

CAPÍTULO SEGUNDO

II. La evolución del tipo penal	147
---	-----

unas palabras, señeras, profundas y plenas de sentido político, del maestro Hans Kelsen:²⁵⁴

Sólo el tipo democrático es capaz de juzgar objetivamente la forma estatal que le está ordenada; y lo que es más importante, sólo él tiene inclinación a hacerlo. Lo que constituye su fuerza científica, es su debilidad política.

En tanto que la oposición de formas políticas puede reducirse a una antítesis de actitudes íntimas humanas, es lógico que la pugna entre una mentalidad puramente científica (esto es, orientada simplemente al valor del conocimiento) y una mentalidad política (es decir, enfocada hacia un valor distinto y, para ella, superior al del conocimiento, por ejemplo, el valor de la sociedad), vaya unida con el antagonismo de democracia y autocracia.

Y así ya no resulta tan paradójico que en el hogar de la democracia pueda florecer una ciencia auténtica del Estado, con la garantía de la libertad intelectual, mejor que en la autocracia, en la que sólo puede cultivarse una ideología del Estado; y tampoco es extraño que quien se sienta interiormente inclinado a la democracia se encuentre mejor dispuesto a elaborar una concepción puramente científica del derecho, del Estado y de la sociedad, que aquél a quien su carácter impulsa hacia la autocracia y, por tanto, hacia toda actitud típicamente ideológica.

II. LA EVOLUCIÓN DEL TIPO PENAL

En su introducción a la traducción del famoso libro del maestro teutón Claus Roxin,²⁵⁵ *Política criminal y sistema del derecho penal*. Muñoz Conde indica —en palabras que se nos antojan muy acertadas— la situación de la problemática penal alemana actual, que —en mi concepto, al menos— la centran en sus parámetros adecuados.

Tras señalar que la dogmática jurídico penal germánica atraviesa una crisis, no necesariamente negativa (añadimos por nuestra cuenta), expresa que dicha situación crítica es debida —en medida altísima— a la polémica enconada entre causalistas y finalistas, actualmente jefaturados por Schmidhäuser los primeros, y por Jescheck los segundos.²⁵⁶

El aspecto aprovechable de esta crisis ha sido la profunda revisión

²⁵⁴ Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Luengo Tapia y Legaz y Lacambra, México, Editora Nacional, 1974, pp. 152-153.

²⁵⁵ Roxin, Claus, *op. cit.*, *supra* nota 214, "Introducción".

²⁵⁶ Schmidhäuser E., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, Tübingen, 1970; Jescheck, *op. cit.*, *supra* nota 212.

conceptual a que ha dado lugar, si bien con la limitación de su ubicación dentro de las fronteras marcadas a la ciencia del derecho penal por el positivismo jurídico de comienzos de nuestro siglo.

La consecuencia de ese positivismo a ultranza residía en que la única tarea del jurista era la interpretación del derecho positivo y el desarrollo en un sistema cerrado, conforme a principios lógico-deductivos, de los preceptos concretos de la ley, subiendo hasta los últimos principios y conceptos fundamentales.

La elaboración del sistema era, por consiguiente, la misión fundamental de la ciencia del derecho penal, desterrando otras consideraciones de índole criminológica o político-criminal, que debían constituir el objeto de otras ciencias.

Señala Muñoz Conde (en la introducción mencionada) que con ello se daba la paradoja de que desde el punto de vista jurídico fue: a cierto lo que desde la perspectiva criminológica o político-criminal era falso, o al revés, produciéndose una supervaloración del pensamiento sistemático.

La tesis apuntada originó, en Alemania, dos tendencias dirigidas al intento de superar —de alguna manera— ese estado de cosas. *Una tendencia* se cristalizó en negar la importancia del sistema. Para ella, el punto de partida de la ciencia del derecho penal, en especial, y de la ciencia del derecho en general lo constituye el problema; en consecuencia, el pensamiento sistemático debía ser sustituido por un pensamiento problemático.

Y, en dicho pensamiento problemático, la solución se deriva de la respectiva estructura de los factores que sirven de base al problema, y no de los axiomas previamente dados de un sistema determinado por el procedimiento de la deducción lógica.

La otra tendencia también pretende penetrar en el problema, pero sin renunciar —por ello— al sistema. El pensamiento problemático tiene que desembocar (para los patrocinadores de esta posición), para mantener el carácter científico de la actividad jurídica, en un sistema; el pensamiento sistemático ha de estar dirigido (para la obtención de la solución justa del caso) al problema.

Para Roxin "los problemas político-criminales forman parte del contenido propio de la teoría general del delito". La vinculación jurídica y la finalidad político-criminal pueden y deben reducirse a una unidad en el sistema del derecho penal. Y, llevando este pensamiento a su mayor congruencia, afirma que las categorías tradicionales de la estructura del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) deben ser sistematizadas, desarrolladas y contempladas, desde el inicio, bajo

el aspecto de su función político-criminal. Y es que, para el catedrático muniqués,²⁵⁷ la ciencia del derecho debe ser, y continuar siendo, propiamente sistemática; pues únicamente la ordenación de los conocimientos en el sistema garantiza aquel dominio sobre todas las particularidades (seguro y siempre dispuesto), sin el cual la aplicación del derecho es permanentemente un diletantismo, abandonado al acaso y a la arbitrariedad.

En otras palabras, la fina percepción de Roxin capta, con toda claridad, que el derecho (y obviamente el derecho penal) no es ni más ni menos que un instrumento puesto al servicio de los fines comunitarios, colectivos.

Pasaron ya los tiempos de las torres de marfil (auténticas jaulas de enclaustramiento) de juristas encopetados, fríos y distantes de la realidad sociovital. Estamos terminando un siglo, y no un siglo cualquiera sino aquél en que el hombre se encuentra en el umbral de nuevas, novísimas, concepciones culturales, que —*prima facie* y lógicamente— dimanar, a la par, del avance científico-tecnológico y de su secuela inevitable de relativización de valores tenidos, hasta ahora, como incommovibles.

En otras palabras (y por lo que nos atañe), para tratar de comprender la esencia del derecho (y del penal, como una rama del mismo) hay que tener en cuenta los fines citados (sociales, colectivos, comunitarios) y construir el sistema jurídico no hacia adentro, sino hacia afuera, abierto a los problemas y fines sociales. Indudablemente, con ello el edificio sistemático perderá belleza, pero ganará en eficacia y en operatividad. Y esa efectividad y esa funcionalidad son características necesarias en un instrumento (cual es el derecho) que ha de ser capaz para el cumplimiento de las finalidades fundamentales justificativas de su creación.

Nos parece que Roxin se da cuenta de esto, y con autoridad mundialmente reconocida, auna los aspectos criminológicos y políticos-criminales con la persistencia, con la permanencia, del sistema para la ciencia del derecho penal. La interdisciplinariedad de la ciencia moderna, del conocimiento científico moderno, llega a la parcela jurídica y lo hace con lógica impecable e implacable; tal vez sea el ocaso de los tenores jurídicos, pero bienvenido sea ese crepúsculo, si con ello conseguimos una mayor certeza, claridad y seguridad jurídicas.

Lo anterior enlaza, sin forzamiento de ningún género, con el "tipo penal", que se encuentra bajo el *leitmotiv* de la determinación legal

²⁵⁷ Roxin, Claus, *op. cit.*, *supra* nota 214, pp. 17-18.

y al que —frecuentemente— se ha reducido exclusivamente la legitimación de la dogmática; los tipos sirven realmente a la realización del principio *nullum crimen* y de él debe dimanar la estructuración dogmática. Pero, además, en los tipos quedan plasmadas soluciones sociales a los conflictos.²⁵⁸

Efectivamente, los tipos son el resultado de una reflexión del legislador sobre si una conducta debe ser sancionada en general. Pero esto son decisiones político-criminales del legislador de naturaleza precodificadora. Para el trabajo dogmático los tipos nos vienen dados previamente.

En la sistematización este trabajo se tiene que regir, primariamente, por el principio *nullum crimen* y no por consideraciones de punibilidad, y así afirma Roxin: "Una analogía que vaya más allá del sentido literal posible es inadmisibile, aun cuando la *ratio* de la penalización legislativa hable en favor de ello."

En estas condiciones, el principio *nullum crimen*, la ponderación reguladora de intereses sociales en situaciones conflictivas y las exigencias de la teoría de los fines de la pena sirven de basamento (desde la perspectiva político-criminal) a las ya conocidas categorías delictivas.

Dos de esas categorías, la teoría del tipo y la de la culpabilidad, han de ser interpretadas con principios específicamente jurídico-penales; en cambio, en el campo de la antijuridicidad habremos de extendernos a otros sectores del ordenamiento jurídico (caso de las causas de justificación, que proceden de todo el ámbito jurídico, y que conexas al derecho penal con otras disciplinas jurídicas en la unidad del ordenamiento jurídico).²⁵⁹

Conectado, en cierta manera a lo anterior, existe una cuestión que le precede: la relativa acerca de los "datos ontológicos fundamentales a los cuales está ligada toda posible valoración y que fijan los límites precisos a toda valoración". Se debe a Welzel (señala Kaufmann)²⁶⁰ la referencia metódica a estas "estructuras lógico-objetivas que se encuentran en el objeto" de la regulación jurídica y a las cuales el legislador está tan ligado como a "las leyes de la naturaleza física"; también se debe a él —en gran medida— el conocimiento de estas estructuras y de sus conexiones.

Esta lógica de los datos ónticos-objetivos constituye, pues, el marco que delimita la axiología y la teleología del derecho y, además, con-

²⁵⁸ *Idem*, pp. 40, 41, nota 41.

²⁵⁹ *Idem*, p. 41, *in fine*.

²⁶⁰ Kaufmann, Armin, *La teoría de las normas*, *op. cit.*, *supra* nota 45, pp. VIII, IX, X y XI.

fiere a la materia jurídica el soporte permanente de las decisiones que han de tomarse aquí y ahora. Aquí (continúa Kaufmann), la cuestión no es la de saber si, en los casos particulares, el adulterio (por ejemplo) es disvalioso, y si hay que vincular a él esta o aquella consecuencia jurídica, sino que se plantea —en general— la cuestión de cómo ha de estar constituido el objeto de una valoración jurídica, el contenido de una prohibición o los presupuestos de un reproche de culpabilidad.

Podría contraponerse este aspecto del derecho, en tanto "forma", a aquella determinación axiológica y teleológica del "contenido", si los conceptos "forma", y —más aún— "formal" no fueran tan extremadamente ambiguos. Se podría llamar "forma" a estas estructuras dadas de antemano, porque (por ser lo común a toda la materia jurídica o a gran parte de ella) son las que condicionan la "rectitud" de las proposiciones jurídicas.

Si la axiología (prosigue Kaufmann) es el ámbito de la filosofía del derecho, *las estructuras lógico-objetivas* en la materia del derecho constituyen el campo de tareas de la teoría general del derecho y de la dogmática.

Desde luego, hay que entender la dogmática de una manera tal que tenga como consecuencia la sistematización, sin que ello signifique que deba limitarse simplemente a esta última. Kaufmann —citando a Gerhardt Husserl—²⁶¹ entiende por dogmática jurídica "la ciencia de los presupuestos esenciales del derecho", y como tarea de esta dogmática indica "la elaboración de un sistema de conceptos fundamentales supratemporales que constituyen el ámbito de las posibilidades *a priori* del derecho".

El profesor alemán expresa que no se trata, aquí, simplemente de la verificación de rasgos comunes, cualesquieran que ellos sean. Esta tarea la lleva a cabo cualquier sistematización. Lo que importa es más bien la verificación de los rasgos comunes necesarios de las proposiciones jurídicas.

Pero estas necesidades obligatorias no dependen de las proposiciones (jurídicas) mismas sino del objeto de regulación. Tener en cuenta estos datos, en cada caso particular, es tarea del legislador; el reconocimiento de la amplitud de su validez está reservada a la dogmática.

La formulación de dogmas (que no tienen pretensión de intemporalidad y sólo pretenden interpretar las expresiones de un legislador, sin

²⁶¹ Husserl, Gerhardt, *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, p. V, citado por Kaufmann, *La teoría de las normas*, op. cit., supra nota 45, p. X.

aspirar a la autenticidad) *no puede ser la tarea de una ciencia del derecho, sino de una ciencia de la legislación con fundamentos filológicos.*

La "dogmática" hace honor a su nombre (y sólo lo conserva) si revela las conexiones lógico-objetivas que constituyen el marco de toda regulación material. Una ciencia consecuentemente positivista no puede conformarse con abarcar la materia legislada y sistematizarla. Es "eminentemente sistemática" y puede ser, también, "eminentemente práctica". Pero queda librada a las permanentes oscilaciones de la legislación positiva, en la medida en que no se convierte en una ciencia que, en primer lugar, sea "eminentemente dogmática" en el sentido indicado. Pues ni el sistema, en tanto tal, ni la orientación hacia la praxis pueden ofrecer a la ciencia, o a la legislación, el apoyo que ambas necesitan.²⁶²

Dice, Kaufmann, que una teoría de las normas y una dogmática, que esté orientada por ella, se ocupan precisamente de esta "forma" del derecho, de este marco de la materia jurídica, que es considerado como necesario. Por lo tanto, una toma de posición, con respecto a una teoría de las normas, tiene que partir de las estructuras lógico-objetivas y analizar hasta que punto la teoría, que ha de ser examinada, satisface estos datos. Lo anterior (finaliza Kaufmann) presupone —desde luego— que las estructuras óntico-objetivas son ya conocidas, y que, en caso contrario, se hace preciso su previo descubrimiento, a la vez que este examen de base requiere la necesidad investigativa de ocuparse de la dogmática moderna.

En el mismo sentido de Kaufmann, Karl Larenz²⁶³ destaca la importancia del complejo estructural óntico-objetivo y lógico-objetivo para la teoría general de las normas jurídicas y del propio derecho, trascendencia que queda trasvasada a la esfera estricta del derecho penal.

El maestro Mir Puig,²⁶⁴ por su parte, señala que de la tradicional concepción de la "aplicación" de la ley se pasa al concepto del proceso de "concreción" de la ley al caso concreto. El juez no se limita a "aplicar" un texto legal, previa y definitivamente dado, sino que no puede por menos que "buscar" la norma aplicable (*Entscheidungsnorm*), que "nacerá" de la confrontación del tenor de la ley (*Norprogramm*), y las exigencias del sector de realidad a que alcanza (*Normbereich*); en este sentido se habla del proceso de "concreción" de la ley a la realidad.

La más clara expresión de la aproximación a lo real, que se aprecia en la ciencia penal alemana, es la acentuación de la atención por los datos metajurídicos que rodean al derecho penal. A este respecto, cabe

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ Larenz, Karl, *Metodología...*, *op. cit.*, *supra* nota 40, pp. 26-28.

²⁶⁴ Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, *supra* nota 205, p. 285.

mencionar aquí la preocupación por la política criminal y la toma en consideración por la dogmática de las enseñanzas de ciencias no jurídicas como la psicología, la sociología y —desde luego— la criminología.

Y añade Mir Puig ²⁶⁵ que la observación del actual estado de la metodología en Alemania pone de manifiesto también la influencia de los factores políticos y científicos. Por una parte, la tendencia a la revisión político-criminal de las decisiones básicas del derecho penal actual, puede ser exponente, en ciertos sectores, de la crisis que sufren las concepciones políticas clásicas. Por otra parte, la aproximación a ciencias no jurídicas (ya apuntada), como la psicología, la sociología y la criminología se debe, acaso, a que el antiguo propósito de superar el alejamiento de la realidad es hoy más fácil de realizar, debido al progreso experimentado por esas ciencias.

En especial, esto es válido respecto de las ciencias sociales, que ahora cuentan con una avanzada metodología, capaz de reclamar la atención de la ciencia jurídica. Más evidente es, todavía, el influjo que el reciente desarrollo de los lenguajes formales (lógica, lingüística, cibernética) y su introducción en la llamada *Rechtstheorie*, han tenido en los intentos de formalizar la elaboración de la dogmática jurídica.

Y —concretando su postura— el juspenalista hispano singulariza su posición a tres niveles:

- a) La consideración de la ciencia del derecho penal como *ciencia social*, en cuanto afecta a la *naturaleza* (social) de los conceptos dogmáticos, ha de ofrecer la base de una *elaboración teórica* realista.
- b) Al nivel de control de corrección de la *aplicación de la ley* —objetivo último del método jurídico-penal— pertenecen: las modernas aportaciones de la *hermenéutica* y el *pensamiento problema*, como punto de partida para la formulación de un "sistema abierto"; y
- c) La unión de *política criminal* y *dogmática* puede, por último, tener ahora el sentido de ofrecer la base científico-empírica a la contemplación de la realidad que postulan las anteriores perspectivas mencionadas.²⁶⁶

El estrecho lazo interconexional entre el tipo penal, en su concepción moderna dimanante de las formulaciones de Ernesto Beling, y la dogmática jurídico-penal justifica (por lo menos desde nuestro muy per-

²⁶⁵ *Idem*, pp. 300-301.

²⁶⁶ *Idem*, p. 304, *in fine*.

sonal criterio), el enmarcamiento previo (precisamente referido a dicha dogmática), que venimos realizando.

A estos efectos, Gimbernat Ordeig,²⁶⁷ formula la siguiente pregunta: ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? No lo tiene (nos dice el catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares) si se argumenta así: La dogmática penal presupone el derecho penal, el derecho penal presupone la pena, la pena presupone la culpabilidad, y la culpabilidad no existe. De la anterior argumentación (señala Gimbernat) se ha admitido el último postulado (la culpabilidad es indemostrable), pero se ha rechazado que la pena y —por tanto— el derecho penal presupongan la culpabilidad. Utilizando el símil de las “fichas de dominó”, Gimbernat llega a la siguiente conclusión: Es cierto que la primera ficha cae, pero su caída no arrastra a las demás.

La dogmática (en cita de Engisch)²⁶⁸ “nos debe enseñar lo que es debido en base al derecho”, debe de averiguar qué es lo que dice el derecho. *La dogmática jurídico-penal, pues, averigua el contenido del derecho penal, cuáles son los presupuestos, que han de darse, para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible.*

Hace posible —por consiguiente— al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal, facilita el sustraerlo a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos esté desarrollada una dogmática más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución.

Si no se conocen (prosigue Gimbernat) los límites de un tipo penal, si no se han establecido dogmáticamente sus alcances, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y metódica que debería ser, sino una cuestión de lotería; y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un derecho penal del que (por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico) se desconoce su alcance y su límite.

La dogmática se opone a esta situación de inseguridad. En primer lugar, trata de percibir qué problemas presenta la aplicación de una disposición jurídica. Una vez conocido el problema, el siguiente paso es el de establecer teorías para su solución. Las teorías, abstractamente

²⁶⁷ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estudios de derecho penal*, 2a. ed., Madrid, Ed. Civitas, 1981, pp. 126-127.

²⁶⁸ Engisch, *Wahrheit und Richtigkeit im puristischen Denken*, Munich, 1963, p. 3, citado por Gimbernat, *op. cit.*, *supra* nota 267, p. 126 y nota 47.

formuladas, pretenden dar una solución igual a casos dudosos que (por creer que presentan el mismo problema) han de ser tratados igualmente. Por supuesto que es posible que la teoría sea errónea y que haga equivalentes casos que no lo son.

Pero, justamente, el establecimiento de una primera teoría ha creado ya el presupuesto para salir de la situación; se ha creado el presupuesto para la discusión, inexistente mientras los casos dudosos sean resueltos inconexamente. Al exigir toda teoría una fundamentación, entramos en el campo de la argumentación; el que quede convencido por la fundamentación de esa primera teoría se adherirá a ella; el que no esté convencido reducirá el ámbito de aplicación de la teoría por estimar que ha agrupado supuestos que no responden a las mismas características o ampliará —tal vez— su alcance, dando su entrada a nuevos casos de los que se piensa que deben recibir el mismo tratamiento que los primeramente agrupados, o bien establecerá una segunda teoría, en virtud de la cual dará una nueva solución al grupo de casos dudosos, etcétera.

Siguiendo el hilo del razonamiento del profesor henarense,²⁶⁹ éste afirma: que el establecimiento de teorías permite que alguna de ellas pueda llegar a convertirse en dominante (sobre la base de la fuerza racional de convicción de su fundamentación), y consiente, de esta manera, que sepamos cuál es el tratamiento que recibe de hecho un grupo de casos, un tratamiento jurídico que tal vez sea falso, pero que ya conocemos (*seguridad jurídica*); también existe, pues, una seguridad jurídica basada en una opinión errónea, pero —en cualquier caso— mejor que la inseguridad jurídica, pues ahí no sabemos siquiera qué es lo que sucede y, por ello, es mucho más difícil argumentar, percibir, dónde está un posible error y razonar para rebatirlo.

Por otra parte, conocido el alcance de la teoría y el razonamiento en que se basa, es posible controlar, si se es consecuente con la teoría misma, si su aplicación a un caso concreto es (sobre la base de las presunciones o presupuestos en que se apoya) correcta, por encontrarse comprendido realmente dentro del sector que aquélla abarca, o incorrecta, cuando se extiende a supuestos que caen fuera de su campo.

En ocasiones (señala Gimbernat) se le objeta a la dogmática penal que trata de partir un cabello por la mitad, por su excesiva y exagerada elaboración conceptual. Pero basta recordar la significación de la pena, para que pueda responderse: difícilmente puede exagerar la dogmática en lo referente a un problema tan serio como el de la fijación de conceptos.

²⁶⁹ Gimbernat Ordeig, Enrique, *op. cit.*, *supra* nota 267, pp. 127, *in fine*, y 128.

Si la pena es (y lo es sin duda alguna) el medio más doloroso de que dispone el Estado para asegurar una recta convivencia social, su justificación sólo estará en función de que además de dolorosa sea necesaria.

La diferencia entre disponer o no de una dogmática jurídico-penal desarrollada es la diferencia entre disponer de los mecanismos precisos, para que la pena permanezca siempre bajo control, y no sea aplicada más que en aquellos supuestos en que es verdaderamente necesaria para el mantenimiento de la convivencia social, y perder el control sobre ese terrible medio de política social, pues la inseguridad conceptual incapacita, en primer lugar, para lograr formulaciones legales que abarquen todos y sólo los casos que se considera socialmente necesario reprimir, y trae consigo, en segundo lugar, que una vez puesto un tipo legal, en el mundo, inicie una marcha que se desconoce a dónde, por dónde y de qué manera va a llevar.

El reproche, formulado a la dogmática jurídico-penal, de que se trata de una ciencia reaccionaria, es injusto, porque (como oportunamente indica el juspenalista hispano) la dogmática es una ciencia neutra (lo mismo interpreta leyes progresistas que reaccionarias); evidentemente, esta neutralidad no puede ser entendida, *ad absurdum*, como que el jurista debe de desentenderse de todo lo que no sea un esclarecimiento "correcto" de la ley, pues ello le alejaría de su noble función y podría convertirlo en cómplice de los enemigos del progreso. Pero este riesgo no es privativo de la dogmática jurídico-penal, el penalista (como cualquier otro intelectual) ha de ocuparse no de "verdades parciales" sino sólo de la "verdad como totalidad".

Y concluye Gimbernat Ordeig,²⁷⁰ afirmando:

Porque la existencia del derecho penal es imprescindible y no depende para nada de la posibilidad de demostrar la libre decisión humana en el caso concreto, por que toda idea jurídica progresiva necesita una formulación legal, que será tanto más perfecta y eficaz cuanto más alto sea el nivel científico-jurídico, porque una ciencia desarrollada del derecho penal es la que hace posible controlar los tipos penales, porque la pena es un medio necesario y terrible de política social (al menos, agregó yo, en el actual estadio socio-cultural), porque el derecho penal se nos impone como una realidad no objetable, por todo ello: la dogmática jurídico-penal tiene un futuro.

Por su parte, Muñoz Conde,²⁷¹ señala que el excesivo empleo de la

²⁷⁰ *Idem*, pp. 128-130.

²⁷¹ Muñoz Conde, Francisco, *op. cit. supra* nota 217, pp. 118-119.

lógica formal (en cuanto implica la formación del sistema) ha conducido a la ciencia del derecho, en general, y al derecho penal, en particular, a una crisis. La elaboración del sistema ha sido considerada, durante mucho tiempo, la tarea fundamental del jurista, pero fue llevada a cabo de un modo puramente lógico-formalista, desterrando las consideraciones valorativas o estimándolas como metajurídicas.

Ante esta desproporcionada supervaloración de la sistematización formalista (expresa el citado autor) se ha desarrollado —en los últimos tiempos— un pensamiento problemático. Conforme a él, el punto de partida de la ciencia del derecho lo constituye el problema, y en él el pensamiento sistemático es sustituido por un mecanismo en el que la solución se deriva de la respectiva estructura de los factores que sirven de base al problema, y no de los axiomas previamente dados (posición hartamente similar a las citadas de Kaufmann y Larenz), y encontrados por el procedimiento de la deducción lógica-formalista.

De ello, de lo anterior, Muñoz Conde destaca las enormes posibilidades que ofrece el trasplante de los conceptos, elaborados en otras ciencias, para la solución de los problemas específicamente jurídico-penales. La misión de la ciencia del derecho penal consiste en transformar esos conocimientos, para o metajurídicos, en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas, destacando así las relaciones internas entre norma, contenido y valor.²⁷²

Viehweg,²⁷³ indica (en relación a la teoría general del derecho) que la consecuencia lógica de la característica fundamental de la filosofía de nuestra época es precisamente el paso de lo abstracto a lo concreto.

Pero conviene subrayar, por ser de justicia, que ha sido Hartmann ²⁷⁴ el primero en establecer la diferencia entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático. La fecha puede situarse en el año de 1924.

Hemos procedido por "aproximación" (procurando trazar el marco adecuado) para llegar al problema de la tipicidad o, hablando con la necesaria propiedad jurídica (absolutamente imprescindible en esta temática), para afrontar lo referente al tipo, al tipo penal concretamente.

Prima facie, conviene asentar una afirmación tajante: el principio de legalidad erige al tipo penal (elaborado, de forma general y abstracta, por el legislador) en protagonista principal del delito.

²⁷² *Idem*, pp. 134, *in fine*.

²⁷³ Viehweg, Th., *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Díez-Picazo, Madrid, 1964, pp. 22, 49, 50 y ss., 117, 118 y ss.

²⁷⁴ Hartmann, Nikolai, *Introducción a la filosofía*, México, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1961.

En relación con la esencialidad del tipo, en cuanto elemento del delito, nos parece adecuado traer a colación las palabras del maestro Jiménez Huerta,²⁷⁵ cuando nos indica:

El verdadero derecho punitivo es palpitante vida realizada o realizable; no artificiosa lucubración de yermos conceptos ni cadena infinita de metodológicas discusiones infértiles o torturadas polémicas. Un estéril tributo rendido apriorísticamente a reglados y rígidos esquemas fotoscópicos, ha entorpecido el estudio de los sustanciales contenidos de las figuras típicas, en cuanto plurales y diversas expresiones de la fenomenología punible.

Zaffaroni,²⁷⁶ por su parte, señala que el tipo es lógicamente necesario; cualquiera que sea el sistema legal existente, el tipo es imprescindible para averiguar qué es un delito. En su contenido el legislador puede prohibir las más diversas conductas, lo puede hacer con la mayor precisión posible (*sistemas de tipos legales*) o proporcionando al juez una pauta (*sistema de pautas*) general de elaboración (*sistema de tipos judiciales*), pero de cualquier modo no se puede llegar a un concepto sistemático del delito prescindiendo del tipo, *porque no se puede averiguar la delictuosidad de una conducta prescindiendo de su tipicidad*.

Hans Welzel,²⁷⁷ nos dice que la pretensión del ordenamiento jurídico es sancionar con penas las conductas intolerables para la vida comunitaria, y que podría hacerlo con una disposición suprema, muy general, así: el que se comporte de un modo gravemente contrario a la comunidad será castigado, en la medida de su culpabilidad, con una pena permitida. Podría formularse, también, de un modo más moderno: "El que infrinja culpablemente los principios fundamentales del orden social democrático, o socialista, o comunista, será castigado...".

Y señala el penalista germano, que una disposición punitiva, tan general, comprendería —desde luego— toda conducta punible imaginable, pero, precisamente por su carácter general, no permite reconocer que conducta en particular debe estar prohibida. Ni el ciudadano puede saber qué debe hacer u omitir, ni el juez puede distinguir qué es lo que debe castigar.

Por ello, el ordenamiento jurídico tiene que concretar sus disposi-

²⁷⁵ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, 3a. ed., México, Ed. Porrúa, 1980, t. I, p. 17.

²⁷⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, p. 171.

²⁷⁷ Welzel, Hans, *Derecho penal y alemán. Parte general*, 11a. ed., Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1976, pp. 74-76.

ciones penales, es decir, tiene que delimitar objetivamente la conducta prohibida: matar, robar, etcétera; tiene que especificar la "materia" de sus prohibiciones. Esta "materia de la prohibición" (un concepto procedente del derecho natural escolástico, indica Welzel), contiene la descripción objetiva, material ("el modelo de conducta"), del comportamiento prohibido.

Para el derecho penal tiene una especial importancia el que se concrete el contenido de la prohibición; pues sólo gracias a esa especificación concreta de la materia de la prohibición se satisface la exigencia del principio *nulla poena sine lege*. De ahí, que el derecho penal tiene que cuidar (en mayor medida que los restantes sectores del ordenamiento jurídico), la descripción objetiva, lo más exacta posible, de su modelo de conducta negativa; y (señala el creador del finalismo), tiene que ser derecho penal "sustancial".

Y Welzel puntualiza que, precisamente, el principio constitucional de que la punibilidad de un hecho tiene que estar "determinada por la ley" antes de su comisión, se asienta sobre la idea de que la ley tiene que describir, de un modo exhaustivo, la materia de la prohibición (el tipo), mediante la indicación de las diversas características de la conducta delictiva, aunque no siempre se consigue esta plenitud de concreción.

El tipo (tanto si está descrito legalmente de un modo totalizador, como si ha de ser completado por el legislador) es el contenido de las normas prohibitivas del derecho penal. Y finaliza el maestro teutón, el tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos formas posibles de conducta humana.

Etimológicamente, el vocablo tipicidad toma su esencia del sustantivo tipo, que proviene del latín *tipus*, estimando el maestro Jiménez Huerta²⁷⁸ que —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. Lo caracterizado como tipo se unifica y reconoce por el conjunto de sus rasgos fundamentales. Típico es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella.

La raíz histórica del tipo se encuentra en el concepto de *corpus delicti*, contenido en viejas leyes, vertido después, con la denominación de *Tatbestand*, a la lengua alemana (concretamente en el siglo XVIII), como acredita la Ordenanza Criminal prusiana de 1805 (parágrafo 133), y que aún perdura en algunos ordenamientos juri-

²⁷⁸ Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, *supra* nota 275, t. I, p. 27, *ab initio*.

dicos modernos. El *Tatbestand* fue entonces el *hecho del delito*, el contenido real, en oposición al puro *concepto* (*Begriff*), lo que Jiménez Huerta, en su acepción primera del cuerpo del delito, entiende como acción punible, como el hecho objetivo.²⁷⁹

Pero la teoría del delito (basada esencialmente en el tipo) penetró —en el ámbito del derecho penal— de la mano de Ernesto Beling en el año de 1906.

El profesor, que fue, de la Universidad de Munich dio al tipo (*Tatbestand*), un sentido distinto al que tenía en las obras de Stübel (1805), Luden (1840), Geyer (1862), Kärcher y Schaper (1873), para quienes el tipo era figura de delito específica, en la que se conjuntan la totalidad de sus caracteres externos e internos (incluidos el dolo y la culpa); entendiéndolo con criterio formal, el tipo penal describe en abstracto los elementos materiales necesarios, que caracterizan cada especie de delito.²⁸⁰

Jiménez Huerta²⁸¹ precisa —no obstante— que, para evitar confusiones, en la formulación de la teoría del tipo de Beling se pueden distinguir dos momentos: *uno primero*, en el que el tipo se materializa, año de 1906, se trata del periodo correspondiente a la publicación de su obra fundamental *Die Lehre vom Verbrechen*; en esta fase, el tipo es la suma de aquellos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito, e integra el núcleo del concepto en torno al cual se agrupan los demás elementos; *y otro segundo*, año de 1930, con su monografía *Die Lehre vom Tatbestand*, en que el tipo se espiritualiza; la idea medular de Beling (según Jiménez Huerta), en esta segunda etapa, es la separación que establece entre el "tipo" y la "especie delictiva".

Para la exposición de su nuevo sistema, arranca Beling del concepto de "especie delictiva", concebida como un todo compuesto de una pluralidad de elementos (a veces previstos expresamente y otras subyacentes, para precisarse o completarse por la interpretación), que se encuentran en la correspondiente descripción legal. Estos elementos son: unos, de naturaleza externa y objetiva (por ejemplo, los que caracterizan la antijuridicidad), y otros, de naturaleza subjetiva (por ejemplo, los que configuran la culpabilidad). Todos estos elementos, empero, se orientan hacia una "imagen unitaria", que viene a ser el cuadro conceptual que funda la unidad de la especie delictiva, y sin la cual aquellos

²⁷⁹ Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, *supra* nota 195, t. III, p. 751.

²⁸⁰ *Idem*, t. III, p. 752.

²⁸¹ Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, *supra* nota 275, t. I, p. 28.

elementos perderían su sentido como elementos integrantes de la "especie delictiva".²⁸²

Esta "imagen unitaria" es el "tipo" que informa y preside la creación y vida de cada "especie delictiva", y representa —esquemáticamente— su contenido esencial. El tipo no es ya, para Beling, el hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito por sus elementos materiales, en cada especie delictiva, sino la imagen rectora, cuadro dominante o tipo *regens*, que norma y preside cada especie delictiva.

De esta manera, se espiritualiza el tipo penal, el cual viene a ser una "representación conceptual" que no debe confundirse con su "realización exterior"; "una categoría sin contenido"; "un concepto puramente funcional" que sólo ejerce una actividad orientadora; "un libro de imágenes en el cual las especies delictivas están esquemática y estilizada-mente representadas"; un "concepto troncal" de "ordenación metódica" que "domina el derecho penal en toda su extensión y profundidad".

Para finalizar, Jiménez Huerta²⁸³ indica que la adecuación de la conducta al tipo (idea insita en la noción de la tipicidad) no ha de ser adecuación a la especie delictiva, sino a lo que es imagen rectora, figura rectora, o cuadro dominante de cada una de ellas.

Con su nueva concepción del tipo, Beling pretendía que la imagen rectora o cuadro dominante de cada especie delictiva diera solución a algunos problemas que (en su primera formulación) quedaban sin resolver, tales como el de la tentativa y el de la complicidad, habida cuenta de que la conducta intentada y la de los participantes no eran subsu- mibles en el concepto descriptivo del tipo. En efecto, con esta nueva concepción doctrinal del problema encuentra su solución (afirma Jiménez Huerta), ya que la acción intentada y la de los participantes entran dentro de la imagen rectora o cuadro dominante que rige la especie delictiva.

Jiménez de Asúa —en acertado resumen de la nomenclatura y distintos elementos y conceptos que se mueven en torno al tipo, según la nueva formulación de la doctrina de Beling, expuesta en 1930—²⁸⁴ nos sintetiza lo siguiente:

- a) *Tipo de delito (Deliktstypus)*. Se trata de la figura de delito, como se diría en castellano, o también de la vieja acepción que se dio, de Stübel a Schaper, a la tipicidad. Se procura tan sólo destacar especies.

²⁸² *Idem*, t. I, pp. 29-30, *ab initio*.

²⁸³ *Idem*, t. I, p. 30.

²⁸⁴ Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de derecho penal*, 4a. ed., Buenos Aires, Ed. Losada, 1977, t. III, pp. 766-767.

- b) *Tipo de lo injusto (Unrechtstypus)*. Se trata de la conducta antijurídica de esta o aquella especie. Para el intérprete, pues, una valoración, ya que se trata de imágenes normativas.
- c) *Tipo de culpabilidad*. Es interno y consiste en el dolo que se exige en cada caso. Con un tipo de culpabilidad de estafa no se califica la muerte.
- d) *Figura rectora (Leitbild)*. Es en realidad el antiguo *Tatbestand*, al que Beling da este nuevo nombre para evitar confusiones. Esa imagen (apoderamiento de cosa mueble, por ejemplo), lo rige, lo rectora todo: en ella se concreta y a ella se dirige lo injusto normativo y la culpabilidad. Pero 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 (Tatbestandsmässigkeit)*. En realidad, el tipo o figura rectora no es (en esta concepción de Beling) parte del tipo de delito (*Deliktstypus*). Si éste se desmembra, parece que debería surgir la imagen rectora. Pero no es así. Esa figura rectora es independiente en absoluto y tiene su contenido, mejor dicho, lo espera, puesto que está vacía. "Matar a un hombre" es la imagen rectora del homicidio, abstracción hecha de todos los acontecimientos reales, que corresponden a la acción; pero la primera característica del tipo de delito de homicidio no es la figura rectora "matar a un hombre", sino la acción de matar. Esto es la adecuación típica (*Tatbestandsmässigkeit*).
- f) *Tipicidad (Typicität)*. En sentido estricto, la tipicidad es un "elemento conceptual del delito", que no se debe confundir con la "adecuación al tipo" (*Tatbestandsmässigkeit*), que es la realización en la práctica.

Resumiendo su postura (en cuanto a la formulación de Beling), Jiménez de Asúa²⁸⁵ nos dice:

Merece elogios esta nueva concepción de Beling que considera el tipo *stricto sensu* o la figura rectora, como representación; en cambio, el esfuerzo de crear una imagen directriz no parece logrado, ya que en aquellos países en que el parricidio constituye un tipo independiente, el hecho de matar al padre *sin saber que lo es*, no podría servir para conectar todos los elementos internos de la figura delictiva en una imagen que sería externamente de parricidio e interna de homicidio.

²⁸⁵ *Idem*, t. III, p. 767.

Claus Roxin²⁸⁶ señala que el tipo penal tendrá un fundamento en cierto modo apriorístico, aunque no arbitrario, y que se corresponderá con su esencia como tipo de injusto. Las insuficiencias, las faltas y los vacíos idiomáticos no repercuten negativamente. En la medida en que permite determinar la materia de la prohibición, el objeto de un juicio de valor, como es el caso en toda ley penal válida, el tipo puede verificarse sobre una base común a todo delito (podríamos afirmar la presencia de lo "común de lo diverso", divisa indudable de moderna construcción científica, según se ha dejado indicado antes).

Las mismas ventajas (prosigue Roxin), se comprueban en cuanto se le considera como elemento delimitador. Sólo él garantiza que únicamente caerán bajo el concepto de tipo penal los comportamientos, que son verdaderamente relevantes desde el punto de vista jurídico-penal, y sólo él posibilita una cierta delimitación en algún sentido indudable. (Claro está que el maestro teutón, en las anteriores líneas, se refiere a lo que se denomina tipo total.)

El maestro argentino Bacigalupo²⁸⁷ enfatiza el carácter garantizador del tipo, señalando que —en este sentido— se trata de un tipo de más amplia significación, que contiene la totalidad de los presupuestos de la punibilidad, que aparecen regidos por el principio *nullum crimen sine lege*; añadiendo que, de esta manera, alcanza no solamente a la conducta contraria a la norma sino también a otras circunstancias (así las condiciones objetivas de punibilidad, la falta de excusas absolutorias, etcétera); igualmente, indica que el tipo sistemático o tipo de adecuación es determinativo de los elementos fundamentadores de lo injusto de un comportamiento, y finaliza refiriéndose al tipo del error, que contiene todos los elementos del tipo sistemático que deben ser alcanzados por el dolo.

El hilo argumental de la evolución del tipo penal parece reclamarnos ciertas precisiones en cuanto a tipo y tipicidad. Al respecto, el maestro Porte Petit²⁸⁸ nos indica que el tipo constituye un presupuesto general del delito, dando lugar a la fórmula: *nullum crimen sine typo*. 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.

²⁸⁶ Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal*, trad. de Bacigalupo, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1979, pp. 277-278.

²⁸⁷ Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1974, pp. 31-32.

²⁸⁸ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, 2a. ed., México, Ed. Regina de los Ángeles, 1973, pp. 423, 424, 469-472.

Agregando el perspicaz jurista mexicano, que, una vez comprobado que existe una conducta o hecho, debe de investigarse que haya adecuación al tipo. Y —tras afirmar lo anterior— Porte Petit expone que el papel asignado a la tipicidad en la teoría del delito abarca:

- a) La tipicidad es una característica esencial del delito.
- b) La tipicidad es un registro del hecho, según el derecho positivo.
- c) La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito.
- d) La tipicidad es una condición, pero no elemento del delito.

El juspenalista mexicano ha sintetizado las opiniones de Beling, Bat-taglini, Castellanos y Escobedo, y él —personalmente— entiende que la tipicidad constituye una relación conceptual. En este sentido (continúa Porte Petit) la tipicidad no debe concretarse única y exclusivamente al elemento objetivo, porque puede contener el tipo, además, algún elemento normativo o subjetivo del injusto o ambos (salvo el caso que el tipo requiera solamente el elemento objetivo). Consecuentemente, la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo. Al respecto, recordemos (Porte Petit *dixit*) las hipótesis del homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena (elemento objetivo); estupro (elementos objetivo y normativo); atentado al pudor (elementos objetivo y subjetivo del injusto), y abuso de confianza y robo (elementos objetivo, normativo y subjetivo del injusto).

Para terminar, Porte Petit deja sentado que la importancia de la tipicidad radica en que se establece, en una forma clara y patente, que no hay delito sin tipicidad, encontrándonos —en este caso— frente a un aspecto negativo de una relación conceptual del delito: la ausencia de tipicidad o atipicidad.

Por su parte, Zaffaroni²⁸⁹ puntualiza: Si bien no se confunde al tipo con la tipicidad, suele darse a la expresión "tipicidad" un doble sentido, que lleva a la confusión de ambos conceptos. (Así, en un caso concreto, se suele hablar de la "tipicidad" de la conducta homicida de "A", queriéndose manifestar con ello: a, que la conducta de "A" es típica de homicidio, y b, la operación —función que desempeña el juzgador valiéndose del tipo— por la que se establece que la conducta de "A" es típica de homicidio.) De este modo, el tipo tiene por función la tipicidad para determinar la tipicidad, lo que resulta contradictorio.

Entendemos (sigue Zaffaroni) que es necesario distinguir entre el juicio de tipicidad, que es la función por la que ésta se establece, y la

²⁸⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *supra* nota 276, pp. 174-176.

tipicidad de una conducta, que es el resultado del juicio anterior y una característica de la conducta y del delito.

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

Zaffaroni (de cuya altísima calidad de verdadero intelectual del derecho no cabe dudar) justifica la exteriorización de la anterior distinción, porque suelen confundirse estos conceptos, y —así— se dice, por ejemplo, que “la tipicidad es una característica descriptiva del delito”, cuando lo descriptivo es el tipo, porque en el delito, que es una conducta humana, nada hay de descriptivo.

Maurach²⁹⁰ señala que el tipo es la descripción terminante, la estandarización o tipificación de una acción antijurídica. La formación del tipo incumbe exclusivamente al legislador, conforme al principio *nulla poena sine lege scripta et stricta*. El tipo desempeña un papel central dentro del derecho penal. Aparta el hecho punible de la conducta no punible, y efectúa una delimitación entre los delitos diversos.

Ante todo, el tipo proporciona un indicio de la antijuridicidad; el cumplimiento de un tipo motiva la existencia objetiva de un injusto punible, a menos que el autor pueda alegar un argumento justificativo.

Welzel²⁹¹ indica que la dirección finalista del acontecer causal es una prestación por la cual el hombre estructura, consciente de su finalidad, las obras de su vida de relación civilizada. Pero, como tal, es indiferente al valor, es decir, puede ser empleada lo mismo para la concreción de objetivos socialmente positivos como socialmente negativos. En este punto se intercala el derecho penal, prohibiendo la concreción finalista de objetivos socialmente negativos.

Acciones finalistas, cuya voluntad de concreción está dirigida hacia la realización de resultados socialmente negativos son calificadas de antijurídicas por el derecho penal en los tipos de los delitos dolosos; pero el derecho no se conforma con prohibir solamente acciones dolosas antijurídicas, sino que establece, también, para acciones que no tienen ningún dolo antijurídico, determinadas exigencias de su dirección finalista, para el amparo de bienes jurídicos; los ordenamientos de la vida social eliminan también aquellas acciones, que no siendo antiju-

²⁹⁰ Maurach, Reinhart, “Tres Conferencias, dictadas en la Universidad Externado de Colombia, los días 29-30 de septiembre y 1 de octubre de 1965”, *Revista de la Universidad del Externado de Colombia*, Bogotá, vol. VI, núm. 3, diciembre, 1965, p. 313 y ss.

²⁹¹ Welzel, Hans, *La teoría de la acción finalista*, trad. de Fontán Balestray Fritker, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1951, pp. 26-29.

rídicas (contempladas desde el ángulo de sus consecuencias finalistas), observadas en su consecuencia no finalista puramente causal, no aportan el mínimo objetivamente necesario en las actividades finalistas para evitar tales consecuencias (tipos culposos).

El creador de la sistemática finalista añade: una acción se convierte en delito si infringe el ordenamiento de la *comunidad*, en algún modo normado por los tipos penales, y puede serle reprochada al autor a título de culpabilidad. Una acción tiene que infringir, por consiguiente, de un modo determinado el orden de la comunidad, tiene que ser "típica" y "antijurídica" y susceptible de ser reprochada al autor como persona responsable, tiene que ser "culpable".²⁹²

Por consiguiente (indica Welzel) la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción de un delito.

La culpabilidad (la responsabilidad personal por el hecho antijurídico), presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad —a su vez— ha de estar concretada en tipos legales.

La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionadas lógicamente, de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior.

Gimbernat Ordeig²⁹³ señala que el tipo consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es el de motivar (mediante la amenaza con una pena) para que dicha conducta no se cometa; si únicamente se castiga la lesión dolosa de un bien jurídico, sólo el autor que va a obrar con intención (y no el que está actuando imprudentemente) tendrá una motivación jurídica penal para inhibirse. Y si el legislador quiere llevar más lejos la protección del bien jurídico y amenaza con una pena también su lesión imprudente, entonces se ampliará el campo de comportamientos que a los ciudadanos, desde un punto de vista jurídico-penal y por el mal amenazado, no interesa realizar.

Y clarificando su pensamiento Gimbernat añade: El tipo tiene una función motivadora. En él tienen cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta, cuya no comisión se quiere motivar. La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar. Con ello, la ley penal no hace sino acudir a un mecanismo fundamental para toda la vida social, y que también utiliza, por ejemplo, el educador; amenaza con un mal (con el castigo) las conductas que pretende

²⁹² Welzel, Hans, *op. cit.*, *supra* nota 224, p. 73.

²⁹³ Gimbernat Ordeig, Enrique, *op. cit.*, *supra* nota 267, pp. 142-145.

evitar, a fin de que (por miedo al castigo que seguiría a su acción) el educando (por ejemplo, un niño) se abstenga de cometerlas.

Finalizando (en directa referencia a la tipicidad) por afirmar: que las únicas conductas que racionalmente pueden ser prohibidas, por el legislador, son las dolosas y las imprudentes. Cuando el sujeto ha observado en su comportamiento la diligencia debida, esa conducta es impune (por atípica), aunque de ella derive un resultado dañoso. Ya que a lo que el derecho puede contribuir es a que se observe el deber de no obrar ni intencional ni negligentemente en referencia al menoscabo de un bien jurídico. Si a veces, a pesar de actuarse con prudencia exquisita, se producen lesiones de bienes jurídicos, es algo que se escapa al control del derecho y al del agente mismo. Como la producción del daño sólo se pone de manifiesto *ex post* y la conducta precede lógicamente al daño, es la *forma de ejecución* de la conducta (que no debe ser dolosa ni imprudente) lo único que puede prevenir el derecho.

En definitiva: No son causaciones de resultados (sólo constatables *ex post*) sino conductas, dolosas o imprudentes, lo único que la amenaza con una pena puede inhibir y (de esta manera) prevenir; por ello, sólo la conducta dolosa y (si el legislador quiere ampliar aún más el ámbito de protección del bien jurídico) la imprudente pueden ser objeto racional de tipificación; la conducta cuidadosa es impune por falta de tipicidad.²⁹⁴

Ahora bien, el tipo penal —en su evolución— detecta las siguientes fases:

A) *Fase de la independencia*. En esta etapa primera la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, totalmente separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Matar a un hombre es el tipo del delito de homicidio, 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, estamos en presencia de una función valorativa, que se concreta en la característica del delito denominada antijuridicidad; por último, el juicio que permite la atribución, a un ser imputable, del acto cometido y de reprochárselo (a título de dolo o de culpa) se realiza mediante la culpabilidad.²⁹⁵

Tipicidad y antijuridicidad son cosas distintas. El tipo es un ele-

²⁹⁴ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Instituto Ed. Reus, 1966, pp. 99 y ss., concretamente 102, 103 y 104; *id.*, *Estudios...*, Del mismo autor, nota 40 de la pág. 145, *cit.*, p. 145, nota 40.

²⁹⁵ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1978, p. 237.

mento de la ley penal. *La ley penal castiga toda acción típica* (o lo que es lo mismo enajenable en algunos de los tipos descritos en el articulado de la parte especial de los códigos penales) *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*. Pero ya que lo injusto, lo antijurídico no es (como se creyó antes de Merkel) divisible por ramos jurídicos, sino unitario, y dado que no hay un injusto penal, la acción típica y la acción antijurídica no son la misma cosa, sino dos elementos independientes, de tal manera que una acción puede ser típica (por encajar en la descripción de un artículo del código penal) y no ser antijurídica (por existir causas de justificación), y al revés, ya que pueden existir hechos (por ejemplo, de estafa) que no pueden sancionarse por no circunscribirse al tipo descrito en la ley. Hay que separar, pues, estas dos características del delito, o sea la antijuridicidad y la tipicidad.²⁹⁶

Dentro de la fase evolutiva del tipo, que nos ocupa, también ha de separarse la tipicidad y la culpabilidad, ya que la determinación de la tipicidad de un acto no reside en la determinación del dolo ni de la negligencia, pues el tipo, con el que se relaciona la acción cometida (sea dolosa o culposamente), debe tener, por necesidad lógica, el mismo contenido.²⁹⁷

Jiménez de Asúa (en nuestro modesto concepto más sintetizador, de muy alta categoría intelectual por cierto, que creador *sensu stricto*), al comentar las frases anteriores de Beling, indica que demuestran no sólo la separación sino la superior unidad de todos los caracteres del delito, engarzados en el tipo legal, señalando que éste sirve 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 code-lincuencia y un largo etcétera.

La teoría de Beling, en su primera formulación de 1906, fue acogida con grandes reservas por los propios tratadistas germanos, llegando a atacarla con gran dureza Binding, y siendo ignorada en el extranjero; pero la gran aportación de Max Ernesto Mayer evitó su olvido.

B) *Fase de carácter indiciario*. Mayer es —precisamente— quien,

²⁹⁶ Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, *supra* nota 195, t. III, p. 755.

²⁹⁷ Jiménez de Asúa, p. 755, *in fine*; Von Beling, Ernesto, *Lehrbuch*, vol. V, p. 197, citado por Jiménez de Asúa, *op. cit.*, *supra* nota 195.

en su *Tratado de derecho penal* (publicado en 1915), expone la segunda etapa de la teoría de la tipicidad. Mayer no considera la tipicidad como simple descripción, sino que estima posee un valor indiciario de otras características del delito, especialmente respecto de la antijuridicidad.

Al establecer el papel de tipicidad, Max Ernesto Mayer²⁹⁸ la considera como el primer presupuesto de la pena y estima la antijuridicidad como el segundo presupuesto de la misma. Propugna la separación entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero reconoce a la tipicidad un papel indiciario respecto de la antijuridicidad, considerándola como el fundamento de conocimiento de la antijuridicidad.

Señala Jiménez de Asúa²⁹⁹ que la función indiciaria de la tipicidad se cumple principalmente en relación con los elementos normativos, por ejemplo la inclusión —en el tipo del robo— de la cualidad de ajena de la cosa. La tipicidad es la *ratio cognoscendi* de lo antijurídico.

C) *Fase de la ratio essendi de la antijuridicidad*. Esta etapa es opuesta a la concepción de Beling, y su máximo representante es Edmundo Mezger,³⁰⁰ que formuló su doctrina, ya plenamente elaborada, en el año 1931 con su *Tratado de derecho penal*. La definición de delito de Mezger, acción típicamente antijurídica y culpable, indica con toda claridad el fundamento de su teoría.

Siendo (para Mezger) el delito —en primer término— una conducta típicamente antijurídica, el estudio de la tipicidad no se hace en apartado propio, sino incluida en la antijuridicidad, tratada primero como injusto objetivo y, posteriormente, como injusto tipificado (cosa perfectamente comprensible, ya que para Mezger el delito no es conjunto de características independientes: acción típica, antijurídica, etcétera).

El delito (dice Mezger) es acción antijurídica, pero, al propio tiempo, típicamente antijurídica, la decisión de si una determinada conducta incide en la parcela 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 preciso una antijuridicidad especial, tipificada, típica; no toda acción antijurídica es punible, para que esto suceda es necesario que el derecho penal la haya descrito previamente en un tipo especial.³⁰¹

En la concepción mezgeriana, la tipicidad es mucho más que indi-

²⁹⁸ Mayer, Max Ernesto, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch*, 2a. ed., pp. 9-10-182.

²⁹⁹ Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, *supra*, nota 295, p. 238.

³⁰⁰ Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, trad. de Rodríguez Muñoz, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, t. I, p. 360 y ss.

³⁰¹ *Idem*, t. I, pp. 364, 375-377.

cio, mucho más que *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, constituye la base real de ésta, su *ratio essendi*; Mezger señala que la antijuridicidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo, ya que pueden existir acciones que no son antijurídicas; pero, en cambio, es esencial a la antijuridicidad la tipificación.

Lógicamente esta tesis desemboca inevitablemente (como expresa Jiménez de Asúa) en la creación de una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general, tratando el propio Mezger de defenderse contra las consecuencias derivadas de su doctrina, y pretende acreditar que sus ideas no originan una antijuridicidad penal específica. Aunque, de cualquier forma, esta tercera fase dota a la tipicidad de una función desmesurada.³⁰²

D) *Fase defensiva: la figura rectora de Beling*. Esta etapa corresponde a la segunda formulación, en 1930, de la doctrina de Beling, que ha sido ampliamente comentada en páginas anteriores. Supone la espiritualización del tipo, que se convierte en imagen rectora, figura rectora, cuadro dominante o tipo *regens* de cada especie delictiva. Realmente de esta última conceptualización belingniana parten las modernas concepciones del tipo penal.

E) *Fase destructiva*. Tanto la doctrina de la tipicidad, del tipo, como la teoría objetiva de la antijuridicidad, son radicalmente incompatibles con las extremas concepciones del nacionalsocialismo (nazismo hitleriano), que —al ser aplicadas al ámbito del derecho penal— producen una lógica desorganización en el armazón liberal de nuestra ciencia.

Cuando, en el año de 1933, se inicia la reforma penal (en Alemania) se sienta la afirmación de que la pena —ya— no depende de la producción de un resultado; el nuevo derecho penal tiene como meta la voluntad, no la acción, el delito se convierte en el reproche de la culpabilidad ante un resultado posible, y el punto de partida no es ya el resultado lesivo sino la conducta peligrosa del agente.³⁰³

Precisamente Dahm,³⁰⁴ extremista exaltado a sueldo del siniestro Hitler, se aplica a la tarea de destruir la noción de la tipicidad. Comienza por atacar la distinción entre antijuridicidad y tipicidad, arguyendo que esa diferenciación y la posterior de la culpabilidad atentan contra la idea misma del derecho penal (todo ello tras el cinismo pseudo-intelectualoide de elogiar a ¡Beling!).

Para Dahm sólo debe apreciarse el acto individual en sus relaciones

³⁰² Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, *supra* nota 295, pp. 238-239.

³⁰³ *Idem*, p. 249.

³⁰⁴ Dahm, Georg, *Verbrechen und Tatbestand*, Berlín, 1935.

con la comunidad, y —más concretamente— con la comunidad de raza. El derecho es el orden concreto, el delito es el desorden. El hecho de matar a un hombre sólo será castigado, como homicidio, 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 inspirarse no en las nociones jurídicas, provenientes de una realidad empírica, sino en un orden moral, que surge del pueblo y de la raza. El papel del juez, por tanto, es interpretar este orden moral, la misión de la pena consiste en sancionar esas violaciones. El derecho penal nacionalsocialista sólo 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 a la colectividad ultrajada.

Con esta elemental y primitiva comparación, Dahm (según Jiménez de Asúa, del que tomamos el hilo de esta transcripción) rechaza toda diferencia entre acto típico antijurídico y acto culpable, en el sentido de la doctrina que pudiéramos llamar clásica en la materia. Conforme a estas reglas debe ser interpretada la ley, que es la expresión obligatoria de este orden moral. El intérprete ha de librarse de la presión de los conceptos puramente formales e inspirarse en las ideas expuestas. Naturalmente, las concepciones penales liberales, basadas en el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, desaparecen con este particular punto de vista del nazismo.³⁰⁵

Puede afirmarse, en calidad de resumen de lo anterior, que en los "derechos penales", de corte autoritario (a diestra y a siniestra) naufragan los principios fundamentales, sostenedores, del liberalismo en la parcela punitiva. Y si tenemos en cuenta que, precisamente, de esa formulación liberal arranca el núcleo esencial de las garantías jurídicopenales, habremos de convenir que el autocratismo político conlleva un enorme peligro para todo el andamiaje del moderno derecho penal.

De ahí, que el argentino Soler pueda afirmar, con razón sobrada,³⁰⁶ que la tipicidad objetiva limita evidentemente las facultades del Estado, lo que —para los totalitarios— se traduce en una posible debilidad de éste ante un eventual ataque a su orden jurídico-político. Por contra, cuando se pueden sancionar las intenciones (independientemente de la objetividad conductual legalmente descrita) queda abortada —de prin-

³⁰⁵ Jiménez de Asúa, Luis, o. cit., *supra* nota 195, t. III, p. 768.

³⁰⁶ Soler, Sebastián, "Derecho penal liberal, soviético y nacionalsocialista", *Revista Cursos y Conferencias*, Buenos Aires, julio, 1937, p. 372.

cipio— toda posible discrepancia individual o grupal, aun antes de que los propósitos tengan su manifestación externa.

F) *Fase actual*. En anteriores páginas, se ha mantenido que la concepción presente del Estado está enfocada bajo la perspectiva de un "Estado social y democrático de derecho", especialmente en lo que se deduce de determinados ordenamientos constitucionales tales como pueden ser, y de hecho así es, el español y el mexicano.

La expresión ("Estado social y democrático de derecho"), ofrece un carácter eminentemente *sintético*. ¿Pero en qué consiste esa pretendida síntesis? Hace alusión, desde luego, a una conjunción superadora de los principios propios del Estado liberal y del Estado social. Al igual que en toda síntesis, la imagen estatal resultante supone una superación de sus componentes básicos aisladamente considerados, lo que nos permite agregar la tercera característica: la democrática.

Esta concepción sintética, a que nos referimos, toma del *Estado liberal*, la idea del *Estado de derecho*, en otras palabras, un Estado gobernado por el derecho dimanante de la voluntad general, por contraposición al estatismo absolutista o totalitario en que el propio derecho se encuentra en muy pocas manos. En el terreno que nos afecta, y al que van dirigidas estas consideraciones, el Estado liberal presupone que los poderes públicos han de respetar ciertas garantías jurídico-formales, determinados límites que aseguren la salvaguardia de las esferas de libertad formalmente reconocidas a los ciudadanos. *El Estado liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado*, y los instrumentos utilizados para esa defensa son la división formal de poderes y el principio de legalidad.³⁰⁷

Frente a lo anterior, el *Estado social viene a suponer la desaparición de las barreras que —en la concepción liberal estatal— separaban al Estado y a la sociedad*. La noción del Estado social es debida a Hermann Heller (*Rechtsstaat oder Diktatur?*, Tübingen, 1930), aunque la realidad del intervencionismo estatal es muy anterior.³⁰⁸

Las diferencias entre ambas concepciones son evidentes, si el principio liberal suponía la limitación de la acción estatal, en el Estado social su acción se erige en dinamizador de la vida social. Si el Estado liberal tenía la pretensión de reducirse a asegurar las garantías jurídicas y, por tanto, meramente formales, el Estado social se estima llamado a modificar las efectivas relaciones sociales. Del Estado-árbitro imparcial, del Estado-gendarme preocupado, sobre todo, por no in-

³⁰⁷ Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, *supra* nota 206, pp. 19-20.

³⁰⁸ *Idem*, p. 20, nota 7 y p. 21.

terferir en el juego social, dejando hacer, se pasa —progresivamente— al Estado intervencionista, que deviene *Welfare State*.

En el plano histórico, el Estado liberal y el social se encuentran en la relación dialéctica de tesis y antítesis. El avance intervencionista fue ganando terreno a la concepción liberal, lo que trajo la nada recomendable consecuencia del relajamiento e indiferentismo de las *garantías liberales*, que terminaron por verse como “prejuicios burgueses”, meramente formales, ante los cuales no tiene por qué detenerse, ni mucho menos retroceder, la acción estatal. En una palabra, se desemboca en los totalitarismos de izquierdas y de derechas tan en boga.

Sin embargo, lo anterior no debe ser obstáculo para una síntesis que puede ser —perfectamente— el “Estado social y democrático de derecho”. Síntesis que supone el tratar de someter la actividad del Estado social a los límites formales del Estado de derecho, al mismo tiempo que su orientación material hacia la democracia real.³⁰⁹

En definitiva, se intenta con la repetida fórmula del “Estado social y democrático de derecho” una modalidad estatal-social (es decir, activa y efectiva en la vida social), al servicio de todos los ciudadanos; en cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales reales favorecedoras de la vida del individuo, pero para garantizar el control ciudadano sobre tales condiciones deberá, además, ser un Estado democrático de derecho. La democracia supone, pues, el factor de sintetización del Estado social y del Estado de derecho, en cuanto freno eficaz contra el posible desvío de las dos concepciones antagónicas.³¹⁰

Roxin³¹¹ sostiene la misma posición, aunque la denomina “teoría unificadora dialéctica”, que pretende evitar la exageración unilateral y dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas, lográndose el equilibrio de todos los principios mediante el procedimiento de restricciones recíprocas.

De esta manera, el orden político del Estado cobra singular importancia: las mejores constituciones son las que, a través de la división de poderes y un sistema ramificado de otros controles al poder, integran su derecho con todos los puntos de vista y proporcionan al particular el máximo de libertad individual; “la mejor constitución económica es la unión de principios del Estado social y del liberal”.

E igualmente esto es válido para el derecho penal, que sirve al orden

³⁰⁹ Díaz, Elías, “El Estado democrático de derecho en la Constitución española”, *Revista Sistema*, Madrid, núm. 41, marzo, 1981, pp. 57 y ss.

³¹⁰ Mir Puig, Santiago, *op. cit.*, *supra* nota 206, p. 23.

³¹¹ Roxin, Claus, *op. cit.*, *supra* nota 214, p. 34.

comunitario en su específica parcela. La idea de prevención general se ve reducida a su justa medida por los principios de subsidiariedad y culpabilidad, así como por la exigencia de prevención especial que atiende y desarrolla la personalidad. La culpabilidad —por sí sola— no justifica la pena, sino que únicamente puede permitir sanciones dentro de lo imprescindible por motivos de prevención general, y en tanto no impida que la ejecución de la pena se conforme bajo el aspecto de prevención especial.

El profesor de la Universidad de Munich denomina dialéctica a dicha concepción, en cuanto que acentúa lo antitético de las distintas perspectivas e intenta reunir las en una síntesis. Dicho procedimiento no es un esquema constructivo, sino que viene prefijado por la naturaleza de las cosas. Efectivamente, la realidad social exige terminantemente que la comunidad esté protegida de agresiones del individuo, pero también que el individuo lo esté de la presión excesiva por parte de la sociedad.

El delincuente mismo (añade Roxin, en impecable razonamiento)³¹² es —por un lado— una persona débil y necesitada, con urgencia, de tratamiento terapéutico-social, pero —por otro lado— hay que concebirlo según la idea de hombre libre y responsable, porque un ordenamiento jurídico que tenga una concepción demasiado pequeña del hombre, termina convertido en pupilaje y falta de libertad.

Esta doble polaridad entre individuo y colectividad, y también entre el fenómeno empírico y la idea del hombre, constituye el campo de tensión de toda problemática social, que —en cada caso— también se representa en su totalidad por un fragmento como el que contiene el derecho penal.

Huelga decir que, en este marco histórico que la vida nos ha deparado, *el tipo es*, además de herramienta técnica de alta catalogación científica, en tanto que secuela del tantas veces repetido principio de legalidad, *auténtica garantía de libertad*.³¹³

Ese "campo de tensión de toda problemática social" tiene su cabal reflejo en la actividad del legislador que (en el curso de su tarea legislativa) ha de tomar en consideración, por una parte, los eventos antisociales, tal y como acontecen en el mundo fáctico, y —por otra— la reacción social que aquéllos suscitan. *Unos y otra han de quedar plasmados, en forma precisa, en la correspondiente norma penal. El contenido de los eventos determinará el contenido del tipo legal y la*

³¹² *Idem*, p. 34, *in fine*.

³¹³ Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, *supra* nota 125, t. III, p. 784.

reacción social determinará la punibilidad, como señalan Islas y Ramírez.³¹⁴

Dicho de otra manera: la existencia previa de los eventos antisociales y de la reacción social constituye la fuente real, que legitima —fundamentándola— a la actividad legislativa. Esto quiere decir que el legislador (en su función legislativa penal), no debe ir más allá de los límites que le marca la necesidad social. O lo que es lo mismo: la norma penal debe reflejar —con toda exactitud— la fuente real correspondiente. Tras la norma penal se encuentra latiendo el ánimo popular, pero no entendido como cosa abstracta y lejana, sino como origen inmediato, concreto y determinado del quehacer legislativo.

Los eventos que producen la lesión de un interés social, legitiman al legislador para crear una norma de consumación; los que solamente lo ponen en peligro, lo legitiman para crear una norma de tentativa.

Los eventos que no lesionan ni ponen en peligro el interés comunitario no son antisociales, y —consecuentemente— de ninguna forma deben de ser considerados por el legislador. Éste —en relación a tales eventos— carece de toda legitimación; y la norma, que los prohibiera, rebasaría la necesidad social.

Entendidas de esta forma, las normas penales hacen factibles los principios políticos criminológicos, directamente relacionados con la maquinaria coactiva del sistema de justicia penal, ya que cada norma (al ocuparse de una determinada necesidad social) se orienta efectivamente a la protección de la sociedad.

Y (continúan diciendo Islas-Ramírez)³¹⁵ aquí entran las propias exigencias constitucionales; el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (auténtico basamento jurídico-político de todo el sistema normativo mexicano), establece: "... Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste".

Lo anterior es indicativo de que, siendo el Legislativo uno de los tres poderes, *todos sus actos (sin excepción), deben ser realizados en beneficio del pueblo.*

En materia penal sustantiva, el legislador, a través de las normas penales, prohíbe acciones u omisiones, esto es, restringe las esferas de actuación de las personas. Esta restricción será benéfica para la sociedad sólo cuando se imponga en función de las necesidades sociales y,

³¹⁴ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, "La tentativa en el derecho penal mexicano", *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, México, núm. 7, agosto, 1965, pp. 202-204.

³¹⁵ *Idem*, pp. 204-205.

por lo mismo, cuando se oriente a eliminar aquellas situaciones gravemente desestabilizadoras del normal desarrollo social.

En forma específica, el artículo 17 de la Constitución preceptúa que "ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma", y que "Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia".

En derecho penal, hacerse justicia, por sí mismo, significa que una persona infiere un daño a otra, que previamente le ha dañado en forma injustificada. Se trata de un daño justo, porque constituye una respuesta a un daño injustificado previamente sufrido.

Quien no ha recibido un daño injustificado, no se hace justicia al dañar a otro, sino —antes al contrario— infiere una injusticia. Ahora bien, el daño que se infiera, para ser justo, debe ser *proporcional* al injusto recibido, ya que, si es de mayor entidad, constituiría una injusticia.

Esta justicia, como lo dispone el artículo 17 constitucional, debe hacerla no el particular sino los tribunales; y —en el orden de ideas apuntado— los tribunales sancionarán a una persona sólo cuando ésta haya inferido un daño injustificado. Para ello, es necesaria la existencia de una norma penal que prevea el caso y la sanción proporcional correspondiente, es decir, la existencia de un tipo y de una punibilidad, cuyos respectivos contenidos satisfagan lo prescrito por el artículo 17.

La aplicación, a través de una sentencia, de una punibilidad no proporcional o que se impone a quien no ha inferido un daño injustificado, no es administración de justicia, sino irrogación de un daño injusto, que cae fuera de la órbita de la función jurisdiccional instaurada y delimitada en la Constitución.

Un evento antisocial constituye delito sólo cuando, previamente, existe una norma penal que lo describe y sanciona. *Se detecta toda una secuencia fáctica y jurídica que debe cumplirse para llegar al mundo del delito: fuente real (eventos antisociales), norma penal (tipo y punibilidad) y delito (eventos antisociales adecuados a un tipo y reprochados a su autor).*

El orden secuencial señalado satisface plenamente el principio de legalidad, consagrado en los artículos 14 constitucional y 7 del vigente Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, y lo satisface (y así lo subrayan los autores Islas Ramírez)³¹⁶ tanto en la consumación como en la tentativa.

Centrado el tipo legal y ubicado en función de las diversas sistemá-

³¹⁶ *Idem*, p. 205.

ticas, deslindada la conceptualización y operatividad de la tipicidad, cúmplenos enfocar nuestra tarea a la determinación de la noción del tipo legal.

Pero, antes, quisiéramos hacer una aclaración de estricta honestidad intelectual, pues "nobleza obliga".

En primer término, nuestro enfoque del tipo lo haremos sobre el sistema jurídico-penal mexicano, objeto de nuestra atención preferente en el siguiente apartado de este capítulo, aunque —desde luego— sin prescindir del inevitable entorno doctrinal a nivel general.

Y, en segundo lugar, una consideración de carácter personal estricto. En lo poco que tenemos de juspenalista, somos de natural frialdad, nos atrevemos a decir de muy acusada frialdad; consideramos (muy probablemente con equivocación) que el derecho (y en este caso concreto el derecho penal) está compuesto de verdades relativas, es decir, nos pronunciamos por la transitoriedad evidente (que nos grita, con fuerza y constancia, el mundo de nuestros días) de conceptos que están siendo superados a cada instante.

De consiguiente (desde nuestro particular punto de vista), saludamos todas las novedades, las aplaudimos y despertan nuestra adhesión, en tanto en cuanto significan un avance, lo mismo que manifestamos respeto por las posturas tradicionales (en su día también novedosas); pero ahí nos quedamos, porque tenemos el íntimo convencimiento (tan respetable como cualquier otro) de la relatividad absoluta de todo lo que hay a nuestro alrededor (aquí y ahora, y en todos los lugares del mundo); somos intelectualmente escépticos, y huimos de cualquier posición que implique la más mínima dosis de apasionamiento, con respeto para todos, sin desdoro para nadie, pero con la frialdad como base de nuestro entendimiento.

Tras lo anterior, pasemos al último apartado del presente capítulo.

III. EL TIPO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

El profesor Jiménez Huerta³¹⁷ señala que (aparte de su funcionalidad metodológica) el concepto del tipo penal nos ministra las bases jurídicas sustanciales y formales sobre las que descansa el delito; pues —en primer término— concretiza, a los fines penales, la antijuridicidad; concreción que —dinámicamente— realiza el legislador durante el proceso formativo de la ley, y —estáticamente— queda en ella plasmada como prevención general y garantía para los ciudadanos, y como

³¹⁷ Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, *supra* nota 275, t. I, pp. 32-34, nota 22.