

## CAPÍTULO SEGUNDO

I. El derecho occidental. La concepción democrática del derecho penal y el principio <i>nullum crimen, nulla poena sine lege</i> . Amplitud de dicho principio en relación con las diversas ramas jurídicas . . . . .	121
II. La evolución del tipo penal. Aproximación al concepto científico del tipo penal; la necesidad social y el tipo penal; el carácter fáctico del tipo; el tipo y el derecho penal moderno; tipicidad y tipo, deslinde conceptual . . . . .	129
1. Fase de la independencia . . . . .	133
2. De carácter indiciario . . . . .	135
3. Fase de la <i>ratio essendi</i> de la antijuridicidad . . . . .	135
4. Fase defensiva. La figura rectora de Beling . . . . .	136
5. Fase destructiva . . . . .	139
6. Fase finalista . . . . .	141
III. La tipicidad y el tipo en el derecho mexicano. Cuerpo del delito, elementos del tipo y nuevo cuerpo del delito . . . . .	147
IV. Conclusiones . . . . .	149

## CAPÍTULO SEGUNDO

### I. EL DERECHO OCCIDENTAL. LA CONCEPCIÓN DEMOCRÁTICA DEL DERECHO PENAL Y EL PRINCIPIO *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE*. AMPLITUD DE DICHO PRINCIPIO EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS RAMAS JURÍDICAS

El derecho occidental viene signado por un progresivo desarrollo del derecho constitucional, que experimenta una auténtica revolución en sus planteamientos: por un lado, se ha producido un enriquecimiento metodológico y se ha ampliado su campo de conocimiento. El desarrollo señalado ha permitido considerar sus temas con una seriedad científica y apego a la realidad política.

Por otro lado, ha superado los prejuicios que lo examinaban como una mera técnica del poder o, en su caso, parte integrante de una simple superestructura, para erigirse en eje e instrumento fundamental para el desarrollo y progreso político de cualquier nación.<sup>161</sup>

<sup>161</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 27 y ss. “Precisamente, con base en estos nuevos enfoques, la doctrina ha logrado diseñar lo que se pueden denominar líneas maestras del constitucionalismo contemporáneo, mismas que representan una consistente e integral respuesta a los retos que plantean los radicales cambios y transiciones políticas que se están presentando a escala mundial.

Las líneas maestras a que nos referimos son, principalmente, las siguientes: a) el derecho constitucional constituye a la vez una técnica de la libertad y una técnica del poder, que se estima indispensable para el funcionamiento de la democracia; b) el derecho constitucional tiene una vinculación muy estrecha y precisa estudiarlo dentro del contexto de las instituciones políticas; c) para que una Constitución tenga pleno sentido en la actualidad, debe de estar concebida esen-

A la aplicación del enfoque político en el ámbito del derecho constitucional, resulta conveniente agregar la necesidad de aplicar planteamientos procedentes de otras ciencias, como la sociología, la ciencia política, la economía, etcétera. Por tanto, la moderna perspectiva amplía el horizonte del derecho constitucional.

Lo anterior resulta completamente cierto, ya que aunque su temática esencial de estudio siguen siendo las normas constitucionales reguladoras del funcionamiento de los principales órganos del Estado, dichas normas se entienden mejor aprovechando el bagaje conceptual dimanante de otras disciplinas.

Contemplada desde este ángulo, la insuficiencia del mero examen formalista no resulta suficiente, ya que la verdad política de un régimen no se encuentra puesta de manifiesto, integralmente, en la ley fundamental del mismo. No obstante, la simple exégesis de los documentos jurídicos esenciales no basta, porque ello ha de ser completado con la captación de las auténticas fuerzas políticas y sociales, propulsoras del sistema constitucional, tales como el estudio, primordial, que en nuestra época se dedica a los partidos políticos y a los grupos de presión.

El profesor Fix-Zamudio y el profesor Valencia Carmona dirigen su mirada al derecho constitucional comparado y se detienen en el constitucionalismo francés, resaltando que, en referencia al estudio de los partidos políticos y de grupos de presión —desde años atrás— el derecho constitucional se entendía como un proceso de “racionalización del poder”.

Lo anterior, se producía en virtud de que “se modifica conforme a las ideas y fenómenos políticos y de la vida y está estrechamente unido al ideal democrático”. En este sentido, este punto de vista fue recogido por los autores contemporáneos. Así, desde

cialmente como un instrumento de control y de limitación del poder; d) en las leyes fundamentales contemporáneas debe imperar la concepción de la «Constitución abierta»; e) aunque tuvieron este propósito desde un principio, las Constituciones en la actualidad tienden a incorporar todavía más los valores constitucionales como elementos identificadores del sistema político; f) la Constitución puede y debe desempeñar hoy día una función unificadora del ordenamiento jurídico”.

1954, el nombre oficial que se le dio (en Francia) a la materia que nos ocupa, es el de derecho constitucional e instituciones políticas, para resaltar que dicha disciplina no debe limitarse a examinar las instituciones establecida por la Constitución y los textos que la completan, sino también para estudiar su funcionamiento concreto y acercarla a las instituciones y fuerzas sociales que operan en los hechos y no están previstas por los textos.<sup>162</sup>

Por su parte, el profesor doctor argentino Ricardo Haro, señala que uno de los temas más relevantes del sistema político ubi-

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 30. “Más aún, un buen número de iuspublicistas, como el conocido constitucionalista Maurice Duverger, prefieren invertir los términos y denominan a la materia instituciones políticas y derecho constitucional, en virtud de que dichas instituciones «no se desprenden del derecho constitucional, como lo sugiere la denominación oficial, sino que la superan y la dominan largamente. Esta inversión de factores no debilita la parte jurídica del análisis, al contrario, ella le da un carácter casi real», de esta manera, «el derecho es así vinculado con la ciencia política, los dos esclareciéndose mutuamente». Cfr. Duverger, Maurice, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 17a. ed., París, PUF, 1988, pp. 22 y 23.

Corresponde a Karl Loewenstein el mérito de haber destacado el lugar central que corresponde a la teoría del control en el Estado constitucional. De acuerdo con el profesor alemán, “la Constitución es el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”, en virtud de que en ella se establece un sistema de reglas fijas por medio de las cuales se distribuye el poder público entre sus detentadores y se establecen los controles a que dichos detentadores están sujetos; por ello dedica nada menos que las dos terceras partes de su célebre *Teoría de la Constitución* a explicar en general y en detalle los controles del poder político.

Los controles se dividen, según este autor, en *controles horizontales*, llamados así porque se dan teóricamente al mismo nivel entre los poderes del Estado, y los *controles verticales*, que surgen de los individuos, de los grupos o de la distribución del poder hacia los órganos supremos del Estado. A su vez, los controles horizontales pueden ser *intraórganos* o *interórganos*, aquéllos se presentan dentro de un mismo órgano del Estado como sucede con el bicamarrismo o el ejecutivo dual y el colegiado, y éstos cuando un órgano del Estado controla a otro órgano del Estado, como acontece con los controles que tiene el Poder Legislativo frente al Ejecutivo o la influencia que éste puede ejercer en las Cámaras. Por su parte, los controles verticales se actualizan en el federalismo, en las libertades individuales que los ciudadanos tienen frente al poder, en la influencia de las diversas organizaciones y grupos que caracterizan a la sociedad plural, como los partidos, los sindicatos o las asociaciones.

Cfr. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabiparte, Barcelona, Ariel, 1983, pp. 149 y ss.

cado en el constitucionalismo y en su consecuencia el Estado de derecho lo integra el de la distinción, clarificadora entre las funciones de gobierno y su control. En este sentido, el autor en comentario hace referencia a las tendencias contemporáneas en el derecho constitucional.<sup>163</sup>

Todos estos movimientos tuvieron su manifestación, en distintas naciones, respecto de sus normas fundamentales. Así, ya hemos dejado citada la tendencia del constitucionalismo francés. Por su parte, España fue de las primeras que se proyectó para estudiar el derecho constitucional y la enseñanza obligatoria de la Constitución. Es la Constitución de Cádiz de 1812 la que estableció (en su artículo 318) la obligación de enseñar y explicar la Constitución política de la monarquía en todas las universidades y centros culturales dedicados a la enseñanza de las ciencias eclesiásticas y políticas.<sup>164</sup>

<sup>163</sup> Haro, Ricardo, *Constitución, poder y control*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 139 y 140. Precisamente, el profesor Haro se plantea el problema de la evolución del constitucionalismo “clásico” y el de la sociedad postindustrial, de esta manera dice literalmente: “Bueno es recordar muy sucintamente que el constitucionalismo, como movimiento filosófico-político que realizó una de las mayores revoluciones en la dialéctica y conflictiva relación entre sociedad y Estado, justificó su origen y desarrollo en la afirmación y protección de la dignidad de la persona, que marcará definitivamente la construcción de un progresivo sistema jurídico institucional, que abrevará en una axio-teleología antropológica, política, social, cultural y ética. Para el logro de tan excelso objetivo tuitivo del hombre, fue imprescindible, por un lado reconocer los derechos individuales y sus correspondientes garantías. Y por otro, establecer la *división y equilibrio del poder y sus funciones*, que se imputaron a diversos órganos, en procuración de un poder limitado y controlado para evitar todo abuso que violase la dignidad humana. Frente a la «voluntad del rey» sólo legitimada en Dios de las monarquías absolutas de derecho divino, surge el constitucionalismo y el Estado de derecho que se fundaban ahora en la «voluntad de la ley» legitimada en la incipiente «soberanía popular». Junto a este movimiento apareció ya después la versión del constitucionalismo social, que culminó en el Estado social de derecho (según la conocida expresión de Hermann Heller).

<sup>164</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 161, pp. 21 y 22. “Para cumplir con tal disposición, se creó el mismo año, en Madrid, la Cátedra de los Reales Estudios de San Isidro; y en 1814 se hizo lo pro-

La auténtica realidad es que el Constitucionalismo moderno, más aún el de nuestra época, ha venido diseñando sus características más relevantes durante los últimos cincuenta años y muy específicamente tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Para el doctor Miguel Carbonell, los hitos más importantes han sido (en relación con esta nueva orientación de las Constituciones) las normas fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949).

Posteriormente, se encuentran las Constituciones de Portugal (1976) y España (1978). Sin embargo, para el profesor en comentario el constitucionalismo no se ha encontrado en una rigidez, en una estaticidad, antes al contrario su evolución se ha proyectado en diversos sentidos.<sup>165</sup>

Así, hay ensayos (pertenecientes a los distintos autores participantes en este texto) con estudios analíticos de carácter más general y otros que abordan los aspectos particulares, específicos del neoconstitucionalismo. De esta manera (a guisa de ejemplo) se pueden ubicar en los primeros los trabajos de Ferrajoli (que

pio en otras universidades. Poco después, en 1821 se publicaron las *Lecciones del derecho público constitucional* de Ramón Salas, y en 1837 aparecieron las *Lecciones de derecho político* que en el Ateneo de Madrid pronunciaron Donoso Cortés, Pacheco y Alcalá Galeana”.

<sup>165</sup> Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Trotta, 2003, pp. 9 y ss. “Conviene tener presente, con todo, que cuando se habla de neoconstitucionalismo, ya sea en singular o en plural, se está haciendo referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte, como ya se ha mencionado, a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional. Por otro lado, con el término «neoconstitucionalismo» se hace referencia también a una determinada teoría del derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos o incluso elogiosos.

De ambas perspectivas se nutre este libro, pues algunos autores defienden en sus textos lo que debería ser el Estado constitucional, otros describen la operatividad que han tenido los cambios generados en su funcionamiento y otros se dedican a analizar las teorías explicativas o justificativas de este nuevo estado de cosas”.

conecta los diseños del Estado de derecho y del Estado constitucional y trae a colación las tendencias probables de evolución.

Siguiendo la línea anterior, Miguel Carbonell hace referencia a que el estudio de Alexys hace profundizar sobre las formas y/o maneras en que la jurisdicción constitucional alemana utiliza ideas neoconstitucionalistas en materia de derechos fundamentales. En forma similar Guastini se adentra en las condiciones de la «constitucionalización del ordenamiento», así como también sobre la forma de desarrollarse las mismas en Italia.

En cuanto a los que tratan temas más específicos, más concretos, se encuentran Luis Prieto, que hace referencia a la ponderación judicial en el neoconstitucionalismo. Por su parte, Juan Carlos Bayón se relaciona con las objeciones contramayoritarias que se hacen a la justicia constitucional.

En el mismo sentido, José Juan Moreno, cuando trata el tema de los conflictos entre principios constitucionales, aborda dicha cuestión, como Luis Prieto aborda la técnica de la ponderación, o Susanna Pozzolo, la muy interesante relación entre derecho y moral en el neoconstitucionalismo.<sup>166</sup>

<sup>166</sup> *Ibidem*, pp. 11 y 12. El joven y distinguido jurista mexicano, profesor doctor Miguel Carbonell concluye diciendo lo siguiente: “Lo que haya de ser el neoconstitucionalismo en su aplicación práctica y en su dimensión teórica es algo que está por verse. No se trata, como se acaba de apuntar, de un modelo consolidado, y quizás ni siquiera pueda llegar a estabilizarse en el corto plazo, pues contiene en su interior una serie de equilibrios que difícilmente pueden llegar a convivir sin problemas.

Pensemos simplemente en la técnica de ponderación de bienes constitucionales, la cual no se presta a soluciones generales que sirvan para todos los casos y para todos los países. O consideremos también la fuerte impregnación judicialista que recorre la mayoría de los postulados neoconstitucionalistas; la intervención judicial no es algo que siempre genere reacciones a favor, e incluso en algunos países —como Italia, por mencionar solamente un ejemplo— se están haciendo esfuerzos considerables por la mayoría política en el poder para limitar severamente la capacidad de intervención de los jueces en ciertos asuntos. En buena medida las ideas del neoconstitucionalismo seguirán estando en el futuro inmediato en continuo cambio, como lo estarán también las sociedades en las que quieren aplicarse; de ahí la necesaria inestabilidad de cualquier modelo o paradigma neoconstitucional”.

Naturalmente, los temas del neoconstitucionalismo tienen relación con la soberanía y su conexión al derecho constitucional común. En este sentido, el profesor Peter Häberle y el profesor Markus Kotzur plantean la problemática en relación con la posibilidad de un diálogo europeo-latinoamericano y señalan, como un detalle a comprobar, la comparación constitucional a nivel nacional y supranacional.

El propio traductor de ambos autores (Héctor Fix-Fierro) señala que el profesor Häberle formula una síntesis muy apretada de la manera de abordar el fenómeno del constitucionalismo europeo, pero referido, específicamente, a Latinoamérica y a México.

Por su parte, el profesor Markus Kotzur formula la idea de la soberanía en el mundo actual, en el sentido de que tanto la hipótesis del profesor Häberle y del profesor Kotzur, sirven para concretar los aspectos supranacionales del constitucionalismo.<sup>167</sup> Hay que aclarar que Peter Häberle es maestro y Markus Kotzur su discípulo, quien es muy brillante.

El profesor doctor Peter Häberle se refiere a la tensión con relación a las culturas latina y angloamericana, haciendo alusión al origen común europeo del “modelo”, al propio tiempo habla de las funciones de puente para una posible consideración conjunta, que han tenido España y Portugal-Iberoamérica y, por otro lado Gran Bretaña-Estados Unidos.

Desde su perspectiva, Markus Kotzur maneja lo referido a la soberanía, en su consideración actual, y desde el ángulo de la misma para un diálogo europeo latinoamericano sobre un atributo característico del Estado constitucional moderno. En esta tesitura, analiza el concepto de soberanía, en su dimensión histórica; el concepto de soberanía en su dimensión constitucional, distin-

<sup>167</sup> Häberle, Peter y Kotzur, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, traducción y presentación de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. Aunque la temática de los dos autores del texto se refiere al título del mismo, sus posiciones abarcan distintos aspectos, como hemos visto.

guiendo —aquí— la soberanía popular y la soberanía y la nación.

Siguiendo con el análisis, Kotzur contempla la soberanía desde la perspectiva del derecho internacional; el concepto de soberanía como una conjunción desde el ángulo del derecho constitucional y el derecho internacional, culminando en la consideración de la soberanía al servicio del ser humano y las interrelaciones cooperativas de la soberanía.<sup>168</sup>

Finalmente, puede decirse que el poder soberano de configuración y la vestimenta jurídica, de que se le dota, están encauzados por la inescapable realidad de la formación de las distintas comunidades jurídicas. En otras palabras, se encuentran sometidos a un condicionamiento histórico. Puede resumirse este pensamiento afirmando, sin ambages, que toda la soberanía es dependiente de su época.

Resultaría difícil pretender ver la soberanía desde un prisma estrictamente homogéneo. No debe cegar, en este sentido, la situación de que “la apertura cooperativa del Estado constitucional haya avanzado más en Europa que en Latinoamérica, e inversamente, el que ahí, como en los Estados Unidos, la comunidad política esté concebida de manera menos excluyente con referencia al Estado que en Europa continental, solamente puede enriquecer el diálogo cultural transatlántico”.<sup>169</sup>

Esta proliferación, para el profesor Haro da lugar a que, en relación con el asunto que nos interesa, sea necesaria una regla de “descentralización”, para que no se produzca una pérdida de la seguridad jurídica en relación con el principio de legalidad, porque lo contrario sería tanto como negar la eficacia a uno de los principios fundamentales del principio de legalidad, su eficacia en los diversos ámbitos jurídicos.

Todo lo dicho por el profesor Haro se proyecta a un reacomodamiento en el reparto de las competencias del poder político: y

<sup>168</sup> *Ibidem*, respecto de Häberle, pp. 5-80; y en referencia a Kotzur, pp. 88-114.

<sup>169</sup> *Ibidem*, pp. 121 y 122.

señala, la regla de la descentralización resulta indispensable, cuando en el nivel inferior intra-estatal (regiones, provincias, municipios, etcétera) puedan asumir con eficacia toda una diversidad de funciones político-administrativas.<sup>170</sup>

Insiste Haro en que La regla de la centralización es aplicable en lo relativo a ciertas competencias que aun sin ser genuinamente propias, en el ámbito de su desempeño eficaz superan a los niveles regionales, provinciales o municipales, y que el entorno real demanda que deban pasar al coto de disponibilidad del Estado nacional.

La regla de la integración, según Haro, resulta indispensable para dar satisfacción a aquellas exigencias al sistema político, dado que éste, por su complejidad y supra-nacionalidad, exige la cooperación e interdependencia creciente de los Estados. En otras palabras, todo este complejo movimiento se justifica en virtud de la dependencia e interdependencia, aunque en muchos casos sea nominal, de los Estados.

## II. LA EVOLUCIÓN DEL TIPO PENAL. APROXIMACIÓN

AL CONCEPTO CIENTÍFICO DEL TIPO PENAL; LA NECESIDAD SOCIAL Y EL TIPO PENAL; EL CARÁCTER FÁCTICO DEL TIPO; EL TIPO Y EL DERECHO PENAL MODERNO; TIPICIDAD Y TIPO, DESLINDE CONCEPTUAL

Tal vez, para iniciar el estudio de este apartado, convendría recordar las palabras del doctor Mariano Jiménez Huerta (ya fallecido) quien señala que las figuras típicas geometrizan lo anti-jurídico, corrigen la intuición, frenan la emoción y proporcionan al derecho penal una mística noble y una reciedumbre segura y

<sup>170</sup> Haro, Ricardo, *Constitución, poder y control*, cit., nota 163, pp. 145 y 146. El profesor doctor dice literalmente: “Cabe resaltar la descentralización que se manifiesta en el desarrollo institucional y político que está mostrando los municipios y los nuevos entes inter-municipales, que deben estimular la participación y el control de los vecinos, pero evitando caer en la tentación de la mera inflación burocrática”.

grandiosa, que corta de raíz los arrebatos de la ira, los despotismos, las arbitrariedades y todos los excesos emotivos ínsitos en la endeble condición humana.<sup>171</sup>

Hay que hacer constar que se produce una confusión, donde la conceptualización de tipicidad y tipo son utilizadas —indebidamente— en forma similar o equivalente, cuando realmente se trata de dos mociones distintas, aunque eso sí, estrechamente relacionadas unas con otras, lo que no favorece, precisamente, el adecuado manejo de las mismas.<sup>172</sup>

La doctora Olga Islas, por su parte, señala que “el tipo constituye, funcionalmente, una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido suficiente y necesario para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos”.

De esta definición se sigue (y estamos citando a mi respetada maestra e ilustre penalista) se deduce:

- a) El tipo es una mera descripción general y abstracta.
- b) Su elaboración corresponde exclusivamente al legislador.
- c) El tipo regula, tan sólo, eventos que tienen la propiedad de ser antisociales.
- d) El tipo determina que un evento antisocial adquiera relevancia penal.
- e) Para cada clase de eventos antisociales hay un, y sólo un, tipo penal.
- f) Cada tipo penal señala, una, y sólo una, clase de eventos antisociales.
- g) La necesidad y la suficiencia especifican la clase de eventos antisociales descrita

<sup>171</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2003, t. I, pp.10 y ss.

<sup>172</sup> Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal. Parte general*, 4a. ed., México, Trillas, 2001, pp. 210 y ss. “Así el tipo es una descripción, que hace el legislador, de determinados eventos antisociales, con un contenido suficiente y necesario para proteger uno o más bienes jurídicos”.

- h) El tipo delimita, con toda precisión, el ámbito de lo punible y, como consecuencia, permite conocer, con certeza, lo que no es punible.
- i) El tipo tiene como función la protección de bienes jurídicos.
- j) Sin la existencia previa de un tipo, no hay delito.<sup>173</sup>

Expuesta esta introducción al tema, que nos ocupa, cabe señalar que el vocablo tipicidad toma su esencia del sustantivo tipo, que proviene del latín *tipus*. En este sentido el doctor Jiménez Huerta nos indica que, en su acepción trascendental para la disciplina penal, significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que proporciona fisonomía propia.<sup>174</sup>

Por otra parte, la raíz histórica del tipo se encuentra en el concepto de *corpus delicti*, contenido en viejas leyes y vertido, posteriormente, con la denominación de *Tatbestand* a la lengua alemana (concretamente en el siglo XIX), como acredita la Ordenanza Criminal Prusiana de 1805 (parágrafo 133, que todavía perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos).

El *Tatbestand* constituyó el hecho del delito, el contenido real, en oposición al puro concepto (*Degriff*) lo que el doctor Jiménez Huerta, en su primera acepción del cuerpo del delito, en-

<sup>173</sup> Islas, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 4a. ed., México, Trillas, 1998, pp. 26-28. La profesora dice: “El tipo penal (mensaje) ha de reconstruirse a partir del texto legal descriptivo de la actividad o de la inactividad, texto cuyo alcance debe restringirse mediante los textos que se refieren al dolo y a la culpa, a la consumación o a la tentativa y a las justificantes.

Vale un ejemplo: El tipo de homicidio fundamental doloso consumado por acción, que se construye a partir del artículo 302, definitorio de la actividad de privar de la vida a una persona. Este artículo debe relacionarse, para restringir su extensión a únicamente la comisión por acción dolosa consumada, con los artículos 8o., en su primera hipótesis, y 9o., párrafo primero, y además se debe indicar en forma expresa que no son aplicables ni el texto legal correspondiente a la tentativa, ni los textos descriptivos de las causas de justificación”. La referencia al ordenamiento legal es la correspondiente al Código Penal Federal.

<sup>174</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, cit., nota 171, pp. 10 y ss. “Típico es todo aquello que incluye en sí la representación de una cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella”.

tiende como acción punible, como el hecho objetivo.<sup>175</sup> Sin embargo, la teoría del delito, basada —entre otras características— en el tipo o tipicidad, llegó al ámbito del derecho penal de la mano de Ernest Beling en el año 1906.

El ilustre profesor de Munich dio al tipo (*Tatbestand*) un sentido distinto del que tenía en las obras de Stübel (1805) Luden (1840), Geyer (1862) Kärcher y Schaper (1873), para quienes el tipo no era figura de delito específica, en la que se reúnen la totalidad de sus caracteres externos e internos (incluidos el dolo y la culpa). Dicho en otras palabras, el tipo penal describe, en abstracto, los elementos materiales, característicos de cada especie de delito.<sup>176</sup>

En cuanto a la necesidad social y el tipo penal, la comunidad se ve inquieta, algunas veces por la violación de garantías de los gobernados, ello produce una necesidad social de regular tales actividades como típicas. Dicho de otra forma, conviene determinar con claridad los hechos típicos (de ahí el carácter fáctico del mismo).

Pero ocurre que (antes de concretarse los hechos en una figura legal) se producen una serie de factores, que intervienen en la redacción final del mismo, y que (a veces) influyen sobre dicha redacción final de aquellas conductas. Así: tenemos

<sup>175</sup> *Idem*.

<sup>176</sup> Jiménez de Asua, Luis, *Teoría del delito*, México, Iure Editores, 2003, pp. 140 y ss. Al respecto, Jiménez de Asua dice literalmente: “Ahora bien, la exacta naturaleza del *tipo legal-penal*, así como la característica de tipicidad que ha de reunir la acción injusta y culpable para que pueda ser sancionada con una pena, sólo se logra conocer a través del estudio paciente, que ha de comenzar con la depuración de lo que aquél es, ante el hecho concreto.

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

Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo —según el creador 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”.

factores sociales, factores culturales, factores económicos, factores políticos e, inclusive, factores religiosos.

Por consiguiente, en el derecho penal moderno el tipo constituye la base de todo ordenamiento jurídico-penal, aunque conviene precisar que tipicidad y tipo no son conceptos equivalentes, ya que la tipicidad es la correspondencia unívoca, uno por uno, entre los presupuestos del delito y los elementos de la descripción típica. En cambio, el tipo es la descripción que realiza el legislador de dichas conductas típicas.

Todo esto no surgió espontáneamente sino que fue marcado por la evolución del propio tipo penal, que registró diversas fases, hasta desembocar en el derecho penal moderno (y de manera muy especial la teoría, plenamente mexicana, del maestro Elpidio Ramírez y de la doctora Olga Islas) pero habremos de llegar a ella. Las distintas fases de la evolución vienen marcadas de la siguiente manera:

### 1. *Fase de la independencia*

En ésta, la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, totalmente separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad; por ejemplo, matar a un hombre es el tipo del delito de homicidio, pues se trata de una mera descripción.

Cuando se pretende establecer si la muerte fue contraria a la norma que prohíbe matar, o si se realizó en legítima defensa, se está en presencia de una función valorativa, concretada en la característica del delito denominada antijuridicidad.

Por último, el juicio que permite atribuir a un ser imputable el acto realizado y de reprochársele (a título de dolo o culpa) se realiza mediante la culpabilidad.<sup>177</sup> Tipicidad y antijuridicidad son conceptos distintos. El tipo es un elemento de la ley penal.

Esta castiga toda acción típica (o lo que es lo mismo) enmarcable dentro de alguno de los tipos descritos en el articulado de

<sup>177</sup> Jiménez de Asua, Luis, *Teoría del delito*, cit., nota 176, pp. 147-150.

las partes especiales de los códigos, antijurídica (es decir, contraria a la norma) y que reúne el resto de los requisitos expuestos por Beling.

El tipo y la norma son, pues, las dos piezas fundamentales en que se apoya la construcción entera del delito, ya que el tipo describe y la norma valora. No obstante, ya que lo injusto, lo antijurídico no es divisible por parcelas jurídicas, sino unitario, la acción típica y la antijurídica no son lo mismo, sino dos elementos independientes.<sup>178</sup>

Por otra parte, entiendo, que el injusto se refiere al contenido material de la conducta y lo antijurídico a lo contrario a la norma. Esta, al menos, es la opinión (posiblemente equivocada) del autor de esta obra: El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo.

También ha de separarse la tipicidad de la culpabilidad, ya que la determinación de la tipicidad de un acto no reside, exclusivamente, en la determinación del dolo ni de la culpa, ya que el tipo, referente a la acción cometida (repetimos, sea dolosa o culposamente) debe tener, por exigencia, inesquivable el mismo contenido.

Por su parte, el maestro Jiménez de Asua, comentando estas últimas frases de Beling, expresa que no sólo muestran la separación, sino también la superior unidad de todos los caracteres del delito, enmarcados en el tipo legal, señalando que éste sirve para diversas funciones.

Así: para clasificar las infracciones, para establecer el concepto de tentativa, para decidir el concurso aparente de leyes, para aclarar la unidad del acto en las acciones complejas, para el concurso de delincuentes y la codelinquencia, etcétera.

Al exponer Beling su teoría en 1906, fue recibida con grandes reservas por los tratadistas alemanes; incluso el maestro

<sup>178</sup> *Ibidem*, pp. 147 y 148. Esto es, de tal manera, que todo lo típico es antijurídico, pero no todo lo antijurídico es típico. Pensemos en el homosexualismo (masculino o femenino) y en la prostitución. Evidentemente son conductas antijurídicas, antisociales, pero no están tipificadas, ya que sus sanciones se llevan a cabo a través de los reglamentos de policía y buen gobierno.

Binding la atacó muy duramente y, asimismo, fue ignorada en el extranjero.

## 2. *De carácter indiciario*

Es Max Ernest Mayer, en su *Tratado de derecho penal* (publicado en 1915) expuso la segunda fase de la teoría de la tipicidad. El ilustre tratadista no entiende la tipicidad como simple descripción, sino que tiene un valor indiciario de otras características del delito, y específicamente la antijuridicidad.<sup>179</sup>

Al establecer la función que desempeña la tipicidad, Max Ernest Mayer la considera como el primer presupuesto de la pena y estima que la antijuridicidad es el segundo presupuesto de la pena. Dicho autor propugna por la separación entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero enfatiza la función indiciaria respecto de la antijuridicidad y su importancia.<sup>180</sup> En conclusión, la tipicidad constituye la *ratio cognoscendi* de lo antijurídico.

## 3. *Fase de la ratio essendi de la antijuridicidad*

Edmund Mezger se opone a la formulación de Beling, y publica su doctrina, ya plenamente elaborada, en 1931, en su *Tratado de derecho penal*. La definición de delito de Mezger indica claramente el fundamento de su teoría y, a estos efectos, dice: “acción típicamente antijurídica y culpable”.

Puesto que para Mezger el delito es, en primer término, una conducta típicamente antijurídica, el estudio de la tipicidad no se lleva a cabo en un apartado propio, sino que se incluye en la antijuridicidad, tratada primero como injusto objetivo y posteriormente como injusto tipificado.

<sup>179</sup> Mayer, Max Ernest, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Lehrbuch*, 2a. ed., Heidelberg, Carl Wintes, Universitatbuchhandlung, 1923, pp. 37 y ss.; pp. 176 y ss.

<sup>180</sup> Jiménez de Asua, Luis, *Teoría del delito*, cit., nota 176, pp. 139-142 y ss.

Lo anterior es perfectamente comprensible, ya que para Mezger el delito no constituye un conjunto de características independientes: acción típica, antijurídica, etcétera. El ilustre maestro alemán dice que el delito es ante todo un evento antijurídico, pero típicamente antijurídico.<sup>181</sup>

En la concepción de Mezger la tipicidad constituye mucho más que indicio, mucho más que *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, pues constituye la base real de ésta, es decir, su *ratio essendi*. El tratadista alemán señala que la antijuridicidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo.<sup>182</sup>

Esto significa que pueden existir acciones que no sean antijurídicas, pero que es esencial a la antijuridicidad la tipificación. Para Jiménez de Asua, la consecuencia de la doctrina de Mezger es que existe una antijuridicidad exclusivamente penal.

Mezger rechaza consideraciones de este tipo y niega que su doctrina, que sus ideas postulen una antijuridicidad penal específica, ya que lo que él pretende es enfatizar, de manera muy clara, la necesidad de destacar que la antijuridicidad penal requiere de la tipicidad.

#### 4. Fase defensiva. La figura rectora de Beling

Desde que, en 1906, Beling destacó, por vez primera, la importancia y sentido del tipo, el rechazo que sufrió su construcción doctrinal, especialmente de los autores alemanes, dieron lu-

<sup>181</sup> Mezger, Edmund, *Tratado de derecho penal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, t. I, pp. 374-376 y ss. “El delito es acción antijurídica, pero, al propio tiempo, típicamente antijurídica; la decisión de que una determinada conducta incide en el campo del derecho penal resulta de la consideración de que, como fundamento de la exigencia penal del Estado, no es bastante cualquier acción antijurídica, sino que es precisa una antijuridicidad especial, tipificada, típica. No toda acción antijurídica es punible, pues para que esto suceda es necesario que el derecho penal la haya descrito previamente en un tipo especial”.

<sup>182</sup> Mezger, Edmund, *Tratado de derecho penal*, México, Cárdenas, 2001, t. I, *passim*.

gar a que la reelaborara. De ahí que hay dos momentos, claramente diferenciados, en su construcción doctrinal.

El primero, en su versión del tipo materializado (1906) que es la época correspondiente a la publicación de su obra fundamental *Die Lehre vom Tatbestand*. El segundo en (1930) con su monografía *Die Lehre vom Tatbestand*, son dos hitos esenciales en la evolución del pensamiento del ilustre maestro alemán.<sup>183</sup>

Por consiguiente, el tipo no es ya para Beling el hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito por sus elementos materiales en cada especie delictiva, sino que constituye la imagen rectora, cuadro dominante o tipo regens, que delimita y preside cada especie delictiva.

La adecuación de la conducta al tipo (idea ínsita en la noción de tipicidad) ha de ser adecuación no a la especie delictiva, sino a lo que es imagen rectora, o cuadro dominante de cada una de ellas. Jiménez Huerta agrega: con su nueva concepción del tipo como imagen rectora o cuadro dominante de cada especie delictiva, Beling pretendía solucionar algunos problemas.<sup>184</sup>

Los problemas pendientes eran referentes a la tentativa y a la complicidad, teniendo en cuenta de que la conducta intentada y la de los participantes no se podían subsumir en el concepto descriptivo del tipo. Con la nueva formulación se encuentra la solución, ya que la acción intentada y la de los participantes, quedan incorporadas a la imagen rectora.

Por su parte, Jiménez de Asua, al resumir la nomenclatura y distintos elementos y conceptos referentes al tipo (conforme a la nueva formulación de Beling en 1930) sintetiza lo siguiente:

- A. Tipo de delito (*Deliktstypus*). Se trata de la figura de delito, como se expresaría en español, o también la vieja

<sup>183</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano, cit.*, nota 171, t. I, pp. 13-15 y ss. Jiménez Huerta dice que en el primero se materializa el concepto del tipo penal y que en el segundo se idealiza el pensamiento nuclear de Beling. En esta segunda etapa, según el autor citado, se establece la separación entre el tipo y la especie delictiva.

<sup>184</sup> *Idem*.

conceptuación que dio Stubel a la tipicidad. Se procura sólo destacar especies.

- B. Tipo de lo injusto (*Unrechtstypus*). Se trata de la conducta antijurídica de determinada especie. Para el intérprete es una valoración, ya que se hace referencia a las imágenes normativas.
- C. Tipo de culpabilidad. Este tipo también es interno y consiste en el dolo que se exige en cada caso. Con un dolo de culpabilidad de fraude, por ejemplo, no se califica la privación de la vida de una persona.
- D. Figura rectora (*Leitbild*). En realidad lo constituye el antiguo Tatbestand, al que Beling le da esta nueva denominación para evitar confusiones. Esa imagen, por ejemplo, apoderamiento de una cosa mueble ajena, lo rige todo; en ella se concreta y a ella se dirige lo injusto normativo y la culpabilidad. Sin embargo, la figura rectora es objetiva, descriptiva; por eso hace posible reunir (en su tipo) todos los demás tipos internos: el de lo injusto y el de la culpabilidad.
- E. Adecuación típica (*Tatbestandmassigkeit*). En realidad, el tipo o figura rectora no es, en esta concepción de Beling, parte del tipo del delito (*Deliktstypus*). Si el mismo se desmembra, parece que debería surgir la imagen rectora; pero no es así. La figura rectora es independiente en absoluto y tiene su contenido (mejor dijo lo espera) puesto que está vacía; por ejemplo, privar de la vida a otro es la imagen rectora del homicidio, abstracción hecha de todos los acontecimientos reales correspondientes a la acción. Pero la primera característica del tipo de delito de homicidio no es la figura rectora, matar a una persona, sino la acción de matar. Esta es la adecuación típica, la relación entre el hecho concreto, real y el tipo de delito (*Deliktstypus*), la acción que da contenido al *Tatbestand* legal, al tipo legal.

F. Tipicidad *stricto sensu* (*Typicitat*) En sentido estricto, la tipicidad sería un elemento esencial del delito: la descripción hecha por el legislador. Las imágenes rectoras están como colgando de una cuerda o, por decirlo mejor, se encuentran en el Código Penal como un libro de figuras. Únicamente el legislador puede añadir una nueva, ya que no hay delitos sin tipicidad, y la analogía (como ya sabemos) es inadmisibles en el derecho penal. La ley penal ha de establecer (muy claramente) los delitos en tipos perfectamente concretados, mas no en definiciones amplias y vagas.

Jiménez de Asua finaliza señalando que esta forzada concepción de Beling, es elogiada, en cuanto considera al tipo *stricto sensu* o imagen rectora como representación. No obstante, el intento de crear una figura directriz, rectora, no parece conseguirlo, ya que en aquellos países donde —por ejemplo— el parricidio constituye un tipo independiente, el hecho de matar al padre sin saberlo no podría servir para vincular a todos los elementos internos de la figura delictiva en una imagen, que sería externamente de parricidio e internamente de homicidio.<sup>185</sup>

### 5. Fase destructiva

Tanto la doctrina de la tipicidad, del tipo, como la teoría objetiva de la antijuridicidad, resultan radicalmente incompatibles con las concepciones del nacionalsocialismo (nazismo hitleriano) que, al ser aplicadas al ámbito del derecho penal, producen un enorme y desorganizado impacto en la estructura liberal de la ciencia penal.

Cuando, en 1933, se inició la reforma penal en Alemania, se estableció que la pena ya no dependía de la producción de un resultado. El nuevo derecho penal tiene como finalidad la volun-

<sup>185</sup> Jiménez de Asua, Luis, *Tratado de derecho penal*, 5a. ed., Buenos Aires, Losada, 1992, t. III, p. 768 y ss.

tad, pero no la acción, la conducta. El delito se convierte en el reproche de la culpabilidad ante un resultado posible.

El punto de partida ya no es el resultado lesivo, sino la conducta peligrosa del agente. Precisamente, Georg Dahm (extremista exaltado) se aplicó a la tarea de destruir la noción de la tipicidad. Empezó por atacar la distinción entre antijuridicidad y tipicidad, argumentando que esa distinción y la posterior de la culpabilidad atentan contra el derecho penal.<sup>186</sup>

Todo lo anterior, tras elogiar a Beling. Para Dahm, sólo debe apreciarse el acto individual, el interés del particular en sus relaciones con la comunidad y (más concretamente) con la comunidad de raza. El derecho es el orden concreto, mientras que el delito es el desorden.

El hecho de matar a un hombre, por ejemplo, sólo será castigado como asesinato si la comunidad ha sufrido, o está en riesgo de sufrir, un perjuicio por ese acto; todos los demás criterios que supongan la noción de valor deben ser rechazados.

Los seguidores de esta doctrina deben de inspirarse no en las nociones jurídicas provenientes de una realidad empírica, sino en las dimanantes de un orden moral, que surge del pueblo y de la raza. Por tanto, el papel del juez consistirá en interpretar ese orden moral, y la misión de la pena en sancionar esas violaciones.

El derecho penal nacionalsocialista únicamente considera la voluntad criminal y no tiene en cuenta el resultado pero esto no es todo; para juzgar, es preciso poner en la balanza al individuo culpable y la colectividad ofendida. La consecuencia es que se rechaza toda diferencia entre acto antijurídico y culpable, en el sentido de la doctrina clásica en la materia.

Según Jiménez de Asua, a quien venimos siguiendo en toda esta exposición, la ley es la expresión de dicho orden moral. El intérprete debe olvidar las nociones formales y seguir las ideas expuestas. Las concepciones penales liberales, con el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* desaparecen con el nazismo.

<sup>186</sup> *Idem*.

Jiménez de Asua afirma, que tanto la Alemania de Hitler como la URSS, al construir su derecho autoritario, destruyeron los principios fundamentales del liberalismo penal. Todo lo que limite las facultades del Estado (y la tipicidad las limita) se entien- de como una debilidad ante su orden jurídico-político.

Por tanto, se sancionan las intenciones, los propósitos antes de su manifestación externa, tras la labor destructiva de los dere- chos penales autocráticos, autoritarios o simplemente reacciona- rios, detenernos ante la distinción entre tipicidad y tipo.

## 6. *Fase finalista*

La excepcional aportación de Hans Welzel a la ciencia jurídi- co penal constituye una de las aportaciones más relevantes, en el ámbito del derecho penal, en el siglo XX.

Esta fase conocida como la de los elementos subjetivos del ti- po, de la descripción típica, se construyó en las peores condicio- nes políticas posibles, es decir, desde el año 1932 hasta el año 1938, aunque —posteriormente— sus discípulos completaron y perfeccionaron la formulación teórica del maestro.

En este sentido, Klaus Roxin y Reinhart Maurach fueron sus seguidores y críticos más capacitados, colaborando ambos al perfeccionamiento y difusión del nuevo sistema de derecho pe- nal. Cuando en el párrafo anterior me referí a las condiciones po- líticas no adecuadas, estaba pensando en la llegada al poder de Adolf Hitler y el nacionalsocialismo.

Esa asunción se produjo, en principio, por la vía democrática, pues en las elecciones de 1932 en las que el nazismo venció y —a partir de ese momento— comenzó un triste calvario para la nación alemana, primero a los sonos de la música de Wagner, con toda la aparatosidad de las trompeterías estruendosas, y pos- teriormente con la expansión del nazismo impuesta a otras na- ciones.

Precisamente, cuando se derrumba todo aquel edificio lo úni- co que queda vivo y erguido es la teoría de la acción finalista de

Hans Welzel. Esta teoría considera la acción, ubicada en su problemática como una acción ontológica, un concepto naturalista de acción.

Frente a esto, Welzel llegó a una concesión finalista de la acción valorativamente considerada. En este sentido, la acción penal no es cualquier acción, sino una orientada —*ab initio*— encauzada a la consecución de una finalidad. Así el ilustre maestro alemán dice literalmente que “la acción es el ejercicio final de la actividad humana”.

Frente a la sistemática ortodoxa del causalismo, para el que la acción, en sentido amplio, fue considerada como relación causal de la voluntad y como tipo objetivo idéntico para el dolo y la culpa, concebido de la manera objetivo externa. Welzel afirma el carácter erróneo de esta tesis, ya que ignora las diferencias positivas entre los delitos culposos y los dolosos.<sup>187</sup>

A estos efectos, Hans Welzel ejemplifica:

Si un rayo alcanza a un hombre que trabaja en el campo, es indudable que lo acaecido tiene su base en el hecho de que entre el hombre y la nube se había establecido una muy potente tensión eléctrica, tensión que condujo a la descarga. Dicha tensión hubiera también podido surgir exactamente lo mismo entre cualquier objeto elevado y la nube. El que fuera el hombre es algo que ciertamente está condicionado causalmente en la cadena infinita del suceder, pero el suceder no está dirigido a ello. La cosa es totalmente distinta cuando se trata de acciones humanas: el que quiere asesinar a otro selecciona los factores causales, conscientemente, en tal sentido y los dispone de manera que alcancen la meta predeterminada. Aquí aparece

<sup>187</sup> Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal. Parte general*, 4a. ed., México, Trillas, 2001, pp. 162, y ss. En este sentido, Welzel intentó perfilar y definir la acción dolosa y la acción culposa. “Al respecto, la palabra acción, dice Welzel, en el sentido más rígido y restringido designa la actividad finalista del hombre. En este sentido, la acción no es un simple acontecimiento causal, sino dirigido a una meta, a un fin. La causalidad es ciega, en tanto, que la finalidad (actividad finalista) es vidente”.

ordenada la constelación causal en vista de la consecución de la meta: compra del arma, informaciones para elegir la ocasión propicia, situarse al acecho, apuntar el arma, disparar; todos ellos, actos dirigidos a la meta, sometidos a un plan conjunto.

Tras el ejemplo anterior, Hans Welzel se ocupa de la “valoración social de la acción” diciéndonos que: todo delito es acción en el espacio social (concepto nazi) y ahí encuentra su valoración. El acto de homicidio doloso, expuesto ya, es enjuiciado y condenado por la sociedad como antijurídico. Así pues la “Antijuridicidad es la valoración negativa de la acción”, desde el punto de vista de la comunidad.

Como contrapartida, el autor de la conducta típica valoriza la acción, y al cometerla lo hace de modo positivo. El sujeto realiza la acción porque la considera beneficiosa o porque, de cualquier otro modo la valoró positivamente. Esta diferencia entre la valoración negativa comunitaria y la positiva del agente constituyen el fundamento del reproche de culpabilidad.<sup>188</sup>

Precisamente, lo que resulta más incongruente de la doctrina welzeliana es ver cómo la teoría tradicional del dolo y de la culpa queda aniquilada. En esta teoría se advierte que la intención no es ya forma ni especie de la culpabilidad, sino parte de la ac-

<sup>188</sup> *Idem*. A tales efectos el ilustre maestro expresa: “Mientras en la acción dolosa la finalidad, la meta, el fin a conseguir, es factor configurado del proceso acción, en la culposa es sólo un momento de referencia. En la acción dolosa, todos los actos van dirigidos a una meta, lo que no ocurre con la culposa... Así por ejemplo, si con ocasión de limpiar un fusil, que el agente imprecavidamente no había descargado, éste se le dispara y resulta muerto un tercero, habrá que afirmar que la muerte de esta persona es la consecuencia ciega de la conducta imprudente, negligente, de limpiar el arma. El acontecimiento no está dirigido a una meta, sino que es causal-ciego; sin embargo, lo que eleva a este suceso por encima de un simple proceso natural ciego es la circunstancia de ser evitable finalmente.

Este suceder es en verdad causal-ciego, pero está referido a la finalidad (esto es, a la posible actividad finalista del agente). Por ello, la acción culposa, *in omitiendo*, es más que caso fortuito ciego: es genuina acción”.

ción, y que ésta es la base del tipo de lo injusto; la intención resulta un elemento subjetivo del tipo legal.<sup>189</sup>

Hans Welzel (según Jiménez de Asua) formuló esta teoría de la acción finalista, cuyo precedente pudiera encontrarse en lo dicho por Karl Wolff. La distinción entre causalismo y finalismo ha provocado una de las más fuertes controversias jurídicas-penales en la historia de la dogmática jurídica.

Sin duda, la teoría del profesor Hans Welzel es (mejor habría que decir fue) una novedad extraordinaria en el concepto de la sistemática penal, no vamos aquí a detenernos en dicha discusión, pero si es obligado dejar plenamente aclarada la diferenciación entre ambas corrientes penales.

Por un lado, el causalismo, señala tres elementos fundamentales en su composición:

- 1) El proceso material causal.
- 2) La relación de causalidad, entendida como una conexión de causa efecto, entre el proceso material causal y el resultado.
- 3) El contenido subjetivo de la voluntad, externamente manifestado en los hechos.

Por otro lado, el finalismo los tres elementos siguientes:

- 1) El objetivo a conseguir.
- 2) Los medios que se emplean para lograrlo.
- 3) Las consecuencias secundarias que están indefectiblemente vinculadas con el empleo de los medios.

La actividad finalista no sólo comprende la finalidad de la acción, sino que abarca los medios necesarios y las consecuencias secundarias necesariamente vinculadas. La acción finalista es una construcción comprensiva y dividida del acontecimiento, en

<sup>189</sup> Welzel, Hans, *Kausalität und Handlung*, 1931, colección Z, vol. LI, pp. 703 y ss., *Das Frundgefuge del verbrecherischen Handlung*, colección Z, vol. LVIII, 1938, pp. 502 y ss. y *Das deutsche Strafrecht*, 6a. ed. Berlín, Walter de Gruyter, 1958, pp. 28 y ss. Hay traducción al español de la parte general, de Carlos Fontán y Eduardo Friker, *Derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1956. Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 4a. ed., Berlín, 1947, pp. 22, 23, 28 y ss.

la cual el objetivo es únicamente una parte, junto a los medios utilizados y a las consecuencias secundarias conectadas con ellos.

En opinión de Jiménez de Asua (clásico entre los clásicos causalistas) el mayor defecto del finalismo reside en el delito culposo. Por tanto (según él) o se abandona la sistemática del finalismo o —como lo hacía gran parte de la doctrina jurídica-penal, en su época— y se proclama la dualidad del delito.

Así los dolosos, por una parte, que le salen perfectos y los culposos, por otra parte, sin posible unificación en el concepto de acción, para quien como Jiménez de Asua y muchos de sus discípulos llegó a constituir el máximo indicador de la defectuosidad de la sistemática finalista.<sup>190</sup>

En el sentido anteriormente indicado, cabe traer a colación al profesor doctor Juan Bustos Ramírez, quien afirma, taxativamente, que la historia del derecho penal no ha sido pacífica, ni siquiera en lo referente a denominación, antiguamente, se hablaba de *jus criminale* o *jus poenale*.

En la forma anterior, es como en Alemania al deslatinizar estos vocablos se emplearon las voces *Kriminalrecht* y *Peinliches Recht*. Lo que indicaba (a su vez) diferentes significaciones respecto del derecho penal *peinliches* se refería a la idea expiatoria. En cambio, *Kriminalrecht* tenía un sentido más descriptivo, ya que comprendía todas las disposiciones relativas al crimen.

En resumen, *ab initio*, se enfatizó una u otra de las sustancialidades a las que está referido el derecho penal. En todo caso, parece ser que fue un discípulo de Christian Wolff, Regnerus

<sup>190</sup> Precisamente, el profesor doctor José Arturo Rodríguez Muñoz (seguidor de Jiménez de Asua) en el discurso inaugural del curso académico 1953-54, en la Universidad de Valencia, en el año 1953, criticó al finalismo, abundando en las objeciones del maestro Jiménez de Asua “La doctrina de la acción finalista y el concepto de la acción finalista como fundamento del sistema de derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, 1959 tomo XII, fascículo III, pp. 561 y ss.

Engelhar, quién primeramente utilizó la expresión derecho penal (*Strafrecht*) en 1756, y que, después, se popularizó, especialmente con la promulgación del Code Pénal français de 1810.<sup>191</sup>

La teoría finalista de la acción constituyó el otro camino iniciado (tanto en el aspecto jurídico filosófico como en el genuinamente penal) para intentar superar el irracionalismo, que se apoderó de Alemania durante el nazismo. Los esfuerzos metodológicos de la teoría finalista fueron proyectándose en distintos niveles de conocimiento.

Tales niveles fueron tres; El primero, constituido por el más netamente filosófico, que se dirigió tanto contra el racionalismo, como para proporcionar una nueva base sustentadora al pensamiento jurídico. El segundo y el tercero tienen por objeto, por una parte desplazar definitivamente del derecho penal la influencia del positivismo naturalista y sociológico.

El propio tiempo revisar, críticamente, los aportes del neokantismo o teoría de los valores; y, por otra, intentar elaborar una nueva teoría del delito, basada sobre una rectificación —a fondo— del modelo utilizado por la teoría clásica del delito, en especial del causalismo.

El finalismo constituye la base del pensamiento jurídico alemán durante una buena parte del siglo XX e inclusive en el siglo XXI, todos los grandes penalistas alemanes Hans-Heinrich Jescheck, Reinhart Maurach, Claus Roxin, Günter Stratenwerth, Marcelo A. Sancinetti y Günther Jakobs, entre otros, constituyen una pléyade impresionante del gran impacto del finalismo en todo el pensamiento jurídico del siglo XX y del siglo XXI, algunos

<sup>191</sup> Bustos Ramírez, Juan, *Introducción al derecho penal*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1994, pp. 160 y ss. “El fin de la segunda guerra mundial señaló en Alemania el momento de un intento de superación radical del irracionalismo de la Escuela de Kiel, lo que se manifestó en dos tendencias fundamentales: la de jusnaturalismo, que terminó en retirada, y la de la teoría finalista de la acción, que provocó un vuelco importante en el ámbito del derecho penal”.

en sentido crítico, enriqueciendo al propio finalismo y otros con adhesiones entusiastas.

En la dogmática jurídico-penal mexicana, sobre sale los casos del doctor Moisés Moreno Hernández, la doctora Olga Islas, con matices, el doctor Sergio García Ramírez, el doctor Silva Mesa y —modestísimamente— el autor de estas líneas.

### III. LA TIPICIDAD Y EL TIPO EN EL DERECHO MEXICANO CUERPO DEL DELITO, ELEMENTOS DEL TIPO Y NUEVO CUERPO DEL DELITO

La transformación zedillista, pasando de los elementos del tipo al nuevo cuerpo del delito, se hizo no sin dificultades. El presidente Ernesto Zedillo envió (el 9 de diciembre de 1997) a la Cámara de Senadores (como Cámara de origen, cosa no frecuente, pero sí legalmente admisible) una propuesta de reforma.

Sin embargo, la cosa no caminó, de conformidad con los deseos de Zedillo, ya que la Cámara citada rechazó muchas de las reformas y otras las modificó sensiblemente. De una manera supersintética, podemos decir que los Señores Senadores consideraron la necesidad de distinguir dos cosas:

- a) Los jueces para dictar una sentencia deben de adquirir la plena convicción de que se integran todos los elementos integrantes de la descripción típica.
- b) Consecuentemente con lo anterior, distinguieron la prueba probable, es decir, la que hace el Ministerio Público cuando consigna y la prueba plena, que es la que el juez establece en su sentencia, ya con estas aclaraciones la Cámara de Diputados, del Congreso de la Unión, actuando como Cámara de revisión coincidió con el dictamen de la Cámara de Senadores, y esto ocurrió el 28 de octubre de 1998, y

- c) En definitiva, no es sino hasta el ocho de marzo de 1999 que hace su aparición el cuerpo del delito tal como se encuentra actualmente, en los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, poniendo de manifiesto claramente las diferencias con el anterior concepto de cuerpo del delito.<sup>192</sup>

<sup>192</sup> El artículo 16 de la Constitución, en su párrafo segundo, literalmente expresa: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionando cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten *el cuerpo del delito* y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”.

Por su parte, el artículo 19 constitucional, en su párrafo primero, dice literalmente: “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arrojen la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado”.

#### IV. CONCLUSIONES

Estoy consciente que nuestro punto de vista particular de la problemática del presente trabajo, ha quedado suficientemente expuesta en el transcurso del mismo. Sin embargo, con la finalidad de resumir lo más posible, podemos establecer lo siguiente:

Primero: El moderno derecho penal se encuentra ya muy alejado de los respetables marcos de la sistemática causalista, a transitado (y todavía lo hace en amplia medida) según las directrices del finalismo, dirigiéndose a nuevas formas (de conformidad con los grandes adelantos de nuestra época) siendo tal vez alguno de ellos —y en mi opinión personal lo es— el modelo de la lógica de los conjuntos, integrados por varios subconjuntos, o también denominado *lógica del derecho penal*.

Segundo: La sustancia (situada en el mismísimo centro del derecho penal), según mi concepción personal, se encuentra integrada por dos elementos: de un lado, la norma penal, y del otro, el tipo. Alrededor de ambos conceptos debe construirse el derecho penal de nuestro tiempo histórico. Para no quedarnos sin explicar bien los conceptos hemos de precisar: la norma jurídico-penal se integra por dos elementos: la descripción de la conducta (tipo), y la descripción de la amenaza (punibilidad).