho contenido no se derivaba necesariamente la vinculación con este concepto.

Con la reforma de 1984 se estableció ya una equiparación entre el contenido del cuerpo del delito y el del tipo penal, al establecerse que "el cuerpo del delito se tendrá por

comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal" redacción esta de la legislación federal. Pero, si bien el nuevo contenido de esta disposición constituía un material muy importante para la doctrina, ya que permitía la aplicación de criterios diversos para su interpretación.

Para los efectos prácticos no representó un cambio determinante, pues para algunos venía a ser lo mismo. Cada quien tiene su propio concepto de tipo penal y, por ello, cada quien le daba el contenido que quería; observándose, sin embargo, que la gran mayoría seguía manteniendo el criterio de que el tipo penal se integra solo de elementos objetivos, tal como sucedía antes de dichas reformas y solo algunos admitían que, excepcionalmente ciertos tipos se integraban, además de elementos objetivos, también de subjetivos distintos al dolo, a la culpa.

Cuando el tipo penal así lo exigiese expresamente, aparecían estos elementos subjetivos. Pero eran todavía más escasos quienes, además de esos elementos admitían que el dolo y la culpa constituían igualmente partes integrantes del tipo penal y, por lo tanto, también había que analizarlos para efectos de determinar la existencia de los elementos del cuerpo del delito.

Esto último venía a ser la excepción tanto en la teoría como en la práctica.

Ya lo hemos dicho a lo largo de esta exposición, que el orden jurídico pretende regular conducta humanas y con esta regulación se ve al menos la idea de lograr un mínimo de ética social, en que los sometidos a ese orden introyecten las pautas sociales de conducta que el orden jurídico señala.

Pero también no dejamos de desconocer que el orden jurídico establece mediante un funcionamiento armónico de normas prohibitivas y preceptos permisivos, todos ellos

expresados en la ley que obligan no solo al gobernado sino también al gobernante y en lo que nos atañe a aquellos encargados de la administración de justicia, pues que es esa la aspiración ética del Derecho.

El orden jurídico compuesto de normas prohibitivas y preceptos permisivos, presuponen también un orden normativo, es decir, un cierto orden entre las mismas normas prohibitivas. De ahí se llega a sostener que el tipo legal no se encuentra aislado, sino dentro de una legislación. Consecuentemente la norma que se halla antepuesta al tipo, no es una norma aislada, una norma "suelta", sino que integra el tejido normativo del universo jurídico. Por eso la exposición de la reforma constitucional obliga al jurista -autoridad o estudiante- a conocer con mayor atinencia lo que ahora sabemos se llama "elementos del tipo".

Sobre todo a quienes se ven comprometidos con el aparato judicial o de procuración de justicia, conocer el alcance y la trascendencia de la reforma penal se convierte en un imperativo del que nadie escapa. Porque procesalmente, el Ministerio Público durante la fase de averiguación previa esta obligado a demostrar los elementos descriptivos del tipo penal por el cual deduce su acción penal; mientras que, el juzgador que se convierte en el hombre más solitario al momento de decidir la pena aplicable al autor del hecho delictivo, debe deducir del material de prueba la justificación de los elementos que integran o constituyen el tipo penal,

Como vemos, la reforma trascendió la estructura del delito para enseguida formar un nuevo capítulo en el mundo del derecho penal.

El legislador del presente régimen, analiza con pulcritud las novedosas teorías en boga, sin olvidar nunca al hombre tras los muros de la ergástula, ni al delincuente ocasional, quizás hombre de bien, que por circunstancias azarosas lleva a ser objeto de reproche punitivo estatal. El analista, cualquiera que éste sea, no puede disimular simpatía intelectual a tan brillante comisión

redactora aún a pesar del aparente desmayo que se parece advertir en algunos de los nuevos preceptos.

No es el prurito del elogio lo que me mueve a exaltar la labor que se comenta, sino un justificado orgullo de sujeto de derecho y obligaciones. Claro, existen dinámicas jurídicas de paso ligero como las que norman procesos económicos o administrativos; así lo exige la naturaleza de estas disciplinas modernamente cambiantes, ubicadas en el preciso torbellino de las fluctuaciones sociales.

Hay, sin embargo, ramas de la enciclopedia jurídica de notoria reciedumbre, de innegable prosapia, dada su antigüedad regulando la conducta humana; entre estas, se inscribe el Derecho Penal, con una capacidad de viraje despaciosa y prudente.

Algunas de sus instituciones fundamentales ya añejas entre nosotros, están aún por conquistarse ha cabalidad, como el arbitrio judicial o la indeterminación de sanciones, para solo citar dos destacados extremos. Se afirma así la idea de que en las disciplinas jurídico-penales, los tiempos de maduración son largos, exigen períodos más dilatados. Esto, para los que tienen prisa, es explicación necesaria.

La estirpe jurídica a la que pertenece el Derecho Penal, se forma de dogmas y liturgias de severa solemnidad, de tal suerte que la tarea de quien busca remozar, crear, recrear, o en fin, rescatar figuras, este llena de exigencias, entre otras, sensibilidad social, perspicacia sutil hacia el pulso del hombre, tenacidad viva, disposición a entender con talento vanguardista el cambio estrictamente necesario.

Bajo este signo, que pudiera parecer conservador o reaccionario, pero que ajeno a etiologías, políticas, tan sólo salvaguarda la parte medular de la norma jurídica:- el mínimo del

mínimo ético, el derecho penal mexicano se inscribe en el clima renovador de la sociedad de estos últimos despliegues del siglo XX y muestra, como la más dinámica parte de la disciplina, una inusitada y auténtica capacidad de modernización.

Vivimos un momento singular: la aproximación más vigorosa a la anhelada Reforma Penal Integral, cada vez más cercana, a pesar de las ya explicadas parsimonias y prudencias de nuestra materia.

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

CAPITULO TERCERO.

- 26).- Rabosa Emilio. El Artículo 14 y el Juicio Constitucional. Editorial, Porrúa, 5^a. Edición, México, D.F., 1894, Pág. 179.
- 27).- Rabosa Emilio Ob. Cit. Pág. 221.
- 28).- Rabosa Emilio, Ob. Cit. Pág. 228.
- 29).- García Ramírez Sergio., El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano., Editorial Porrúa, 1a. Edición, México, D.F., 1994., Pág. 45.
- 30).- García Ramírez, Ob. Cit. Pág. 46.
- 31).- García Ramírez, Ob. Cit. Pág. 47.

CAPITULO CUARTO.

CAPITULO IV.- ESENCIA Y SIGNIFICADO DE TIPO PENAL.

SUMARIO: 1.- Aspectos objetivos y subjetivos del tipo. 2.- Los tipos dolosos y culposos. 3.- Elementos del tipo. 4.- Ausencia de elementos del tipo y su consecuencia.

1.- ASPECTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL TIPO.

Hablamos de tipo objetivo o de aspectos objetivos del tipo no porque sean a él extraños todos los momentos subjetivos, sino porque constituye la objetivación de la manifestación de voluntad, su exteriorización, lo que conforma su aspecto central básico.

El tipo objetivo es el núcleo real objetivo de todo delito. No puede ser de otro modo, puesto que no hay conducta penalmente relevante como prohibida que no se exteriorice en el mundo físico, toda vez que la exteriorización es absolutamente necesaria para la imputación penal. No obstante en modo alguno es suficiente, puesto que si privamos de esa exteriorización u objetivación de lo exteriorizado u objetivado a través de ella, no tendremos una manifestación objetiva de la voluntad, sino algo hueco e indefinible.

En sentido causalista sería la exteriorización de una "voluntariedad", pero cabe preguntar a este planteo, "voluntariedad" de qué?, si la respuesta, conforme al causalismo, hay que hallarla en la culpabilidad, hasta allí llegará un fantasma de conducta humana, sólo que con la usual imagen fantasmagórica invertida, pues se trataría de una conducta humana sin esqueleto.

No cualquier manifestación de voluntad externa es típicamente relevante, sino únicamente la que el tipo revela. Cabe aclarar que la palabra es también una manifestación externa cuando esta típicamente relevada como tal.

El tipo es una figura de la imaginación, un dispositivo legal para individualizar conductas. Para ello puede atender a distintos aspectos de la objetivación de la conducta.

Por principio, el legislador en el tipo se vale de un sistema simbólico para deslindar conductas, individualizarlas. Ello no implica que cree la conducta ni el universo físico, sino que toma en cuenta determinados aspectos de toda una realidad mediante símbolos que pertenecen a un sistema simbólico como es el lenguaje humano.

De allí que la circunstancia de que toda conducta tenga una manifestación no significa que esa manifestación sea típica. Que nos hayamos ocupado en general ahora aquí, no implica que le demos una doble ubicación, porque lo aquí interesa no es el aspecto objetivo de una conducta en particular, sino la forma en que el tipo individualiza una conducta como prohibida relevando diferentes aspectos de su exteriorización.

El tipo legal describe sólo la conducta, a la que va anejo un resultado, en la tipicidad legal se comprobará si la conducta ha tenido lugar. En la llamada tipicidad conglobante se corregirá excluyendo del ámbito de la tipicidad el caso en que la mutación física no afecte el bien jurídico.

Sostener lo contrario sería absurdo, pues no sólo implicaría que el tipo crea la conducta, sino que hay conductas típicas que no se manifiestan en el mundo físico. Si hay delitos que no requieren un particular resultado físico, naturalmente no tendrá sentido que requiera un nexo de causación determinado.

En algunos casos, el resultado físico va unido a la misma conducta consumativa, pues esta se individualiza mediante un verbo, que requiere un resultado en forma

inescindible. Así sucede, por ejemplo, en la violación, en que se dice que es un resultado de "mera conducta" pero lo es porque la mutación física que requiere la conducta es lesiva del bien jurídico.

"No hay acciones penalmente relevantes sin un resultado físico o material: sólo hay formas de individualizar acciones penalmente relevantes y resultados físicos o materiales; en algunos se describe el resultado lesivo, en otros, es cualquiera que afecte al bien, en otros, por último, es conceptualmente inseparable de la acción." (32).

"Hemos afirmado que el dolo y la culpa son dos diferentes estructuras de los tipos penales, y por ende, no son dos formas o contenidos de la culpabilidad, como pretenden las teorías causalistas." (33).

La principal característica estructural de los tipos dolosos es la exigencia de una particular forma de congruencia típica entre el aspecto objetivo y el subjetivo, vale decir, una particular armonía entre ambas partes del tipo. Ello no implica que entre éstas siempre haya simetría, porque puede ser doloso, y no obstante, la congruencia no requerirse en forma simétrica. Sólo son simétricos cuando para configurar la conducta típica es necesario y suficiente que el tipo subjetivo abarque el conocimiento y la voluntad realizadora del tipo objetivo.

Hay otros supuestos, en que la presencia de elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, exigen que el aspecto subjetivo del tipo exceda al objetivo. Tales son los delitos de "intención" y "tendencia" que debido a esta característica se presentan como tipos de congruencia no simétrica. Hay aquí un plus en favor del tipo subjetivo.

El dolo es el núcleo central y básico de todos los tipos subjetivos, al punto en que la mayoría de ellos con él se agota éste.

Dolo es la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto. En su conceptualización legal, más sintética, que requiere de algunas explicaciones que luego en otro punto de este capítulo habrán de darse, dolo es pues "el fin de cometer un delito".

Consecuentemente se impone distinguir en el dolo dos aspectos o momentos :- el cognoscitivo y el conático.

"El dolo como resolución es penalmente irrelevante, dice Welzel, para recalcar que debe manifestarse o exteriorizarse en una conducta. Pero, creemos por nuestra parte, que la mera resolución no es dolo, a nivel pretípico, vimos que en la acción solo analíticamente podíamos escindir voluntad de manifestación de voluntad, porque la conducta constituye una unidad que es inescindible. Pues bien, entendemos que una voluntad sin manifestación no es dolo. No hay manifestación de voluntad sin voluntad, y tampoco hay voluntad sin manifestación que corresponda a un "acto de acción". Podrá corresponder a un "acto de pensamiento" pero no a un "acto de acción" y los actos de pensamiento están fuera de los tipos penales. Por ende, la mera resolución es un acto de pensamiento que no puede llamarse dolo. El dolo comienza a existir cuando se manifiesta."(34).

Hay tipos en los que el aspecto subjetivo llega hasta el dolo y allí se agota, en tanto que en otros, el aspecto subjetivo requiere de algo más que el dolo. Cuando nos hallamos ante un tipo penal que requiere:- a) una finalidad que persigue un objeto que esta "más allá" de la realización del tipo objetivo y b) que en la forma de realización del tipo objetivo se revele una particular disposición interna del sujeto activo, en tales casos diremos que nos hallamos con el requerimiento de elementos subjetivos del tipo legal distintos del dolo.

"Luego, los elementos subjetivos del tipo legal distintos del dolo son

intenciones que van más allá del querer la realización del tipo objetivo o particulares disposiciones internas puestas de manifiesto en el modo de obtención de la realización del tipo objetivo.”(35).

Entiendo que es preciso formular una clara distinción entre los elementos subjetivos del tipo penal y los elementos subjetivos de la justificación (elementos subjetivos o aspecto subjetivo del tipo permisivo).

Los verdaderos elementos subjetivos del tipo penal nada tiene que ver con la culpabilidad (la reprochabilidad) , sino con su objeto. Por lo que hace a su denominación, preferimos llamarlos “elementos subjetivos del tipo” (que más adelante se analizan) y no “elementos subjetivos del injusto”, por ser la primera más precisa y para evitar peligrosas confusiones.

La expresión “elementos subjetivos del injusto” no es incorrecta, pues estos elementos, como elementos subjetivos del tipo penal que son, resultan también elementos del injusto cuando, en realidad, hay un injusto. En tal sentido admitiríamos la expresión, pero en general no lo hago para evitar confusiones, porque estos elementos nada tienen que ver con la antijuridicidad, como no sea en cuanto a que deben tomarse en consideración para fijar su objeto:- son contenidos del tipo.

La distinción debe ser cuidadosamente realizada, toda vez que nos movemos en el peligroso terreno en que la introducción de referencias anímicas en el tipo es susceptible de dar entrada al derecho penal de ánimo. De cualquier manera la tarea es factible, y no deben trasvasarse libremente los elementos subjetivos del tipo a las motivaciones y viceversa.

Psicológicamente cada fin tiene una motivación y también la motivación lo es de una acción (final), pero un mismo fin puede tener distintas motivaciones y una motivación puede dar lugar a distintas finalidades.

Cuando la ley individualiza la finalidad, eso no autoriza al intérprete a limitar la motivación, siempre que exista el fin típico existirá la conducta típica, cualquiera sea la motivación, que sólo podrá tomarse en cuenta para graduar la culpabilidad.

2.- LOS TIPOS DOLOSOS Y CULPOSOS.

"Para el sistema causalista el tipo fue un concepto integrado de los elementos del delito, la descripción legal de una conducta como delictuosa, pero en este sistema se le consideró integrada sólo por elementos objetivos, desprovistos de valoración, de ahí que en ocasiones fuera considerado como mera descripción, en otros como indicativo de antijuricidad, o bien como ratio escendi de antijuricidad."(36).

Para el sistema causalista en que todo lo relativo a la acción, típica y antijurídica es terreno de lo objetivo del delito, fue resultando difícil de sostener, entre otras cosas por la aparición de los llamados elementos subjetivos del tipo y del injusto.

Así el finalismo planteó la tesis de que la acción humana es, un acontecer final, no solamente causal o ciego, sino que el hombre al actuar, se propone fines, puede preveer, dentro de ciertos, límites, las consecuencias de su actividad y dirigir a la consecución de esos fines, su acción es evidente.

Como consecuencia de ese planteamiento, el finalismo, ubicó el dolo y la culpa en el tipo. El contenido de la voluntad está en la acción, el dolo y la culpa se ubican en la conducta descrita en el tipo penal, aparecen así los tipos de dolo y culpa, y como el juicio de antijuricidad incide sobre la acción (u omisión), se incluye en ellos el estudio de elementos, no sólo objetivos, sino subjetivos.

A). Tipo de dolo.

El dolo se concibe como la voluntad dirigida en forma consciente a la ejecución del delito, su realización debe encuadrar en la definición legal y de ser es típica; si la ejecución no se logra, por causas ajenas a la voluntad del sujeto, podrá ser tentativa, pero en uno u otro caso, es típica.

Así, el finalismo concibe como objeto del dolo la realización del tipo, por eso Welzel habla de un dolo de tipo, sin distinguir elementos subjetivos y objetivos. Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito. El dolo exige el conocimiento de las circunstancias del hecho.

De esta manera, no debe considerarse una acción típica dolosa, aquella producida por el desencadenamiento de procesos causales que no son del contenido de la voluntad, ni resulten ser efectos concomitantes, sino por el contrario de circunstancias inesperadas que anulan el dolo.

Las desviaciones irrelevantes del proceso causal en el desarrollo de la acción, dan lugar a los llamados errores accidentales, que no afectan la configuración del dolo.

Así los casos de *aberratio ictus* o *aberratio in personam*, el finalismo los considera accidentales o irrelevantes, que ocurren si el resultado ocasionado y el propuesto son equivalentes, en donde el dolo no sufre modificación; de este modo será irrelevante que A al proponerse matar a B dispare éste y falle, pero mate C, A será castigado como responsable de homicidio doloso; en el supuesto de que el resultado ocasionado y el querido no sean equivalentes, se podrá dar el concurso de delito: tentativa del hecho doloso propuesto y culposo por lo que resultó producido.

"El error de tipo puede ser invencible o inevitable o vencible o evitable. El primero elimina la voluntad dolosa al no constituirse un fin típico; su consecuencia obligada es la atipicidad de la conducta. El error vencible también elimina la voluntad dolosa porque el sujeto no se plantea un fin típico, pero puede propiciar una voluntad culposa si la actuación del agente acusa una lesión al deber de cuidado señalado en el respectivo tipo culposo."(37).

Especial mención dentro de la teoría finalista del tipo, son los llamados elementos subjetivos del tipo, que no se refieren al dolo (al contenido de la voluntad) y que Welzel agrupa en: intención, tendencia especial y momentos especiales de ánimo.

La intención, da sentido a la realización dolosa del tipo, porque es una exigencia específica de la figura penal, independiente de la intención genérica presente en el dolo, como pudiera ser la premeditación, donde se exige, además del dolo necandi (dolo de matar), la reflexión sobre el hecho punible. La tendencia especial de la acción, aparece caracterizando la conducta en ciertos delitos, como el comportamiento lascivo en el delito de atentados al pudor. Por último, en lo relativo a momentos especiales de ánimo, éstos son circunstancias muy particulares de consideraciones ético-sociales que aparecen en el tipo, como la brutal ferocidad, tormentos, etc., a que alude nuestra ley, en el caso del delito de homicidio.

B).- Tipo de culpa.

El estudio de la culpa cobra cada vez más importancia, en efecto, si bien hace cien años era un tema casi desconocido en la literatura de derecho penal, esta situación ha cambiado radicalmente; la vida moderna cada vez más tecnificada y mecanizada obliga a todos a extremar cuidado y atención para no lesionar bienes jurídicos por imprudencia, imperiosa, falta de atención, etc.

El propio Welzel apunta este problema, cuando señala que al delito culposo se le atribuía un papel de segundo orden en la dogmática y en la política criminal, situación que ya ha cambiado, a raíz de la tecnificación, en particular de la motorización.

Para el finalismo la culpa tiene que definirse a partir de la acción, no del resultado, como lo hace la doctrina causalista. Lo fundamental en el tipo culposo es el desvalor de la acción, no la causación del resultado; lo fundamental se encuentra en la divergencia entre la acción ejecutada y la que debió realizarse, en virtud del cuidado necesario.

Se critica al finalismo al afirmarse que esta teoría tampoco puede explicar los delitos culposos, sobre todo los llamados delitos de olvido, en donde el sujeto ni siquiera se representó la posibilidad de efectos concomitantes al realizar la conducta, misma que tenía otras finalidades, o bien que la conducta fue omitida.

¿Como explica la teoría de la acción final estos casos? Para Welzel, si bien, en un principio el finalismo no dio una explicación satisfactoria, una revisión de la teoría del tipo culposo, debe establecer que en el tipo del delito doloso la acción final está dirigida a la realización del delito; en el tipo de delito culposo, la acción final está encaminada a la realización de resultados lícitos, donde el sujeto confía en que consecuencia socialmente intocables no se producirán, o bien ni siquiera piensa en que se producirán; así cuando el sujeto en su acción final se aparta del modelo de conducta deseable socialmente y exigida por la ley, sin que al apartarse se presente una causa de justificación o de inculpaibilidad, debe responder de su acción final, la que debió estar orientada a evitar resultados intolerables socialmente.

Es pertinente señalar que en los delitos culposos, la acción del tipo no se encuentra descrita en forma determinada, en efecto, al señalarla que actúa culposamente quien no

observa el cuidado debido, o como reza el actual artículo 42 del Código Penal vigente en el Estado.

Resulta así, que este tipo es un tipo penal abierto, ya que toca al juez investigar si en el caso concreto se incumplió el deber de cuidado, que era exigible dadas las circunstancias y condiciones personales de quien ejecutó la acción final, no como en los tipos cerrados en donde la conducta típica está descrita con exactitud.

En el estudio que debe realizar el juez sobre el deber de cuidado objetivo, es pertinente que tome en cuenta: el reconocimiento razonable de peligros y la prudencia con que obró el sujeto frente a ellos.

3.- ELEMENTOS DEL TIPO.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, divide los elementos del tipo en

- 1.- Objetivos; y
- 2.- Normativos; y
- 3.- Subjetivos.

A los primeros, los entiende como "aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que puede ser materia de la imputación y de responsabilidad penal." (38).

De los elementos normativos afirma que forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley. Tal valoración continua diciendo se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídico, de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo, o bien

cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico. De ahí que para Pavón Vasconcelos, los elementos normativos del tipo, impliquen una valoración, por parte del juzgador, y que tal valoración sea jurídica o cultural, según el ámbito en el cual opere dicha valoración.

Por último expresa que los tipos contienen muy frecuentemente elementos subjetivos, por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita, y que tales elementos deben estudiarse dentro de la teoría del tipo y de la tipicidad.

Luis Jimenez de Asúa acepta que el tipo está integrado por tres clases de elementos, que son:

- a).- Objetivos
- b).- Subjetivos
- c).- Normativos.

Agrega que los primeros son aquellos que hacen referencia al acto y modalidades del tipo, precisa que "el núcleo del tipo, las referencias al sujeto activo y al objeto, y las restantes modalidades, pertenecen a este grupo" De los elementos subjetivos siguiendo a Leopoldo Zimmeri, afirma que son estados o procesos -impresión en el sujeto pasivo- que causan en la víctima; y de los elementos normativos expresa "a veces, en los tipos se han hecho incrustaciones demandadas por la actual imperfección de la técnica e incluso innecesarias referencias a otros caracteres, como cuando se involucra en la descripción del objetiva un elemento de la culpabilidad; en otros se ha hecho preciso determinar el fin del agente, o su ulterior propósito, en ciertos tipos legales era indispensable fijar el elemento subjetivo de lo injusto y, por último, la impaciencia del legislador ha enclavado en la mera descripción objetiva, para la que basta el proceso de conocimiento, una referencia normativa, que obliga al juez a valorar." (39).

Welzel afirma que el tipo contiene un aspecto objetivo y otro subjetivo, manifestando "que tipo objetivo de injusto es la acción de hecho con el resultado eventual y las eventuales condiciones y características objetivas del autor; tipo subjetivo de injusto es el dolo con elementos subjetivos particulares de autoría.

"De donde resulta que para Welzel existen los elementos objetivos y subjetivos del tipo, pero no así los normativos. Conviene hacer notar que aún cuando para este tratadista alemán, existen los elementos objetivos y subjetivos, como integradores del tipo, no hace diferencia precisa y concreta respecto de unos y otros, pues afirma que el elemento objetivo del tipo, no es de ninguna manera nada "exterior", puramente objetivo, que aparezca completamente libre de elementos psíquicos-subjetivos, "ya las acciones -dice- de hecho, objetivas, de "apoderarse", de "engañar" como también de "coaccionar" de "sustraer" y, en general, todas las acciones de hecho de los tipos delictuosos dolosos, no se dejan comprender sin la tendencia de voluntad que las impulsa y las anima." (40).

Por su parte Welzel, es omiso en hablar de, los elementos normativos, pero admite, reconoce y sostiene la existencia, en el tipo, de los elementos objetivos y subjetivos.

Estudiando las obras de tratadistas, encuentre que entre ellos, existe gran paralelismo en el campo jurídico; la exposición de sus ideas, es semejante, y hay afinidad en sus conclusiones; lo que no es raro, si se toma en cuenta que sus compatriotas, contemporáneos y principales sostenedores de la teoría finalista de la acción.

Elementos Normativos. El primero en referirse a estos elementos fue Mayer, quien manifestó que: "son aquellas partes esenciales de un resultado típico que no tienen más que importancia valorativa determinada". Posteriormente Mezger se refirió a ellos, llamándolos "elementos típicos normativos" y agregando que elemento normativo del tipo, es todo aquél que para ser

determinado requiere una previa valoración.

"Jimenez de Asúa, al hablar de los elementos normativos del tipo, dice que están vinculados a la antijuridicidad, que constan en la descripción típica y que obligan al juez instructor a sobrepasar su función propia meramente cognoscitiva, para entrar en valoraciones de carácter normativo." (41).

Posteriormente, salvo algunas excepciones, todos los tratadistas aceptan y sostienen la existencia de elementos subjetivos y normativos, en la estructuración del tipo, con lo cual comienza la decadencia de la teoría causalista de la acción, para dar paso a la corriente que actualmente se encuentra en boga principalmente en Alemania, la teoría finalista de la acción, de las que son principales expositores Reinhart Maurach y Hans Welzel. Acordes con esta teoría, le asignamos al tipo un carácter indiciario de la antijuridicidad. Si el autor ha realizado, objetiva y subjetivamente, la conducta típica de una norma prohibitiva, ha actuado de este modo contrario a la norma. La tipicidad y la consiguiente contradicción con la norma, es un indicio de la antijuridicidad, pero no es idéntica a ella.

El tipo penal es la descripción hecha por el legislador, de una conducta antijurídica, plasmada en una ley. Se ha considerado al tipo penal, como instrumento legal necesario y de naturaleza descriptiva.

Es importante señalar que el tipo penal, también se conforma de las modalidades de la conducta, como pueden ser el tiempo, lugar, referencia legal a otro ilícito, así como de los medios empleados, que de no darse, tampoco será posible se dé la tipicidad.

Se ha dicho que la conducta del hombre en la realización de un delito, representa una cantidad infinita de datos, es imposible captar todos ellos en una descripción legislativa,

por lo tanto la sencillez o complejidad conceptual de la conducta antijurídica recogida en el tipo penal, le da forma íntegra a sus elementos.

No existe una técnica legislativa única, para la tipificación penal de conductas antijurídicas, ya que siempre va a influir la complejidad o sencillez de la conducta que se quiera moldear en un tipo penal. De esta manera será muy diverso el tipo penal y tangible, como en el caso de presentarse conductas normadas por alguna especial situación del sujeto que actúa.

Por lo tanto, el comportamiento antijurídico descrito por el legislador en el tipo penal será puntualizado en algunas ocasiones mediante la descripción de los elementos objetivos de la conducta, otras, será haciendo referencia a la valoración normativa de la misma y algunas más lo hará mediante el especial aprecio del fondo mismo de la intención o ánimo del autor.

"Para concluir, señálese los elementos del tipo penal:

- a) El presupuesto
- b) El sujeto activo
- c) El sujeto pasivo
- d) El orden jurídico
- e) El objeto material.
 - 1. Referencias temporales
 - 2. Referencias espaciales
 - 3. Referencia a otro hecho punible
 - 4. De referencia de otra índole
 - 5. Medios empleados
- f) Las modalidades de la conducta--
- g) Elementos normativos.
- f) Elemento subjetivo del injusto." (42).

Al referirme al elemento objetivo del tipo penal, estoy hablando de la descripción de la conducta antijurídica desde el punto de vista externo; como he dicho con anterioridad, el tipo penal tiene un carácter descriptivo; pero esto no quiere decir que sea únicamente una descripción externa, ya que siempre que se este describiendo una conducta humana habrá de tomarse en cuenta el elemento subjetivo, de él me ocupara en el siguiente punto.

El elemento subjetivo, se identificará con la manifestación de la voluntad en el mundo físico, requerida por el tipo penal. Es un concepto tomado el lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describen objetos del mundo real.

Asimismo se encuentra dentro del elemento objetivo, algunas veces se presenta de modo transitivo las figuras típicas, haciendose mención de la persona o cosa donde recae la conducta, de manera que se considera como objeto de la conducta o de la acción, por ejemplo, la persona privada de la vida, en el homicidio; la cosa sustraída en el robo, entre otros.

Los elementos normativos ofrecen una mayor libertad al juez, ya que requieren una valoración para ser completados en un contenido capaz de ser aplicado. En este caso, el legislador no espera que el juez justiprecie, según su criterio, sino debe exponer en sus sentencias, las evaluaciones que existen en la sociedad.

En la aplicación de estos elementos normativos del tipo, el legislador ha introducido conceptos jurídicos indeterminados, en los cuales puede salvaguardarse el requisito de la vinculación del juez a la ley, basando la apreciación en conceptos valorativos generalmente admitidos. Con estos antecedentes, los elementos normativos del tipo se refieren a hechos que únicamente pueden pensarse.

Los elementos subjetivos del tipo penal van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo o debe tener, en la realización de algún ilícito penal, es decir atiende a circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor.

Se dice que cuando se describe una conducta humana, no pueden pasarse por alto los aspectos psíquicos, asimismo el legislador penal, tampoco procede a la descripción de lo "externo" únicamente. Como ejemplo tenemos el tipo doloso, que implica siempre la causación de un resultado, que sería el aspecto externo, pero también requiere de la voluntad de causar ese resultado, lo que sería el aspecto o elemento subjetivo del tipo penal.

Los elementos subjetivos del tipo penal surgen de la misma naturaleza del hombre, ya que éste es un ser esencialmente pensante, que ante la realización de la mayoría de sus aspectos, siempre va a participar su psique, elemento subjetivo del tipo penal.

El elemento subjetivo puede radicar en el conocimiento que tiene el autor de la realidad de un determinado estado de las cosas. Otras veces, este elemento estará en un determinado deseo, ánimo o intención del agente en la realización de la conducta típica.

4.- AUSENCIA DE ELEMENTOS DEL TIPO Y SU CONSECUENCIA.

Las causas de atipicidad en la teoría finalista se presentan cuando falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos exigidos por el tipo. Así serán causas de atipicidad las siguientes:

a). Por ausencia de algún elemento objetivo, sea por:

1. Falta del número o calidad del sujeto activo.
- 2.- Falta del número o calidad del sujeto pasivo.
- 3.- Falta del bien jurídico tutelado.
- 4.- Falta de la acción u omisión.
- 5.- Falta del resultado típico en los delitos que exigen resultado.
- 6.- Falta de los elementos normativos.
- 7.- Falta de las circunstancias objetivas de agravación o atenuación

contenidos en el tipo.

b). Por ausencia de alguno de los elementos subjetivos, sea por:

- 1.- Falta del dolo o de la culpa.
- 2.- Falta de otros elementos subjetivos distintos del dolo (falta de la tendencia, ánimo, etc.).

El sistema causalista señala casi las mismas causas de atipicidad, por la falta de elementos objetivos, a que se refiere el sistema finalista, sin embargo difieren fundamentalmente en que el sistema finalista incluye como causas de atipicidad, la ausencia de dolo, o de otros elementos

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

subjetivos distintos del dolo, por ubicar el dolo y la culpa como elementos subjetivos de acción típica.

Esta mecánica de prelación lógica de los elementos del delito permiten que la aparición de alguna causa que impida la integración de un elemento, éste no surge, pero puede dejar intacto los anteriores, así por ejemplo, en el sistema finalista puede presentarse una acción, típica dolosa (la muerte de una persona) pero si el sujeto activo obró bajo error de prohibición (creyendo lícita su acción), su acción seguirá siendo típicamente dolosa, pero no culpable.

Las relaciones entre la tipicidad y la antijuridicidad se reflejan necesariamente sobre sus respectivos aspectos negativos. Se ha visto que tipicidad penal implica antinormatividad, o sea, contrariedad con la norma prohibitiva, fundamento de la naturaleza indiciaria del tipo penal.

Cualquiera sea el enunciado de la norma antepuesta al tipo (enunciado prohibitivo o preceptivo), éste se traduce en una norma prohibitiva. Los enunciados preceptivos no son más que formas particulares de normas prohibitivas (la inversa no es exacta). La contrariedad con la norma prohibitiva es la antinormatividad. El juicio de tipicidad penal implica el juicio de antinormatividad, pero no el de antijuridicidad, que es el resultado del juego armónico y coherente de normas prohibitivas y preceptos permisivos.

Como consecuencia de este planteo positivo, surgen las siguientes consecuencias en el caso negativo:

- 1). Una conducta puede ser atípica y antijurídica: así, como es antijurídico y atípico el incumplimiento de un contrato, puede serlo la conducta que es atípica por error de tipo y, por ende, dar lugar a acciones civiles, administrativas, etc.

- 2). Una conducta puede ser atípica y justificada: un homicidio en legítima defensa, por ejemplo.
- 3). Una conducta puede no haber sido nunca antijurídica, por no haber sido nunca antinormativa.
- 4). Una conducta puede ser atípica y justificada. Como no toda la antinormatividad tiene relevancia penal, una conducta puede ser antinormativa y estar amparada por el ejercicio de un derecho.

Los supuestos 3 y 4, en general no interesan al derecho penal, salvo respecto del caso 4 para que no sea considerada "ilegítima" la agresión en la legítima defensa; y el caso 3 el supuesto de cumplimiento de un deber jurídico.

Para el causalismo las causas de atipicidad se presentan cuando falta alguno de los elementos objetivos del tipo; para el finalismo cuando falta alguno de ellos, o bien algunos de sus elementos subjetivos del tipo, entre ellos principalmente el dolo y la culpa.

"En el sistema finalista, como ya lo he indicado, aparece la llamada teoría del error de tipo, o sea cuando se obra con desconocimiento o error sobre la existencia de los elementos objetivos del tipo de injusto, excluyen el dolo; exclusión que se presenta si el error de tipo de invencible o insuperable; si es vencible, tomando la previsión o cuidado que es dable exigir, debió el sujeto superar su error, y al no hacerlo, queda subsistente la culpa." (43).

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

CAPITULO CUARTO.

- 32).- Zaffaroni., Ob. Cit. Pág. 267.
- 33).- Welzel Hans., Ob. Cit. Pág. 58.
- 34).- Zaffaroni., Ob. Cit. Pág. 258.
- 35).- Zaffaroni., Ob. Cit. Pág. 361.
- 36).- Orellana Wiarco Octavio., Teoría del Delito., 1a Edic., Edit. Porrúa, México, 1994, Pág. 147.
- 37).- Monterrosa Jorge Efraín., Culpa y Omisión en la Teoría del Delito., 1a Edic. Edit. Porrúa México, D.F. 1993, Pág. 93.
- 38).- Pavón Vasconcelos., Ob. Cit. Pág. 248.
- 39).- Jiménez de Asúa., Ob. Cit. Pág. 715.
- 40).- Welzel, Ob. Cit. Pág. 62.
- 41).- Jiménez de Asúa., Ob. Cit. Pág. 780.
- 42).- López Betancourt, Eduardo., Teoría del Delito., Edit. Porrúa., México D.F., 1994, Pág. 117.
- 43).- Orellana Wiarco Octavio., Ob. Cit. Pág. 153.

CONCLUSIONES.

CONCLUSIONES.

En forma resumida y abordando los principales puntos de divergencia entre el sistema causalista y el finalista habrán de exponerse las conclusiones que a continuación señalaré y que se apoyan en este trabajo, aunque cabe destacar sólo vamos a hablar del tipo penal.

a). El nuevo concepto "elementos del tipo penal" es una institución basada en la línea del pensamiento alemán que encabeza Welzel y que se denomina "Teoría Finalista del delito" cuya exposición alcanza su clímax en la reciente reforma constitucional.

b). La necesidad de perfeccionar las leyes penales y su aplicación es ineludible, la política criminal debe estar constantemente atenta a todo aquello que garantice una mejor convivencia social, sin detrimentos de los derechos fundamentales del individuo.

c). La profundización de los conceptos que conforman la teoría del delito, es una consecuencia de esa necesidad, siempre perenne de sistematización que apoyada en el estudio de la ley proporcione los instrumentos valiosos para su conocimiento y aplicación.

No han faltado voces que consideran inútil y nociva la extrema tecnificación del estudio de la teoría del delito; tal parece que sólo unos cuantos (los iniciados en estos estudios) pueden ser capaces de comprender sus misterios, contra el principio de que las leyes, al estar dirigidas a todos, deben ser sencillas y comprensibles para el común denominador.

No cabe duda que en parte, estas críticas son acertadas y por ello debemos procurar que las leyes penales, su interpretación y aplicación se vayan haciendo cada vez más sencillas y comprensibles.

d). Algunos destacados penalistas han afirmado que las disputas entre causalistas y finalistas no tienen importancia, pues al fin y al cabo, unos y otros estudian al delito; aseguran que sus diferencias no son radicales, ambas estudian la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. No participo de ese punto de vista; por el contrario, pienso que de ser así este trabajo y el esfuerzo de tantos destacados penalistas sería inútil, consideremos que no es así, porque si nos echamos a cuestras el estudio y explicación (tal vez sin conseguirlo) de los sistemas finalistas y causalista, es debido a que ambos sistemas han abordado desde sus respectivos puntos de vista, la solución de problemas prácticos de lo que ocurre cada día en los tribunales. El sistema como explicación coherente del estudio del delito y la ley, pretender ser instrumento valioso para quien al servirse de ella encuentre respuesta a múltiples problemas jurídico penales de la vida cotidiana.

e). El sistema finalista aparece inspirado en la filosofía de los valores, corriente filosófica que surge en Alemania a principios del siglo presente, y que en el terreno del derecho penal cuestiona los postulados del sistema causalista.

El causalismo maneja una explicación de relaciones de causa a efecto, para explicar el delito. Así el primer elemento del delito, la acción, es una relación de causa a efecto, en la que únicamente interesa la manifestación de la voluntad para la ejecución de los movimientos corporales, no así la finalidad de esa acción que como proceso subjetivo corresponde al estudio de la culpabilidad. La acción es "ciega".

El sistema del finalismo rechaza esa concepción que considera reñida con la propia realidad y con lo preceptuado por la ley. No es posible separar la voluntad de ejecutar una acción, de su finalidad, la acción es "vidente".

f). La tipicidad para el sistema causalista, aparece cuando la conducta encuadra en el tipo, en la norma, pero este encuadramiento es en relación a los elementos objetivos del

tipo. La aparición de los elementos subjetivos del tipo, fue uno de los problemas más serios que se plantearon a este sistema, y Binding elude la cuestión sin conseguirlo, diciendo que estos llamados elementos subjetivos, son objetivos porque aparecen en la ley.

El sistema finalista considera que al tipo corresponden elementos objetivos y subjetivos (también normativos) y que dentro de estos últimos muy destacadamente aparecen el dolo y la culpa. Agrega a este sistema, que la ley al señalar por ejemplo, "al que ejecute"; "a quien cometa"; etc., esta exigiendo que la acción típica tenga un contenido doloso, por lo que es congruente incluir en el tipo, el dolo (y la culpa), y no separarlos arbitrariamente, como lo hace el causalismo.

Se acusa al finalismo de haber dejado "vacía" a la culpabilidad, al despojarla del dolo y la culpa, crítica que no me parece acertada, pues la culpabilidad no ha quedado "vacía" sino que se le coloca en su verdadero papel, en aquel en donde el sujeto se le va a valorar, a "reprochar", por no haberse motivado a obrar conforme a la norma, conforme a los valores aceptados por la ley. La culpabilidad va a ser la medida de la pena; que papel más importante y delicado podemos concebir.

g). La reforma constitucional nos conduce a la necesidad de plantear, cuáles son esos elementos del tipo penal?, los vamos a contemplar bajo el prisma del sistema finalista y por ende solo referimos a los elementos llamados:- elementos objetivos, dejando al margen el dolo o la culpa, o bien, a la manera de su exposición, el tipo comprende precisamente el estudio del dolo y la culpa como elementos subjetivos del tipo

De manera semejante debemos plantearnos la interrogante respecto al artículo 19 Constitucional, precepto que abandona el concepto de "cuerpo del delito" y adopta la exigencia de que se acrediten los "elementos del tipo penal" y la "probable responsabilidad" del detenido

para poder dictar en su contra un auto de formal prisión.

A partir de las citadas reformas constitucionales, los juzgadores quedan obligados a precisar en sus resoluciones, relativas a ordenes de aprehensión, autos de formal prisión y sin duda sentencias en que queden probados los elementos del tipo penal que es objeto del procedimiento penal en cuestión.

h). Por elementos del tipo penal debemos entender, finalmente, que se cuenta en cada hipótesis típica con:-

1.- Elementos objetivos:- son aquellos que describen la conducta o el hecho y que son susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento. Por lo general este elemento constituye el núcleo del tipo cuando, por medio del verbo, describe una acción o una omisión, pero también forma parte de él todos los procesos, estados o referencias conectados a la conducta.

2.- Elementos subjetivos:- son referencias especiales conectadas con el dolo y dirigidas a la realización de la parte objetiva del tipo, que están vinculadas con el propósito y el fin del agente.

3.- Elementos normativos:- son características implícitas en el tipo que determinan una especial valoración, jurídica o cultural, por parte del juzgador.

A guisa de ver con claridad este apartado de conclusiones y queriendo presentar una innovación a nuestras leyes sustantivas y adjetivas, me permitiré hacer algunas "recomendaciones" en las que se refleje lo estudiado, investigado y aprendido.

R E C O M E N D A C I O N E S .

Para la legislación sustantiva penal he de sugerir una mejor redacción al artículo 12, en lo que a mi juicio parecería el reconocimiento a la existencia del tipo penal ya como una institución de nuestro derecho punitivo. Para que quedará de la manera siguiente:-

Artículo 12.- "El delito puede ser realizado por acción o por omisión" (es la redacción actual).

Artículo 12.- "El delito sólo puede ser realizado por acción u omisión. Nadie podrá ser penado por una acción u omisión, si no se concretan los elementos de la descripción legal." (Es la redacción sugerida).

En tanto, por lo que toca al aspecto de la manera de comprobar el llamado "cuerpo del delito", ahora "elementos del tipo", se sugiere lo siguiente:-

Artículo 158.- "El ministerio público acreditará los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción penal y la autoridad judicial a su vez examinará si ambos elementos están acreditados en autos para darle curso al proceso.

Los elementos del tipo penal de que se trata y la probable responsabilidad por cualquier otro medio probatorio que señale la ley". (Redacción actual).

Artículo 158.- " El ministerio público....

Los elementos del tipo penal....

Son elementos del tipo penal los siguientes:-

a). la lesión o en su caso, el peligro en que ha sido colocado el bien jurídicamente protegido.

b). el objeto material y sus características.

c). que el resultado producido sea atribuible a una determinada actividad o inactividad humana.

d). el o los medios utilizados y en su caso, si estos son los requeridos por el tipo.

e). las circunstancias de lugar, tiempo o de cualquier otra índole cuándo el tipo lo exiga.

f). si la acción u omisión son realizadas dolosa o culposamente.

g). la cualidad en los sujetos pasivos o pasivos.

h). las demás que el tipo penal prevea.”

(Es la redacción sugerida)

Considero que así, puede verse fiel reflejo de lo que importo el esfuerzo del presente trabajo que dejó aquí para la sana crítica y discusión.

BIBLIOGRAFIA.

BIBLIOGRAFIA.

TEXTOS.

- 1).- Barbero Santos Merino., Los Delitos de Peligro Abstracto., 4t. Edición, Buenos Aires Argentina, 1973.
- 2).- García Ramírez Sergio., El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano., Editorial Porrúa, 1a. Edición, México, D. F., 1994.
- 3).- González Férrer Elías., Tipo e Injusto., Editorial Erga, 3a. Edición, Panamá, 1979.
- 4).- Guzmán Ricardo., Delito e Injusto., Editorial Porrúa, 1a. Edición, México D. F., 1950.
- 5).- Jiménez de Asúa Luis., La Ley y el Delito., Editorial Hermes, 1a. Edición, Argentina, 1981.
- 6).- Jiménez Huerta Mariano., La Tipicidad., Editorial Porrúa, 2da. Edición, México D. F., 1955.
- 7).- López Betancourt Eduardo., Teoría del delito., Editorial Porrúa, México D. F., 1994.
- 8).- Monterrosa Jorge Efraín., Culpa y Omisión en la Teoría del Delito., 1a. Edición, Editorial Porrúa, México D. F., 1993.
- 9).- Orellana Wiarco Octavio., Teoría del Delito., 1a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1994.
- 10).- Pavón Vasconcelos Francisco., Manual de Derecho Penal., Editorial Porrúa 4ta. Edición, México D. F., 1967.
- 11).- Rabosa Emilio., El Artículo 14 y el Juicio Constitucional., Editorial Porrúa, 5ta. Edición, México D. F., 1984.
- 12).- Saver Guillermo., Derecho Penal., Editorial Botas, 4ta. Edición, Madrid, España, 1956.
- 13).- Welzel Hans., Derecho Penal Alemán., Editorial Cárdenas, 1a. Edición., México D. F., 1980.
- 14).- Welzel Hans., El Nuevo Sistema del Derecho Penal., Editorial Galas., 7ta. Edición, Madrid España, 1981.
- 15).- Zaffaroni Raúl., Tratado de Derecho Penal., Editorial Cárdenas, México D. F., 1988.

LEYES Y CODIGOS.

1).- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato., Cárdenas Editor y Distribuidor, Irapuato, Gto., 1994.

OTRAS FUENTES.

1).- Revista Jurídica Veracruzana., No. 1, Ene-Feb-Mar., 1971.