

IV. La tipicidad	85
1. El cuerpo del delito	85
2. El tipo penal	90
3. Clasificación de los tipos penales	99
4. Elementos del tipo penal	101
A. Elementos normativos	103
B. Elementos subjetivos	105
C. Elementos objetivos	106
D. Elementos descriptivos	107
5. Causas de atipicidad	107
A. Ausencia de alguno de los elementos básicos del tipo	109
B. Error de tipo	109

IV. LA TIPICIDAD

1. EL CUERPO DEL DELITO

El cuerpo del delito (*corpus delicti*) consiste en un añejo concepto, que ubica la doctrina en su raíz en las leyes germánicas de la Edad Media, las cuales contemplaban huellas del examen del cuerpo de la víctima. En Inglaterra se legisló de manera especial. Más tarde, las legislaciones de todos los países aceptaron la necesidad de la comprobación del cuerpo del delito, lo cual provocó que dicho concepto sufriera variaciones sujetas a diversas influencias, algunas derivadas del paso del tiempo y otras propiciadas por la cultura inmersa en el país en el cual se adoptó.¹⁷²

En el siglo XX el concepto de cuerpo del delito, se tradujo en una expresión de uso común por los prácticos europeos e incluso por las legislaciones americanas, a tal nivel que representó, en su momento, un papel verdaderamente trascendente por su importancia en el Estado de derecho, especialmente derivado del principio de legalidad, el cual ahora asume el tipo penal.¹⁷³

En lo que se refiere al sistema jurídico penal mexicano, el concepto de *corpus delicti* durante años jugó un papel medular, sobre él descansaba el enjuiciamiento punitivo y sus criterios científicos rectores. Preciso es subrayar que su trascendencia fue más allá del derecho procesal penal, llegando a influir el propio derecho penal sustantivo.

Al reconocerle al cuerpo del delito un papel fundamental e incluso medular de todo el sistema, es obvio que el mismo dejó sentir su impronta aparición en la dogmática del delito, en forma específica en el estudio de la tipicidad, como certeramente subraya el profesor Franco Sodi cuando

¹⁷² Cancino, Antonio José, “El cuerpo del delito, conceptos generales. Su aplicación al derecho colombiano”, *La Justicia*, México, t. XXVI, núm. 450, noviembre 1967, p. 60.

¹⁷³ *Idem*.

afirma “que para madurar el concepto de cuerpo del delito es muy útil el estudio de la teoría de la tipicidad”,¹⁷⁴ lo cual resulta una cuestión de sistemática, es decir, a fin de poder analizar el cuerpo del delito es necesario partir de la descripción elaborada por el legislador de un determinado comportamiento bajo cuya concreción puede sobrevenir una consecuencia jurídico penal.

La doctrina ha discutido desde el origen del concepto en torno a su naturaleza; por un lado, existen autores que le atribuyen un contenido material y, por el otro, los que consideran aspectos tanto materiales como subjetivos en su contenido. También hay posturas que nos permiten identificar a la expresión *corpus delictis* empleada en tres sentidos distintos. En primer lugar, es principalmente empleada la expresión *corpus delicti* como el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, inserto en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción —un incendio, un homicidio, un fraude, etcétera—; en segundo lugar, se emplea como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración —un cadáver, un edificio incendiado, una puerta rota—; finalmente, como cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada —un puñal, una joya, un frasco con residuos de veneno, una llave falsa, etcétera.¹⁷⁵

El concepto de cuerpo del delito en nuestro país llegó a jugar tal importancia, que incluso formó parte del texto constitucional, basta recordar el contenido original de los artículos 16 y 19, que limitaban el otorgamiento de órdenes de aprehensión y la determinación de la situación jurídica del indiciado, lo cual se prolongó hasta el año de 1993, en que con motivo de la reforma al texto constitucional se suprimió su contenido.

La dogmática identificaba tradicionalmente al cuerpo del delito con la existencia de un hecho punible y a fin de lograr la asimilación por parte del alumno, se le otorgaban como características estar integrado por “todas las materialidades relativamente permanentes, sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el hecho, así como también cualquier otro objeto que sea efecto inmediato de ese mismo delito o que en otra forma se refiera a él de manera que pueda ser utilizado para su prueba”.¹⁷⁶

174 Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano, op. cit.*, pp. 34 y ss.

175 *Idem.*

176 Manzini, Vincenzo, *Trattato de procedura penale e di ordenamento giudiziario*, Milán, Fratelli Bocca Editori, 1920, t. III, p. 500.

En esta tesis se trataba de identificar al cuerpo del delito con la materialidad del delito, lo cual resulta congruente con la idea expresada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al interpretar el texto constitucional y considerarlo de la manera siguiente:

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.¹⁷⁷

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal, y la determinación que tiene por acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delictivo y señalar la pena correspondiente.¹⁷⁸

CUERPO DEL DELITO Y RESPONSABILIDAD. El concepto de cuerpo del delito se refiere a cuestiones impersonales, independientemente de la autoría de la conducta: comprobar que hubo alteración en la salud a virtud de conducta humana es acreditar la materialidad del hecho; atribuir la causación del resultado a una persona es problema de responsabilidad.¹⁷⁹

Sin embargo, dicha idea aportaba serias dudas pues era fácil confundir al juez, o bien a la autoridad investigadora en la comprobación del cuerpo del delito, ya que en el conjunto de elementos físicos o materiales se encuentran los resultantes del hecho, los medios que lo producen, los vestigios y las huellas dejadas por el sujeto activo que despliega el comportamiento.

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

A partir de la idea anterior surgía la duda en torno a los elementos del cuerpo del delito en el supuesto de los delitos que no producen manifesta-

¹⁷⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, suplemento de 1956, p. 178. En el mismo sentido, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 58, p. 27, y *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, segunda parte, vol. XIV, p. 86.

¹⁷⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, segunda parte, vol. 58, p. 27, y *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 79, p. 16.

¹⁷⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, apéndice 1917-1975, tesis de jurisprudencia 93, segunda parte, p. 201.

ción material tangible exterior, este problema se pretendía resolver con la distinción entre *delicta facti permanentis* y *delicta facti transeuntis*,¹⁸⁰ según sea que dejen huellas, rastros o vestigios, o bien, que no los dejen.

Por lo anterior, era necesario distinguir entre el cuerpo del delito y el delito, entendiendo por el primero la materialidad considerada en sus elementos externos,¹⁸¹ lo cual resultaba congruente con las definiciones que lo consideran un conjunto de elementos externos o materiales que constituyen al delito en sí mismo, en tanto el segundo era la resultante de la suma de un comportamiento antijurídico, culpable y punible.

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

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

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

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

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

- los medios materiales que sirvieron para preparar o cometer el delito;
- las cosas sobre las cuales se cometió;
- las huellas dejadas por el delito o por el delincuente;
- las cosas cuya detención, fabricación o venta o cuya portación o uso constituye delito;
- las cosas que representan el precio o el provecho del delito;
- las cosas que son el producto del delito, aun indirecto, y

180 Al respecto, González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal mexicano*, 10ª ed., México, Porrúa, 1991, p. 160. Rubianes, Carlos, *Manual de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Depalma, 1981, t. II, p. 222.

181 No obstante semejante afirmación, el cuerpo del delito ha sido definido según distintas posturas. Los clásicos lo entendieron como el delito mismo, D'Aguesseau afirmaba que el cuerpo del delito no era otra cosa que el delito mismo, cuya existencia estuviera establecida por el testimonio de personas dignas de fe, concordes entre sí y perseverando en sus disposiciones incapaces de variar y afirmando a la justicia que se ha cometido un crimen. González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal mexicano*, op. cit., p. 161.

cualquier otra cosa (no el hombre viviente) en relación a la cual se haya ejercido la actividad delictuosa, o que haya sufrido las inmediatas consecuencias del delito.¹⁸²

En el sentido anterior, se excluía todo lo subjetivo en virtud de la afirmación en el sentido de que dichas circunstancias pertenecen a la culpabilidad y no al cuerpo del delito.

La idea del cuerpo del delito se enfocaba al aspecto externo material excluyendo los elementos normativos y subjetivos, que también son de relevancia para efectos de la función de garantía de la ley penal y para permitir sus efectos. En atención a estas circunstancias, así como a otras tantas críticas, el concepto de *corpus delicti* fue superado a principios de siglo por el de tipo penal, que permitió una concepción más amplia en la cual guardan cabida elementos de toda índole y no exclusivamente materiales.

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

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

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

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

Finalmente, el cuerpo del delito se constituye como un elemento del tipo penal en atención al carácter objetivo de éste y a la característica de continente de elementos objetivos, subjetivos, normativos y descriptivos del tipo penal, lo cual nos permite considerar al tipo penal como un continente y al cuerpo del delito a nivel de contenido.

¹⁸² Rubianes considera a estos como elementos del delito pero no apoya la postura relativa a la exclusión del ser humano. Manzini, Vincenzo, *Trattato di procedura penale e di ordinamento giudiziario, op. cit.*, t. III, p. 500.

2. EL TIPO PENAL

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

La delimitación de los comportamientos prohibidos o en su caso de observancia obligatoria, se han delimitado en lo que conocemos como tipo penal, por lo que Welzel, retomando las ideas de Beling, considera conveniente atribuirle la función de describir en forma objetiva la ejecución de una acción prohibida, lo que para Roxin, según una opinión muy difundida, se puede complementar atribuyéndole al tipo penal la función de diferenciar diversas especies de errores a los cuales se asignan distintos tratamientos, pero podría sumarse una tercera función en el sentido de fundamentar la necesidad de un concepto fundamental del sistema de derecho penal que pueda insertarse entre los elementos de acción y antijuridicidad.¹⁸³

Lo anterior se complementa con la idea de Novoa Monreal, en el sentido de que el tipo penal selecciona comportamientos humanos, los valora, a fin de servir de molde múltiple que aparte a las que no coinciden con sus figuras específicas, en tal virtud, sólo la que guarda congruencia exacta con alguna forma reúne las características de ser típica.¹⁸⁴

Para estar en posibilidades de analizar el presente tema, es necesario resolver las siguientes preguntas: ¿qué es el tipo penal?, ¿qué es la tipicidad?, y ¿qué es un comportamiento típico?, trataremos de dar respuesta a cada una de ellas.

En cuanto al concepto de tipo penal es dable afirmar que consiste en la versión más generalizada de la palabra alemana *tatbestand*, con la que se alude a un conjunto de hechos dotándolos de una significación unitaria. Aun cuando para algunos autores sea preferible el uso del término “hecho”,

¹⁸³ Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal*, Buenos Aires, Depalma, 1979, trad., Enrique Bacigalupo, pp. 170 y ss.

¹⁸⁴ Novoa Monreal, Eduardo, *Causalismo y finalismo en derecho penal*, San José, Juricentro, 1980, p. 33.

“encuadrabilidad”, “subordinación” o “delito tipo”, en lugar de la tipicidad. Para los italianos es el *fattispecie* o el *fatto*.¹⁸⁵

El origen del concepto de tipo penal con su actual contenido podemos situarlo a partir de Beling en la dogmática penal alemana, época en la que dicho autor describe lo que antiguamente era el delito específico en la totalidad de sus elementos (incluido el dolo y la culpa), a través de la tipicidad en sentido formal.¹⁸⁶

La práctica jurídico penal del siglo XVIII se había extendido de tal modo en el Poder Judicial, que el juez podía castigar toda ilicitud culpable. Toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción punible. Contra esto dirigió sus ataques el liberalismo naciente del siglo XVIII, afirmando la inseguridad jurídica que tal sistema importaba. A falta de una firme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles, el juez podía someter a juicio a toda acción desagradable, prescindiendo de la antijuridicidad e imponiendo arbitrariamente una pena grave o leve.¹⁸⁷

En relación con este movimiento liberal, la legislación posterior estrechó el concepto de acción antijurídica, en tal virtud fueron recortados y extraídos determinados tipos delictivos. Para cada uno de tales tipos se previó una pena concreta y determinada (función de legalidad); quedando como no punibles ciertas formas de obrar antijurídicamente que no correspondían a ninguno de esos tipos.

La postura iniciada por Beling respecto del tipo, podemos escindirla en dos posiciones; la primera no distingue entre tipo legal y tipo del delito, empleando ambos términos con idéntica significación, por lo que el tipo era un concepto neutral, ajeno a toda valoración, por lo que comprenderá sólo los elementos objetivos.

La segunda deriva de la revisión de la teoría en 1930, lo que le permitió distinguir entre el tipo rector o tipo legal y el tipo del delito, que hasta entonces se empleaban como sinónimos, el motivo determinante fue asegurar la necesaria congruencia entre el tipo del injusto y el tipo de culpabilidad, cuya congruencia no se deducía con la necesidad lógica en su construcción de 1906, es indudable que el carácter delictivo de una acción no podría

185 De igual manera, el autor considera la necesidad de distinguir entre el tipo penal desde el punto de vista de la teoría general del derecho entendido como “conjunto de presupuestos de una consecuencia jurídica”, el tipo legal como parte del tipo del injusto a la que han de referirse el dolo y la culpa, no perteneciendo a él las características de la culpabilidad ni las condiciones objetivas de penalidad, Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, pp. 411.

186 Beling, Ernest, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo, op. cit.*, pp. 123-124.

187 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, pp. 394 y ss.

afirmarse, sino, a condición de que el tipo de culpabilidad fuera congruente con el tipo delictivo del injusto.

A partir de tal consideración, el tipo tiene subsistencia en la ley, siendo a un tiempo tipo del injusto y tipo de culpabilidad, porque los tipos delictivos son tipos de conductas antijurídicas y culpables, el tipo rector es una mera imagen conceptual que pertenece sólo a la esfera metódica, y si bien se infiere del tipo de delito, no tiene existencia inmediata en la ley. Aquí vuelve a insistir Beling en que el tipo rector es únicamente la imagen o reproducción conceptual de un acontecimiento externo, sin tomar en cuenta para nada lo anímico del sujeto. Para él, el tipo es objetivo y meramente descriptivo.

La consolidación de la teoría del tipo propuesta por Beling se debió a los aportes de Mayer y Mezger, un punto común de ambos fue la ruptura con el principio que Beling mantuvo siempre rígidamente, de que todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad. Al respecto, Mezger y Mayer aceptaron y promovieron la teoría de los elementos subjetivos del injusto, así como el criterio de que el tipo es puramente descriptivo desconectado de toda valoración. Sin embargo, Mayer se limitó a considerar la tipicidad como indicio de antijuridicidad, *ratio cognoscendi*: toda conducta típica es antijurídica en tanto no concurra una causa de justificación. Mientras que en el caso de Mezger: los tipos son tipos del injusto la tipicidad se constituyó en la *ratio essendi* de la antijuridicidad.¹⁸⁸

Por otra parte, respecto de la definición del tipo penal, existen infinidad de postulados, desde aquellos que son ajenos al derecho penal, hasta los que negando su existencia plantean la posibilidad de suprimir su estudio. El concepto de tipo penal aparecerá, entonces, como un fenómeno complejo, que abarca elementos objetivos y subjetivos.

El tipo tiene diversos significados, uno de éstos es el conjunto de los caracteres del delito (generales o especiales, positivos o negativos, escritos o no escritos) descritos en la ley, no como condiciones de penalidad sino como condiciones exteriores de punibilidad, de entre las cuales el delito mismo permanece intocable.¹⁸⁹

En el caso de Wolf, calificó a su hallazgo como una verdad penal y lo definió con una función de garantía al modo como lo hace el principio de legalidad del delito: “no hay delito sin tipo”, en tal sentido, los tipos penales contendrán descripciones de comportamientos antijurídicos. Esto es, el

¹⁸⁸ *Idem*.

¹⁸⁹ Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, pp. 756-757.

mundo de significación y trascendencia jurídico penal está contenido en los tipos. Lo que no es típico no interesa a la valoración jurídico penal. En el caso de Von Weber y Graf Zu Dhona, el tipo penal se hizo descansar en el tipo objetivo.

Mientras que para Welzel, el tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos, formas posibles de conducta humana, la norma prohíbe la realización de estas formas de conducta. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva, esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva la antinormatividad de la conducta. En tal sentido, el tipo también lo concibe, como una figura puramente conceptual, es decir descripción concreta de la conducta prohibida.¹⁹⁰

En palabras de Maurach, el tipo es la descripción terminante de una determinada conducta humana antijurídica. El tipo es, por lo tanto, en primer lugar, acción tipificada por la ley en una figura legal. Debe comprender las características integrantes de la acción: voluntad dirigida en una determinada dirección y manifestación de esta voluntad,¹⁹¹ atento a esto, el tipo no se limitará a la descripción de un suceso objetivo, perceptible por los sentidos, sino que engloba, también, a la voluntad dirigida a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, lo cual permite establecer la idea en torno a los elementos subjetivos característicos del tipo penal.

Lo cual resulta aceptable en el sentido de que efectivamente la función del tipo se enfoca, entre otras, a limitar el poder punitivo del Estado (función de garantía) y, por otro, servir de base para la existencia del delito (función fundamentadora).¹⁹²

Por otra parte, para Muñoz Conde, “el tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal”,¹⁹³ el autor destaca la presencia de una descripción, que deriva del legislador, la materia de la descripción se establece a nivel de una conducta prohibida, con lo cual refiere a uno de los presupuestos de punibilidad analizados dentro de la teoría del delito como categorías que a nuestro ver sería conveniente definir en términos de acción; finalmente comprende un supuesto de hecho de una norma penal, lo cual nos obliga a establecer la distinción entre la conducta humana prohibida y el supuesto

190 Welzel, Hans, *Derecho penal alemán, op. cit.*, pp 76 y ss.

191 Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 267.

192 *Ibidem*, p. 261.

193 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 39.

de hecho de la norma penal, con lo que el autor pretende referir el nivel de análisis fáctico en que se encuentra el delito contra el análisis eminentemente formal que le atañe.

En relación con los fines que persigue el tipo, Gimbernat Ordeig lo define como “la descripción de la conducta prohibida y su fin es el de motivar mediante la amenaza de una pena para que dicha conducta no se cometa”; sin embargo, debemos recordar que uno de los fines primordiales de los tipos penales es la tutela de bienes jurídicos, siendo ese precisamente el fundamento y razón de su existencia, además de la apreciación en torno a la punibilidad, la cual, más que un elemento del tipo se encuentra ligada como consecuencia de este a fin de otorgarle a las leyes penales su característica coercibilidad.

En tanto para Baumann “el tipo penal describe la conducta punible mediante una serie de circunstancias de hecho y a la conducta descrita de este modo conecta la pena como consecuencia jurídica”, definición que se queda corta respecto del contenido del tipo penal, pues éste no consiste exclusivamente en la descripción de una conducta y circunstancias de hecho, sino que también comprende elementos de carácter normativo.

Para Jescheck, según el actual estado de la teoría del delito, ha de partirse de que en el tipo tienen cabida todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material del injusto (sentido de prohibición) de una clase de delito. El tipo está llamado a esclarecer el bien jurídico que el legislador ha contemplado como sentido de la norma penal, los objetos de la acción relevante, el grado de realización del hecho injusto que debe tener lugar y las modalidades de ataque que han de comprenderse.

El tipo, como conjunto de los elementos de injusto característico de una determinada clase de delito, comprende todo lo típico del sentido de prohibición de la norma, no alcanzando las causas de justificación en sentido negativo. La concepción del tipo de injusto como clase de injusto puede desarrollarse también sin dificultad en aquellos delitos que requieren para la punibilidad la ausencia de autorización oficial, como sucede en los juegos ilícitos.¹⁹⁴

Atento a lo anterior, se le asignan las siguientes funciones:

a) una función de selección de los comportamientos humanos penalmente relevantes;

¹⁹⁴ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, pp. 333-334.

b) una función de garantía, traducida en el principio *nullum crimen sine tipo*;

c) una función motivadora general, en virtud de que son exclusivamente los comportamientos previstos en el tipo penal que resulten coincidentes con el tipo penal, los que se sujetan a la consecuencia jurídica prevista en la ley son, por ende, los comportamientos típicos.

Para Reyes Echandía, el tipo ha de entenderse como la descripción abstracta que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible. La abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento; la connotación descriptiva puntualiza el carácter preferentemente objetivo del tipo, y dicese preferentemente, porque algunas veces aparecen en él referencias normativas y subjetivas.¹⁹⁵

En la dogmática penal mexicana, el tipo se define de diversas maneras. Existen autores que lo analizan como marco o cuadro derivado de la ley,¹⁹⁶ como sinónimo de delito,¹⁹⁷ con referencia a elementos objetivos vinculando al *corpus delicti*,¹⁹⁸ como cosa figurada o figura principal,¹⁹⁹ como determinación de lo antijurídico punible,²⁰⁰ o bien, como acción injusta.²⁰¹

Por otra parte, con un sentido más orientado hacia la evolución del concepto de tipo penal respecto de la función que cumple en la teoría del delito, Rafael Márquez, después de analizar la postura de Beling, considera que el tipo penal se espiritualiza y viene a ser representación conceptual que no debe confundirse con su realización exterior; una categoría sin contenido; un

¹⁹⁵ Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho penal*, 11ª ed., Bogotá, Temis, 1990, p. 96.

¹⁹⁶ Para Ricardo Franco Guzmán, son los marcos o cuadros que se encuentran en la ley y que definen derechos, *Manual de introducción a las ciencias penales*, México, Inacipe, 1976, p. 17.

¹⁹⁷ El tipo en sentido amplio se considera al delito mismo, a la suma de todos sus elementos constitutivos. En sentido limitado al derecho penal, el tipo ha sido considerado el conjunto de características de todo delito para diferenciarlo del tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura de delito. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal mexicano*, op. cit., p. 259.

¹⁹⁸ El concepto que se dé del tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos. Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, op. cit., pp. 423-424.

¹⁹⁹ El vocablo tipo proviene del latín *tipus*, en su acepción trascendental para el derecho penal significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que proporciona fisonomía propia. Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano. Parte general*, op. cit., t. I, p. 17.

²⁰⁰ El tipo es una forma legal de determinación de lo antijurídico punible, supuestas condiciones normales en la conducta que se describe. Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1990, p. 267.

²⁰¹ Carrancá y Trujillo, adhiriéndose a Mezger, lo entiende como la acción injusta descrita completamente por la ley en sus diversos artículos y cuya realización va ligada a la sanción penal. *Derecho penal mexicano*, op. cit., p. 301.

concepto puramente funcional que sólo ejerce una actividad orientadora; un libro de imágenes en las cuales las especies delictivas están esquemática y estilizadamente representadas; un concepto troncal de orientación metódica que domina el derecho penal en toda su extensión y profundidad.²⁰²

En una acepción apegada a las ideas finalistas, Olga Islas define al tipo penal en dos sentidos, en primer lugar como “la figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos”,²⁰³ y en segundo lugar, desde el punto de vista funcional el tipo es una clase de subconjuntos, necesarios y suficientes, que garantizan al bien jurídico.

En cuanto a la tipicidad existen infinidad de postulados en torno a cómo identificarla y, en su caso, definirla, aspecto que deriva de la postura teórica a la cual nos apeguemos, sin embargo, resulta claro el carácter eminentemente valorativo que tiene el tipo penal y, por ende, la tipicidad, lo cual da lugar a que se le defina como la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador, siendo en concreto el resultado afirmativo de ese juicio.²⁰⁴ Lo cual podemos entender como la adecuación de los elementos y presupuestos del delito con los presupuestos y elementos incluidos en el particular tipo penal incluido en la ley.

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

a) *La de independencia*. En que la tipicidad tiene una función descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad, que parte de las propuestas de Beling en 1906 y su reformulación en 1930.

b) *El carácter indiciario*. Propuesta por Mayer, transforma la tipicidad de mera descripción, ya que tiene el carácter de indicio de antijuridicidad, lo cual se cumple en virtud de los elementos normativos.

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

²⁰² Márquez Piñero, Rafael, *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, México, UNAM, 1992, p. 161.

²⁰³ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, op. cit., p. 25. También es conveniente analizar la obra escrita en coautoría con Elpidio Ramírez denominada *La lógica del tipo en el derecho penal*, México, Jurídica Mexicana, 1970.

²⁰⁴ Zaffaroni, Eugenio, *Teoría general del delito*, op. cit., p. 176.

A partir de la concepción anterior, Jiménez de Asúa establece las siguientes nomenclaturas en torno al tipo y a la tipicidad:

a) *Tipo de delito (Deliktstypus)*, se refiere a la figura del delito o a la vieja acepción aportada por Stübel a la tipicidad. Este concepto sólo se procura destacar las especies.

b) *Tipo de lo injusto (Unrechtstypus)*, refiere a la conducta antijurídica de esta o aquella especie.

c) *Tipo de culpabilidad*, consiste en el dolo exigido en cada caso.

d) *Figura rectora (Leitbild)*, constituye el antiguo *Tatbestand* introducido por Beling para evitar confusiones.

e) *Adecuación típica (Tatbestandmässigkeit)*, correspondencia entre el hecho y la descripción legal.

f) *Tipicidad sensu strictu (Typicität)*. Constituye un elemento esencial del delito, la descripción elaborada por el legislador.

Para otros autores, en la tipicidad existe acción inculpinable, lo cual puede aceptarse con las debidas cautelas y supeditado a las causas de justificación, pues el dogma *nullum crimen sine lege* y correlativamente el que no hay delito sin tipo legal al que corresponda la acción, puede afirmarse que la tipicidad es elemento constitutivo de la acción sin lo que ésta no es inculpinable.²⁰⁵

A partir del análisis de los comportamientos típicos, se considera a la acción comprendida en la figura del delito como típica, y a tal propiedad de adaptación se denomina tipicidad,²⁰⁶ lo cual permite lograr la confluencia del mundo formal y el fáctico, y definirla como la adecuación de un comportamiento a la descripción elaborada por el legislador e inmersa en la ley.

En virtud de lo anterior, cuando hablamos de tipicidad queremos decir que la conducta está tipificada, que es típica, esto es, que reúne las condiciones exigidas por un tipo, por lo que la teoría de la tipicidad habrá de reducirse a la teoría del tipo,²⁰⁷ lo cual resulta explicable a la luz del carácter de presupuesto que guarda el tipo en relación con la tipicidad, es decir, no es dable ésta a falta del tipo.

Por último, Islas de González Mariscal la refiere como

la correspondencia unívoca uno a uno entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito; es decir, que para cada elemento del tipo tiene que haber

205 Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano parte general*, op. cit., p. 301.

206 Antón Oneca, José, *Derecho penal*, Madrid, Akal, 1986, p. 206.

207 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, op. cit., pp. 393 y ss.

una porción de contenido del delito que satisfaga la semántica de aquél y para cada porción de contenido del delito tiene que haber un elemento del tipo que exija su concreción.²⁰⁸

Con lo cual se niega total posibilidad de entenderla como la adecuación de la conducta al tipo, pues en dichas concepciones se deja fuera a los restantes elementos del tipo, mismos que deben cobrar vigencia en el caso específico a fin de invocar válidamente a la tipicidad.

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido en varias ocasiones al tipo penal apegado en una posición netamente finalista, al respecto señaló:

TIPO PENAL. INDICIO DE CULPABILIDAD. Es bien sabido que el tipo penal aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o, en el propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la Ley en los preceptos que lo definen y sancionan, por lo cual el tipo penal es indicio, mas no fundamento de culpabilidad. Amparo directo 1728/56. 18 de agosto de 1956. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Téofilo Olea y Leyva. Tomo CXXIX, p. 535.

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

TIPO PENAL. El tipo penal está constituido por los elementos objetivos y normativos que describe el precepto que lo define; excluyéndose el dolo y la culpa, supuesto que aquél constituye un indicio, mas no el fundamento de la culpabilidad. Tomo CXXV, p. 1709. Amparo penal directo 1532/54. 26 de agosto de 1955. Unanimidad de 5 votos.

TIPO PENAL. El tipo delictivo está constituido por el conjunto de los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o en otros términos, el tipo penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal. Amparo directo. 4533/57. Antonio Sánchez Gavito. 3 de octubre de 1958. 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Volumen XVI, 2ª parte, p. 257.

TIPO DELICTIVO. El tipo delictivo está constituido por el conjunto de los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o en otros términos: el tipo penal significa, más bien, el injusto descrito concretamente por

²⁰⁸ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, op. cit., pp. 15 y ss.

la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal. Amparo directo 2556/56. Nemesio Cruz Balderas y coags. 10 de noviembre de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Volumen XVII, 2ª parte, p. 288.

Atento a lo anterior, el tipo lo entendemos como la descripción elaborada por el legislador de una conducta lesiva o peligrosa de los intereses de la sociedad cuya concreción trae aparejada una determinada consecuencia jurídico penal. En tal virtud, si el tipo es una descripción legal resulta obvio ubicarlo en un nivel normativo.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

Al referir los tipos penales, es plausible elaborar una clasificación atendiendo a su estructura formal; en tal virtud, es factible agruparlos en: básicos, especiales, subordinados, elementales, compuestos, autónomos, en blanco, de daño de peligro, abiertos o cerrados.²⁰⁹

a) *Básicos*. Conocidos igualmente como fundamentales, son aquellos en los que se describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano y, por esa razón, se aplican sin sujeción a ningún otro. Por lo regular, estos tipos encabezan cada uno de los capítulos del código y constituyen su espina dorsal; de esta especie son el homicidio simple (artículo 302 del CPF) y el robo (artículo 367 del CPF).

b) *Especiales*. Los que además de los elementos propios del básico, contienen otros nuevos o modifican requisitos previstos en el tipo fundamental; por eso se aplican con independencia de éste.

c) *Subordinados o complementados*. Los que refiriéndose a uno básico o especial, señalan determinadas circunstancias o aspectos que cualifican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en éstos; por esa razón no pueden aplicarse en forma independiente; su vida jurídica depende de la del tipo básico o especial al cual se refieren y los efectos de su aplicación sólo en el momento procesal de la imposición de la pena; de esta clase son el homicidio agravado (artículo 302 en relación con el 316, fracción I, II, III y IV).

²⁰⁹ Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho penal, op. cit.*, pp. 112 y ss. En sentido similar Castellanos Tena considera que los tipos penales pueden ser clasificados en: normales, anormales, fundamentales, básicos, especiales, complementados, autónomos, subordinados, casuísticos, amplios y de daño o de puesta en peligro. *Lineamientos elementales de derecho penal, op. cit.*, pp. 171 y ss.

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

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

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

g) *En blanco*. Aquellos cuya conducta no está integralmente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla; mientras tal concreción no se efectúe, resulta imposible realizar el proceso de adecuación típica.

h) *De daño o de puesta en peligro*. Los primeros requieren para su concreción que el bien jurídico sea destruido o lesionado, y los de puesta en peligro sólo toman en consideración la posición de riesgo en la cual se coloca el bien jurídico.

i) *Abiertos*. Dentro de las leyes penales existen casos en los que el legislador adopta una concepción abierta en torno al tipo penal, es decir, la descripción sólo es comprensible a partir del complemento que realice otro texto legal; así, Jescheck considera que reciben el nombre de tipos abiertos aquellos preceptos penales en los que falta una guía objetiva para completar el tipo, de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación del comportamiento prohibido y del permitido con la sola ayuda del texto legal,²¹⁰ en atención a dicha consideración el autor rechaza la idea en torno a los tipos abiertos prefiriendo una concepción cerrada del tipo que no deje margen a maniobras derivadas de otros tipos penales, ya que de lo contrario le faltaría precisamente el carácter típico. Esto significa que el tipo ha de contener todos, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito.²¹¹

Un ejemplo de tipo abierto es el previsto en el artículo 171 del CPF, que a la letra señala:

²¹⁰ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 336.

²¹¹ *Idem*.

Artículo 171. Se impondrá prisión hasta de seis meses, multa hasta de cien pesos y suspensión o pérdida de derecho de usar licencia de manejador: [...]

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

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

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

De lo anterior, se puede observar cómo el tipo resulta plenamente satisfecho con lo dispuesto en el artículo 302, sin necesidad de recurrir en el caso del homicidio simple a otra consideración para completar su contenido y cerrar los elementos que deben distinguirlo.

4. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Al efectuar un análisis de los elementos del tipo penal, resulta conveniente precisar dentro de la postura teórica en la cual nos encontramos, pues las variantes son muy claras en cada una de ellas, así, por ejemplo: la idea de tipo penal con sus elementos ha variado de sobremanera desde el descubrimiento realizado por Beling, cuando lo analizaba desde el punto de vista eminentemente descriptivo, y por ende sus elementos tenían tal característica.

Posteriormente apareció la propuesta de Fischer sobre los elementos subjetivos del tipo penal (1911), y los elementos normativos con Mayer en (1915), con lo que el tipo logró contener elementos descriptivos, objetivos, subjetivos y normativos, siendo tal la consideración de la doctrina al respecto.

En relación con los elementos del tipo, la doctrina actual no adopta una postura que plenamente conteste en torno a éstos, por lo que existen diversas variantes; así, existe una distancia entre los autores defensores de la teoría

de la acción causal y los que adoptan la teoría final de la acción, derivado de su concepción sobre el delito y los elementos incluidos.

Los primeros identifican al delito con elementos tales como la acción, la antijuridicidad, incluido el tipo y la culpabilidad, en tanto en los segundos separan al tipo de la antijuridicidad y analizan a éstos como dos elementos distintos del delito, amén de estudiar por separado el delito omisivo, el delito de acción, el delito doloso y el delito culposo, de donde se deriva una diversa sistemática para el estudio de los elementos del tipo.

En este sentido, para Muñoz Conde los elementos esenciales de tipo penal son el sujeto activo, la acción y el bien jurídico,²¹² postura similar a la expresada por Carrancá y Trujillo autor para el cual los elementos característicos del tipo son el sujeto activo, la acción y el objeto material del delito, o sea, aquel sobre el que recae la acción típica.²¹³

Por otra parte, con una tendencia adecuada a la teoría final de la acción, Jescheck considera al tipo con un origen emanado de la conjunción de los elementos que fundamentan el contenido del injusto de la correspondiente especie de delito e identifica como pilares básicos de éste a:

- a) el bien jurídico;
- b) el objeto de la acción;
- c) el autor, y
- d) la acción.²¹⁴

Lo anterior significa que en cada uno de dichos pilares básicos deberán de integrarse otros elementos que servirán de base para establecer los elementos del tipo, lo cual Islas de González Mariscal, Márquez Piñero, Maurach, Roxin, Mir Puig, Rodríguez Devesa, Cerezo Mir, interpretan en el sentido de caracterizar al tipo penal con los siguientes subconjuntos:

- a) el deber jurídico penal;
- b) el bien jurídico;
- c) el sujeto activo;
- d) el sujeto pasivo;
- e) el objeto material;
- f) la voluntad dolosa o culposa, la actividad o inactividad corporal, el resultado material, los medios, las referencias de tiempo, espacio y ocasión.

A nuestro modo de ver, los elementos del tipo penal, aluden a aspectos de subjetividad, normatividad y descriptividad, en términos amplios, sin

212 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit., p. 49.

213 Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, op. cit., p. 160.

214 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal*, op. cit., p. 350.

embargo, en particular, guardan un contenido vinculado íntimamente a los conceptos de acción, sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico, objeto material, dolo, culpa, actividad o inactividad corporal, resultado, medios y referencias de tiempo, lugar u ocasión.

En nuestro país, los códigos dan muestra de una clara tendencia hacia la postura defendida por la teoría final de la acción, en tal virtud, integran al tipo penal los elementos consistentes en:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, la puesta en peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II. La forma de intervención de los sujetos activos; y
- III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

En donde apreciamos con claridad, como en la fracción III del mencionado artículo, que la acción se envió al tipo penal y dentro de ésta se colocó al dolo y a la culpa, postura claramente finalista, la cual rompe con la concepción tradicional que veía a la culpabilidad con sus dos especies o grados (culpa y dolo) y que ahora se establece como un juicio de reproche en contra del autor del delito, en el mismo sentido al hacer referencia la primera fracción a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, se invoca la “antijuridicidad” en su aspecto material, y en el contenido del inciso b) se refiere nuevamente a la antijuridicidad enfocada al aspecto formal.

A. *Elementos normativos*

Los elementos normativos son aquellos que requieren valoración por parte del intérprete o del juez que ha de aplicar la ley. Esta valoración puede proceder de diversas esferas y tener por base tanto a lo radicado en el mundo físico como perteneciente al mundo síquico.²¹⁵

Juan del Rosal, penalista español ya comentado, los expone de la manera siguiente:

²¹⁵ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, p. 339.

Elementos normativos o necesitados de complementación.- Son todos aquellos en los cuales el tribunal de justicia no se satisface con una simple constatación de la descripción efectuada en la ley, sino que se ve obligado a realizar otra para concretar más de cerca la situación del hecho. Aquí cabe distinguir: elementos puramente cognoscitivos, en los que los tribunales valoran de acuerdo con datos empíricos, y elementos del tipo valorativos o necesitados de valoración, en que el tribunal adopta una actitud valorativa emocional.²¹⁶

Ejemplo: “cosas muebles ajenas”, en donde la ajenidad se ha de establecer teniendo en cuenta las normas del derecho civil.²¹⁷

Es decir, este tipo de elementos se refieren a hechos o circunstancias que sólo pueden pensarse e imaginarse bajo el presupuesto lógico de una norma, por lo que incluyen los conceptos jurídicos propios, los conceptos referidos a valor y los conceptos referidos al sentido.

Ejemplos:

1. Conceptos jurídicos: matrimonio, deber legal de dar alimentos, documentos, funcionario, cheque, concurso, quiebra.
2. Conceptos referidos a valor: móviles a valor, medidas violentas o arbitrarias.
3. Conceptos referidos a sentido: ataque a la dignidad humana, acción sexual.²¹⁸

En efecto, los elementos normativos tendrán como característica el predominio de una valoración que no resulta factible de percibir por medio de los sentidos.²¹⁹

²¹⁶ Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, pp. 781-782.

²¹⁷ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, pp. 399 a 402.

²¹⁸ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, vol. I, p. 350. En sentido similar, Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito, op. cit.*, p. 322. Arigabay Molina, José, *Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1972, p. 203.

²¹⁹ Podríamos citar otros ejemplos de estos elementos como sería el caso de conceptos jurídicos como el “cheque” o el “concurso”. Se trata de elementos cuyo conocimiento no se exige de una manera técnico-jurídica: es suficiente con la “valoración paralela en la esfera del ego”. También pertenecen a la categoría de los elementos normativos aquellos que requieren una valoración empírico cultural del autor, como la “honestidad de la mujer”. Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal*, Buenos Aires, Hamurabi, 1987, pp. 164-165.

B. *Elementos subjetivos*

La parte subjetiva del tipo se haya constituida siempre por la voluntad, dirigida al resultado (en los delitos dolosos de resultado), o bien, a una sola conducta (en los delitos imprudentes y en los de mera actividad), y a veces por especiales elementos subjetivos.²²⁰ Por lo que los elementos subjetivos pertenecerán al mundo síquico del agente o de un tercero, en tal virtud, los identificaríamos a nivel de intangibles, inmateriales, pero perceptibles por medio de los sentidos.²²¹

Para algunos autores, los elementos subjetivos deben señalarse como aquellos en los cuales se requiera que el sujeto activo se hallare investido de especiales condiciones, se aluda a determinadas singularidades relativas a la acción o al resultado, a las condiciones subjetivas requeridas en el sujeto activo, se refieran a alguna otra característica de esta índole presente de la acción o del resultado.²²² Esta postura resulta altamente discutible, pues una cuestión diversa son las características o calidades que ostente el sujeto activo, en virtud de un cargo público, o bien, de su carácter de profesionista, cuestión diversa de los aspectos eminentemente internos como su voluntabilidad, la imputabilidad, el dolo o la culpa, así como las motivaciones al momento de cometer el delito, que serán precisamente las que nos interesarán cuando analicemos esta clase de elementos.

En efecto, en infinidad de ocasiones el tipo presenta una mera descripción objetiva complementada por aspectos de índole subjetivo, referidos a ciertos estados anímicos del autor en orden al injusto, son elementos subjetivos concretamente referidos al dolo los expresados con las palabras “maliciosamente, voluntariamente, intención de matar, intención de causar aborto”.²²³

También pueden sumarse al catálogo de elementos subjetivos ciertos contenidos interiores que deben demostrarse con una naturaleza intelectual o cognoscitiva, como el hecho de saber que se mata al ascendiente descendiente o cónyuge; de naturaleza afectiva, como el estado de emoción violenta o de naturaleza volitiva cuando se refiere a una dirección intencional, como las miras deshonestas en el rapto.²²⁴

220 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 212.

221 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, op. cit., p. 399.

222 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español*, op. cit., p. 782.

223 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., pp. 320-321.

224 Arigabay Molina, José, *Derecho penal*, op. cit., p. 203.

En resumen, los elementos subjetivos son las especiales cualidades internas, intelectuales o intangibles que exige el tipo penal al sujeto activo, en algunos casos de necesaria presencia como es el caso de la voluntabilidad y la imputabilidad, y en otros con un carácter variable siendo tal el caso del dolo o la culpa, y el *animus* en el sujeto activo.

C. Elementos objetivos

La parte objetiva del tipo abarca el aspecto externo de la conducta. En los delitos de resultado, es preciso además que éste se produzca en términos tales que pueda ser imputado objetivamente a la conducta. En este sentido, el resultado se entiende como un efecto separado de la conducta y posterior a ella.²²⁵

Los elementos objetivos podemos entenderlos como aquellos que proceden del mundo externo perceptible por los sentidos,²²⁶ es decir tiene la característica de ser tangibles, externos, materiales, por lo que también podríamos decir que son objetivos los que representan cosas, hechos o situaciones del mundo circundante.²²⁷

Por otra parte, el aspecto objetivo del tipo penal, traducido en sus elementos nos recuerda —y de hecho coincide claramente— con lo que añejamente se entendía como el cuerpo de delito, éste se definía a partir de los elementos materiales del delito, como la objetividad jurídica, que está formada por un objeto irreal, de indiscutible repercusión sistematizadora e interpretativa: el objeto de ataque es un trozo del mundo físico; pertenece al mundo de la realidad, y no es otra cosa sino el objeto sobre el que se dirige la acción. El individuo en el homicidio, o la cosa mueble en el robo, constituyen los llamados bienes jurídicos protegidos en el tipo penal. En tanto que la vida o la propiedad son las entelegías u objetividades jurídicas integrativas del llamado bien jurídico. Al primero se refiere el precepto; en tanto que el segundo deberá obtenerse de la interpretación de los tipos. Y, a veces, es de difícil captación, a pesar de la inserción del tipo en un determinado título del código.²²⁸

Por lo que los elementos objetivos, serán las exigencias de índole material, externo o material previstas por el tipo penal.

225 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 212.

226 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, p. 399.

227 Arigabay Molina, José, *Derecho penal, op. cit.*, p. 203.

228 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, pp. 784-785.

D. *Elementos descriptivos*

Los elementos descriptivos están formados por procesos que suceden en el mundo real, u objetos que en él se encuentran, pero que difieren de los elementos objetivos, los subjetivos y los normativos, por lo que en virtud de que pueden pertenecer al mundo físico y al síquico, se acostumbra a distinguir entre:²²⁹

a) *Elementos objetivo descriptivos*, que proceden del mundo externo perceptible por los sentidos. Ejemplo: inhumación.

b) *Elementos subjetivos descriptivos*, pertenecientes al mundo síquico de la gente o de un tercero. Ejemplo: la finalidad de atentar contra su libertad sexual.²³⁰

En efecto, los elementos descriptivos podemos considerarlos conceptos tomados del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describen objetos del mundo real, pero que necesariamente son susceptibles de una constatación fáctica, por lo que pueden entenderse como “descriptivos”, aunque la precisión de su exacto contenido requiera la referencia a una norma y manifiesten, así, un cierto grado de contenido jurídico.²³¹

Ejemplos:

Elementos que designan objetos del mundo exterior aprehensibles por los sentidos (persona, matar, dañar la salud, local cerrado).

Objetos del mundo síquico interior (codicia, ánimo de enriquecimiento, ánimo de apropiación).²³²

5. CAUSAS DE ATIPICIDAD

En la perspectiva histórica y dogmática, se reconoce la ausencia de inconvenientes en reconocer que pertenece al tipo del injusto la ausencia de los hechos que fundamentan la ausencia de la antijuridicidad. Es más: sin esos elementos negativos el tipo no cumpliría su función de delimitar el injusto punible.

²²⁹ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, op. cit., p. 399.

²³⁰ *Idem*.

²³¹ Para algunos autores los elementos descriptivos pueden ser entendidos como los que el autor puede conocer a través de sus sentidos; puede verlos, tocarlos, u oírlos, etcétera; ejemplo: “cosa mueble” en el delito de hurto, véase Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal*, op. cit., pp. 164-165.

²³² Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal*, op. cit., vol. I, p. 350.

También forman parte del injusto las condiciones objetivas de penalidad; se trata de elementos unidos a la acción tipificada en la ley, pero no por una relación de causalidad, porque son a su vez resultado de la acción de otra persona. Ejemplo: la sentencia condenatoria en el delito de falso testimonio en contra del reo.

La magnitud de la pena abstracta depende aquí de lo que haga otra persona pues no es testigo falso quien dicta la sentencia condenatoria, sino el juez.

La razón se halla en que la conducta del testigo falso motiva, induciéndole a error, la del juez, como especies dentro de los delitos cualificados por el resultado, porque precisamente falta lo que en estos últimos es esencial: una relación de causalidad entre la acción del sujeto y el resultado.

Los elementos negativos del tipo constituyen una de las zonas polémicas de la literatura jurídico penal. Reina, no obstante, acuerdo sobre el hecho innegable de que el legislador se vale en ocasiones de expresiones negativas para circunscribir la conducta punible. La discusión versa sobre si ha de entenderse incorporada al tipo, como elemento negativo, la ausencia de aquellos hechos que sirvan de base a las causas de justificación.²³³

El tipo ha de abarcar no sólo las circunstancias típicas del delito, sino también todas aquellas que afecten a la antijuridicidad. Los presupuestos de las causas de justificación se entienden, así, como elementos negativos del tipo. Se incluyen, por tanto, en el tipo porque sólo cuando faltan es posible un juicio definitivo sobre la antijuridicidad del hecho. Elementos del tipo y presupuestos de las causas de justificación se reúnen, por esta vía, en un tipo total y se sitúan sistemáticamente en un mismo nivel.²³⁴

En atención a que los tipos penales describen en su materia de prohibición acciones “que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social,²³⁵ sólo puede hablarse de exclusión de la tipicidad de una acción, por razón de la adecuación social, si falta el contenido típico de injusto. Existen otros fenómenos parecidos a la adecuación que no han de confundirse con ella. Se trata de supuestos de colisiones de intereses cuya solución exige que el bien jurídico protegido ceda ante otro valor social, pues “ toda la vida social se hace del uso y consumo de bienes jurídicos, como, en definitiva, toda vida es a la vez consumo de vida”. Procede entonces la aplicación de causas de justificación.²³⁶

233 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, pp. 399-402.

234 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 338.

235 *Ibidem*, p. 341.

236 *Ibidem*, p. 343.

Las consecuencias de la teoría de los elementos negativos del tipo se reflejan sobre todo en materia de error, pues al considerar las causas de justificación como elementos negativos del tipo, no hay más remedio que tratar unitariamente el error sobre los elementos del tipo y el error sobre los presupuestos de las causas de justificación.²³⁷

A. Ausencia de alguno de los elementos básicos del tipo

Una de las causas más claras de atipicidad es la ausencia de alguno de los elementos exigidos por el tipo penal, en consecuencia, el error sobre el bien jurídico, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto material, la actividad o inactividad corporal, el resultado material, el nexo causal, los medios, las referencias de tiempo, espacio y ocasión, y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.²³⁸

B. Error de tipo

El error de tipo ahora se discute respecto de su carácter de causal de atipicidad en oposición a su carácter de causal de inculpabilidad, como se le conocía en la antigüedad, el cambio se presenta en atención a los postulados de la teoría final de la acción, específicamente el aspecto relativo a la ubicación del dolo, el cual se sitúa en la acción y a ésta en el tipo, con lo que la falta de este último produce como consecuencia la falta de adecuación del tipo.

El error de tipo se divide en invencible o vencible. El primero aparece cuando no existe la posibilidad de conocer la realidad típica objetiva, no valorativa, a pesar de ponerse en juego el cuidado posible y adecuado para no caer en una falta de apreciación. El segundo aparece cuando el sujeto, al no desplegar el cuidado debido y adecuado, no supera el desconocimiento de la concreción típica objetiva no valorativa.²³⁹

Los efectos del error vencible o invencible son diversos, ante la presencia del primero desaparece la posibilidad del dolo, pero queda subsistente la posibilidad de la culpa, en el caso del segundo no existe la posibilidad de que el dolo o la culpa puedan presentarse.

²³⁷ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit., p. 42.

²³⁸ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, op. cit., p. 62.

²³⁹ *Idem*.

El error debe presentarse sobre algunos de los elementos del tipo penal y descubrir la característica de ser invencible; de no ser así, entonces queda subsistente el dolo. El error, cuando recae sobre otros elementos distintos del tipo penal, carece de importancia para efectos de la tipicidad, pues no afecta al dolo sino que incide en aspectos como la antijuridicidad, la culpabilidad o la punibilidad.

En nuestro país, el error de tipo se encuentra en el CPF artículo 15, fracción VIII, lo contempla con plena independencia del error de prohibición, al establecer un inciso diverso para cada uno de ellos, lo cual resulta complementado con lo previsto en el artículo 66 en torno a las consecuencias jurídicas aplicables tratándose del error de tipo vencible.

Respecto del error, la doctrina distingue los efectos que puede provocar a partir del elemento típico en el cual recaiga, el conocer —como elemento del dolo— puede ser eliminado en los supuestos siguientes:

1. *Error in objecto*. Se refiere a la equivocación en torno al objeto hacia el cual dirige el comportamiento el sujeto activo, es decir, la actividad del sujeto se dirige a un objeto determinado pero previamente éste puede ser confundido por otro, en principio resulta irrelevante la equivocación, es decir da lo mismo que prive de la vida a X en lugar de Y, salvo que se trate de un supuesto en el cual el sujeto tenga cierta relación con X y eso dé lugar a la concreción de un tipo distinto como podría ser el homicidio con relación al parentesco (parricidio, fraticidio, conyugicidio, infanticidio), caso el cual podríamos hablar de una tentativa de homicidio en contra de Y un homicidio con relación al parentesco culposo en contra de Y.
2. Error sobre la relación de causalidad. Se refiere a ciertas desviaciones inesenciales o que no afectan la producción del resultado querido por el autor son irrelevantes. (X dispara contra Y con ánimo de privarle de la vida, pero sólo logra herirlo con levedad, Y muere a los pocos días como consecuencia de una hemorragia provocada por la falta de coagulación de la sangre en la herida.)
En el sentido contrario si el resultado se produce de un modo desconectado de la acción del autor, sólo podrá imputarse el hecho como tentativa (en el ejemplo anterior, X muere a consecuencia de un terremoto que derrumba el hospital donde se encuentra internado).
3. *Aberratio ictus*. Se integra cuando el sujeto dirige su actividad a un objeto determinado pero por desviación su actividad recae en otro

distinto, más que un error se trata en este caso de una desviación externa de la actividad del sujeto. El ejemplo clásico refiere al autor que pretende privar de la vida a Y, pero en virtud de su mala puntería alcanza a X. En este caso encontramos una tentativa de delito de homicidio doloso en concurso con un homicidio consumado por imprudencia.

4. *El error sobre los elementos accidentales* determina la no apreciación de la circunstancia agravante o atenuante o, en su caso, del tipo cualificado o privilegiado.

En el caso del querer, el cual trae como consecuencia que se elimine la posibilidad de la voluntad típica, es conveniente recordar la *vis absoluta*, la *vis maior* y los movimientos reflejos.

La *vis absoluta* y la *vis maior* son fuerzas físicas, la primera humana y la segunda no humana, externas e irresistibles que, por recaer sobre el cuerpo humano, impiden en el caso concreto, el querer típico.

Los movimientos reflejos son reacciones corporales involuntarias a estímulos del exterior que excitan algún órgano receptor, en los cuales, a decir de Mezger, la excitación de los nervios motores no está bajo el influjo anímico, sino que es desatada en seguida de un estímulo fisiológico corporal, derivada de un estímulo subcortical y sin intervención de la conciencia, la excitación pasa de un centro sensorial a un centro motor y produce movimiento. En tales casos falta la acción o conducta, pues nadie diría, por ejemplo, que quien daña a un tapete precioso por un ataque inesperado de náuseas ha realizado la conducta constitutiva del delito de daño en cosa ajena.²⁴⁰

240 Mezger, *Strafrecht*, Berlin, Cverlag von Duncker, 1949, p. 106.