

## CAPÍTULO PRIMERO

### BREVE INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE TIPO PENAL CONFORME A LOS SISTEMAS DEL DELITO

En Alemania se han desarrollado los cuatro grandes sistemas de análisis de la teoría del delito que se emplean en todos aquellos países que, como México, tienen un sistema jurídico de tradición romano-canónica-germánica. Estos son: 1) sistema clásico; 2) sistema neoclásico; 3) sistema finalista, y 4) sistema funcionalista.

El punto de coincidencia entre los cuatro sistemas penales radica en considerar al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable. El primero de estos enunciados es considerado como el presupuesto de todo delito (conducta), mientras que los restantes son considerados como elementos o categorías o escalones; dichos vocablos son sinónimos y, por tanto, se pueden utilizar de manera indistinta. Así, tenemos un presupuesto (conducta) y tres categorías (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Sólo cuando hemos constatado la existencia del presupuesto y los tres elementos podemos sostener la existencia de un delito. Recordemos a manera de resumen lo que se entiende por dichos conceptos:

*Conducta.* En la conducta se trata de establecer si un resultado, que consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado, se puede considerar como la obra de un ser humano, es decir, si se le puede atribuir o imputar.

*Tipicidad.* En la tipicidad se realiza un juicio de adecuación del hecho al tipo. En este sentido, el tipo se puede concebir como la descripción normativa de la conducta prohibida prevista en uno a varios artículos de las leyes penales.

*Antijuridicidad.* En esta categoría se establece si la conducta prohibida es contraria al orden jurídico en general, y por ello, al

hecho típico y antijurídico se le denomina “injusto”. Por el contrario, si el hecho típico está amparado por alguna causa de justificación ya no hay delito. Desde aquí conviene dejar muy claro que la conducta justificada no deja de ser ilícita; así el homicidio amparado por la causa de justificación de la legítima defensa sigue siendo una conducta prohibida de matar a otro pero que deja de ser antijurídica dada la concurrencia de las circunstancias establecidas por el legislador para justificar ese hecho en particular.

*Culpabilidad.* En la culpabilidad se determina si se puede reprochar al autor el haberse comportado contrariamente a derecho.

Por supuesto que los lineamientos anteriores constituyen sólo una aproximación a la teoría del delito y tanto el presupuesto (conducta) como las categorías (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) han variado tanto en su concepción como en los elementos que las integran. A continuación realizaremos una breve reseña sobre la evolución de los sistemas a que nos hemos venido refiriendo y que han empleado en sus análisis las categorías o escalones antes definidos.

## I. SISTEMA CLÁSICO (CAUSALISTA)

En 1906, Ernst Beling puso de manifiesto la existencia de una categoría intermedia entre la conducta y la antijuridicidad: *tatbestand*, término que significa “supuesto de hecho”, pero que se ha traducido como tipo penal,<sup>1</sup> el cual conforma la categoría denominada tipicidad.

El tipo se caracterizó por ser “objetivo y libre de valor (no valorativo)”,<sup>2</sup> de ahí que los elementos que conformaron la tipicidad fueron puramente objetivos o descriptivos, es decir, aquellos que se perciben a través de los sentidos y se verifican mediante

<sup>1</sup> Cfr. Beling, E., *El rector de los tipos de delito*, L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas, Madrid, Reus, 1936.

<sup>2</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal parte general (fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña *et al.*, Madrid, Civitas, 1997, p. 279.

pruebas científicas. Por ejemplo, privar de la vida a otro es un hecho que se percibe a través de los sentidos, pero que se demuestra mediante pruebas periciales como la necropsia; los dictámenes de balística, criminalística, etcétera.

Por otro lado, Beling puso de relieve la función del tipo como una garantía para el ciudadano, pues sólo aquellas conductas descritas en la ley penal (tipo) pueden ser sancionadas dentro del mínimo y máximo de la pena señalada en la misma ley.<sup>3</sup> En contrapartida, aquellas conductas que no están descritas en algún tipo penal se denominan “atípicas” y se consideran irrelevantes para el derecho penal, conforme a la fórmula latina *nullum crimen nulla poena sine lege* creada por Feuerbach.<sup>4</sup>

También se consideran atípicas las conductas que no reúnen todos los elementos descritos en el tipo; por ejemplo, la cópula impuesta por la fuerza no puede ser constitutivo de violación si hubo consentimiento por parte de la mujer mayor de edad para tener la relación sexual con prácticas sadomasoquistas.

La concepción del tipo del sistema clásico fue criticada. Pues, si bien es cierto que tipos como el homicidio sólo requieren de juicios causal-objetivos para su análisis, existen otros cuyo análisis sólo se puede realizar acudiendo, además, a juicios de carácter normativo o subjetivo. Así, por ejemplo, la conducta de apoderarse (elemento objetivo material) no es suficiente para integrar el tipo de robo hasta que no se constate que la cosa era ajena (artículo 367, Código Penal Federal, en adelante CPF), para lo cual se requiere un análisis normativo. De igual forma, los piropos que emite diariamente el jefe a su secretaria no son suficientes para afirmar la existencia de una conducta-típica de hostigamiento sexual (artículo 359 bis, CPF) hasta que no se constaten los fines lascivos de la conducta del sujeto activo. Esto dejaba clara

<sup>3</sup> Beling, E., *op. cit.*, pp. 9 y 14.

<sup>4</sup> Cfr. Crezo Mir, J., *Curso de derecho penal español (parte general) II Teoría jurídica del delito*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1998, pp. 162-163; Jiménez de Asúa, L., *Manual de derecho penal*, Madrid, Reus, vol. II, pp. 38-39; Welzel, Hans, *Derecho penal (parte general)*, tr. Carlos Fontán Palestra y Eduardo Friker, Buenos Aires, Roque Desalma, 1956, pp. 26-27.

la insuficiencia de los juicios puramente causal-objetivos en el análisis de dichos tipos y la necesidad de recurrir a juicios de carácter normativo o subjetivo cuando el tipo así lo requiere para su integración.

Otra crítica giró en torno a la tentativa, considerada como una fórmula de ampliación del tipo, pues si pensamos en la persona que dispara contra otra para matarla sin conseguir dar en el blanco, podremos inferir que el bien jurídico vida estuvo en peligro ¡pero hay ausencia de un resultado material! con lo cual no se puede sostener ni la causalidad ni la tipicidad de la conducta, y se tiene que llegar hasta la culpabilidad del sujeto para determinar si la finalidad que guió su conducta puede sustentar su relevancia jurídico-penal. Pero eso supone un análisis asistemático, toda vez que se llegó hasta la culpabilidad (tercera categoría) sin haber verificado las categorías anteriores (conducta, tipicidad y antijuridicidad) y después fue necesario regresar a la conducta para sostener la existencia de una tentativa de homicidio.

## II. SISTEMA NEOCLÁSICO (CAUSALISTA-VALORATIVO)

Mientras que en el sistema clásico bastaba con la constatación de los elementos objetivos del tipo para sustentar la tipicidad, en el sistema neoclásico se requería verificar tanto los elementos objetivos del tipo como los elementos normativos y subjetivos específicos cuando el tipo así los requiere.

Sobre la historia de los elementos normativos del tipo, Max Ernst Mayer puso en evidencia que ciertos tipos penales no sólo describen realidades (cosa, muerte o lesión, que sostienen una relación causal con la conducta y son perceptibles a través de los sentidos) sino que también se refieren a conceptos que requieren una valoración jurídica o cultural previa a la antijuridicidad; por ejemplo, en el enriquecimiento ilícito de servidores públicos no es suficiente con el incremento del patrimonio de la persona sino que para decir que estamos ante una conducta típica de enriquecimiento ilícito (artículo 224 CPF), se necesita imprescindiblemente confirmar el carácter de “servidor público”

del sujeto, pues si es un particular el hecho no será típico. En el mismo sentido, para valorar si la conducta del que vende revistas pornográficas corresponde al tipo de ultrajes a la moral pública previsto en el artículo 200, fracción I, del CPF es necesario realizar un juicio valorativo-cultural para determinar si las imágenes son o no obscenas. Los dos juicios anteriores no pueden sustentarse en un análisis físico-material, sino en un juicio normativo, sea jurídico o cultural. De esta guisa, a los elementos objetivos del tipo se sumaron los elementos normativos, los cuales pueden ser jurídicos o culturales.<sup>5</sup>

Siguiendo en la tipicidad, los trabajos de Fischer, Hegler, Mayer y Mezger,<sup>6</sup> pusieron de manifiesto que ciertos tipos penales requieren de elementos anímicos o subjetivos específicos para su conformación, por ejemplo, el formar parte de una banda conformada por tres o más personas sólo puede considerarse como asociación delictuosa (artículo 164 CPF) cuando se tiene el propósito de delinquir, de igual forma, en el robo es indispensable el ánimo de apoderamiento y en el fraude el de lucro. Esto dio lugar a la inclusión de los elementos subjetivos distintos del dolo en el tipo.

Así la tipicidad se conformaba por el tipo objetivo, dentro del cual encontramos los elementos objetivos y los elementos normativos (jurídicos o culturales) y, por otra parte, se sumaban los elementos subjetivos específicos (ánimos, fines o intenciones) requeridos por ciertos tipos penales.

No obstante, la concepción del tipo en este sistema también fue criticado. Pues, los juicios objetivo-valorativos tampoco fueron suficientes para identificar los supuestos de tentativa punible, en los cuales, por ejemplo, la conducta de disparar sin dar en el blanco es adecuada tanto para lesionar como para matar, problema que sólo se puede solucionar atendiendo a la finalidad del autor o dolo, lo cual se analizaba hasta la culpabilidad y ello volvía a suponer problemas sistemáticos de análisis porque tendríamos

<sup>5</sup> Cfr. Roxin, *op. cit.*, p. 281.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 280.

que llegar hasta la culpabilidad (tercera categoría) para determinar la finalidad del autor y saber exactamente si la conducta y el juicio de tipicidad habían sido correctos. Así, por ejemplo, si el sujeto disparó y lesionó el brazo izquierdo de la víctima, se puede considerar que estamos ante un supuesto de lesiones consumadas, pero si al llegar a la culpabilidad se determina que el sujeto quería matar, y no sólo lesionar, tendríamos que regresar al tipo para reclasificar lo que ya habíamos calificado como lesiones consumadas y cambiar el título de imputación por el de homicidio en grado de tentativa, cuya sanción es mayor. En el mismo sentido, si alguien regala a su competidor comercial un billete de avión para volar el 11 de septiembre de 2001 de Nueva York a California y el pasajero muere al estrellarse el avión con una de las torres gemelas, regalar un boleto de avión no se puede considerar como una conducta adecuada de matar, pero esa afirmación cambiaría si se demostrara que el sujeto conocía previamente del atentado, y ello sólo se puede establecer atendiendo a los conocimientos especiales del autor y su dolo, lo cual se realizaba hasta la culpabilidad. Lo anterior implica problemas sistemáticos, ya que se obvia el análisis de la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad y se llega hasta la culpabilidad para determinar que el hecho es relevante para el derecho penal.

En aquella época, Graf zu Dohna manifestó que la culpabilidad como categoría de valor no podía incluir elementos psicológicos, como el dolo, pues dichos elementos se pueden dar o no, y por tanto su análisis se debe realizar en un momento anterior e independiente de la culpabilidad, en la cual sólo se determinará si esos nexos son o no reprochables. Ello dio origen a la necesidad de reubicar al dolo, lo cual consiguió sustentar el sistema final de acción del cual nos ocuparemos más adelante.

### III. SISTEMA FINALISTA

En el sistema finalista la tipicidad se integraba con un tipo objetivo y un tipo subjetivo:

El tipo objetivo es el núcleo real-material de todo delito. Delito no es únicamente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho... El fundamento real de todo delito es la objetivación de la conducta en un hecho externo. El hecho externo es, por ello, la base de la estructuración dogmática del delito.<sup>7</sup>

Por supuesto que para complementar el tipo objetivo no sólo se atendía a la conducta materializada, sino también al resultado, sea de lesión o de peligro del bien jurídico tutelado. Welzel denominó esto último como circunstancias del hecho del tipo objetivo.<sup>8</sup>

Conforme a lo anterior:

*los elementos objetivos del acto*, integrados ante todo por la *acción* de ejecución con la *lesión* del correspondiente *bien jurídico* (en tanto pertenezca esta última al tipo, v.g., “la lesión corporal de una persona”, en el § 223), así como por los demás medios y formas de ejecución (v.g., las “armas” o “el ataque por sorpresa” del § 223 a, en las lesiones peligrosas) y las restantes modalidades de la acción, como v.g., el tiempo y el lugar (§ 243, número 7, hurto agravado). Los elementos objetivos del autor (v.g., las condiciones de “tener a su cuidado” etcétera, al sujeto pasivo en el §223 b, lesiones agravadas por esta relación personal, o la condición de “funcionario” en el § 340, lesiones cometidas por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo o con ocasión de él).<sup>9</sup>

Como se puede deducir, el sistema finalista no aportó nada al tipo objetivo debido a que su mayor aportación fue la inclusión del tipo subjetivo compuesto por el dolo o la culpa y los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo (ánimos, fines o intenciones).<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Welzel, Hans, *Derecho penal alemán (parte general)*, 11, 4a. ed., trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañes Pérez, p. 75.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 75-77.

<sup>9</sup> Rodríguez Muñoz, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*, 2a. ed. Vlencia, Universidad de Vlencia, Secretariado de Publicaciones, 1978, pp. 36 y 37.

<sup>10</sup> *Idem*.

De acuerdo con Welzel:

El dolo como una mera resolución es penalmente irrelevante, ya que el derecho penal no puede alcanzar al puro ánimo. Sólo en los casos en que conduzca a un hecho real o lo gobierne, pasa a ser penalmente relevante. El dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es sólo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo... Esta función final-objetiva del dolo para la acción se presupone siempre en el derecho penal, cuando se define el dolo como conciencia del hecho y resolución al hecho... Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito. De esto se desprende que también hay acciones, no dolosas, a saber, las acciones en las cuales la voluntad de acción no está orientada a la realización del tipo de un delito, como sucede en la mayoría de las acciones de la vida cotidiana. También pertenecen a ellas las acciones culposas, en las cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico realizado.<sup>11</sup>

De lo antes expuesto es fácil advertir que el sistema final de acción siguió los lineamientos del tipo objetivo (conformado por elementos objetivos y normativos culturales y jurídicos) establecidos en el sistema neoclásico, y su aportación radicó en la inclusión del tipo subjetivo dentro del cual incluyó al dolo, la culpa y los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo. Con lo cual, podemos corroborar una vez más que no existe pugna entre los sistemas clásico, neoclásico y finalista, porque sus postulados son producto de una evolución paulatina para crear un mejor sistema de análisis para determinar si un hecho es o no constitutivo de delito.

El innegable avance del sistema final tampoco estuvo exento de críticas. Así, en 1953, Maihofer criticó el concepto de acción dolosa y culposa expuesto por Welzel por considerar que con ello adelanta la valoración de características subjetivas, específicamente psicológicas, las cuales son más propias de un análisis en el

<sup>11</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, pp. 77 y 78.

nivel de culpabilidad y no en uno del tipo, pues ello supone resquebrajar la sistemática que deben tener los elementos del delito y rompe con la neutralidad del concepto de acción, el cual, como presupuesto, debe estar libre de características pertenecientes a otros elementos del delito.<sup>12</sup>

La crítica anterior no fue tan decisiva como la de la ausencia de la finalidad en la culpa, pues en dicha forma de comisión el sujeto desarrolla su actividad con la finalidad de obtener un resultado distinto al producido; por ejemplo, quien conduce a toda velocidad su coche porque quiere llegar rápido a su cita con su novia y atropella a un transeúnte. Esto contravenía los postulados de Welzel, al sostener que no era la simple causalidad la que hacía relevante la conducta para el derecho penal, porque si así fuera serían relevantes otros fenómenos de la naturaleza o movimientos de animales no racionales, siendo la finalidad que guía la conducta humana el factor de diferencia y de exclusión de los demás factores causales; es claro que en los delitos culposos la finalidad no guía el proceso causal que desemboca en el resultado lesivo del bien y pese a ello la conducta sigue siendo relevante para el derecho penal.<sup>13</sup>

Lo anterior es todavía más evidente en los supuestos de culpa inconsciente, en los cuales el sujeto ni siquiera ha previsto que su conducta pudiera llegar a provocar un resultado típico, y por tanto se confirma la pregunta: ¿hasta qué punto la culpa inconsciente es acción final?<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Maihofer, Werner, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953, pp. 38-61; *cfr.* Rodríguez Muñoz, José Arturo, *op. cit.*, pp. 114-118.

<sup>13</sup> En este sentido: *cfr.* Mezger, Edmund, *Kurz-Lehrbuch*, pp. 44-45, citado en Rodríguez Muñoz, José Arturo, *op. cit.*, pp. 106-107; Maihofer, Werner, *op. cit.*, pp. 38-61; cita en Rodríguez Muñoz, José Arturo, *op. cit.*, pp. 118-119. De acuerdo con Mezger, Engisch, Gallas y Stratenwerth, el origen del problema anterior recayó en la vinculación realizada por Welzel del derecho con las estructuras lógico-objetivas para determinar la acción jurídico-penal relevante, de ahí que rechazaran dicho fundamento. *Cfr.* Cerezo Mir, José, "El finalismo", *Criminalia*, año LXIII, núm. 2, mayo-agosto de 1997, pp. 79 y ss.

<sup>14</sup> *Cfr.* Rodríguez Muñoz, José Arturo, *op. cit.*, pp. 89 y 90.

En 1944 Engisch presentó una aguda crítica de la teoría final de acción, al poner de manifiesto no sólo sus dificultades para sustentar un concepto final frente a los delitos culposos, sino también para establecer las fronteras entre culpa y dolo eventual. Engisch señala:

Si alguien actúa a la vista de las consecuencias necesarias e incluso reconocidas sólo como posibles, entonces tales consecuencias no son causadas ciegamente sino que pertenecen a la “supradeterminación” de sentido, aunque no sean perseguidas por el sujeto. Desde el momento que el hombre resuelve actuar no obstante dichas consecuencias, dirige a ellas de manera consciente el curso causal y las reconoce como posibles fines de su conducta. Pero ¿no es aplicable esto asimismo a la *culpa consciente*? La diferencia entre ella y el dolo radica para Welzel en la “posición volitiva del autor”. Pero la esperanza de que no se producirá el resultado, característica de la culpa consciente, sólo afecta a la punibilidad, no a la conciencia de la posible causalidad. Vistos a la luz de la estructura de la acción, el *dolus eventualis* y la culpa consciente van juntos, y sólo se separan como peldaños de la culpabilidad. La doctrina finalista de la acción entra aquí en conflicto con las graduaciones de la culpabilidad predeterminadas por el legislador. La doctrina según la cual el dolo y la culpa no son diferentes especies de la acción, sino peldaños y formas de la culpabilidad, permanece en armonía con la graduación de las sanciones penales, que siempre ha constituido el escollo en que han tropezado las conocidas tentativas de estructurar *a priori* la posición subjetiva del autor respecto al resultado (distinguiendo como Löffler y Miricka la intención, el saber y la previsibilidad). La doctrina final de la acción favorece una “psicologización” del dolo y de la culpa que parecía ya felizmente superada.<sup>15</sup>

Para tratar de resolver los problemas de la omisión y de la culpa, Welzel cambió su planteamiento inicial por la llamada “acción potencial” y posteriormente se refirió a la “acción ci-

<sup>15</sup> Engisch, *Der finale Handlungsbegriff, Probleme der Strafrechtserneuerung*, pp. 153 y ss, citado en Rodríguez Muñoz, José Arturo, *op. cit.*, p. 85.

bernética”; pero tanto sus intentos como los de sus seguidores fracasaron, debido a que con dichas concepciones tenían que renunciar “a la finalidad” de la conducta como eje de apoyo de sus construcciones, y con ello perdía unidad conceptual la conducta como categoría del delito y, a su vez provocaba problemas en los demás escalones o elementos de éste. En efecto, la concepción final de acción tuvo repercusiones en el tipo y en la culpabilidad, debido a que la conducta final obligaba a incluir el dolo y la culpa en el tipo, y por ello, el fundamento de la culpabilidad quedó como puramente normativo. Por ende, el cambio de la concepción final de acción por un concepto de acción potencial o cibernética ya no justificaba la necesaria inclusión del dolo en el tipo ni el fundamento puramente normativo de la culpabilidad.

También en los supuestos de error se encontraron dificultades al aplicar el sistema finalista. Engisch consideró que la teoría finalista llevaba a concebir la teoría del error como una sola; es decir, ya no habría distinción entre el error de hecho (error de tipo) y error de derecho (error de prohibición). Ambas clases de errores deberían ser analizadas en la acción, y, por tanto, su ubicación correspondería única y exclusivamente al tipo, y en ningún caso a la culpabilidad, que es donde tradicionalmente se resolvían los problemas del error de derecho, cuya denominación cambiaría más tarde por la de error de prohibición. Lo anterior fue planteado por Engisch en los términos siguientes:

Si, en efecto, la acción es configuración “consciente de la realidad”, resulta que el dolo de un delito exige el “conocimiento del acto en todas las características que le pertenecen al tipo objetivo del injusto”. Si el dolo pertenece a la acción, entonces pertenece también a ella aquel conocimiento del acto cuya falta como “error” excluye el dolo. Pero como quiera que el contenido de este conocimiento no puede ser determinado sin tener en cuenta lo que pertenece al tipo del injusto, y como por lo demás aquel conocimiento significa parcialmente una “valoración paralela” a la valoración jurídica, resulta que tienen que ser recibidas y tratadas en la doctrina de la acción dolosa cuestiones relativas al tipo del

injusto y a la valoración del injusto, que con razón pueden presuponerse ya resueltas y conocidas en la doctrina de la culpabilidad, pero no aún en la doctrina de la acción.<sup>16</sup>

Los problemas del error también se proyectaron en los delitos especiales, pues si el sujeto activo, por ejemplo, el funcionario, era inducido por un *extraneus*<sup>17</sup> y realizaba la conducta descrita en uno de los tipos de servidores públicos encontrándose bajo un error de tipo, ello excluiría la tipicidad de la conducta del funcionario y, dado el principio de accesoriadad de la participación, también excluiría la tipicidad de la conducta del *extraneus*. Solución distinta se ofrecería aplicando el sistema neoclásico, ya que al analizar el dolo en la culpabilidad, el error del funcionario sólo excluiría la culpabilidad, con lo cual sí se podría sustentar la participación del *extraneus* en una conducta-típica y antijurídica, pues la culpabilidad es un juicio exclusivo sobre el autor.

Baste con la breve referencia anterior a la evolución del tipo hasta el sistema final y sus críticas para poder comprender mejor las posturas de la doctrina mexicana en torno al cuerpo del delito y su asociación con el tipo penal.

<sup>16</sup> Cfr: Rodríguez Muñoz, José Arturo, *op.cit.*, p. 86.

<sup>17</sup> Es la persona que no reúne la calidad requerida en el tipo para su conformación, por ejemplo, la calidad de funcionario o de cónyuge.