

CAPÍTULO SEGUNDO

III. El tipo en el derecho penal mexicano	177
---	-----

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.

norte y guía del juzgador; y —en segundo lugar— pone de relieve la forma que el comportamiento antijurídico del hombre ha de revestir para que pueda llegar a ser delictivo.

Y —puntualiza el maestro— actualmente nadie discute ya la función concretizadora que de la antijuridicidad realiza el tipo penal. En esta línea de pensamiento, Jiménez Huerta, al examinar el acto legislativo que da nacimiento al tipo legal (es decir, de su proceso formativo), afirma que la antijuridicidad es *ratio essendi* del mismo; el legislador (en la mayoría de las veces) lo que hace con el tipo penal (creado en la ley penal) es cercar y acotar, penalísticamente, una preexistente facticidad antijurídica; pero (añade) si contemplamos la cuestión una vez terminado el proceso formativo de la ley, con la vista fija en los tipos penales (que integran el catálogo de tipos delictivos constitutivos de la parte especial de un código), resulta indudable que constituyen el indicio, “el fundamento de cognición”, o la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad.

Jiménez de Asúa,³¹⁸ por su parte, nos indica que la vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que, por dañar en alto grado la convivencia social, se sancionan con una pena. El código, o las leyes, los definen, *los concretan*, para poder castigarlos. Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo, nos lleva de la mano al concepto del tipo legal, que el maestro entiende como: *la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito*. La noción del tipo legal-penal es, por tanto, un concepto.

Welzel³¹⁹ nos dice que el tipo es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; *es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida*, que ha de realizarse con especial cuidado en el derecho penal.

Y agrega el maestro teutón: 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 misma 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. No todos los tipos satisfacen este ideal de “descripción exhaustiva” o de tipos “cerrados”.

Antes al contrario (señala Welzel), más bien hay muchos tipos en los cuales la ley describe sólo una parte de los caracteres del mismo,

³¹⁸ Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, *supra* nota 195, t. III, p. 747.

³¹⁹ Welzel, Hans, *op. cit.*, *supra* nota 224, p. 75.

dejando al juez la labor de completar la otra parte, al indicarle sólo el criterio con arreglo al cual ha de emprender la tarea de completarlos. Estos tipos "que necesitan ser completados" o "abiertos" los encontramos, sobre todo, en los delitos culposos y en los delitos impropios de omisión.

En los delitos culposos (continúa Welzel), en general, sólo está legalmente descrito el resultado (la lesión o puesta en peligro del bien jurídico); la acción prohibida, por el contrario, tiene que ser establecida por el juez de acuerdo al criterio de la infracción "del cuidado debido en el ámbito de relación". En los delitos impropios de omisión se deja abierto el ámbito de la autoría, y tiene que ser completado por el juez mediante el criterio de la "posición de garante". Por esta razón, los tipos de los delitos culposos y de los delitos impropios de omisión son sólo en parte tipos "legales" y en parte tipos "que deben ser completados por el juez".

Puede decirse que, para Welzel, lo típico —en los delitos dolosos— es el obrar finalista, mientras que —en los delitos culposos— lo típico es la consecuencia causal de un actuar, en el que no se ha obrado con la dirección finalista que impone el intercambio exigido por la convivencia social.

Roxin,³²⁰ apartándose de Welzel (en cuanto a su distinción entre tipos cerrados y abiertos), se inclina por abarcar ambas posibilidades tipológicas en un "tipo total", ya que —en definitiva— las dos sirven de la misma manera a la tarea de definición de lo injusto jurídico-penal, que constituye la esencia del tipo. El tipo total (agrega) se corresponde también mejor con el carácter de injusto del tipo penal, pues puede sortear definitivamente la crítica de que alguien que obra típicamente, pero justificadamente, obraría —de todas maneras— "en sí en forma antijurídica". Para el tipo total una acción justificada no es típica, y una acción típica es siempre antijurídica.

Y Roxin termina³²¹ afirmando que el tipo total resulta, desde puntos de vista sistemáticos, dogmáticos y prácticos, preferible a un tipo penal que sólo contenga los elementos de las prescripciones penales de la parte especial. Sólo el tipo total es realmente un tipo "cerrado", pues comprende la totalidad del sustrato correspondiente al juicio de injusto.

De ello deduce que todas las circunstancias descriptivas y determinantes de lo injusto, que aparecen comprendidas en los elementos del deber jurídico, son también parte sistemática del tipo. Y ejempli-

³²⁰ Roxin, Claus, *op. cit.*, *supra* nota 286, pp. 275-276.

³²¹ *Idem*, pp. 294-295.

ficando, nos dice Roxin que los presupuestos bajo los cuales un funcionario puede excederse, las circunstancias y situaciones que fundamentan el deber de evitar el resultado para un omitente, las diversas autoridades con facultades para tomar protesta, los presupuestos objetivos de una "autorización", son todos casos de circunstancias que deben verificarse en el momento de la comprobación de la adecuación típica.

Es indiferente (asevera el profesor muniqués), es irrelevante si se trata de circunstancias de hecho del tipo indiciario o de presupuestos de la justificación. Para concluir afirmando: "Tipos 'abiertos', en el sentido de Welzel, no existen." El tipo comprende, en éste como en otro sentido, todas las circunstancias decisivas para lo injusto punible, aunque no la antijuridicidad. Esta es una consecuencia necesaria, pero no un componente de la realización del tipo.³²²

Gallas,³²³ señala: que en la concepción del dolo del delito, como elemento de la acción "típica", reside el punto de partida de la teoría final. El alcance de esta tesis depende, en primer lugar, de lo que entienda por "tipo" (y, añade Gallas, por "tipicidad"), concepto equivoco (indica Gallas), y objeto de las más candentes polémicas.

Conviene (sigue diciendo el maestro germánico), *ab initio*, precisar la noción de tipo, si se quiere evitar el confusionismo inherente a la cuestión. Esta definición tiene por base la convicción de que una teoría del delito debe estar orientada *teleológicamente* y, en consecuencia, adoptar una sistemática que, lejos de equiparar a la infracción con la suma de los supuestos de penalidad, contemple en ella una forma de aparición del injusto culpable, y trate de aprehender —de la relación de sentido y fin así obtenida— las diferentes características del delito.

Tan sólo cuando se adapte el tipo a esta relación de los fines (y en cuanto se adapte a la misma) adquirirá también este concepto una importancia sistemática. Debe, pues, rechazarse, desde un principio, el concepto de tipo en sentido amplio, comprensivo de todos los supuestos legales de penalidad, inclusive de aquellos que no afectan al carácter de injusto o de culpabilidad del acto. En dicho concepto no se expresaría un principio material, sino simplemente la exigencia de legalidad de todos los supuestos de penalidad.

Y continúa Gallas: la buscada función material del concepto de tipo, dentro de la teoría del delito, sólo puede estar constituida por la *individualización* que el tipo lleva a cabo en relación a la infrac-

³²² *Idem*, p. 296.

³²³ Gallas, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, trad. de Córdoba Roda, Barcelona, Bosch Casa Ed., 1959, pp. 25-26.

ción, al incluir todos aquellos caracteres configuradores de la correspondiente especie de delito.

Esta individualización es necesaria, ya que no todo injusto culpable es delito, sino sólo el *digno de castigo*, y la selección —exigida como consecuencia de la concurrencia de esta cualidad— sólo puede realizarse en virtud de la fijación de tipos de conducta delictiva.

Sigue argumentando el profesor de la Universidad de Heidelberg, esto último es válido, a mi entender, no sólo bajo el dominio del principio *nullum crimen sine lege*, que exige una tipificación por parte del legislador, sino también allí donde la fijación de la cualidad indicada se abandona al criterio del juez.

Del ensayo del legislador o de la ciencia jurídica de llenar el vacío, propio de la cualidad "digno de castigo", a través de una determinación general material del concepto, *no resultaría* (dada la variedad y relatividad histórica de los criterios básicos y el carácter necesariamente fragmentario del derecho punitivo, por razones ya de economía penal) más que una cláusula general indeterminada que, incapaz de sustituir la tipificación de la conducta punible, podría sólo proporcionar, en todo caso, una pauta de orden general.

Como concepto (según Gallas), correspondiente a la teoría del delito, el tipo constituye el elemento portador del contenido de dicha cualidad de *digno de castigo* propio de la especie respectiva de infracción, la manifestación de la figura delictiva, residiendo en el contenido material de la tipificación (no en la función de garantía constitucional a él ligada) su importancia sistemática. De esta consideración del tipo en sentido material se derivan dos consecuencias fundamentales: *en primer lugar*, el paso de una neutralidad valorativa (propia del concepto clásico del tipo) a una consideración moderna referida a valores; el sentido y el alcance de la conducta típica sólo pueden ser comprendidos desde puntos de vista valorativos, determinantes de la selección de este comportamiento como *digno de castigo*.

En segundo término (indica el maestro alemán), la aceptación de un concepto material del tipo (en la teoría del delito) da lugar a que no pueda ser aprehendido el contenido de la infracción sin recurrir a sus formas especiales de aparición (representadas por las figuras de delito respectivas), y a que la función sistemática no se pueda agotar en la enumeración de los caracteres generales del delito.³²⁴

Y, añade Gallas, para una sistemática orientada teleológicamente, que quiera comprender el contenido del delito (concretado en el tipo),

³²⁴ *Idem*, pp. 26-28.

la única solución está representada por la renuncia a la formación de un concepto unitario, y por la contemplación del delito en sus caracteres generales y en su forma de aparición especial, esto es, por la consideración de la infracción punible bajo dos aspectos distintos referidos el uno al otro (injusto y culpabilidad, que quedan así erigidos en los dos pilares de la teoría del delito; tanto en su configuración general como en la especial propia del tipo delictivo).

El penalista teutón³²⁵ sigue indicando: el delito es, por un lado, injusto culpable, y, por otro, típico, es decir, injusto culpable calificado de digno de castigo, en atención a determinadas consideraciones con relación a los fines, y a conceptos de naturaleza ético-social; sin que el carácter adjetivo del término tipicidad deba inducirnos a creer que nos encontramos frente a una cualidad complementaria, ante un tercer elemento que se agrega al injusto y a la culpabilidad. Por el contrario, constituye una forma de aparición del injusto culpable.

En efecto, el tipo sólo puede mostrar lo que convierte el acto concreto en homicidio, en privación de libertad, etcétera, no las causas existentes fuera del ámbito del mismo determinantes de la consideración del acto (en el caso concreto), como no antijurídico o no culpable, y, con ello, como no delito. Para averiguar esto último debe recurrirse, en cambio, a la esencia propia del injusto y de la culpabilidad, como caracteres generales del concepto de infracción.

Así, de la consideración del injusto como conducta prohibida en relación con el pensamiento de unidad del ordenamiento jurídico se deriva el que una conducta, permitida bajo un determinado punto de vista (la legítima defensa, por ejemplo), no constituya delito aun cuando, por lo demás, presente las características de una figura de infracción. Una conducta concreta que se presente como realización de un tipo dará lugar a la existencia de un "delito", con reserva de *variar* esta conclusión en sentido *negativo*, por aplicación de los conceptos generales de injusto y culpabilidad.

Gallas³²⁶ señala que estas reflexiones tuvieron en cuenta la significación *material* del tipo, llegando a la conclusión de que constituye la manifestación del contenido de injusto y culpabilidad característico de la respectiva especie de infracción; pero —añade Gallas— el tipo no es sólo contenido sino forma también.

Interesa no únicamente el "qué", sino también el "cómo" de la tipificación. Esto, propiamente, ha quedado ya expresado con el con-

³²⁵ *Idem*, pp. 28-29.

³²⁶ *Idem*, pp. 30-31.

cepto de la "concreción" en el tipo del contenido del delito. Sólo es necesario manifestar, con mayor claridad, que en este punto reside, al mismo tiempo, una *limitación* a la consideración material. Tan sólo las formas de conductas *configuradas* como delictivas (dentro de la figura de la infracción), merecen ser consideradas como portadoras del contenido del delito. El tipo, en sentido material, no puede extenderse más allá de donde alcanza el tipo en sentido formal.

Es indiferente (concluye Gallas), en principio, el que la fijación de las conductas se realice en virtud de un sistema de definición judicial o por un catálogo legal exhaustivo. Para nuestro sistema de derecho (finaliza Gallas, y lo mismo puede decirse del mexicano), dominado por el principio *nullum crimen sine lege*, el tipo formal resulta —a su vez— definido por la ley. Quedan de esta manera (agregamos nosotros), perfectamente balanceados, equilibrados, los conceptos formal y material, en calidad de aspectos distintos de una misma cosa.

La redacción del artículo 14 de la Constitución mexicana no deja lugar a dudas sobre la tipificación predominante en el derecho penal mexicano. En lo que nos concierne, el citado precepto constitucional señala:

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Naturalmente, en la República mexicana existen autores afiliados a las posturas mantenidas por la sistemática causalista o por la finalista, todos ellos manteniendo sus respectivas posiciones en función de razonamientos lo suficientemente conocidos como para evitarnos, aquí, sus transcripciones, pues se encuentran en cualquier manual de licenciatura. No es nuestro propósito el detenernos en esta cuestión, enzarzarnos en la interminable polémica. García Ramírez,³²⁷ con su habitual claridad expositiva, encuadra acertadamente la cuestión.

El maestro mexicano indica el esfuerzo de abstracción que la tipi-

³²⁷ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, *supra* nota 228, p. 27.

cidad supone, y que fija la relación lógica de los datos integrantes del ilícito, consistiendo en la adecuación de la conducta a un tipo legal. Por tanto al hablar de tipicidad es como hacerlo de legalidad penal sustantiva, que dimana del principio reconocido en los párrafos segundo y tercero del artículo 14 constitucional e implícitamente por el artículo 7 del Código Penal del Distrito, en materia común, y para toda la República en materia federal.

Basta leer al maestro Rabasa³²⁸ para percatarse de la trascendencia del artículo 14 de la Constitución en orden al carácter eminentemente típico del derecho penal mexicano.

Pero, personalmente, estimamos que la doctora Islas y el profesor Elpidio Ramírez, apartándose de las formulaciones tradicionales (entendiendo el término "tradicionales" *lato sensu*, como abarcador tanto de las concepciones causalistas como finalistas), tratan de rescatar el tipo del confusionismo reinante en las mismas, y pretenden reconducirlo, ubicarlo en su auténtico lugar. ¿Cuál es este lugar, dentro del sistema de Islas y Ramírez?

Conviene agregar, además, que la teoría de dichos penalistas mexicanos nos parece la más adecuada con la noción, o descripción de la ciencia moderna sostenida en páginas anteriores de este trabajo.

Entremos, pues, en materia: el tipo y la punibilidad (en cuanto determinantes del contenido de la norma jurídico-penal), son trasladados a la teoría de la ley penal. Precisamente, en la teoría de la ley penal, en la teoría de la norma penal, el objeto de conocimiento es la propia norma, donde todo es general, abstracto y permanente, consiguiendo la presencia de la norma es condición para la existencia del delito (y ello es cierto, si consideramos que uno de los dos elementos de la misma es la descripción de la conducta, tipo), y lo mismo ocurre con la punibilidad (descripción de la amenaza, que es el otro elemento de la norma) que constituye un antecedente del delito.

De esta manera,³²⁹ indican Islas-Ramírez, se superaron, además, los dos absurdos más voluminosos de las sistemáticas dominantes; *el primero*, consiste en que la teoría de la ley penal estudiaba cualquier materia excepto la que sí le es propia, o sea el tipo y la punibilidad. *Era una teoría de la ley penal, sin ley penal, sin norma penal.*

Siguiendo el hilo del razonamiento anterior, en la teoría del delito

³²⁸ Rabasa, Emilio, *El artículo 14 y el juicio constitucional*, 4a. ed., México, Ed. Porrúa, 1978.

³²⁹ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *Lógica del tipo en el derecho penal*, México, Ed. Juridica Mexicana, 1970, p. 9.

habrá que estudiar su objeto del conocimiento, el delito, como hecho particular, concreto y temporal; así pues, sólo se podrá hablar del delito en cuanto hecho particular, concreto y temporal; establecido lo precedente, parece indubitable que el tipo debe estudiarse (al igual que la punibilidad) en la teoría de la ley penal, en la teoría de la norma penal. Con ello queda salvado *el segundo* absurdo (anteriormente señalado), constituido por la amalgama de conceptos heterogéneos en la teoría del delito, esto es, se mezclaban conceptos del mundo normativo (del deber ser), con otros del mundo de los hechos (del ser).

Pero ocurre (como ya ha sido indicado en páginas atrás) que la secuencia fáctica y jurídica debe satisfacerse para arribar al universo del delito, es decir, *fuerza real* (eventos antisociales), *norma penal* (tipo y punibilidad) y *delito* (eventos antisociales adecuados a un tipo y reprochados a su autor). Dicho movimiento secuencial cumple, con plenitud, el principio de legalidad, dimanante de los artículos 14 constitucional y 7 del ordenamiento jurídico penal.

La siguiente conclusión resulta obvia: *en el universo penal existen dos niveles conceptuales distintos: el normativo*, donde quedan ubicadas las normas penales (descripciones generales y abstractas), y *el fáctico*, en el que se sitúan los delitos (hechos particulares y concretos). Las normas penales pueden ser de consumación o de tentativa; consecuentemente, los delitos serán de consumación o de tentativa.

En correspondencia a estos dos niveles lingüísticos, normas penales y delitos, habrá necesidad de construir dos capítulos teóricos diferentes. Así, la explicación de las normas penales (tanto de consumación como de tentativa) corresponde a la "teoría general de las normas jurídico penales" (teoría de los tipos y teoría de las punibilidades), y la explicación de los delitos (consumados y de tentativa) es propia de la "teoría general de los delitos".

La doctora Islas de González Mariscal³³⁰ puntualiza con precisión: *Delito es la culpable concreción de un tipo legal*. En consecuencia, es un hecho particular, concreto y temporal, adecuado —con toda exactitud— a un tipo legal y reprochable a su autor en función de una específica desvaloración determinada por el ejercicio de la libertad psicológica y los reductores de este ejercicio.

El hecho, pues, configura un delito cuando hay tipicidad. *Ésta consiste en la correspondencia unívoca, uno a uno, entre los elementos*

³³⁰ Islas Magallanes, Olga, "Nueva teoría general del derecho penal", *Criminalia*, México, año XLIV, núms. 1-3, enero-marzo, 1978, pp. 46-47.

del tipo legal y los contenidos del delito; es decir, que para cada elemento del tipo tiene que haber una porción de contenido del delito que satisfaga la semántica de aquél, y para cada porción de contenido del delito tiene que haber un elemento del tipo que exija su concreción.

Ahora bien, el análisis del hecho constitutivo del delito revela que una parte de su contenido surge en el momento de ser realizada la acción o la omisión, y que otra parte del mismo ya existía en el mundo fenoménico antes de la realización de la conducta. El contenido que surge con la conducta tiene la propiedad de ser lesivo del bien o violatorio del deber o reprochable a su autor; en cambio, el que ya preexistía no tiene las propiedades anotadas. Esto permite diferenciar con toda precisión esos contenidos; al que surge con la conducta se le denomina: "elementos del delito"; al preexistente, "presupuestos del delito".

¿Y cuáles son estos presupuestos del delito? La maestra Islas puntualiza: son dos, tipicidad y atipicidad.

Entiende la muy sagaz juspenalista mexicana que los presupuestos del delito son antecedentes fácticos del delito, adecuados a un tipo legal y necesarios para la existencia del mismo. Ellos son:

1. Deber jurídico penal típico.
2. Bien jurídico típico.
3. Sujeto activo típico, con su semántica particular:
 - Voluntabilidad.
 - Imputabilidad.
 - Calidad de garante.
 - Calidad específica.
 - Pluralidad específica.
4. Sujeto pasivo típico, con su semántica particular:
 - Calidad específica.
 - Pluralidad específica.
5. Objeto material típico.

Y advierte, la doctora Islas³³¹ que los presupuestos del delito, cuya ubicación (según ha sido señalado) está en el mundo fáctico, se adecuan a los cinco primeros subconjuntos del tipo legal; éstos les otorgan su denominación y determinan su contenido.

En esta situación, los presupuestos del delito necesariamente tienen que coincidir, en su semántica, a la correspondiente de los cinco primeros subconjuntos del tipo legal. Cuando esta coincidencia necesari-

³³¹ *Idem*, pp. 46-47.

ria no se satisface, se estará frente a alguna hipótesis de atipicidad por ausencia del presupuesto típico.

Consecuentemente, las hipótesis de atipicidad se presentan cuando hay ausencia de:

Deber jurídico penal típico.

Bien jurídico típico.

Sujeto activo típico.

Sujeto pasivo típico.

Objeto material típico.

A) La atipicidad por falta de deber jurídico penal surge cuando en el caso concreto el sujeto no tiene a su cargo el deber jurídico. (Por ejemplo, no toda persona tiene el deber jurídico penal consistente en la prohibición de revelar un secreto que le ha sido comunicado; ese deber sólo lo tiene quien lo ha conocido con motivo de un empleo, cargo o profesión.)³³²

B) La atipicidad por falta de bien jurídico se da cuando, en el caso particular, no existe el bien descrito en el tipo.

En ocasiones, esto deriva del consentimiento, que no siempre es causa extintiva del bien, ya que, en algunos casos, extingue al objeto material, en otros elimina la conducta típica y —en algunos más— sólo impide la lesión y el peligro del bien.

El consentimiento es generador de estos efectos sólo cuando recae sobre bienes disponibles, y es otorgado por el titular del bien jurídico (por sí mismo o a través de representante legítimo) con pleno conocimiento de los efectos que produce y sin vicios de la voluntad. Por otra parte, el consentimiento debe ser anterior a la conducta típica o, al menos, simultáneo a ésta.

Señala Islas que el consentimiento nunca es una causa de justificación, ya que ésta implica la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. El consentimiento siempre da lugar a un delito imposible; por ello, no es necesario su conocimiento por parte del agente. Con o sin su conocimiento, el delito es imposible por atipicidad derivada de la falta del bien jurídico o del objeto material o de la conducta típica o de la lesión y peligro del bien.

De lo anterior se infiere que no es necesaria la exteriorización expresa o tácita del consentimiento, siendo suficiente un hecho puramente psíquico constitutivo de la voluntad del titular del bien jurídico.

C) Las causas que originan atipicidad por falta del sujeto activo

³³² *Idem*, p. 47.

típico derivan de una ausencia de voluntabilidad y/o ausencia de imputabilidad, y/o ausencia de calidad de garante, y/o ausencia de calidad específica, y/o ausencia de pluralidad específica.

La doctora Islas³³³ analiza (en relación a la involuntabilidad o la inimputabilidad, es decir, a la incapacidad psíquica de delito), los posibles factores generadores de la misma (citando el trastorno mental, la sordomudez, la oligofrenia, en algunos de sus grados, el sueño, la narcosis del sueño, el sonambulismo y la hipnosis).

De estas causas (cuyo análisis exhaustivo queda fuera del ámbito de nuestra tarea a pesar de su evidente interés) sólo el trastorno mental o desarrollo intelectual retardado (por usar la terminología de la más reciente iniciativa presidencial modificadora) se encuentra previsto en la normación penal positiva; en forma generalizada, en la fracción II del artículo 15, y —más particularmente— en el supuesto del miedo grave, en la primera hipótesis de la fracción IV del propio artículo.

Esta regulación (agrega la doctora Islas) es innecesaria en razón de que la capacidad psíquica está, implícitamente exigida, en todos los tipos legales (citando, a guisa de ejemplo, la norma integrada por los artículos 302, 303, fracción II, y 307, en la cual queda establecido el homicidio simple sin calificativos y sin atenuantes, o sea, doloso y consumado); el tipo requiere, pues, un dolo, y esto implica que exige del sujeto activo capacidad de querer y de conocer, ya que sin esta capacidad cognoscitiva y volitiva resulta el dolo impensable. Ahora bien, si el sujeto realiza la actividad típica bajo un trastorno mental, ello significa que carece de la capacidad psíquica de delito, lo que se traduce en una atipicidad por falta de sujeto activo tal y como requiere el tipo.

Por cuanto a las demás hipótesis de atipicidad por falta del sujeto activo típico, surgen cuando, en el caso concreto, el sujeto no ha asumido la calidad de garante o no reúne la calidad específica o la pluralidad específica que el tipo requiere.

D) La atipicidad por inexistencia del sujeto pasivo típico se da cuando, en la hipótesis concreta, no concurren la calidad o la pluralidad específicas normativamente señaladas.

E) Finalmente, la atipicidad por ausencia del objeto material típico aparece cuando, en el caso específico, falta totalmente el objeto material, o, cuando, existiendo uno, no satisface plenamente las características descritas en el tipo (inclusive, la inexistencia del objeto mate-

³³³ *Idem*, p. 48.

rial puede derivar del consentimiento, en el sentido anteriormente señalado por Islas).

¿Y cuáles son los elementos del delito? La doctora Islas expresa: Los elementos del delito (adecuados al tipo legal) son —en rigor lógico— subconjuntos del delito, en los que se concretiza la semántica de los subconjuntos del tipo del mismo nombre, y a los cuales se asocia el conjunto culpabilidad para constituir el conjunto denominado delito.

Ellos son:

Kernel típico, integrado por:

- a) Conducta, constituida a su vez por: voluntad dolosa o voluntad culposa. Actividad o inactividad.
- b) Resultado material, y, por tanto, nexa causal o nexa normativo.
- c) Modalidades: medios de comisión y/o referencias temporales, y/o referencias espaciales, y/o referencias de ocasión.

Lesión o puesta en peligro del bien jurídico, típicas.

Violación del deber jurídico penal, típica.

Culpabilidad.

Señala Islas³³⁴ que el análisis de los elementos del delito incluye, lógicamente, sus aspectos positivo y negativo. Respecto del *kernel*, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y la violación del deber jurídico penal, el aspecto positivo corresponde a la tipicidad, y el negativo a la atipicidad. (En cuanto a la culpabilidad su aspecto negativo será la inculpabilidad.)

Habrá tipicidad, cuando el hecho concreto reúne las características exigidas en el *kernel*, en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y en la violación del deber jurídico penal, descritos en el tipo legal.

Las hipótesis de atipicidad, en referencia a los elementos del delito, se dan por falta de: *kernel* típico; lesión o puesta en peligro del bien jurídico, típicas; violación del deber jurídico penal, típico.

A) La atipicidad por ausencia de *kernel* típico estará determinada por la cantidad de elementos (pertenecientes al *kernel*), que no se satisfagan en el caso concreto. Dicho de otra forma: con base en la fórmula general de los tipos legales, esta atipicidad deriva de la ausencia de:

Conducta típica, proveniente de la falta de voluntad típica (dolo o culpa), o de la falta de actividad o inactividad típicas. Ejemplos:

³³⁴ *Idem*, p. 49.

el error y su problemática en cuanto a *la falta de la voluntad típica dolosa*; ello en referencia al conocer; en relación al querer, la *vis absoluta* la *vis maior* y los movimientos reflejos; en los tres supuestos últimos surge la voluntad típica culposa cuando el sujeto, pudiendo evitar la lesión típica, no la evita por falta de cuidado; *la falta de voluntad típica culposa* se presenta en la hipótesis de que el sujeto provea el cuidado, posible y adecuado, para no producir, o evitar, la lesión típica, o cuando ésta no es previsible o provisible; *la ausencia de actividad o inactividad típica* aparece cuando éstas no se dan en específico caso; *los demás aspectos negativos del kernel se dan en la situación de que*: no se produzca el resultado material exigido en el tipo o, produciéndose, no esté conectado causalmente con la actividad o relacionado normativamente con la inactividad; o no existan concretamente las modalidades exigidas, es decir, los medios de comisión o las referencias temporales, o las referencias espaciales, o las referencias de ocasión que el tipo describe.³³⁵

B) En referencia al aspecto negativo de la lesión del bien jurídico, aparece en dos hipótesis: cuando no se concretiza el *kernel*, tal y como lo requiere el tipo legal, y, como consecuencia, no se produce la lesión típica (destrucción, disminución o comprensión), o en caso de que el titular del bien jurídico otorga su consentimiento y éste no extingue el bien jurídico sino tan sólo impide la lesión.

El aspecto negativo de la puesta en peligro del bien jurídico opera en la situación de que nada de lo objetivo del *kernel* se concretiza, o se da el consentimiento.

C) Con respecto a la violación del deber jurídico penal, es pertinente considerar lo siguiente: si los tipos son prohibiciones de conducta, en función de la tutela de uno o más bienes jurídicos, entonces la realización de la conducta, que lesiona o pone en peligro esos bienes jurídicos, constituye delito, excepto que esa misma conducta esté ordenada o permitida por una norma jurídica diversa, ya sea penal o extrapenal. Se sigue de aquí, que no hay delito cuando el sujeto actúa en cumplimiento de un deber (conducta ordenada), o en ejercicio de un derecho (conducta permitida); y que no existen otras causas cancelatorias del delito.

Por tanto, toda causa de justificación, o de inculpabilidad, consistente en una inexigibilidad, necesariamente queda enmarcada en uno de los dos rubros: cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

Para finalizar, la doctora Islas³³⁶ señala que son causas de justi-

³³⁵ *Idem*, pp. 49-51.

³³⁶ *Idem*, pp. 53-54, 57.

ficación, siempre y cuando satisfagan los requisitos de orientarse a la salvación de un bien de mayor o igual valor y no existir otra alternativa de actuación, las siguientes:

- Legítima defensa;
- Estado de necesidad;
- Ejercicio de derechos no denominados en forma específica;
- Temor fundado;
- Actuación del agresor frente a un exceso en la legítima defensa;
- Obediencia jerárquica;
- Cumplimiento de deberes jurídicos no denominados en forma específica.

En los casos concretos (culmina la maestra Islas) la resolución debe hacerse en función de la *vis maior* o del cumplimiento de un deber. Obviamente se refiere a casos concretos no especificados.

Es suficiente detenerse un momento en la consideración de lo consignado en las anteriores páginas para comprender claramente que la referencia a la teoría general de la doctora Islas y del maestro Ramírez se hace ineludible, siquiera sea en un plano estrictamente sintético.

Hemos procedido, metodológicamente hablando, por "aproximación" para acercarnos a la "nueva teoría general del derecho penal", realizada (aunque todavía en fase de perfeccionamiento y de construcción) por la doctora Islas y el maestro Ramírez.

Antes de la somera referencia, eminentemente descriptiva de la misma, queremos hacer notar dos cosas: una, que se trata de una aportación netamente genuina de la ciencia jurídico-penal mexicana, y otra, que se trata de una tarea con profundidad científica, seriedad investigativa e innegable originalidad.

La metodología empleada³³⁷ se funda en la lógica matemática (específicamente el cálculo de primer nivel) y la lógica formal. La estructura se apoya en la distinción de los niveles de lenguaje. Estamos ante un modelo cuya divulgación comienza en 1966 y —del cual— en 1970 se publicó lo referente al tipo (el texto relativo está consignado en la *nota número 329* de este trabajo). Queremos dejar claro, muy claro, que la referenciación de la teoría general es con el objeto de enmarcar debidamente el tipo, que es lo que —directamente— nos atañe.

El punto de partida del "modelo lógico del derecho penal" es la distinción entre el conocimiento analítico y el conocimiento sintético.

³³⁷ Islas Magallanes, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida* (tesis doctoral), México, UNAM, pp. 1-2 del prólogo; *id.*, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, Ed. Trillas, 1982, pp. 6-7.

La teoría del derecho penal se sitúa —obviamente— en la esfera del conocimiento sintético. De ahí, deriva la necesidad de señalar, previamente, el objeto de conocimiento que se propone explicar, objeto que para el juspenalista está constituido por las normas penales, los delitos, las puciones, las penas y todo lo inherente a las medidas de seguridad.

Las clases de objetos de cognición apuntadas generan, en dos niveles conceptuales diferentes, la ciencia del derecho penal. *En un nivel general*, y a través de un proceso de uniones sintácticas y de abstracción semántica, surgen la teoría general de las normas jurídico-penales (teoría general de los tipos legales y teoría general de las punibilidades), la teoría general de los delitos, la teoría general de las puciones, la teoría general de las penas y la teoría general explicativa de la problemática de las medidas de seguridad. *En un nivel particular*, y mediante un proceso de especificación semántica, se elaboran las teorías particulares de las normas penales, de los delitos, de las puciones, de las penas y de todo lo inherente a las medidas de seguridad.

La metodología procedimental, anteriormente esbozada, permite al teórico transformar las teorías particulares en generales y viceversa, todo ello sin incurrir en contradicciones, repeticiones o indefiniciones. En resumen (señala Islas), el modelo lógico, además de formal, es consistente.

El análisis metódico del Código penal lleva a sostener que su articulado regula materias de muy diversa índole. Algunas de esas materias son ajenas al derecho punitivo. Por ejemplo: pertenecen al derecho procesal penal la querrela (artículos 62, 199 bis, párrafo segundo, 263, 271, 274, 337, 346, 360); y pertenecen al derecho de ejecución punitivo la ejecución de las sentencias (artículos 77 y 78), el trabajo de los presos (artículos 79 a 83), la libertad preparatoria y la retención (artículos 84 a 89), etcétera.³³⁸

Pero las materias que sí pertenecen al derecho penal (considerablemente variadas en su semántica específica), son cinco:

- a) las normas jurídico-penales;
- b) los delitos;
- c) las puciones;
- d) las penas; y
- e) las medidas de seguridad.

Las cinco categorías, en su conjunto, integran el objeto cuya explicación, lógicamente estructurada, es la ciencia del derecho penal. Ad-

³³⁸ Islas, Olga, *Análisis...*, cit., p. 11; *id.*, tesis doctoral, cit., pp. 6-8.

virtiendo Islas que se está haciendo referencia a dos áreas diferentes: por un lado, *el objeto de conocimiento* (derecho penal) constituido por las normas penales, los delitos, las puniciones, las penas y todo lo inherente a las medidas de seguridad; por el otro, *el sistema conceptual* (ciencia del derecho penal) elaborado acerca de ese objeto de conocimiento. *Esta diferenciación permite hacer dos importantes afirmaciones*: ni el derecho penal es ciencia, ni la ciencia del derecho penal es derecho.

Obviamente, la ciencia del derecho penal se integra con las teorías explicativas de las cinco materias que constituyen el derecho penal, es decir: la teoría de la ley penal, la del delito, la de las puniciones, la de las penas y la de todo lo concerniente a las medidas de seguridad. Estas teorías han de plantearse (y es admisible y fecundo el planteamiento) en dos niveles teóricos diferentes: uno particular y otro general. *El nivel particular* viene a ser la parte especial de la ciencia del derecho penal; *el nivel general* corresponde a la parte general de la ciencia del derecho penal.

La parte especial, pues, incluye: a) teorías particulares de las normas jurídico penales; b) teorías particulares de los delitos; c) teorías particulares de las puniciones; d) teorías particulares de las penas, y e) teorías particulares de las medidas de seguridad.

La parte general se integra con: a) la teoría general de las normas jurídico penales; b) la teoría general de los delitos; c) la teoría general de las puniciones; d) la teoría general de las penas, y e) la teoría general de las medidas de seguridad.

Respecto de la teoría general de las normas jurídico-penales, para su construcción, resulta imprescindible, primero, elaborar las teorías particulares explicativas de las normas penales (lógicamente, una teoría por cada norma penal) y, segundo, elaborar la teoría general.

Sigue indicando la doctora Islas³³⁹ que para la construcción de las teorías particulares (en relación a cada norma) es necesario:

- Primero. Llevar a cabo una serie de observaciones;
- Segundo. Formular un cuerpo de hipótesis;
- Tercero. Someter las hipótesis a un exhaustivo análisis sintáctico y semántico para validarlas o refutarlas;
- Cuarto. Formular los conceptos específicos explicativos de esa norma penal; y
- Quinto. Con los conceptos específicos estructurar, lógicamente, la teoría particular.

³³⁹ Islas, Olga, *Análisis...*, cit., p. 12; *id.*, tesis doctoral, cit., pp. 8, *in fine*, 9 y 10.

El procedimiento metodológico mencionado será repetido tantas veces cuantas sean las normas penales integrantes del contexto jurídico-penal objeto de la investigación.

Cuando ya se han elaborado (y sólo entonces) todas las teorías particulares de las normas penales, esas teorías se someten a un proceso de abstracción semántica para obtener la teoría general. Recordemos la búsqueda de "lo común de lo diverso" de la construcción científica aristotélica, trasvasada —posteriormente— a la elaboración de la ciencia jurisprudencial romana, retomada en la escolástica-medieval y definitivamente concretada en el moderno concepto de la ciencia jurídica.

Precisamente es conveniente subrayar —en este renglón del procedimiento— que existe una fundamental diferencia metodológica entre las teorías particulares y la teoría general.

Las primeras son teorías explicativas de objetos concretos de conocimiento: por cada norma penal un estudio particular y, como consecuencia, una teoría particular de esa concreta norma penal. Esto significa que no puede haber una teoría particular que no se refiera a una norma jurídico-penal concreta.

La teoría general, en cambio, no tiene objeto de conocimiento; y no lo tiene porque todas las normas penales son objetos de conocimiento para generar teorías particulares. De una norma penal cualquiera, sólo puede obtenerse una teoría que se refiera exclusivamente a esa norma, es decir, una teoría particular. El objeto de conocimiento, para la teoría general, tendría que ser una norma penal que no regulase un problema específico. Obviamente, esa norma penal no existe. Solamente existen normas referentes al homicidio, al fraude, a la violación, a la traición a la patria, a la rebelión, al despojo, etcétera; pero estas normas, conviene repetirlo, únicamente pueden generar teorías particulares. En definitiva: la teoría general se obtiene a través de un proceso de abstracción semántica.

Más claramente explicado: ³⁴⁰ la teoría general se obtiene cuando, y sólo cuando, se elimina la semántica específica de los conceptos pertenecientes a las teorías particulares y *exclusivamente se conserva la semántica que sea común a todas ellas. Esta semántica común es la teoría general.*

Nítidamente queda señalada la diferencia metodológica: la teoría general (por no tener objeto de conocimiento) ha de sustentarse, necesariamente, en las teorías particulares previamente elaboradas. Cualquier otro procedimiento es, inevitablemente, metafísico.

³⁴⁰ Islas, Olga, *Análisis...*, cit., pp. 12-13; *id.*, tesis doctoral, cit., pp. 10-12.

Y agrega Islas que las normas jurídico-penales, además de estar situadas en el universo normativo, deben satisfacer las características de cualquier otra norma jurídica: generalidad, abstracción y permanencia. *Generalidad*, que se dirigen a todos sin excepción. *Abstracción*, porque no se refieren a un caso concreto, sino a todos los que puedan realizarse durante su vigencia. Y *permanencia*, porque subsisten a pesar de su cumplimiento o incumplimiento.

Por otra parte, si los *elementos* de una norma jurídico-penal (cualquiera) pertenecen al tipo legal o a la punibilidad, ello nos permite afirmar, en el marco de la ciencia, que los *conceptos específicos*, explicativos de esa norma penal, son conceptos pertenecientes a la teoría del tipo legal o a la teoría de la punibilidad. En el área más abstracta de la teoría general, los conceptos de la teoría general de las normas jurídico-penales, son conceptos que pertenecen a la teoría general de los tipos o a la teoría general de la punibilidad.

En las teorías particulares de los tipos legales ha de explicarse:

a) la semántica específica de todos los elementos del concreto tipo legal;

b) la estructura sintáctica y semántica formada con esos elementos;

c) la función que cada elemento cumple en la estructura, y

d) la clasificación de los tipos legales.

Consecuentemente, la teoría general de los tipos legales explicará:

a) la semántica general de los elementos de los tipos legales;

b) la estructura general, sintáctica y semántica, de los tipos legales;

c) la función de los elementos en la estructura, y

d) la clasificación de ese tipo legal.

En las teorías particulares de las punibilidades han de explicarse:

a) el intervalo de la específica punibilidad, que va del mínimo al máximo;

b) la relación que guarda el intervalo de la específica punibilidad con el bien protegido en el tipo legal correspondiente, y

c) el punto crítico entre ese intervalo específico y los intervalos de las restantes punibilidades.

En la teoría general de las punibilidades se explicará:

a) el intervalo en general de la punibilidad;

b) la relación que guarda el intervalo de punibilidad con los bienes protegidos en los tipos penales, y

c) el punto crítico entre intervalos de punibilidad.

Respecto de la teoría general de los delitos su construcción se apoya en las teorías particulares de los mismos.³⁴¹

³⁴¹ Islas, Olga, *Análisis...*, cit., p. 13; *in fine*, id., tesis doctoral, cit., pp. 12-14.

Esto significa que, para elaborar la teoría general, primeramente han de construirse las teorías particulares. El procedimiento constructivo de esas teorías particulares (y en relación a cada *clase* de delito) es idéntico al prescrito en atención a las normas jurídico-penales, es decir:

- 1) se efectúa una serie de observaciones;
- 2) se formula un cuerpo de hipótesis.
- 3) las hipótesis son sometidas a un exhaustivo análisis sintáctico y semántico para validarlas o refutarlas;
- 4) se formulan los conceptos explicativos de esa clase de delitos, y
- 5) se estructuran, lógicamente, los conceptos específicos para obtener la teoría particular.

El procedimiento metodológico indicado se repetirá tantas veces cuantas sean las clases de delitos contenidas en el contexto objeto de la investigación. Posteriormente, todas las teorías particulares se someten a un proceso de abstracción semántica, para obtener la teoría general.

Obviamente, también aquí, hay una diferencia entre las teorías particulares y la teoría general. Las teorías particulares explican objetos en conocimiento estrictamente determinados: para cada clase de delitos, una teoría particular. En resumen: no puede haber una teoría particular que no lo sea de una cierta clase de delitos.

La teoría general no tiene objeto de conocimiento. Los delitos, en su totalidad, son objetos de conocimiento para generar teorías particulares. El objeto de conocimiento, para la teoría general, tendría que ser el delito en general. Evidentemente, este delito general no existe. Sólo existen delitos concretos: estupro, peculado, robo, rapto, etcétera; pero estos delitos exclusivamente pueden generar teorías particulares.

La teoría general se obtiene mediante un proceso de abstracción semántica: se elimina la semántica específica de los conceptos relativos a las teorías particulares y se conserva la semántica común de todas las teorías particulares. Esta semántica común es la teoría general de los delitos.

Ahora bien (señala Islas),³⁴² los delitos se ubican en el mundo fáctico: son hechos. Un delito se integra con ingredientes fácticos adecuados a un tipo legal y un específico grado de culpabilidad determinado por el conocimiento de la violación del deber jurídico penal.

Por ello, los delitos (*mundo fáctico*), no deben confundirse con las normas penales (*mundo normativo*). Un delito, en oposición a una norma penal, es particular, concreto y temporal. *Particular*, porque su autor es un sujeto singularmente determinado. *Concreto*, porque cons-

³⁴² Islas, Olga, *Análisis...*, cit., p. 14; *id.*, tesis doctoral, cit., pp. 14-16.

tituye un caso de la vida real. Y *temporal*, porque deja de existir al agotarse la consumación.

En las teorías particulares de los delitos han de explicarse:

- a) la semántica específica de todos los presupuestos y elementos del delito de que se trate;
- b) la estructura sintáctica y semántica formada con esos presupuestos y elementos, y
- c) la función que cada presupuesto y cada elemento cumple en la estructura.

En consecuencia, *la teoría general de los delitos explicará:*

- a) la semántica general de los presupuestos y elementos del delito;
- b) la estructura general, sintáctica y semántica, de esos presupuestos y elementos, y
- c) la función de cada presupuesto y cada elemento de la estructura.

En relación a la teoría general de las puniciones, de las penas y de las medidas de seguridad se construye mediante el procedimiento, ya explicado, en referencia a las normas jurídico-penales y a los delitos.³⁴³

Personalmente, estimamos que la construcción Islas-Ramírez se caracteriza por la claridad, la concisión y la logicidad más impecable; la nítida diferenciación entre universo fáctico y universo normativo, la consecuente aplicación de un método cognoscitivo dual: a) análisis semántico y b) análisis lógico, en definitiva el analizamiento de significados y la investigación pormenorizada de la coherencia racional en toda la problemática, va dirigido (todo ello) a conseguir la completitud coherente e independiente de los sistemas normativos, y en la práctica cotidiana tiende a rescatar a la justicia penal de las ambigüedades (fuente segura de injusticias) y a situarla en el plano, deseado y deseable, de la máxima certeza racional y jurídica.

¿Pero, en definitiva, cuál es la noción del tipo legal dentro del modelo lógico de los reiterados penalistas mexicanos? La doctora Islas Magallanes^{343 bis} (en su discurso de ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, el 16 de febrero de 1978) da la siguiente noción: "Un tipo legal es una figura elaborada por el legislador con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos".

Posteriormente (*Explicaciones de cátedra*, División de Estudios de postgrado, Facultad de Derecho, UNAM, Curso 1981-82)) da una

³⁴³ Islas, Olga, *Análisis...*, cit., p. 14, *in fine*; *id.*, tesis doctoral, cit., pp. 15-16.

^{343 bis} Islas, Olga, "Nueva teoría general...", *op. cit.*, *supra* nota 330, pp. 43, 44.

definición de perfiles más completos, así nos dice: "El tipo es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos."

De esta definición se desprenden las siguientes características del tipo:

- Primero.* Se trata de una figura elaborada por el legislador.
- Segundo.* Es una mera descripción de una determinada clase de eventos sociales.
- Tercero.* Es parte integrante de la norma jurídico penal (general, abstracta y permanente, según se ha dicho).
- Cuarto.* Garantizador, tiene una específica función de garantía de uno o más bienes jurídicos.
- Quinto.* Contiene los elementos necesarios y suficientes, para asegurar la tutela de dichos bienes.
- Sexto.* Delimitador, en tanto en cuanto geometriza, delinea y establece el contorno preciso de la materia de la prohibición.
- Séptimo.* Establece la imposibilidad de la existencia de delito sin tipo.
- Octavo.* Se refiere a uno, y sólo uno, de los eventos antisociales, no describe más que alguno de dichos eventos.

Más recientemente,³⁴⁴ en 1982, señala que, funcionalmente, "un tipo legal es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos". Y agrega: ese contenido es reductible, mediante el análisis, a unidades lógico-jurídicas denominadas elementos.

Estos elementos, cuya propiedad genérica consiste en la función de garantía de uno o más bienes jurídicos, poseen —además— propiedades muy particulares que permiten organizarlos en grupos a los que se les puede llamar *subconjuntos* del tipo legal. Tales subconjuntos hacen factible una definición estructural de los tipos.

Estructuralmente, un tipo legal se define a través de los siguientes subconjuntos (incluida su expresión simbólica):

Deber jurídico penal

Elemento:

N = deber jurídico penal.

³⁴⁴ Islas, Olga, *Análisis...*, op. cit., supra nota 337, p. 15.

Bien jurídico

Elemento:

B = bien jurídico.

Sujeto activo

Elementos:

A₁ = voluntabilidad;A₂ = imputabilidad;A₃ = calidad de garante;A₄ = calidad específica;A₅ = pluralidad específica.*Sujeto pasivo*

Elementos:

P₁ = calidad específica;P₂ = pluralidad específica.*Objeto material*

Elemento:

M = objeto material.

*Kernel*³⁴⁵

Elementos:

J₁ = voluntad dolosa;J₂ = voluntad culposa;I₁ = actividad;I₂ = inactividad;

R = resultado material;

E = medios;

G = referencias temporales;

S = referencias espaciales;

F = referencias de ocasión.

Lesión o puesta en peligro del bien jurídico

Elementos:

W₁ = lesión del bien jurídico (tipo de consumación);W₂ = puesta en peligro del bien jurídico (tipo de tentativa).*Violación del deber jurídico penal*³⁴⁵ *Idem*, p. 16.

Elemento:

V = violación del deber jurídico penal.

La definición estructural del tipo legal tiene (como no podía por menos que ocurrir) sus consecuencias:

Los subconjuntos y elementos dados determinan entre los tipos legales:

- a) semejanzas;
- b) diferencias.

Además, una estructura específica, sintáctica y semántica, para cada tipo legal:

1. Los tipos legales son semejantes entre sí en dos aspectos: a) todos tienen un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos; b) en todos, ese contenido está distribuido en los ocho subconjuntos mencionados.

2. Los tipos legales difieren entre sí: a) en los elementos incluidos en los subconjuntos: en un tipo legal se incluyen sólo aquellos elementos necesarios y suficientes para garantizar uno o más bienes jurídicos; b) en la semántica específica de los elementos, que varía de uno a otro tipo en función del bien jurídicamente protegido.

3. La estructura de un tipo legal está dada por la consistencia de las relaciones sintácticas y semánticas de los elementos en él incluidos.³⁴⁶

La estructura general de los tipos legales se construye con los subconjuntos y elementos de todos ellos, y a través de uniones sintácticas y generalizaciones semánticas.

Esta construcción, exclusivamente teórica, permite explicar coherentemente todos los tipos legales; es decir, permite elaborar una teoría general de ellos. La fórmula es la siguiente:

$$T = \{[(NB(A_1 + A_2 + A_3 + A_4 + A_5) (P_1 + P_2)M) [(J_1 + J_2) (I_1 + I_2) R (E + G + S + F)] [(W_1 \neq W_2)V] X_1]$$

Antes de seguir adelante con la materia concreta, objeto de este trabajo, conviene hacer una puntualización importante: Islas-Ramírez,³⁴⁷ tras señalar las dos funciones principales del tipo (*función de garantía*: "*Nullum crimen, nulla poena sine lege*", y *función fundamentadora*: toda construcción dogmática deberá tener como soporte el tipo), indican que estas dos funciones esenciales se satisfacen (y

³⁴⁶ *Idem*, p. 16, *in fine*.

³⁴⁷ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *Lógica del tipo...*, *op. cit.*, *supra* nota 329, pp. 29, 33.

por vez primera de una manera cabal), en la estructura del derecho penal.

Y expresan que, a diferencia de la enseñanza tradicional, aquí se proponen tres niveles de conceptualización del tipo, a saber:

- a) el tipo;
- b) el tipo de tipo;
- c) el tipo típico.

a) El *tipo* es uno de los tres predicados invariantes del derecho penal. (*Predicado es la caracterización de un conjunto. En consecuencia, hablar de un predicado es tanto como mencionar el conjunto.*)

La expresión "invariante" corresponde a lo que los juristas denominan "conceptos jurídicos fundamentales" *En el caso, la invariancia se define como la propiedad de pertenecer al conjunto que caracteriza al derecho como ciencia. En otras palabras: un concepto invariante debe aparecer en "todas y cada una" de las componentes cuya intersección determina a la ciencia del derecho.*³⁴⁸

Los conceptos generales son:

<i>Ordenamiento jurídico general</i>	<i>Derecho penal</i>
Precepto	Tipo = T
Sanción	Punibilidad = P
Responsabilidad	Culpabilidad = C

En resumen, norma, delito y pena son consecuencias genéricas de los conceptos invariantes ("tipo", "punibilidad", "culpabilidad"), por lo que los elementos a definir son estos tres últimos.

El derecho constituye una invariante minimal; por el contrario, el derecho penal (por integrarse con invariantes y variables), es variable, es decir, maximal.³⁴⁹

Páginas *ut supra*, hemos referido la definición e integración del concepto estructural del tipo. Los subconjuntos, considerados en su totalidad (o sea el tipo), incluyen todos los elementos de cualquier figura legal, establecida en cualquier ordenamiento jurídico-penal; en consecuencia, su validez no está limitada en el marco del tiempo (crónico) o del espacio (tópico).

Dicho de otro modo: tiene validez universal

³⁴⁸ *Idem*, p. 12, nota 1.

³⁴⁹ *Idem*, pp. 13-19.

b) El *tipo de tipo*, es un concepto que corresponde a cada una de las estructuras derivadas del tipo. Estas estructuras han de incluir, obviamente, todos los subconjuntos considerados en el tipo, aunque —por definición— tales subconjuntos varíen de uno a otro tipo de tipo.

c) El *tipo típico*, es la figura descrita por el legislador; por ende, es un concepto de derecho positivo. Sus propiedades, tanto estructurales como funcionales, no son sino especificaciones de segundo nivel respecto de las propiedades genéricas del tipo. Esas especificaciones están dadas precisamente por el legislador, y varían de uno a otro tipo típico (caso del sujeto pasivo o del sujeto activo en determinados tipos).³⁵⁰

Tras esta disgregación aclaratoria, retomamos el hilo argumental en relación a la fórmula anteriormente expuesta, todo ello en referencia a la clasificación de los elementos de los tipos legales.

En este sentido, Islas³⁵¹ nos indica que el legislador no sólo describe, en los tipos, eventos antisociales, sino que —además— los valora. Por ello, los tipos legales son tanto descriptivos como valorativos. Esto significa que sus elementos son de dos clases: únicamente descriptivos o no valorativos, y descriptivos y a la vez valorativos.

Los elementos puramente descriptivos constituyen el objeto sobre el cual recae la valoración dada en los propios tipos por el legislador. *Los valorativos* contienen precisamente la valoración legal de ese objeto. *Son valorativos*: el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal. *Son puramente descriptivos* todos los restantes.

También puede hablarse de elementos subjetivos y elementos objetivos. *Son subjetivos*: la voluntabilidad, la imputabilidad, la voluntad dolosa y la voluntad culposa. *Son objetivos* todos los restantes.

Dentro del modelo lógico, nos resta por añadir, escueta, concisa y brevemente, la notificación de los elementos integrantes del tipo. El contenido del tipo está dado por los siguientes subconjuntos y elementos.³⁵²

Deber jurídico penal: "es la prohibición o el mandato categóricos contenidos en un tipo legal". Como prohibición, es un deber jurídico de abstenerse; como mandato, es un deber jurídico de actuar. Se trata de un elemento valorativo, del tipo legal, enunciado en forma de prohibición o en forma de mandato. En los tipos de omisión, definidos en términos de la acción omitida, parece conveniente enunciar el deber

³⁵⁰ *Idem*, pp. 33-34.

³⁵¹ Islas, Olga, *Análisis...*, op. cit., supra nota 337, p. 17, in fine.

³⁵² Islas, Olga, "Nueva teoría general...", op. cit., supra nota 330, pp. 44-45.

como un mandato; en tanto que en los tipos de acción, *stricto sensu*, lo más adecuado es enunciarlo en términos de prohibición.

Bien jurídico: "es el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo legal". El bien jurídico es elemento rector en la interpretación del tipo legal. También lo es para la fijación de la punibilidad. El intervalo de la punibilidad depende del valor del bien protegido, la mayor o menor jerarquización valorativa del bien refleja su imagen en el intervalo de punibilidad. Resulta obvio, pero algunas veces las obviedades son convenientes, que sin la presencia de un bien no debe crearse una punibilidad.

Sujeto activo: "es toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal". Animales, cosas y personas morales no tienen capacidad de concretar los elementos del tipo. Una persona moral no puede concretar ni el dolo, ni la culpa, ni de hacer o dejar de hacer algo. Aún más: únicamente el autor material, unitario o múltiple, puede ser sujeto activo.

De ahí, la profesora mexicana³⁵³ toma ocasión para un rechazo de la redacción del artículo 13 por incorrecta jurídicamente, y hasta gramaticalmente hablando. Y señala que los juristas, para poder hablar de "autoría intelectual", de "autoría mediata", y de "complicidad", asocian el artículo 13 del Código Penal con algunos tipos penales del propio cuerpo legal o de las leyes especiales.

Con ello, hacen una mescolanza incongruente de la semántica propia de los verbos del artículo 13 y de la semántica del tipo específico que entra en juego; en esta amalgama predomina la semántica del tipo legal obviamente. La doctora Islas se está refiriendo a la redacción del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, anterior a la última modificación sufrida por el mismo. Para la juspensalista mexicana, en esa configuración anterior, el artículo 13 no es una norma jurídica accesoria de otras. Es, o era, un precepto que describe cuatro tipos autónomos: a) *inducir* a otro a cometer un delito; b) *compeler* a otro a cometer un delito; c) *prestar* auxilio, de cualquier especie, para la ejecución del delito; y d) *auxiliar* a los delinquentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa.

Con fecha 13 de enero de 1984, ha aparecido publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el nuevo texto del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, en materia del fuero común, y para

³⁵³ Islas, Olga, *Análisis...*, op. cit., supra nota 337, pp. 20-21.

toda la República, en materia federal. El nuevo precepto desgrana en el contenido de sus ocho fracciones a los responsables posibles del delito. Reconociendo, como hacemos, que su nueva redacción aligera considerablemente el confusionismo, gramatical e incluso jurídico, anterior, no termina de solucionar la sustanciosa problemática, tal vez por un residuo afectivo a las teorías tradicionales, que fácilmente se advierte en el legislador.

Y es que el único sujeto activo posible es el autor material, en ello coincidimos plenamente con la maestra Islas. Las sustituciones inválidas son vulneradoras del principio *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, constitucionalmente consagrado en el artículo 14 y recogido en el artículo 7 del Código Penal reiterado, tanto en su anterior redacción como en la nueva dimanante de la reforma de 13 de enero de 1984. Fijar una punición requiere, *prima facie*, la existencia de un delito y, previamente la de un tipo legal, al que el hecho antisocial dota de un contenido, pues sin tipicidad no hay delito y, por tanto, tampoco punición ni pena.

El sujeto activo incluye:

Voluntabilidad, capacidad de conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal (en la comisión dolosa), o bien una capacidad de conocer y querer la actividad o la inactividad que, por descuido, produce la lesión del bien jurídico (en la comisión culposa).

Imputabilidad, se trata de una capacidad de culpabilidad; es decir, una capacidad de comprender la concreción de la parte objetiva valorativa del particular tipo legal, esto es, capacidad de comprender la específica ilicitud.

Voluntabilidad e imputabilidad constituyen la *capacidad psíquica de delito*, que reside en la conciencia, entendida en sentido neurofisiológico y nunca en sentido religioso, filosófico o moral. Conciencia, en sentido neurofisiológico, es un estado de "vigilia" (función mental), regido por el juicio crítico, que posibilita al individuo el darse cuenta de sí mismo y del mundo circundante.³⁵⁴

De esta notificación de la conciencia debe inferirse que:

a) La disminución o la falta de juicio crítico normal (conciencia perturbada) determina la ausencia de la imputabilidad y —consecuentemente— la ausencia de capacidad psíquica Y que:

b) La falta de conciencia determina la ausencia tanto de la volun-

³⁵⁴ *Idem*, pp. 22-24.

tabilidad como de la imputabilidad y —consiguientemente— la incapacidad psíquica.

Calidad de garante Dicha "calidad de garante" es una conceptualización de origen netamente alemán.³⁵⁵

Su aparición se detecta, en el siglo XIX, con Feuerbach. El maestro germánico hace dimanar la "posición de garantía" de la ley y del contrato. La dogmática alemana, con base en el Código Penal teutón de 1870 (parágrafo 1o), utiliza exclusivamente la expresión *acción*, que comporta tanto las conductas activas (*stricto sensu*) (el hacer positivo) como las meramente omisivas.

La profesora Islas, al traducir lo anterior en términos de deber, señala que todos los tipos prohibitivos de la producción de un resultado realmente están imponiendo un *doble deber*: *deber de no causar la muerte* (por ejemplo), *y deber de evitarla*. Este último deber, así establecido, *significaría que todos están obligados a evitar la muerte de cualquier persona*.³⁵⁶

Todo lo anterior (indica la reiterada juspenalista) hizo que los alemanes buscaran un criterio que permitiera concretar la omisión relevante y, por tanto, el sujeto al cual se impone el deber de evitar el resultado material típico. De esta manera surge la calidad de garante, *y solamente el que tiene la calidad de garante tiene el deber de evitar*. Sólo quien (por una interdependencia social con otras personas), está en condición de garantizar un bien protegido por el derecho penal. Exclusivamente esa persona tendrá el deber de evitar la lesión de ese específico bien.

En resumen: la función de garantía implica una muy especial posición del afectado por el deber frente al resto de los sujetos comunitarios; se trata no únicamente de un simple deber de acción, es decir, un mero deber actuante, sino —también y de muy relevante manera— un deber de evitación del resultado tipificado.

Para Islas³⁵⁷ la calidad de garante es "la relación especial, estrecha y directa, en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien".

En realidad, es una calidad del sujeto (regulada por el derecho penal) que en los tipos de omisión queda introducida para especificar al sujeto que tiene el deber de actuar para la conservación del bien.

³⁵⁵ Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*; trad. de Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, t. II, pp. 284 y ss.

³⁵⁶ Islas, Olga, *Análisis...*, *op. cit.*, *supra* nota 337, p. 25, nota 3.

³⁵⁷ Islas, Olga, "Nueva teoría general..." en *op. cit.*, *supra* nota 330, pp. 44-45; *Análisis...*, *op. cit.*, *supra* nota 337, p. 25.

Consecuentemente, la calidad de garante hace posible —de un lado— aprehender, espacial y temporalmente, la conducta omisiva y, por el otro, determinar al sujeto que la realizó.

Autor de una omisión exclusivamente puede serlo quien, previamente (y por algún hecho o circunstancia de la vida) se ha colocado en la "posición de garantía", es decir, se ha transformado en el garante del bien jurídico frente a la lesión que pudiese sobrevenir. Esta calidad de garante origina para el sujeto el deber de ejecutar una acción idónea para evitar la lesión típica. Si no la realiza le será atribuida la lesión como si la hubiere producido.

En los tipos de omisión "sin resultado material" la calidad de garante se regula en el propio tipo; en los de omisión "con resultado material", puede ser regulada en cada tipo legal o en una regla general. Lo aconsejable es la regla general, que sintetice las cuatro categorías de hechos y circunstancias de la vida generadores de la posición de garantía, es decir:

A) *Normas jurídicas extrapenales*, incluyendo las de derecho consuetudinario y las resoluciones de los tribunales. En los supuestos en que la posición de garantía dimana de una orden especial de la ley, es susceptible al apuntar que, con ello, se está entendiendo no solamente el derecho escrito, sino además el *jus* consuetudinario y las decisiones jurisprudenciales.

B) *Una aceptación efectiva*. Al respecto Nagler³⁵⁸ la conceptúa no tanto como derivada de la responsabilidad dimanante de la voluntad de las partes intervinientes en el negocio jurídico (como se había venido manteniendo), sino —más bien— de su intervención en el proceso social. (Señala Islas, como ejemplos: los deberes adscritos a los sujetos enseñantes del deporte de la natación, de la conducción de vehículos, de las enfermeras, de las cuidadoras de guarderías infantiles, etcétera.)

C) *Una conducta anterior peligrosa*. El que dio lugar al nacimiento de un riesgo o un peligro para el bien jurídico, tiene —inevitablemente— el conexo deber de realizar una acción adecuada para eliminar tal peligrosidad. En este concreto supuesto no se requiere que la anterior conducta peligrosa sea delictiva (carece de relevancia su naturaleza jurídica), sólo es significativo el peligro en que se ha colocado el bien. (Maurach, en cita de Islas, ejemplifica con el propietario o encargado de un establecimiento hotelero que, tras suministrar al cliente bebidas alcohólicas en grado excesivo, no impide que éste maneje su automóvil y —por su estado— ocasiona el atropello de una persona.)

D) *Especiales comunidades de vida o de peligro*. Cuando una per-

³⁵⁸ Islas, Olga. *Análisis...*, op. cit., supra nota 337, p. 26, notas 4 y 5.

sona pertenece a una de esas especiales comunidades de vida o de peligro, tiene el deber de actuar para evitar la lesión del bien o de los bienes, de los cuales son titulares otros miembros de la comunidad. Naturalmente, los bienes en relación a los que ostenta la posición de garantía han de estar estrechamente vinculados con el funcionamiento de la comunidad de vida o peligro.

La maestra Islas³⁵⁹ expresa que las leyes penales mexicanas no contienen esta regla general; por ello, la autoría en los delitos omisivos "con resultado material" queda restringida a los tipos que manifiestamente la prevén (por ejemplo, el fraude).

Calidad específica. Es "el conjunto de características exigidas en el tipo y delimitadoras de los sujetos a quienes va dirigido el deber".

El campo del sujeto activo, en determinados tipos legales, requiere de determinadas características exigibles y exigidas para la integración del autor material. Casos del parricidio, abusos de autoridad, etcétera.

En estos tipos legales, únicamente pueden ser autores quienes reúnen las calidades respectivas exigidas, porque el deber jurídico va dirigido a ellos concretamente. En consecuencia, la calidad específica reduce, en medida claramente establecida en el tipo legal, la posibilidad de la autoría material. Se trata de una especificación eminentemente subjetiva, que va adosada al sujeto activo de manera sustancial.

Pluralidad específica. En la rebelión, en la coalición de servidores públicos, la asociación delictuosa, etcétera, existe una cierta pluralidad en el sujeto activo. Son tipos en los que la pluralidad de personas físicas debe ser la necesaria y suficiente para posibilitar la facticidad de la lesión del bien jurídico. De ahí, que se hable de una *autoría material necesariamente múltiple*. Por contra en otros, robo, homicidio, en realidad más abundantes, pueden ser concretizados por una sola persona, aunque cabe la posibilidad de la intervención de varias en el específico supuesto fáctico, aquí estaríamos en presencia de una *autoría eventualmente múltiple*.

Sujeto pasivo. Es "el titular del bien jurídico protegido en el tipo". Constituye el elemento típico en el que se singulariza la ofensa inferida a la sociedad.

La semántica del sujeto pasivo depende de la semántica del bien tutelado y, en algunos tipos, se exterioriza mediante la calidad y la pluralidad específicas.

³⁵⁹ *Idem*, p. 27, notas 6 y 7.

Calidad específica. Es "el conjunto de características delimitadoras del sujeto pasivo, en función de la naturaleza del bien tutelado".

Únicamente quien reúne esas características (calidad específica) puede ser sujeto pasivo en el caso concreto. Ejemplo clásico, el estupro: mujer menor de dieciocho años, casta y honesta. Cuando la calidad específica no es señalada, cualquier persona puede ser sujeto pasivo.

Pluralidad específica. El aborto sufrido (producto de la concepción no nacido y mujer embarazada), entre otros tipos legales, señala la exigencia de una cierta pluralidad en el sujeto pasivo para su adecuada integración, en cambio —en otros— abuso de confianza, fraude, etcétera, no se requiere tal pluralidad.

Objeto material. El también denominado objeto de la acción es "el ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo".³⁶⁰

Mezger³⁶¹ lo identifica como objeto de la acción, y entiende que está constituido por aquel objeto corporal sobre el que recae la realización de la acción típica. Estima que el objeto de la acción es un elemento integrante del tipo legal.

En realidad, se trata de un elemento no constante y estrecha y directamente conexas con el bien jurídico. Precisamente este último se materializa en el objeto material.

Esta conexión aludida abre horizonte a la posibilidad de estudiar, bajo una rúbrica común el bien jurídico y el objeto material. Esto —desde luego— no pasa aún del terreno meramente hipotético, pero si la hipótesis resulta verificable y confirmatoria podría superarse la problemática dimanante de un elemento no constante.

En tal supuesto, con ambos elementos podría conformarse uno nuevo, complejo, al que los propios Islas y Ramírez³⁶² entienden cabría denominarlo "objeto del delito", y que ofrecería dos variantes:

- A) Objeto del delito, integrado por el bien jurídico y el objeto material.
- B) Objeto del delito, exclusivamente integrado por el bien jurídico.

Kernel. Señalan Islas y Ramírez³⁶³ que para evitar la adscripción a los que entienden que el núcleo del tipo es el puro verbo, o a los

³⁶⁰ *Idem*, p. 28.

³⁶¹ Mezger, Edmundo, *op. cit.*, *supra* nota 242, t. I, p. 384 y ss.

³⁶² Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *Lógica del tipo...* *op. cit.*, *supra* nota 329, p. 58.

³⁶³ *Idem*, p. 60, nota 1.

que postulan que dicho núcleo es el verbo y algo más, y puesto que —efectivamente— kernel viene a significar “núcleo”, la expresión se utiliza como algo distinto a su manejo tradicional como “núcleo del tipo”.

En definitiva: se opta por eliminar el vocablo núcleo y se habla de kernel. ¿Y en qué sentido se emplea dicha expresión? Restringiéndolo al de conducta típica *stricto sensu*, la sola conducta, tal y como es descrita en el tipo. O bien, la conducta con el resultado material y, por tanto, también el nexo causal; o la conducta con sus modalidades de medios, referencias temporales, referencias espaciales, o referencias de ocasión; o —finalmente— la conducta, las modalidades y el resultado material y el nexo causal.

La definición del kernel la sintetiza Islas³⁶⁴ como “el subconjunto de elementos del tipo necesarios para producir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico”.

El kernel es el subconjunto nuclear del tipo y —a nivel fáctico, es la base para construir el edificio del delito. Es, también, el medio que conduce a la lesión del bien jurídico y, por ello, se integra con aquellos elementos necesarios para producirla.

Esta “necesariedad” implica que la exclusión de uno solo de dichos elementos hace imposible la lesión; de ahí, que el legislador está obligado a formular el kernel conforme a la necesidad expresada.

Kernel y lesión del bien jurídico tienen entre sí una relación de “finalidad”. En consecuencia, los elementos integrantes del kernel son únicos, y cualquiera que se introdujese de más podría resultar redundante, y para nada influiría en el concepto de lesión dando lugar, por otra parte, al impedimento de la univocidad de la interpretación. Todo lo anterior compele al legislador —en cada tipo particular— a una diferente formulación del kernel. De esta manera:

A) En ciertos tipos legales, la necesidad aludida queda satisfecha con la sola conducta: voluntad dolosa o voluntad culposa, actividad o inactividad. *Ejemplos*: atentados al pudor (artículo 260, párrafo primero); omisión de auxilio a personas en peligro (artículo 340); revelación de secreto profesional (artículos 210, 211), etcétera.

B) En otros tipos legales, la necesidad demanda la conducta y el resultado material. *Ejemplos*: robo (artículo 367); lesiones (artículo 290); infanticidio (artículos 325, 327), etcétera.

C) En algunos tipos legales, la necesidad se amplía a la conducta y a las modalidades de medios, referencia temporal, referencia

³⁶⁴ Islas, Olga, *Análisis...*, op. cit., supra nota 337, p. 28, in fine.

espacial o referencia de ocasión. *Ejemplos*: adulterio (artículo 273), estupro (artículo 262), allanamiento de morada (artículo 285), etcétera.

D) Los hay, finalmente, en que la necesidad se extiende a la conducta, al resultado material y a las modalidades. *Ejemplos*: aborto sufrido con violencia (artículos 330, parte final, y 329), robo en casa habitada (artículos 367 y 381 bis), homicidio en riña (artículos 302, 303, fracción II, y 314), etcétera.

Conducta.³⁶⁵ La única conducta proscrita es la señalada en el tipo. Quiere decirse que la no coincidente con la verbalización descriptiva del tipo queda al margen de la figura legal. De ello, resulta el sometimiento inexcusable del legislador a la exigencia derivada del objetivo último y esencial de la norma jurídico-penal: el aseguramiento de una recta y adecuada convivencia social.

Pero, para la consecución de esa convivencia indicada, el legislador ha de describir en el tipo sólo, y precisamente sólo, aquella conducta cuyo desvalor le haya sido trazado por la colectividad; y ha de hacerlo tomando en cuenta su forma de exteriorización: acción u omisión; el olvido de esta exigencia puede dar lugar a resultados inconvenientes: la conducta comunitariamente desaprobada quedaría fuera del tipo y, consiguientemente, continuaría siendo permitida por el derecho penal; por contra, una conducta socialmente aprobada pasaría a quedar incluida entre las delictivas.

La doctora Islas³⁶⁶ concibe la conducta (acción u omisión) como "el proceder volitivo descrito en el tipo". El concepto jurídico-penal de conducta es igual al concepto ontológico de conducta. Si éste se constituye por una voluntad y un hacer algo, o una voluntad y un dejar de hacer algo, aquél se configura con idénticos elementos. La voluntad y la actividad causal definen a la acción; la voluntad y el dejar de hacer algo señalado en el tipo, a la omisión. Puede afirmarse que al legislador se le impone la fuerza de los conceptos ontológicos de acción y de omisión. No puede —por ello— variar los componentes estructurales de ambas nociones.

Voluntad. Sin duda alguna o es dolosa o es culposa. Veamos, pues las dos vertientes.

Dolo. Dentro del modelo que estamos analizando³⁶⁷ el dolo es con-

³⁶⁵ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *Lógica del tipo...*, op. cit., supra nota 329, pp. 60, 61.

³⁶⁶ Islas, Olga, *Análisis...*, op. cit., supra nota 337, pp. 29-30.

³⁶⁷ *Idem*, pp. 31-32; Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, op. cit., supra nota 329, pp. 65-66.

ceptuado como "conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal".

De aquí que —para la definición de la voluntad dolosa— deben tomarse como base los elementos objetivos del tipo, y ello por tres razones:

- a) Los elementos del tipo se clasifican en objetivos y subjetivos;
- b) El dolo es uno de los elementos subjetivos del tipo; y
- c) El objeto al cual se refiere el dolo es precisamente la parte objetiva del tipo.

Se detecta, pues, una coincidencia con el finalismo welzeliano, ya que el concepto de dolo del modelo es correspondiente a un *dolo* no valorado, natural, *neutro*, concepción del dolo como hecho puramente psíquico, con exclusión de toda referencia a los elementos objetivos valorativos del tipo, es decir, del deber jurídico penal y de la violación del deber jurídico penal. Se ensancha la noción del tipo, y se evitan, de paso, las insuperables contradicciones del causalismo.

Pero el aludido ensanchamiento del tipo supone, también, la superación de las contradicciones del finalismo. Con los finalistas hay concordancia en excluir al dolo de la culpabilidad, y ello porque (como ya se ha señalado) el concepto de acción del derecho penal no puede ser distinto del concepto ontológico de acción, del concepto real de acción, ya que los delitos son acciones de la vida real, no son entes metafísicos; son actividades o inactividades, en las cuales el ser humano pone en juego su voluntad.

Pero la superación de las contradicciones finalistas, dimanantes de la ubicación del dolo en dos escalones de la teoría del delito, primeramente, en la acción (lugarización pretípica), y —posteriormente— en el propio tipo, *es realizado en el modelo lógico del derecho penal*.

El dolo se analiza en dos distintos niveles conceptuales: en la teoría de las normas penales y en la teoría de los delitos. *En aquella*, el dolo está incluido en el tipo. *En ésta*, el dolo se encuentra contenido en la conducta particular y concreta ejecutada por el sujeto, es decir, el dolo está contenido en el delito.

Ahora bien, indica Islas,³⁶⁸ si el dolo se construye con fundamento en la parte objetiva no valorativa del tipo, su semántica específica variará en función del tipo pertinente. Semejante tesis permite hablar de un dolo típico, lo que elimina las siguientes cuestiones apócrifas:

³⁶⁸ Islas, Olga, *Análisis...*, cit., p. 33.

a) La doctrina italiana establece la distinción entre dolo genérico y dolo específico. El genérico (con base en el artículo 43 de ordenamiento sustancial penal nacional), es nocificado como un "querer el resultado"; el específico, desprendido de los tipos legales que hacen especial referencia a aspectos subjetivos, lo conciben como dirección específica de la voluntad diferente de la del dolo genérico (móviles de honor en el infanticidio, etcétera).

La teoría alemana, en esta cuestión, entiende estas exigencias subjetivas del tipo justamente como "elementos subjetivos del tipo" o "elementos subjetivos del injusto", independientes del dolo.

Cabe señalar (continúa Islas) que tanto itálicos como teutones inciden en el error de no contemplar la subjetividad en forma unitaria, sino fragmentada; lo que realmente es un artificio, porque la voluntad, recogida por el legislador no es diferente de la existente en la vida real, y esta última nunca es una voluntad fraccionada.

Por otra parte, si tanto el dolo genérico como el específico (italianos), como el dolo y los elementos subjetivos del tipo (germánicos) aluden al contenido del tipo, resulta inexplicable la partición en sectores de los elementos subjetivos.

b) La doctrina tradicional también clasifica el dolo en anterior, concomitante y subsiguiente, sin advertir que un delito es doloso únicamente cuando la actividad o la inactividad son concomitantes con la voluntad.

El dolo directo, el dolo eventual y el dolo de consecuencia necesaria, sí constituyen variantes del dolo típico; por consiguiente, su distinción es necesaria para la explicación integral del dolo.

Así,³⁶⁹ dolo eventual es "conocer y aceptar la concretación de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal". Dolo de consecuencia necesaria aparece cuando el sujeto, "quiere su actividad y conoce que con ella va a producir necesariamente consecuencias típicas".

Culpa. La concreción definitiva de la culpa supone la consideración de cuatro conceptos:

Previsibilidad = es previsible la lesión típica.

Provisibilidad = existe la posibilidad de proveer.

Previsión = se prevé la lesión típica.

Provisión = se provee el cuidado posible y adecuado para no producir (o evitar), la lesión típica.³⁷⁰

³⁶⁹ Islas, Olga, "Contenido de las normas penales", *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981)*, México, UNAM, 1982, p. 57, in fine.

³⁷⁰ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *op. cit.*, supra nota 329, p. 67.

Utilizando estos cuatro conceptos, Islas afirma que "existe culpa cuando no se provee el cuidado posible y adecuado para no producir, o en su caso evitar, la lesión del bien jurídico, previsible y provisible, se haya o no previsto".

Quiere decirse que la *previsibilidad* supone que el sujeto tiene la posibilidad de prever la lesión del bien jurídico; la *provisibilidad* significa que el sujeto tiene la posibilidad de poner en juego el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión del bien; la *previsión* es el hecho psíquico real de prever la lesión del bien; y la *provisión* es el poner efectivamente en juego el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión del bien.³⁷¹

Para Islas, entre los conceptos citados, *el núcleo de la culpa reside en la no provisión del cuidado posible y adecuado*. Si el sujeto prevé la concreción del tipo y confía en que tal suceso no ocurra, ello carece de relevancia cuando falta la previsibilidad o se pone en juego el cuidado posible y adecuado. En ambos casos no se integra la culpa. En consecuencia, la diferenciación de la teoría tradicional entre culpa consciente o inconsciente pierde su importancia en la conceptualización.

Elemento externo. Puede consistir en actividad o inactividad.

Actividad (hacer algo). La actividad causal es el elemento material de la conducta activa *y consiste en un movimiento corporal*. Pero, no se trata de un hacer cualquiera *sino de un hacer algo típico*; la actividad causal viene definida en términos del tipo.

Islas³⁷² define la actividad como "el movimiento corporal descrito en el tipo, idóneo para producir la lesión del bien jurídico y que en la consumación la produce porque no es interferido por ningún factor opuesto a la lesión, y en la tentativa no la produce porque sí es interferido por alguna causa ajena a la voluntad del sujeto activo".

En los tipos carentes de un resultado material, la descripción del legislador indica —expresamente— la actividad constitutiva de la acción, la pertenencia de dicha actividad al tipo ninguna duda suscita.

Por contra, en los tipos señaladores de un resultado material, no siempre aparece evidente la pertenencia del hacer algo al tipo. Los reiterados autores mexicanos³⁷³ citan al homicidio. La expresión "privar de la vida a otro" parece —por su aparente amplitud— escapar a la restricción propia que el tipo representa; no obstante, el verbo "privar" alude a un hacer "algo" claramente definido: únicamente es de interés para el tipo la actividad que se traduce en "privar de la vida a otro".

³⁷¹ Islas, Olga, *Análisis...*, op. cit., supra nota 337, p. 34, ab initio.

³⁷² Islas, Olga, op. cit., supra nota 369, pp. 57, in fine, y 58, ab initio.

³⁷³ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, op. cit., supra nota 329, pp. 71, 72.

Inactividad (no hacer algo). Su esencia radica en el no ejecutar la acción exigida en el tipo. No es un no hacer cualquiera, sino un no realizar una actividad determinada previamente por el tipo. *Es un no hacer típico*.

En una definición eminentemente descriptiva, Islas³⁷⁴ conceptúa la inactividad como

la no realización del movimiento corporal ordenado en el tipo, idóneo para no evitar la lesión del bien y que en la consumación, no la evita porque no es interferida por ninguna causa opuesta a la lesión y, en la tentativa, no la produce porque es interferida por alguna causa ajena a la voluntad del sujeto activo.

En la omisión sin resultado material, el tipo describe expresamente la inactividad en términos de la acción ordenada. En la omisión con resultado material, el tipo —de manera expresa— señala el resultado material, así como la inactividad que el legislador vincula o asocia a ese resultado material.

Indica Islas³⁷⁵ que en el Código Penal mexicano existe un muy pequeño número de tipos de omisión con resultado material. Y añade que la ampliación que los juristas mexicanos hacen de los tipos de acción, con resultado material para incluir en ellos a la omisión (comisión por omisión), carece de fundamentación legal, ya que no existe, en la parte general del ordenamiento jurídico positivo, regla alguna que permita o autorice dicha ampliación. Afirmando que, de esa forma, los juristas incurren en una integración de los tipos legales, claramente violatoria del artículo 14 constitucional.

Resultado material. "Es el efecto natural de la actividad, descrito en el tipo."³⁷⁶

Es elemento que aparece exclusivamente en algunas figuras legales, siendo la relación "de medio a fin" en que se encuentren el *kernel* y la lesión del bien lo que determina su eventual presencia en el tipo.

Es necesario cuando, y solamente cuando, la lesión del bien resulta imposible de no figurar en el *kernel* respectivo un resultado material; de ser posible la lesión, el tipo no debe exigirlo. La mencionada *relación de finalidad* obliga al legislador a seleccionar (de

³⁷⁴ Islas, Olga, *op. cit.*, *supra* nota 369, p. 58.

³⁷⁵ Islas, Olga, *Análisis...*, *op. cit.*, *supra* nota 337, p. 34.

³⁷⁶ *Idem*, p. 34, *in fine*.

entre todos los efectos naturales de la acción) el que debe incluir en el *kernel*.³⁷⁷

La inclusión en el *kernel* depende, por consiguiente, de la necesidad y de la idoneidad para producir la lesión. Necesidad e idoneidad (respecto de la lesión), es determinante esencial para considerar en el particular tipo típico un cierto resultado material. Se trata de un elemento sintético, es decir, su regulación normativa obedece a razones de pragmática legislativa.

El "efecto natural típico de la acción" también ha de tomarse en cuenta para la omisión; pero hay que dejar claramente sentado que *el resultado material no es efecto de la omisión*. *Stricto sensu*, ni siquiera es correcto hablar de resultado material. Hay un proceso causal atípico, uno de cuyos efectos coincide con el efecto natural típico de la acción; por esto último, es atribuido a quien, siendo garante de su evitación, no lo ha evitado en el caso concreto.

Las doctrinas tradicionales, en su noción del resultado material, lo bifurcan en dos sentidos significacionales: el que denominan resultado jurídico (formal), y el que llaman resultado material.

El maestro Porte Petit³⁷⁸ estima como plenamente válidas para la elaboración conceptual del resultado tanto la concepción jurídico-formal como la naturalística-material, en concordancia con la descripción del tipo legal. En los supuestos en que el tipo describe una mera conducta, la realización de tal comportamiento produce una mutación jurídica, todo ello con independencia de que —también— se lleve a cabo una modificación del mundo exterior. Pero (junto a esos supuestos señalados) existen otros en que el tipo exige un resultado material, y al producirse éste se detecta la presencia de un resultado jurídico-formal y naturalístico-material al mismo tiempo. En definitiva, Porte Petit entiende como resultado "la mutación jurídica o jurídica y material, producida por un hacer (acción), o un no hacer (omisión)".

Acción y resultado material. La relación conexional entre ambos elementos originó la problemática de la causalidad, sobre la que se han escrito millares de páginas en un esfuerzo que, personalmente, estimamos muy inferior a la parvedad de sus resultancias efectivas.

Parte del desbarajuste es atribuible a la desacertada sistemática construida acerca del delito, y otra no despreciable porción corresponde a la irrupción —en la ciencia jurídico penal— de las teorías referentes al vínculo causal dominantes hasta el siglo XIX. Teoría de la

³⁷⁷ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *op. cit.*, *supra* nota 329, p. 75.

³⁷⁸ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, México, Ed. Jurídica Mexicana, 1969, p. 328 y ss.

equivalencia de las condiciones; teoría de la condición más eficiente; teoría de la causalidad adecuada; teoría de la preponderancia; teoría de la condición productora de la fuerza; teoría de la condición decisiva, en el conjunto social, para la producción del resultado; teoría de la relevancia; teoría de la circunstancia generalmente favorecedora; teoría de la causa próxima; teoría de la causa humana exclusiva, etcétera. (Glaser, Von Buri, Von Birkmeyer, Von Kries, Binding, Kohler, Nagler, Mezger, Traeger, Ortmann, Antolisei).³⁷⁹

La aparición de Hans Welzel con su finalismo, al situar el dolo y la culpa en la conducta (entienden Islas y Ramírez), sin resolver el problema completamente, permite —no obstante— reducir en buena medida el marco conexional. El modelo lógico matemático proporciona las bases para su adecuada solución, en una especie de triada, donde, imaginativamente, podemos situar la tesis en el causalismo, la antítesis en el finalismo, y la síntesis en el modelo lógico matemático.

Al derecho penal (señalan Islas y Ramírez)³⁸⁰ no le interesa el "conjunto de las condiciones", ni tampoco cualquiera de ellas; regula, y solamente, la causa puesta en juego por el agente del delito. Tal es el alcance semántico del verbo utilizado en la descripción legal. La causalidad aparece —en el derecho penal— para determinar, en el homicidio, la causa productora de la muerte. Por ejemplo, es causal toda acción (entendido el término en el sentido de actividad típica), que se resuelve en un "privar de la vida a otro"; y no es causal toda acción que no satisface esa propiedad.

Se entiende, por supuesto, que la acción no desemboca —de modo directo— en el resultado material. Entre ambos extremos (acción y resultado material) tiene lugar una cadena causal. La acción es el primer eslabón en la serie causal; el efecto inmediato es —a su vez— causa de otro posterior y así, sucesivamente, hasta el resultado material. La causa está dada por la acción; el nexo causal, por el proceso naturalístico contemplado en su totalidad.

Pero ocurre, que del homicidio la causalidad es extendida a otras figuras, hasta convertirse, para los causalistas, en problema de todos los delitos. El trastorno, que lo anterior produce, es de mucha consideración, ya que el nexo causal sólo debe ser planteado en los tipos de acción con resultado material. Es una conexión entre sucesos naturales.

En parte, los juristas advirtieron su error y excluyeron del debate a los delitos de simple conducta; y no porque algunas acciones no pro-

³⁷⁹ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *op. cit.*, *supra* nota 329, p. 76, núm. 23.

³⁸⁰ *Idem*, p. 76, nota 24.

duzcan efectos naturales (todas las acciones humanas originan efectos siempre el legislador toma en cuenta esos efectos y —por ello— tan naturales y, por tanto, en todas hay un nexo causal) sino porque no poco al nexo causal.³⁸¹

Pero, siendo la acción un elemento del tipo, resulta obvio que la causa está limitada por la figura legal; dicho de otra forma: la causa es típica, constituyendo el contenido semántico de la acción la justificación de lo típico de la causa. El nexo causal es, asimismo, típico y lo es porque sus dos polos (acción y resultado material) son elementos del tipo.

De lo afirmado, *ut supra*, dimanan dos restricciones necesarias en derecho penal: una referente a la causa, y otra a la relación de causalidad. En función de la primera, causa es únicamente la acción típica; por la segunda, la serie causal no se inicia antes de la acción, ni se extiende más allá del resultado material.

Ahora bien, como la teoría de la estructura causal del mundo físico ha sido sustituida —en la física moderna— por la teoría de la estructura de probabilidad, la relación *si-entonces siempre* (*expresión lógica de la causalidad*) ha cedido su lugar a la relación *si-entonces muy probablemente* (*expresión de la lógica probabilística*). La implicación necesaria es desplazada por una implicación a la que se asocia una medida de probabilidad.

Como la presencia de la “causalidad” es declarada *a posteriori*, ningún problema surge con la nueva concepción. En efecto en el procedimiento penal el juzgador se auxilia de peritos para la determinación de la medida de probabilidad. De esta manera, cuando se tiene un grado de certidumbre suficiente para declarar que una acción “X” es causal respecto a un resultado material “Y”, se considera existente la causalidad. No ha de exigirse una certidumbre absoluta, porque siempre habrá la posibilidad contraria, por mínima que sea la probabilidad.³⁸²

Islas³⁸³ puntualiza que —por algunos juristas, los más— se estima que, también, en la omisión hay una conexión causal. Esto es una distorsión del acontecer fenoménico. *En la omisión hay una relación de normatividad*. La causación es propia de los delitos por acción. En rigor, el nexo causal es una línea de conexión objetiva entre la actividad y el resultado material, en la que no entra en juego la voluntad. Da lo mismo que la actividad sea dolosa, culposa o fortuita.

Esta causación de orden ontológico-naturalístico y no simplemente

³⁸¹ Islas, Olga, *Análisis...*, *op. cit.*, *supra* nota 337, p. 35.

³⁸² Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *op. cit.*, *supra* nota 329, p. 77.

³⁸³ Islas, Olga, *Análisis...*, *op. cit.*, *supra* nota 337, pp. 35-36, nota 14.

gnoseológico, es una conexión constante, unívoca y de carácter genético entre acontecimientos naturales. *Constante*, porque la conexión se produce invariablemente (conexión necesaria, la causación es sólo una entre varias categorías de determinación; la ciencia moderna emplea muchas categorías *no causales* de determinación o producción legal, tales como la determinación estadística, la determinación estructural, la determinación dialéctica, la determinación teleológica, etcétera; son estas categorías *no causales* las que se expresan en términos de probabilidad); *unívoca*, por la correspondencia recíproca "uno a uno" entre la causa y el efecto, es decir, que la conexión entre causa y efecto es tal que sólo hay un efecto para cada causa y sólo hay una causa para cada efecto; *genética*, porque el efecto no está simplemente *acompañado* por la causa, sino *engendrado* por ella.

Islas³⁸⁴ entiende que —en el derecho penal— la "causa" es "la actividad del sujeto activo en adecuación a la semántica del verbo típico". Y el "nexo causal" es "el proceso naturalístico relacionante de todos los efectos consecutivos a la actividad, el último de los cuales es el resultado material".

Omisión y resultado material. Edmundo Mezger,³⁸⁵ en su *Tratado de derecho penal*, excelentemente traducido por el malogrado juspenalista hispano José Arturo Rodríguez Muñoz, se cuestiona la difícilísima teorización de los llamados delitos de comisión por omisión. En esa dirección, señala el gran penalista teutón, la complicada problemática reside en el hecho de que, en tales supuestos delictuales, se imputa al agente un resultado externo que va más allá de las fronteras de su conducta corporal. Preguntándose si es posible considerar el surgimiento de algo de la nada. La solución consiste no en ese imposible desiderátum de sacar algo de la nada, sino en considerar que en los impropiamente denominados delitos de comisión por omisión solamente pueden ser fundamentados no "desde dentro" (internamente), sino —al igual que en los de omisión— "desde fuera" (externa, *normativamente*). Luego el núcleo esencial del delito omisivo queda ubicado en la "acción esperada", cuando ésta, de haber sido realizada, hubiera impedido el resultado repudiado por el ordenamiento jurídico puede ser afirmado que la omisión es causa del resultado. Aún así, la explicación ofrece notables aristas de oscuridad, cuando menos expresivas.

Pero lo que realmente sucede es que la omisión no es causa del resultado material. Hay que montar una complejísima secuencia explicacional (como en el razonamiento mezgeriano), hablando de acción

³⁸⁴ *Idem*, p. 36, *in fine*.

³⁸⁵ Mezger, Edmundo, *Tratado...*, *op. cit.*, *supra* nota 242, t. I, pp. 294-299.

esperada, y exigida, deber de actuar y un muy complicado etcétera, recurriendo al basamento de nociones ajenas al propio concepto, como prueba palmaria de la inseguridad de sus mismos partidarios respecto de la causalidad de la omisión.

Causalidad podrá haberla entre la acción esperada y ordenada y la no producción del resultado. Pero no es esta relación causal la buscada en la omisión.³⁸⁶ Y nada se consigue acudiendo a la noción del deber jurídico de actuar; antes, al contrario, introducimos un elemento más de confusión y de contradicción: la omisión del que tiene el deber de actuar sería causal y la omisión de quien no tiene ese deber no sería causal; efectivamente, ello supone una distorsión de la causalidad; así siendo el concepto de orden natural queda transformado en mera ficción de índole normativa.

En definitiva: la omisión y el resultado material se ligan entre sí, no por causalidad, sino por la posición de garantía en que se encuentra colocado el autor para la salvaguarda del bien. Es una relación de índole normativa y no de orden natural.

El resultado material se asocia a la inactividad del garante por el deber que éste tenía de evitarlo; o sea, al garante se le atribuye la autoría en la producción del resultado, no porque lo haya causado, sino por no haberlo evitado.³⁸⁷

Por consiguiente, el *nexo normativo* es "la relación jurídica que atribuye el resultado material a la inactividad del sujeto activo señalado en el tipo como garante de la evitación de ese resultado".³⁸⁸

*Modalidades.*³⁸⁹

A) Medios. Son el instrumento a la actividad distinta de la conducta, exigidos en el tipo, empleados para realizar la conducta o producir el resultado.

B) Referencia temporal. Es la condición de tiempo o lapso, descrita en el tipo, dentro de la cual ha realizarse la conducta o producirse el resultado.

C) Referencia espacial. Es la condición de lugar, señalada en el tipo, en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.

D) Referencia de ocasión. Es la situación especial, requerida en el tipo, generadora de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado.

³⁸⁶ Islas, Olga y Ramirez, Elpidio, *Lógica del tipo...*, op. cit., supra nota 329, pp. 77-78.

³⁸⁷ Islas, Olga, *Análisis...*, op. cit., supra nota 337, p. 37, ab initio.

³⁸⁸ Islas, Olga, "Contenido de las normas penales", op. cit., supra nota 369, p. 58.

³⁸⁹ Islas, Olga, *Análisis...*, op. cit., supra nota 337, p. 38.

Lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Sabemos que la tendencia, a nuestro juicio irreversible, en la moderna concepción del derecho penal (enmarcado en el plano político real del "Estado social y democrático de derecho"), es la de singularizar como inesquivable el rango social de los bienes protegidos. Se trata de bienes esenciales para la recta convivencia social, fin último de todo el derecho, y —obviamente— del *jus puniendi*.

En esta tesitura, la lesión a los intereses de la sociedad, dimanante de la conducta del hombre (por reprobable que sea), no acarreará ninguna consecuencia penal si el derecho punitivo no ha tomado bajo su tutela el interés afectado. Con la creación del tipo legal, el interés pasa a la categoría de bien jurídico; y la lesión respectiva es, ya, una lesión (o puesta en peligro) de ese bien jurídico.

Lesión del bien jurídico es "la destrucción, disminución o comprensión del bien, contempladas en el tipo"; *la puesta en peligro o peligro de lesión* es "la medida de probabilidad, señalada en el tipo, asociada a la destrucción, disminución o comprensión del bien jurídico".

Tras las anteriores definiciones, Islas³⁹⁰ indica que la lesión del bien jurídico y la puesta en peligro del mismo son conceptos fundamentales, que nada tienen que ver con la violación del deber jurídico penal (impropiamente denominada antijuridicidad) ni con el pseudo problema llamado resultado formal.

Llega a más la juspenalista mexicana, afirma que:

El llamado 'resultado formal' no es más que un artificio, pues el contenido que le asignan configura o la lesión del bien jurídico o la violación del deber jurídico penal. La identificación de la lesión o puesta en peligro con la antijuridicidad material, es equivocada, porque puede haber lesión del bien sin que haya violación del deber jurídico penal; tal es el caso del homicidio en legítima defensa.

Si la finalidad de las normas jurídico-penales es la protección de los bienes jurídicos respecto de las conductas (específicamente descritas en los tipos), que los lesionan o ponen en peligro, entonces tanto el bien como la lesión o, en su caso, la puesta en peligro son elementos del tipo. La lesión del bien jurídico es elemento del tipo de consumación y la puesta en peligro es elemento del tipo de tentativa.

En el modelo, que viene siendo objeto de nuestra atención (y siguiendo con el ejemplo de la destrucción del bien jurídico vida), *Islas*

³⁹⁰ *Idem*, p. 38, *in fine*, nota 19, y p. 39.

y Ramírez³⁹¹ establecen que dicha destrucción no configura cualquier lesión (esto es lo fundamental); cuando se priva de la vida a un ser humano, no se lesiona el honor, ni la libertad sexual, ni el normal desarrollo psicosexual, etcétera; *el único bien afectado es la vida humana*. Ningún otro bien entra en juego, porque la protección dimanante del tipo típico de homicidio se concreta a la vida humana. *No es, pues, cualquier lesión: es una lesión típica. Más preciso aún: la lesión es un elemento del tipo y por tanto, también, la puesta en peligro.*

Y concluyen: este elemento del tipo (por fin perfectamente identificado con sus propias características) llena el vacío existente en la teoría del delito (también es elemento de la entidad delictiva); todavía más: le confiere a ésta la explicación y sentido de que carecía, justificando, en último término, la existencia misma del derecho penal.

En consecuencia, puede decirse, y así lo afirman los reiterados autores,³⁹² que en el elemento referenciado están incluidos dos conceptos distintos: a) la lesión del bien jurídico; y b) la puesta en peligro del bien jurídico. Como se ha dicho, con anterioridad, el primero es asociado al tipo de consumación, y el segundo al tipo de tentativa. De lo sostenido se infiere que: los tipos de consumación excluyen la puesta en peligro, y los tipos de tentativa excluyen la lesión.

Pero resulta, como obviamente puede comprenderse, que los tipos, tal como se nos aparecen en la parte especial o en las leyes penales especiales, son tipos de consumación. *¿Luego cómo se obtiene un tipo de tentativa?*

Los tipos de tentativa se consiguen sustituyendo, en el respectivo tipo típico, la lesión del bien jurídico por la puesta en peligro del mismo. Dicha puesta en peligro está consagrada en el artículo 12 del Código Penal distrital en lo común, y para toda la República en lo federal. Así que el tipo de tentativa se obtendrá de la conexión normativa de sentido entre el tipo consumatorio, que se intente analizar, y el mencionado artículo 12.

En el caso del homicidio, la *norma jurídica fundamental del consumado* se integrará por *el tipo*, descrito en el artículo 302 del cuerpo punitivo referenciado, y *la punibilidad* señalada en el artículo 307. En cambio, *en la tentativa*, la norma jurídica fundamental se constituirá por *el tipo* de los artículos 302 y 12, y *la punibilidad* indicada en los artículos 63 y 307. La diferenciación de los dos tipos (consumación y

³⁹¹ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *Lógica del tipo...*, op. cit., supra nota 329, p. 83.

³⁹² *Idem*, p. 84.

tentativa) aparece nitidamente: el de consumación en el artículo 302 y el de tentativa en los artículos 302 y 12.

Islas³⁹³ puntualiza que la construcción se lleva a cabo, por una parte, sustituyendo en el tipo de consumación, y a base del artículo 12, los elementos discordantes y, por otra, eliminando del propio tipo de consumación los elementos innecesarios de acuerdo con el mismo artículo 12. Únicamente con esta base normativa es válido el análisis de cualquier tentativa de delito.

Y es que el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, de absoluta plenitud vigencial en el universo jurídico mexicano, impide el prescindir de un fundamento normativo, que describa, con toda precisión, los elementos configurativos de la tentativa.

Violación del deber jurídico penal. Islas³⁹⁴ señala que "es oposición, al deber jurídico penal, de la conducta que, al lesionar o poner en peligro el bien tutelado en el tipo, no va a salvar bien jurídico alguno o es innecesaria por existir otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva".

La anterior definición (indica Islas)³⁹⁵ pone de manifiesto que tanto la violación del deber jurídico penal (impropiamente denominada anti-juridicidad por las doctrinas tradicionales) como la llamada exigibilidad de la conducta adecuada a la norma se sustentan en los mismos fundamentos: en ambas, el sujeto no tiene necesidad de actuar, sea porque no va a salvar bien jurídico alguno, o porque tiene a su alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva. A la inversa (prosigue Islas), las causas de justificación y las causas de inculpabilidad por no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, tienen la misma naturaleza: el sujeto actúa para salvar un bien jurídico no notoriamente inferior y carece de otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

Por ello, en el modelo lógico la exigibilidad, con su correspondiente aspecto negativo, se sustraen del ámbito de la culpabilidad, y se les incluye en el de la violación del deber jurídico penal.

En el modelo lógico la actividad o la inactividad dolosa o culposa, que sin necesidad lesiona o pone en peligro al bien tutelado, contradice

³⁹³ Islas, Olga, *Análisis... op. cit., supra* nota 337, p. 39, nota 20 y p. 40, misma nota *in fine*. Existe un excelente trabajo de Islas y Ramírez, "La tentativa en el derecho penal mexicano", publicado en la *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, México, núm. 7, agosto, 1965, pp. 201-212.

³⁹⁴ Islas, Olga, *Análisis... op. cit., supra* nota 337, p. 39.

³⁹⁵ Islas, Olga, *La antijuridicidad. Su estructura y consecuencias ante las nuevas doctrinas*, México, UNAM, Facultad de Derecho (la versión a mi disposición es una simple copia mecanografiada, sin fecha), p. 42-44.

exclusivamente al deber que está implícitamente dado en el propio tipo legal. Ningún otro deber jurídico es vulnerado.

La violación del deber jurídico no está dada en el total ordenamiento legal. ¿Puede creerse que, cuando se priva de la vida a un ser humano, por ejemplo, se violan los deberes jurídicos contenidos en las normas jurídicas reguladoras del cheque, el divorcio, la letra de cambio, la huelga, etcétera?

Vistos desde un plano general, son deberes del total ordenamiento legal; así que resultarían violados todos ellos de ser cierta la tesis de que la violación del deber jurídico (antijuridicidad para los tradicionalistas) se desprende del ordenamiento jurídico considerado en su totalidad. La tesis mencionada conduce a ese absurdo llevada a sus últimas consecuencias.

En otras palabras: con una concreta conducta no se contradice el total ordenamiento jurídico.

Por otra parte, limitando la teoría (para contextualizarla exclusivamente en el ámbito del derecho penal), se desemboca en el mismo absurdo. Reiterando el ejemplo: cuando se priva de la vida a un hombre, no se están violando los deberes contenidos en los tipos típicos relativos al robo, al fraude, a la revelación de secretos, a la difamación, etcétera; el único deber jurídico, que resulta violado, es el contenido en el tipo típico respectivo: "no matarás", o bien, "debes salvar la vida de la cual eres garante".³⁹⁶

Lo anterior es razón de peso suficiente para rechazar tanto la denominada antijuridicidad general como la especial.

En cuanto a la dualidad antijuridicidad "formal-material", ésta es una consecuencia de la descoordinación vinculativa, con que son concebidos los textos legales: por un lado, el tipo y, por otro, las causas de justificación. La simple coordinación de dichos textos transforma en vacías a las nociones de antijuridicidad formal y material.

Finalmente (apostilla Islas)³⁹⁷ la oposición entre la antijuridicidad objetiva y subjetiva, desde el mismo instante de su aparición, fue producto de un auténtico despropósito.

Lo realmente puesto en discusión era la conjunción o separación de los elementos de la conducta. Se trataba de una discusión sobre el contenido de la conducta y no sobre la antijuridicidad, cosa superada en el modelo lógico.

Todo cuanto va expuesto, aconsejó desestimar —en el modelo lógi-

³⁹⁶ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *Lógica del tipo...*, op. cit., supra nota 329, pp. 88-89.

³⁹⁷ Islas, Olga, *La antijuridicidad...*, op. cit., supra nota 395, pp. 43-44.

co— la terminología de la antijuridicidad y sustituirla por la expresión “violación del deber jurídico penal”, más de acuerdo con el marco teórico del modelo lógico.

La violación del deber jurídico penal, considerada como mera descripción dada por el legislador, es un elemento del tipo. En cambio, la particular y concreta violación del deber jurídico penal es un elemento del delito.

En esta consideración, el tipo no es *ratio cognoscendi*, ni *ratio essendi* de la concreta violación del deber jurídico penal. La tipicidad, tampoco lo es, y ello porque para la total tipicidad tiene que haber, primero, tipicidad de la conducta y, después, tipicidad de la violación del deber jurídico penal.

Puede concluirse (y así lo hacen Islas-Ramírez)³⁹⁸ que la confusión de las teorías tradicionales dimanaban en buena parte del manejo conceptual, ya que a la noción le atribuyen distintas connotaciones, con lo cual la “antijuridicidad” (violación del deber jurídico penal, para el modelo lógico matemático) les queda flotando en un ambiente de enrarecimiento y confusionismo.

Una cosa es (afirman los reiterados juspenalistas mexicanos) que sea posible o no la distinción de la antijuridicidad en penal, civil, administrativa, mercantil, etcétera, y otra muy distinta es que la “particular” violación del deber jurídico penal (inapropiadamente denominado antijuridicidad, injusto, ilicitud, etcétera) se desprenda del total ordenamiento jurídico, exclusivamente del ordenamiento jurídico penal o —como se deriva del modelo lógico— tan sólo del correspondiente tipo típico.

Ya Edmundo Mezger³⁹⁹ había entrevisto algo de esto, cuando afirmaba que no toda acción antijurídica es punible, para que ello acaezca es necesario que el derecho penal la haya descrito, previamente, en un tipo especial.

Islas-Ramírez señalan que el principio de la “excepción regla” “elaborado para decidir sobre el caso concreto”, demuestra la existencia de la confusión. Los partidarios del principio resuelven la presencia de la “antijuridicidad”, en el caso particular, en una forma negativa: una conducta es antijurídica cuando, siendo típica, no está amparada por alguna causa de licitud. Ahora bien, como las causas de licitud aparecen diseminadas en todo el ordenamiento legal, de ello concluyen que tal

³⁹⁸ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *Lógica del tipo...*, op. cit., supra nota 329, pp. 86-88.

³⁹⁹ Mezger, Edmundo, *Tratado...*, op. cit., supra nota 242, t. I, pp. 375-377.

cosa es favorecedora al criterio erróneo de que la "antijuridicidad" se obtiene del ordenamiento jurídico en su integridad.

Pero el "principio de la excepción regla" es (conforme a Islas-Ramírez) falso por completo. Las causas de licitud únicamente expresan el aspecto negativo de la violación del deber jurídico penal, mas no el positivo. Ni el tipo dice cuándo está permitido dejar de cumplir el deber, ni el total derecho vigente lo impone. Lo primero, en razón de técnica; y lo segundo, porque el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* lo impide.

En resumen: si el deber jurídico penal es elemento del tipo, la violación de aquél, necesariamente, está determinada por el tipo.

Antes de pasar a la problemática de los elementos del tipo en las teorías tradicionales (término, que, reiteramos, abarca tanto a la sistemática causalista como a la finalista) terminaremos por exponer en relación al modelo lógico, la clasificación de los citados tipos legales.

Clasificación de los tipos legales en el modelo lógico. Los tipos legales se clasifican o bien con base en alguno de sus elementos, o bien con fundamento en la conjuntitud de todos ellos.

Según el *primer criterio* (o sea, conforme a alguno de sus elementos) los tipos pueden ser:

1) *En atención al bien jurídico:* simples y complejos. *Tipo simple* es el que garantiza la tutela de un sólo bien jurídico. *Tipo complejo* es el protector de dos o más bienes jurídicos.

2) *En orden al sujeto activo.* A) Referente a la calidad específica: comunes o especiales; B) en relación a la pluralidad específica: monosubjetivos o plurisubjetivos. *Tipo común* es el que no describe calidad específica alguna y —por tanto— puede ser concretizado por cualquier persona. *Tipo especial* es el que sí exige una calidad específica y —por consiguiente— sólo puede ser concretizado por quien cumpla esa calidad. *Tipo monosubjetivo* es el que no requiere más de un sujeto para su concreción. *Tipo plurisubjetivo* es el que exige dos o más sujetos para su concreción.

3) *En relación al sujeto pasivo.* I) Atendiendo a la calidad específica: impersonales y personales. II) Enfatizando la pluralidad específica: monosubjetivos o plurisubjetivos. *Tipo impersonal* es el que no describe calidad específica alguna. *Tipo personal* es el que sí exige una calidad específica. *Tipo monosubjetivo* es el que no requiere más de un sujeto pasivo. *Tipo plurisubjetivo* es el que exige dos o más sujetos pasivos.⁴⁰⁰

4) *En función del kernel.* A) de acción; B) de omisión; C) doble-

⁴⁰⁰ Islas, Olga, *Análisis...* op. cit., supra nota 337, pp. 40-41.

mente activos; D) doblemente omisivos; E) mixtos de acción y omisión; F) dolosos; G) culposos; H) unisubsistentes, que necesariamente se concretizan con una sola actividad; I) plurisubsistentes, que necesariamente se concretizan con varias actividades; J) unisubsistentes o plurisubsistentes, que son susceptibles de concreción por una o varias actividades; K) instantáneos, cuya sola concreción produce la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico y el agotamiento de éstas; L) instantáneos con efectos permanentes, cuya sola concreción produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y el agotamiento de éstas, pero con prolongación de los efectos durante un cierto tiempo; M) permanentes, cuya sola concreción produce la lesión del bien jurídico, lesión que prolonga durante un cierto tiempo; N) de resultado material; O) de mera conducta; P) con modalidades; Q) de formulación libre; R) de formulación casuística.

5) *Respecto de la pluralidad de supuestos en cualesquiera de los elementos. Conjuntivamente formados o disyuntivamente formados.*

De conformidad con el *segundo criterio* (es decir, según la fundamentación en base al conjunto de todos los elementos del tipo) *pueden ser*: a) fundamentales; b) autónomos; c) especiales (calificados o privilegiados); d) complementados (calificados o privilegiados).

Tipo fundamental es el que no deriva de otro tipo y sirve para generar nuevos tipos. *Tipo especial* es el que surge con vida propia al sustituir, o agregar, uno o varios elementos en el fundamental. *Tipo complementado* es el que surge con vida subordinada al sustituir, o agregar, uno o varios elementos en el fundamental. Ahora bien, ese tipo especial, o en su caso el complementado, es *calificado* cuando el nuevo elemento trae como consecuencia un aumento en la punibilidad, y es *privilegiado* cuando el nuevo elemento da lugar a una disminución en la punibilidad.⁴⁰¹

Expuesta la clasificación de los tipos en el modelo lógico, todavía antes de pasar (tal como hemos señalado *ut supra*) a la breve exposición de los elementos del tipo en las teorías tradicionales, queremos —para dejar terminada la tarea en cuanto al multicitado modelo— referirnos a la punibilidad como completitud definitiva del contenido de la norma jurídico penal.

Sabemos que la teoría general de las puniciones, de las penas y de las medidas de seguridad se construye con el mismo procedimiento metodológico, utilizado en referencia a las normas jurídico penales y a los delitos. Ello nos exime, por obvias razones de economía expositiva

⁴⁰¹ *Idem*, p. 41, *in fine*.

y para evitar la farragosidad inherente a toda repetición, de entrar en mayores detalles e irnos directamente a la cuestión.

Naturalmente, y por las mismas razones invocadas, sólo nos interesa —a estas alturas del presente trabajo— algo muy concreto, muy preciso y muy conciso; realmente, hemos de emplear un criterio sintético deliberadamente elusivo de innecesarias divagaciones, o de volver sobre lo ya expuesto.

Los dos integrantes de la norma jurídico-penal son la descripción de la conducta prohibida o mandada (tipo), y la descripción de la amenaza (punibilidad).

La punibilidad, por ubicarse en el universo normativo (como señala De la Barreda Solórzano)⁴⁰² tiene las mismas características del tipo. Es decir: a) generalidad, porque se dirige a todos los individuos; b) abstracción, pues no se refiere a un caso concreto sino a todos los que acaezcan mientras la norma esté vigente; y c) permanencia, dado que subsiste, se aplique o no, en tanto subsista la norma.

Entonces, la punibilidad es independiente y previa, a la comisión del delito. No es restricción ni privación de un bien. Es, sencillamente una amenaza, una advertencia que el legislador concreta en un texto legal.

Islas⁴⁰³ nos indica que la punibilidad es "conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste".

De esa conceptualización se deriva lo siguiente:

- a) La punibilidad es una mera descripción general y abstracta;
- b) es elaborada exclusivamente por el legislador;
- c) es, únicamente, conminación de privación o restricción de bienes;
- d) la legitimación del legislador, en orden a la punibilidad, está basada en la necesidad social. Sin necesidad social, el legislador carece de legitimación;
- e) la punibilidad está dada sólo para sujetos imputables;
- f) la punibilidad es el medio que determina la inhibición de tales sujetos;

⁴⁰² Barreda Solórzano, Luis de la, "Punibilidad, punición y pena de los sustitutivos penales", *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981)*, México, UNAM, 1982, pp. 69-70.

⁴⁰³ Islas, Olga, *Análisis...*, op. cit., supra nota 337, p. 42, ab initio; "Contenido de las normas penales", op. cit., supra nota 369, p. 58, in fine, y p. 59.

g) la función de la punibilidad es la protección de bienes a través de la prevención general;

h) la punibilidad debe ser idónea para la prevención general;

i) la clase de punibilidad depende de la clase de bien tutelado;

j) cuantitativamente la punibilidad depende del valor del bien tutelado, del dolo, o de la culpa, y de la lesión (consumación), o puesta en peligro (tentativa), del bien tutelado;

k) no hay delito sin la existencia previa de la punibilidad;

l) La punibilidad es distinta de la punición y de la pena; y

m) la punibilidad es fundamento de la punición y de la pena.

Por otra parte, la punibilidad es un intervalo, que va de un mínimo a un máximo, y que se determina tomando en consideración:

I. El valor del bien tutelado.

II. El dolo o la culpa.

III. La lesión (consumación), o puesta en peligro (tentativa), del bien jurídico.

IV. La clase de personalidad del sujeto activo.

V. El punto crítico entre intervalos, para evitar las contradicciones entre intervalos.⁴⁰⁴

Resulta lógico y racional, desde otra perspectiva, que la punibilidad correspondiente al tipo doloso debe ser más grave que la referente al tipo culposo, y la correspondiente al tipo de consumación debe ser más elevada, también, que la referida al tipo de tentativa.

La obviedad de lo anterior reside en la proporcionalidad que debe guardar la punibilidad con la magnitud del bien y del ataque al mismo. Además, siendo la punibilidad el medio idóneo para la prevención penal general, resultaría irracional establecer punibilidades desproporcionadas.

La prevención penal opera exclusivamente cuando está diseñada en forma de sistema. Por ello, y según definición, no admite la presencia de elementos irracionales en ninguno de sus subsistemas, y desde luego la punibilidad es un subsistema.

Debido a ello, una punibilidad desproporcionada, que, en cualquier caso, significa un atropello para los súbditos, introduce un elemento irracional en el subsistema de punibilidades, lo cual perturba y debilita el sistema de prevención penal.

Por lo que respecta a la punibilidad vinculada con los tipos dolosos de consumación, debe inscribirse, por razones de técnica legislativa, en

⁴⁰⁴ Islas, Olga, *Análisis...*, op. cit., supra nota 337, p. 42.

el mismo texto legal en que está descrita la actividad o inactividad materia de la prohibición.⁴⁰⁵

La punibilidad asociada a los tipos culposos de consumación deberá insertarse inmediatamente después de la punibilidad correspondiente al tipo doloso de consumación.

Islas⁴⁰⁶ señala que, en relación a la dualidad de sistemas existentes en referencia a la regulación de la culpa, al abordar la temática del tipo se prefiere —por racionalidad congruente de la sistemática— la establecida en la parte especial, en los específicos tipos culposos. Naturalmente, también se opta por las punibilidades específicas. Lo anterior supone, para la juspenalista mexicana y para todos los seguidores del modelo, el rechazo de la forma de regulación de la culpa en el ordenamiento jurídico penal mexicano.

La punibilidad, ligada a los tipos de tentativa, debe ser descrita con la utilización de dos textos legales, que se coordinen entre sí: *uno*, el instaurador de la regla general a través de la cual se reduce —proporcionalmente— la punibilidad para el correspondiente tipo doloso consumado; *otro*, el que —precisamente— contiene dicha punibilidad (la del pertinente tipo doloso consumado). La regla general ha de incluir, en forma clara y concisa, todos los datos que permitan explicitar, unívocamente para cada tipo de tentativa, el mínimo y el máximo de la punibilidad.

Islas indica, a guisa de ejemplo de regla general confusa, ambigua y equívoca, la que ministra el ordenamiento jurídico penal mexicano (Código para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República, en materia federal). Y agrega que, por un lado, no establece el mínimo, y por otro, preceptúa el máximo, en forma tan confusa, que literalmente parece remitir a la punición que —hipotéticamente— dictaría el juez en la sentencia si el delito fuera consumado. Así, el artículo 63 dice: "A los responsables de tentativas punibles se les aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario."

Conviene señalar la distinción, perfectamente detectable, entre punibilidad, punición y pena, que se corresponden con tres niveles claramente diferenciados.

⁴⁰⁵ Islas, O'ga, "Contenido de las normas penales", *op. cit.*, *supra* nota 369, p. 60.

⁴⁰⁶ *Idem*, p. 60.

Punición⁴⁰⁷ es "fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.

De la Barreda,⁴⁰⁸ por su parte, puntualiza que la punición es la medida de punibilidad impuesta por el juzgador a quien estima culpable de un delito, en otras palabras, se trata de la imposición judicial de una pena. Consiguientemente, no cabe confundir ni con la punibilidad, ni con la pena, como se ha indicado anteriormente.

Precisamente, el fundamento de la punición radica en la punibilidad. Dentro del intervalo más o menos amplio establecido por el legislador, el juez se ve constreñido a elegir (en cada supuesto concreto) un punto específico.

La finalidad de la punición es el reforzamiento de la prevención general, pues ésta quedaría difuminada al carecer de un respaldo real y efectivo. La punibilidad no es suficiente para lograr una prevención general allí donde las normas son "letra muerta".

Sin punición, es decir, sin la individualización de la punibilidad, las normas tienen una precaria sustentación pues, aun cuando contienen conminaciones, éstas no producen las consecuencias esperadas, si se sabe que no serán actualizadas.

La eficacia de las conminaciones penales es impensable si, entre los individuos, existe la convicción de que jamás serán realizadas. La eficacia normativa está vinculada a que las concretaciones de las figuras típicas produzcan consecuencias para el autor. La punición amplía el carácter preventivo general del derecho penal. No hay intimidación sin punición.

De la definición dada de la punición dimana lo siguiente:

- a) La punición es un mandato particular y concreto;
- b) es dictada exclusivamente por el órgano jurisdiccional en una sentencia penal;
- c) la punición es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito;
- d) la legitimación de la punición deriva de la comisión del delito plenamente probado;
- e) la punición se dicta sólo contra sujetos imputables;
- f) la punición debe ser proporcional a la magnitud de la culpabi-

⁴⁰⁷ *Idem*, p. 61, *ab initio*.

⁴⁰⁸ Barreda Solórzano, Luis de la, "Punibilidad, punición y pena...", *op. cit.*, *supra* nota 402, pp. 75-76.

lidad, y, por tanto, el juzgador no debe rebasar el límite que le traza la culpabilidad;⁴⁰⁹

g) la punición se da en relación a los delitos, nunca en referencia a hechos típicos determinados por la peligrosidad del agente;

h) la función de la punición es reafirmar la prevención general;

i) la punición es fundamento de la pena.

Finalmente, en cuanto a la pena, ésta es "la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización".⁴¹⁰

De la Barreda⁴¹¹ nos señala que la pena consiste en la ejecución de la punición impuesta por el juez en su sentencia condenatoria. Claramente, la conceptualización remite a un acontecimiento de orden fáctico. La facticidad de esta categoría indica que (a diferencia de la punición, en la que se individualiza la punibilidad, y, por consiguiente, se dicta una norma individualizada) está constituida por el hecho de que el sujeto sufra una privación de un bien.

La pena (afirma, rotundo, De la Barreda) no es efecto del delito, pues no opera entre ambos el principio de causa-efecto; sin embargo, la pena debe ser la consecuencia del delito y de la punición, entendida en estricto sentido.

Formalmente De la Barreda lo plantea de esta manera: dado un delito, debe darse una punición, y dada una punición debe darse una pena. En función del principio lógico de transitividad, dado un delito, deberá darse una pena. Formulación de impecable logicidad kelseniana: si "A" es, debe ser "B".⁴¹²

Y el jefe de la Escuela de Viena aclara: el enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho "A", entonces aparece el hecho "B", sino que si se produce el hecho "A", el hecho "B" es debido, aunque quizás "B" no se produzca en la realidad. Que el significado de la relación de los elementos, en el enunciado jurídico, sea diferente del enlace de los elementos en la ley natural, remite a que el enlace, expresado en el enunciado jurídico, ha sido establecido por la autoridad jurídica, es decir, por una norma instaurada por un acto de voluntad, mientras que la conexión entre la causa y el efecto, enunciada en la ley natural, es independiente de toda intervención semejante.

Y remata su razonamiento: para reproducir el sentido específico con

⁴⁰⁹ Islas, Olga, *op. cit.*, *supra* nota 369, p. 61.

⁴¹⁰ Islas, Olga, *Análisis...*, *op. cit.*, *supra* nota 369, p. 42, *in fine*.

⁴¹¹ Barreda Solórzano, Luis de la, *op. cit.*, *supra* nota 402, pp. 83-84.

⁴¹² Kelsen, Hans, *op. cit.*, *supra* nota 254, p. 91 y ss.

el cual la norma jurídica se dirige a los órganos y sujetos del derecho, no puede formularse el enunciado jurídico sino como una oración que afirma que, según un determinado orden jurídico positivo, bajo determinadas condiciones, *debe* producirse determinada consecuencia.

Para De la Barreda⁴¹³ el fundamento de la pena es la punición. No podría (afirma) serlo el delito, que es un hecho. La punición, por contra, es una norma individualizada (dada en la sentencia) en la que se ordena la pena. Si la punición es una construcción del juez, mediante la pena se lleva a cabo dicha construcción.

La pena, como la punición, encuentra su legitimación en que el sujeto que ha de sufrirla sea culpable de la comisión de un delito. Aun cuando ya hubiera una punición, si se descubre que el sujeto no es culpable la pena no debe ejecutarse (supuesto del indulto necesario).

Dando por sentado que la pena es un hecho, con toda nitidez quedan de manifiesto sus características: a) *particularidad*, porque la sufre un sujeto determinado; b) *concretación*, porque es un hecho concreto; y c) *temporalidad*, porque se ubica en un momento precisamente determinado y —por tanto— se agota concluido este momento.

De la definición dada de la pena, cabe establecer que:

- a) la pena es un hecho particular y concreto;
- b) su instancia jurídica es la ejecutiva;
- c) la pena es real privación o restricción de bienes del autor del delito;
- d) la legitimación de la pena emerge de la existencia del delito, plenamente probado;
- e) la pena es tan sólo para sujetos imputables;
- f) la función de la pena es la prevención especial;
- g) está determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización; y
- h) no hay pena sin punición.⁴¹⁴

En resumen: cuando hablamos de punibilidad, lo hacemos a nivel general; cuando nos referimos a la punición, lo hacemos a nivel individual; cuando nuestra atención se centra en la pena, lo hacemos a nivel fáctico. La frecuente confusión de niveles es fuente de errores sin medida, y entenebrece la correcta comprensión de la cuestión. La secuencia: punibilidad, punición, pena, nos indica fases sucesivas de la realización del derecho penal.

⁴¹³ Barreda Solórzano, Luis de la, *op. cit.*, *supra* nota 402, p. 84.

⁴¹⁴ Islas, Olga, "Contenido de las normas penales", *op. cit.*, *supra* nota 369, p. 61.

Ahora sí pasemos a la problemática de los elementos del tipo en las teorías tradicionales, englobando en dicha expresión (como se ha reiterado) tanto a la sistemática causalista como al finalismo welzeliano.

Dentro del causalismo, sintetizando el pensamiento de Jiménez de Asúa (plenamente conscientes, por otra parte, del riesgo sintetizador ante el enciclopedismo tan caro al juspenalista madrileño), podemos decir que se detecta la siguiente estructura y los correspondientes elementos en el tipo:

A) Elementos descriptivos, de mera descripción objetiva, o simplemente objetivos

Señala el maestro hispano⁴¹⁵ que la ley, al definir los delitos, al establecer los tipos legales, suele limitarse a dar una descripción objetiva, más o menos escueta o detallada.

La pura descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal: matar, apoderarse, apropiarse, sustraer, etcétera. Pero, junto a este núcleo, aparecen referencias al sujeto activo y pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar o la ocasión, y a los medios.

Concretamente resumidas al ordenamiento jurídico penal mexicano, estas referencias anteriores pueden proyectarse en los siguientes supuestos.

En cuanto al sujeto activo, el tipo exige —en determinadas ocasiones— una concreta calidad en el agente: la de servidor público en los artículos 219 y 220; el artículo 123, al definir el delito de traición a la patria, requiere la calidad de mexicano por nacimiento o naturalización.

En cuanto al sujeto pasivo, el tipo legal requiere determinada calidad en el mismo: artículo 323 ser ascendiente consanguíneo del autor; hijo o cónyuge en los deberes de asistencia del artículo 336.

En cuanto al objeto, con referencia específica al objeto material: inmueble ajeno, inmueble propio o aguas, en las tres fracciones del despojo del artículo 395.

En cuanto al tiempo, el artículo 325, infanticidio, muerte de un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento.

En cuanto al lugar, el artículo 286 en despoblado o en paraje solitario.

En cuanto a la ocasión, cuando el servidor público tenga conoci-

⁴¹⁵ Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, *supra* nota 195, t. III, pp. 799, 801, 802.

miento por razón de su empleo o cargo, previsto en la fracción III del artículo 214.

En cuanto a los medios, engaño o aprovechamiento del error en el fraude del artículo 386.

B) *Elementos subjetivos*

Hay ocasiones, señala Jiménez de Asúa,⁴¹⁶ en que el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se agregan a ella otros elementos, referentes a estados anímicos del agente en orden al injusto. Esos elementos subjetivos de la antijuridicidad existen aunque no aparezcan expresamente incluidos en la definición del tipo legal, siempre que éste lo requiera (ejemplificando que sólo ese elemento subjetivo de lo injusto diferencia el reconocimiento médico sobre el cuerpo de una muchacha, de la palpación impúdica del sátiro).

En cuanto a su aparición histórica, es a partir del año 1867, en que Merkel y von Ihering aluden a problemas intimamente relacionados con estos elementos subjetivos de la antijuridicidad, cuando comienza su difusión.

Después se refieren a ellos, con más o menos propiedad, Thon en 1878; Hertz en 1880; Löffler en 1901; Kolhrausch en 1903; von Ferneck en 1905; Graf Zu Dohna en igual fecha; Fischer en 1911; Nagler en el mismo año; Hegler en 1914; Mayer en 1915; Mezger en 1923 y 1925; y —cuando surge la sistemática finalista— Welzel, Maurach, von Weber, Busch y Niese han contribuido a acentuar la posición subjetiva, incluso en lo injusto.

Los autores suelen admitir (dentro de las dos sistemáticas tradicionales: causalista y finalista), vinculados a la antijuridicidad, a la culpabilidad, o a ambos caracteres, elementos subjetivos que fundamentan el tipo, y hasta que dan base a las causas eximentes de responsabilidad criminal.⁴¹⁷

Jiménez Huerta,⁴¹⁸ de gran sagacidad en las cuestiones típicas, indica que como el tipo tiene como fin delimitar y describir conductas antijurídicas, el legislador, al confeccionar los tipos penales, hace algunas veces (también por razones técnicas) una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido, que el autor ha de imprimir a su conducta, como reflejo de un estado de conciencia, para dejar —claramente— inequívoca constancia de que la conducta que

⁴¹⁶ *Idem*, t. III, pp. 826-827.

⁴¹⁷ *Idem*, t. III, pp. 827, 830, *in fine*, 831.

⁴¹⁸ Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, *supra* nota 275, t. I, pp. 89-92.

tipifica es solamente aquella que está presidida por dicha finalidad o estado, y evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo.

Así, por ejemplo, hacer uso de un documento falso es una conducta antijurídica; sin embargo, dicha conducta antijurídica no adquiere relevancia típica (de acuerdo con la fracción VII del artículo 246 del ordenamiento punitivo mexicano) sino cuando el sujeto activo del delito hiciere uso "a sabiendas" del documento. Cuando el legislador tipifica conductas que sólo son delictivas, si se toma en cuenta la situación anímica del sujeto actuante, ha de hacer referencia, en forma explícita o implícita, a dichos elementos subjetivos que (desde el momento en que dejan su impronta en la estructura del tipo) se convierten en verdaderos elementos del mismo.

Imperativos de técnica legislativa brindan fundamento a los elementos subjetivos contenidos en los tipos legales, ya que el método objetivo de descripción típica es insuficiente ante aquellas conductas cuya exclusiva significación penalística emerge de la tendencia interna o del estado de conciencia subyacente en el autor.

Ante la señalada insuficiencia del método estrictamente objetivo de descripción típica, en estos casos se emplea un sistema distinto, en el que son tenidas en cuenta las circunstancias anímicas del sujeto actuante, unas veces de manera expresa y otras tácitamente, pretendiendo el legislador subrayar la exclusiva aplicación de la figura típica a los actos u omisiones de índole intencional.

Como ejemplos de tipos que *expresamente* contienen elementos subjetivos, Jiménez Huerta⁴¹⁹ señala: el artículo 235, fracción III, el que "a sabiendas" hiciere uso de moneda falsa o alterada; el artículo 387, fracción II, al que por título oneroso enajene alguna cosa "con conocimiento" de que no tiene derecho para disponer de ella; el artículo 400, fracción I, no procure por los medios lícitos, que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos "que sabe" van a cometerse.

En cuanto a tipos delictivos en los que, si bien no hay mención expresa de elementos subjetivos, su interpretación descubre la *existencia tácita* de los mismos, indica a guisa de ejemplos: el artículo 260, ejecución de un acto erótico-sexual, *depende de la intención que el agente ponga en sus actos* (el caso, citado *ut supra*, del palpamiento de un médico o de un sátiro); el artículo 367, en cuanto al robo, el apoderamiento exige en el agente *un ánimo de apropiación*.

⁴¹⁹ *Idem*, t. I, pp. 91-92.

Para finalizar, el distinguido juspenalista,⁴²⁰ destaca la singular importancia de estos elementos subjetivos del tipo, ya que, además de condicionar la posible aplicación de la figura típica, sirven para excluir, *a priori*, las configuraciones basadas en los contornos y perfiles del actuar culposo. Sólo los tipos delictivos que no contengan, expresas o tácitas, referencias a estos elementos subjetivos, son susceptibles de entrar en juego con base en la "imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional", a que se refiere el párrafo final del artículo 8 del Código Penal (redacción anterior a la última reforma), o en la realización del "hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen" del segundo párrafo del artículo 9 (redacción de la reforma, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 13 de enero de 1984, en vigor a los noventa días siguientes a su publicación, según el artículo transitorio primero del correspondiente decreto).

El jurista rioplatense Ricardo C. Núñez⁴²¹ sustenta una posición revestida de cierta originalidad, pues entiende que los elementos subjetivos del tipo no deben ser confundidos ni con la antijuridicidad ni con la culpabilidad, sino que forman parte de la acción, porque concurren a estructurar la descripción legal.

C) Elementos normativos

Mezger⁴²² nos habla de los *elementos normativos* del tipo, o *típicos* por usar la terminología del penalista teutón, que —para él— son presupuestos del injusto típico, más bien características de la antijuridicidad, pero que, por estar vinculados a ella, y constar en la descripción típica, implican la necesidad de una valoración por parte del juzgador.

Esta valoración, insita en los llamados elementos normativos (señala Mezger), puede adoptar naturaleza diversa: a) *como elementos del juicio cognitivo* suponen una valoración de la concreta y específica situación de hecho, realizada de conformidad con los datos y reglas suministrados por la experiencia, no se trata del punto de vista subjetivo del juzgador, sino que tiene matices objetivos en función

⁴²⁰ *Idem*, t. I, p. 92, *in fine*.

⁴²¹ Núñez, Ricardo C., *Los elementos subjetivos del tipo penal. Investigación sobre los elementos espirituales de la acción*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1943, p. 20 y ss.

⁴²² Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, 3a. ed., trad. de Rodríguez Muñoz, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1957, t. I, pp. 388, 389 y ss.

de la conciencia de la colectividad; b) *como elementos de valoración jurídica*, opera en virtud de criterios contenidos en otras normas jurídicas, así el concepto de "cosa mueble ajena" del artículo 367 del Código Penal mexicano, tantas veces reiterado; c) *como elementos de valoración cultural*, requieren una actividad valorativa conforme a criterios ético-sociales, se trata de normas y concepciones vigentes en el acervo cultural-normativo de la comunidad, y no pertenecen propiamente a la esfera de lo jurídico, así la castidad y honestidad del artículo 262.

Jiménez Huerta⁴²³ nos dice que los verdaderos elementos normativos (contenidos en los tipos legales) son aquellos que —por estar cargados de desvalor jurídico— resaltan específicamente la antijuridicidad de la conducta; cada vez que el tipo penal contenga una especial alusión a la antijuridicidad de la conducta (descrita en él) incluye una específica referencia al mundo normativo en el que la antijuridicidad encuentra su fundamento.

Así —en el Código Penal— pueden señalarse ejemplificando: abrir o interceptar *indebidamente* comunicación escrita de las fracciones I y II del artículo 173; rehusar —"sin causa legítima"— la prestación de un servicio de interés público del artículo 178; negativa a comparecer *sin excusa legal* del artículo 179; cuando *indebidamente* el servidor público retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud, de la fracción III del artículo 215.

Finalmente Jiménez Huerta indica que, en este sentido, conciben la existencia de elementos normativos del tipo, entre otros, Max Ernesto Mayer, Hippel, Florian, Grispigni, Maggiore, Bettiol, Manzini, Bataglini, Jiménez de Asúa y Carrancá y Trujillo.

Se apunta como peligro de los impropriamente llamados tipos normativos el posible aumento de una siempre inquietante facultad discrecional del juez, y esto ciertamente resulta objetable (desde una concepción democrática y liberal del derecho penal) por cuanto comporta —de alguna manera— la entrega de la libertad del individuo a la apreciación del juzgador, con ampliación de las facultades ordinarias de éste. De ahí, que Jiménez de Asúa se incline por una concepción restrictiva de los elementos normativos del tipo.⁴²⁴

En cuanto al finalismo (para no hacer interminable, el ya de por

⁴²³ Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, *supra* nota 275, t. I, 86.

⁴²⁴ Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, *supra* nota 195, t. III, p. 904, *in fine*.

si extenso capítulo que nos ocupa), señala la siguiente estructura y elementos correspondientes al tipo.

En el tipo legal-penal finalista hay:

Elementos objetivos

Estos son:

- A) Acción de realización.
- B) Lesión o puesta en peligro del bien jurídico.
- C) Especiales medios o formas de realización (hay que advertir que no siempre se dan).
- D) Modalidades de lugar, tiempo y ocasión.
- E) Nexo causal.
- F) Objeto material.
- G) Sujetos *activos* (número y calidad del sujeto), y *pasivos* (número y calidad).⁴²⁵

Dichos elementos objetivos del tipo, a su vez, pueden ser:

Descriptivos, apreciables por la simple aplicación de los sentidos; y *Normativos*, en los que es necesario un determinado juicio de valoración.

Elementos subjetivos

Estos son:

- A) Dolo o culpa.
- B) Elementos subjetivos del autor diferentes del dolo, (intenciones, propósitos, ánimos). Para los finalistas, el dolo es concebido como conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo.

En cuanto a las características del *conocimiento en el dolo* son:

- 1) Debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo.
- 2) Debe ser actual y no potencial (es decir, en el acto mismo).

⁴²⁵ Moreno Hernández, Moisés. *Explicaciones de cátedra, curso 1981-1982*, México, División de Estudios de Postgrado, Facultad de Derecho, UNAM, 1982.

- 3) En relación con los *elementos normativos*, ¿basta un conocimiento profano o es necesario un conocimiento técnico especializado?, la respuesta es que basta con un conocimiento asequible al común de las gentes.

Respecto del *aspecto volitivo del dolo*, la voluntad debe abarcar todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo:

1) Ha extenderse, por consiguiente y como se ha indicado *ut supra*, a todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo.

2) Debe distinguirse la intensidad con que la voluntad abarca todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo.

3) Se referirá —también— al fin, medios y consecuencias concomitantes y necesarias.

4) La voluntad no tiene por qué abarcar a todos (aunque su conocimiento sí los comprenda). (Por ejemplo: supuesto fáctico de una bomba para matar a "J", y existe posibilidad de otras muertes en tal caso, el agente puede aceptar las consecuencias —concomitantes y necesarias— o confiar en que no se produzcan y no quererlas realmente, por lo que su voluntad no las abarca.)

Los seguidores de Hans Welzel⁴²⁶ entienden —en términos generales— que la conciencia de la antijuridicidad (relevancia jurídica de la acción) no es uno de los elementos del dolo sino que se sitúa en la culpabilidad (teoría de la culpabilidad) como elemento independiente.

La consecuencia es que la culpabilidad (en tanto género) tiene los siguientes elementos:

Imputabilidad, con un sentido más restringido que en los causalistas, y es entendida como *capacidad de comprender* la relevancia jurídica de la acción y *capacidad de motivarse* para actuar, en un sentido u otro, de conformidad con dicha comprensión (hay una evidente diferencia con la capacidad de entender y querer causalista).

Cognoscibilidad, o conciencia de la antijuridicidad; una vez que se haya confirmado la capacidad del sujeto, en los términos anteriores, es necesario que el sujeto, tenga plena cognoscibilidad o conciencia de antijuridicidad, conciencia de la relevancia jurídica de su

⁴²⁶ Córdoba Roda, Juan, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, Ed. Ariel, 1963; Cerezo Mir, José, "El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1959, pp. 561-570; Rodríguez Mourullo, Gonzalo, "El teleologismo valorativo de Bettiol y el finalismo de Welzel", *Boletín de la Universidad Compostelana*, Santiago de Compostela, 1965, núm. 737, separata.

acción, y la conciencia de antijuridicidad se extrae del dolo, y se ubica como elemento independiente de la culpabilidad.

Exigibilidad, el sujeto puede ser capaz, tener el conocimiento de la antijuridicidad, pero puede no serle exigible un comportamiento diferente, cuando realmente no puede actuar de manera distinta, en virtud de la circunstancia del caso (estado de necesidad justificante, se sacrifica el bien de menor valor, estado de necesidad inculpante, bienes de igual valor, no puede exigírsele otra conducta).

La culpabilidad, para el finalismo, es un juicio de reproche, que se hace al autor, por haber actuado antijuridicamente, pudiendo haber actuado de otra manera.

Es también un concepto normativo puro, se prescinde de los elementos psicológicos y de los mixtos psicológicos-normativos, se trata de un juicio eminentemente valorativo.

En la sistemática causalista, el problema del error se ve en el dolo, en la culpabilidad; en la sistemática finalista, el error, que afecta al dolo, recae sobre cualquiera de los elementos objetivos del tipo (*error en el tipo*), y error que afecta a la conciencia de la antijuridicidad (*error de prohibición*), que no tiene nada que ver con el dolo o con la culpa sino con la culpabilidad (legítima defensa putativa, cuando cree que su conducta es lícita y no lo es), y puede ser vencible, disminuye el juicio de reproche, y si es invencible, no hay juicio de reproche.

José Arturo Rodríguez Muñoz, el malogrado juspenalista hispano, en un libro que se ha hecho clásico, al menos entre los juristas hispanoparlantes,⁴²⁷ elogia la sistemática finalista en todo lo referente al esclarecimiento de los delitos dolosos, pero opone serias dudas respecto de los delitos culposos.

Y resulta difícil, inclusive para los seguidores welzelianos, negar la anterior afirmación, pues el propio Welzel no ha tenido que tocar prácticamente nada en referencia a los delitos dolosos, mientras que en el sector culposo las rectificaciones han sido frecuentes y todavía no han terminado.

Quizás nadie mejor que Maurach,⁴²⁸ para resumir la posición finalista a estos efectos que nos ocupan, y decimos lo anterior porque Maurach, en nuestro concepto, es —tal vez— el más distinguido seguidor, aunque crítico, del maestro Welzel.

⁴²⁷ Rodríguez Muñoz, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*; 2a. ed., Valencia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 1978, pp. 124 y ss.

⁴²⁸ Maurach, Reinhart, *op. cit.*, *supra* nota 290, pp. 12 y ss.

Maurach sostiene que —al tipo legal— pertenece todo lo que constituye el concepto del delito: la final voluntad rectora, que se ofrece en forma de dolo, y además de ello los otros elementos subjetivos requeridos por el tipo respectivo, tales como las intenciones, tendencias, etcétera. De esta manera el tipo se transforma en un fenómeno complejo.

Está integrado por una parte subjetiva y otra objetiva. *La parte subjetiva* del tipo forma su componente final. *La parte objetiva* es su componente causal, siendo la componente causal dominada y dirigida por la componente final.

Es digno de anotarse (señala el maestro germánico) que la estructura moderna del delito (que desplaza la posición del dolo de la esfera de la culpabilidad al ámbito del tipo) no sólo es mantenida por los partidarios del concepto final de acción (para ellos, simplemente se trata de una indispensable consecuencia de su teoría), sino también por aquellos penalistas que —por principio— se consideran “no finalistas”, tales como Bockelmann, Gallas y Eberhard Schmidt.⁴²⁹

Todos ellos⁴³⁰ contemplan al dolo como el elemento trascendental del tipo subjetivo y —consecuentemente— lo separan del ámbito de la culpabilidad. Obviamente (para los estrictos efectos de la teoría finalista), lo decisivo será el hecho de que las consecuencias prácticas, que se extraen de las distintas esferas de la construcción del delito, cumplan con todos los requisitos establecidos por el concepto final de acción.

Maurach mantiene que las consecuencias de la teoría finalista son auténticamente revolucionarias, y que —en la República Federal de Alemania— dichas consecuencias fueron efectivamente extraídas por parte de la judicatura germana y por los redactores del famoso Proyecto de 1962.

Tras remachar que, en la teoría finalista, el dolo ya no es forma ni elemento de la culpabilidad sino, por contra, característica del tipo, nos indica que de tal inclusión del dolo en la construcción del delito resulta lo siguiente:

Primero. El dolo perteneciente al tipo del delito es idéntico con la voluntad de acción, en los hechos punibles dolosos. De igual manera que la voluntad de acción es un hecho puramente psicológico, una

⁴²⁹ *Idem*, p. 13.

⁴³⁰ Bockelmann, Paul, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Darstellung der ab 1. Januar geltenden reformierten Fassung*; 2a. ed., 1975; Gallas, Wilhelm, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968; Schmidt, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3a. ed., 1965.

realidad natural, el dolo —por su parte— siempre es, será, un denominado dolo “natural”.

Por consiguiente, pueden tener tal “dolo natural” las personas que no obran de modo culpable, tales como los niños, los enfermos mentales o los que se encuentran en situación de embriaguez. Así, también, con estas personas se debe y puede distinguir entre los hechos punibles dolosos y los no dolosos.

Es de trascendencia para los “delitos” de autores incapaces de culpabilidad; pues —desde la perspectiva jurídico-penal— esos eventos antisociales no carecen de importancia; cabe la exigencia de una “responsabilidad” por ello, como en el caso de un enfermo mental, en que se decreta su internamiento en un establecimiento adecuado.

Segundo. El dolo, en sentido de la teoría final, se extiende y limita al tipo objetivo del delito en cuestión. Para el dolo es indispensable y suficiente que el autor conozca las tipicidades. No es, en cambio, necesario que sea consciente de la antijuridicidad del hecho. El dolo no comprende la conciencia de la antijuridicidad. El dolo no es *dolus malus*, sino *dolo naturalis*, verdadero dolo neutro.

Lo anterior (puntualiza Maurach) no implica que —para los finalistas— la cuestión del conocimiento del injusto sea irrelevante. Pero no examinan el problema del conocimiento del injusto dentro del dolo, sino dentro de la culpabilidad.

Tampoco exige, la sistemática finalista, la presencia positiva, actual, del conocimiento del injusto, sino que nos contentamos con el llamado conocimiento potencial del injusto; el autor ya ha obrado de modo culpable tan sólo si tenía la posibilidad de conocer la antijuridicidad de su hecho, y no importa si la conoció en realidad.⁴³¹

Córdoba Roda⁴³² expresa, con proverbial clarividencia, que la sistemática finalista supone cambios notables en relación con la problemática de la culpabilidad. Cambios que merece la pena dejar señalados, dada la cada vez mayor influencia del finalismo en los países de habla castellana.

Detecta el maestro de tantas generaciones de penalistas dos mutaciones principales. Las dos tienen el común denominador de su característica sistemática, las dos han dejado huella profunda.

De un lado, la concepción de la acción como “ejercicio de la actividad final humana” o como “ejercicio final de la actividad humana”

⁴³¹ Maurach, Reinhart, *op. cit.*, *supra* nota 290, p. 14.

⁴³² Córdoba Roda, Juan, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Ed. Bosch, 1977, pp. 17-18.

deriva, lógicamente, en la inclusión del dolo en el tipo, entendiendo al tipo como el conocimiento y la voluntad de realizar el hecho típico.

Y de otro, la consideración del delito culposo como una particular forma de infracción, necesitada —en buena parte— de un estudio sistemático propio e independiente.

Los dos cambios, en la ordenación de la estructura del delito, dieron lugar a que la culpabilidad, en las doctrinas basadas en la teoría finalista, adquiriera un nuevo contenido.

La culpabilidad (afirma Córdoba Roda)⁴³³ continúa ciertamente siendo definida (igual que antes) como el juicio de reproche personal, que se formula al agente, por haber realizado una acción antijurídica a pesar de haber podido actuar de modo distinto; pero la relación de requisitos, exigidos para tal juicio, sufren una modificación.

En términos generales, dichos requisitos son:

- A) la imputabilidad del agente;
- B) el conocimiento de la significación antijurídica del acto, como exigencia intelectual distinta a la representación de la realización del hecho típico, o más exactamente, de la parte objetiva de un tal hecho, y
- C) la ausencia de causas de inculpabilidad.

Y Córdoba Roda termina por indicar: que la doctrina finalista define a la culpabilidad en un sentido coincidente con el sustentado por la concepción normativa en su originaria configuración.

La diferencia radica, respecto de la doctrina últimamente expuesta y en relación a la anterior conformación, en la atribución de un contenido distinto a la relación de requisitos exigidos para la culpabilidad, todo ello como resultado de la adopción de una nueva sistemática del delito.

Maurach⁴³⁴ resume —con claridad notable— lo referente a la culpabilidad en el finalismo. Al eliminar el dolo de la esfera de la culpabilidad y al unirlo al tipo, entonces, después de décadas de experimentación en el ámbito de la culpabilidad, por fin se consigue realmente (según el maestro alemán), la solución ideal.

En contra de la opinión, anteriormente mantenida, la culpabilidad ya no se considera un proceso psicológico, tampoco constituye un *mixtum-compositum* ambiguo entre tipo y juicio valorativo, sino que es un puro juicio de valor sobre el autor: obra de modo culpable el autor imputable que ha tenido la posibilidad de conocer lo injusto de un hecho.

Las tres características por las que (conforme a la versión de Mau-

⁴³³ *Idem*, p. 17, *in fine* y 18, *ab initio*.

⁴³⁴ Maurach, Reinhart, *op. cit.*, *supra* nota 290, p. 15.

rech) está integrada la culpabilidad no son realidades psicológicas, sino puros juicios valorativos, a saber: imputabilidad, exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, y posibilidad del conocimiento del injusto. *Resultando esencial*, señala el maestro, *que estos componentes de la culpabilidad son los mismos en los hechos punibles dolosos y culposos.*

No es la tarea de este trabajo salirnos de los límites naturales del mismo, por lo que —deliberadamente— nos circunscribimos a ellos; pero si nos parece conveniente, para cerrar lo referente al finalismo y al tipo, traer a colación lo escrito por quien, probablemente, fue uno de los más claros expositores del orden sistematizado por Hans Welzel.

Nos estamos refiriendo a Rodríguez Muñoz,⁴³⁵ *que señala que* —tras definir el injusto o antijuridicidad como “el desvalor objetivo de la acción dentro del orden de la comunidad”, y agregar que esta valoración del acto como acto antijurídico se realiza desde la perspectiva del orden comunitario (por tanto, conforme a un módulo general objetivo)— *Welzel presenta un esquema de estructura del delito, que muestra, de modo gráfico, su forma de entender el tipo del injusto.*

El prontamente desaparecido Rodríguez Muñoz recoge, literalmente, las propias palabras de Welzel: “En el centro del injusto penal está la acción del autor. Esta acción es una unidad estructural de elementos objetivos y subjetivos. Es asimismo el acto de un autor: la personalidad del autor impronta su propio sello al acto.”⁴³⁶

En definitiva, el tipo finalista, el tipo del injusto se encuentra estructurado con arreglo a una doble pareja de elementos contrarios, que se entrecruzan entre sí, a saber: los objetivos-subjetivos y los correspondientes al acto del autor.

En consecuencia, el tipo objetivo del injusto comprende:

- A) Los elementos objetivos del acto, integrados ante todo por la acción de ejecución con la correspondiente lesión del bien jurídico (en cuanto esta última pertenezca al tipo), así como por los demás medios y formas de ejecución, y las restantes modalidades de la acción, por ejemplo: el tiempo y el lugar.
- B) Los elementos objetivos del autor. (Así: abusos de los servidores públicos en el ejercicio de su cargo o con ocasión de él.)

Por su parte, el tipo subjetivo del injusto, a su vez, comprende:

⁴³⁵ Rodríguez Muñoz, José Arturo, *op. cit. supra* nota 427, p. 36.

⁴³⁶ *Idem*, p. 36, *in fine*, nota 24, recoge las palabras citadas del creador del finalismo, y señala que Welzel captó con toda claridad que la culpa (en tanto especie del género de la culpabilidad) se halla integrada por el injusto y la culpabilidad, concepto complejo pues, cabiendo el tipo del injusto en los delitos culposos, y, por tanto, establece el paralelismo con los delitos dolosos.

- A) El dolo (como el momento del dominio final sobre el acto).
 B) Los elementos subjetivos del autor, es decir, las especiales intenciones, tendencias y momentos relativos al carácter del autor: la intención de apropiación en el robo, la impudicia en los atentados al pudor, etcétera.⁴³⁷

Moreno Hernández,⁴³⁸ precisando conceptos, referenciados en anteriores páginas, señala que hay algo más que un mero cambio de nomenclatura en las distinciones entre error de hecho y de derecho (de los causalistas), y el error del tipo y de prohibición (de los finalistas): así, el error del tipo no sólo recae sobre los elementos objetivos descriptivos, sino también sobre los elementos objetivos normativos; y el error de prohibición no sólo recae sobre la conciencia de antijuridicidad, o sea sobre circunstancias jurídicas, sino también sobre elementos fácticos.

Tiene, por lo tanto, el error de prohibición una amplitud mayor que el error de derecho que (para algunos causalistas) carece de relevancia jurídica; en este sentido (afirma Moreno Hernández) ciertos causalistas distinguían entre error de derecho penal y error de derecho civil, y —en este caso— el error de derecho penal no tiene relevancia jurídica, pero sí tiene relevancia el error de derecho civil; en cambio, el error de prohibición finalista sí la tiene, y si es vencible disminuye la intensidad del juicio de reproche, y si es invencible hace desaparecer el juicio de reproche.

Parafraseando a Hans Welzel, podría decirse que el desconocimiento evitable de la antijuridicidad existe —ante todo— cuando el autor omite intencionadamente procurarse el conocimiento necesario (*ignorantia affectata*), o cuando desconoce el carácter injusto del acto como resultado de una tosca falta de diligencia (*ignorantia crassa*).

Para finalizar, esta amplia referencia a la doctrina welzeliana la haremos desembocar en los delitos culposos. En relación al *tipo objetivo* distingue dos especies de tipos culposos: los puros tipos de causación y los tipos de causación con un núcleo de acción final.⁴³⁹

En los primeros, el tipo objetivo contiene una pura causación, por ello puede ser autor todo el que coopera, por cualquier acción u omisión a la causación del resultado.

En los segundos, el núcleo del tipo objetivo contiene una acción final, aquí sólo puede ser autor el que realiza dicho núcleo.

En cuanto al *tipo subjetivo*, contiene el momento decisivo de la cul-

⁴³⁷ *Idem*, p. 37, *ab initio*.

⁴³⁸ Moreno Rodríguez, Moisés, *op. cit.*, *supra* nota 425.

⁴³⁹ Rodríguez Muñoz, José Arturo, *op. cit.*, *supra* nota 427, p. 44, notas 35 y 36.

pa, la "evitabilidad finalista", sólo en virtud de la cual la causación externa es incluida en el círculo del hacer humano. La pura causación, en sí, no referida de esta suerte a la actividad finalista (potencial) humana, es juridico-penalmente irrelevante.

Actúa culposamente el que por no observar el cuidado debido, o no prevé que produce el resultado (culpa inconsciente), o aunque lo considera posible confía en que no se producirá (culpa consciente).

Integran dicho tipo subjetivo la infracción del deber de cuidado (determinado conforme a un doble módulo), la previsibilidad de la producción del resultado, y la conciencia del sujeto de que su conducta es contraria al deber (el autor debe conocer, o por lo menos debería haber podido conocer, esta propiedad de su acción).

Pero posteriormente, Hans Welzel introduce retoques significativos en su conceptualización de la problemática de la culpa. El catedrático de la Universidad de Bonn⁴⁴⁰ toca específicamente el tema de delitos culposos. Algo había indicado a la finísima agudeza jurídica del profesor teutón que dicha reconsideración era conveniente.

Los delitos culposos deben su existencia a la incapacidad evidente del hombre, en sentido absoluto, para prevenir y conformar el porvenir. Sólo la divinidad, dice Welzel, puede proceder finalísticamente; el hombre puede hacerlo exclusivamente dentro de ciertos límites, bastante reducidos, de su previsión, de lo cual se infiere que una parte muy considerable de los efectos derivados de sus actos voluntarios son causados ciegamente.

Por otra parte, la mayoría de "estos efectos no finalistas" constituyen (desde el punto de vista del sujeto) un mero caso fortuito, ya que el agente no podía —en modo alguno— preverlos y, en consecuencia, evitarlos.

No obstante, otra parte de ellos los podría haber evitado con actos finalistas, desplegando mayor diligencia. La acción culposa es una acción finalista productora de consecuencias no finalistas, aunque ciertamente evitables mediante una conducta finalista.

Por consiguiente, la culpa es la reprochabilidad de las consecuencias no finalistas de acciones finalistas. Mientras los tipos de los delitos dolosos se ocupan en las consecuencias de la acción provocadas finalísticamente, los tipos de los delitos culposos regulan el significado penal de las consecuencias no finalistas de la acción finalista.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ Welzel, Hans, "La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione", *Rivista Italiana di Diritto Penale*, trad. de Ernst Heinitz, año IV, enero-abril, 1951, pp. 1-16.

⁴⁴¹ *Idem*, pp. 12-13 y ss.

Welzel concluye afirmando: que, en los delitos culposos, las consecuencias producidas finalistamente nada significan *frente al tipo*: únicamente son relevantes las consecuencias no finalistas. De esta manera, la acción culposa (imprudente), es una acción finalista, respecto a la cual el tipo regula el significado penal de las consecuencias no finalistas. Frente a los tipos finalistas de los delitos dolosos, el tipo de los delitos culposos radica en una lesión puramente causal de los bienes jurídicos.

Tras lo anterior, Welzel señala que, en su *Lehrbuch* (edición 1949, página 85), había sostenido que —en los delitos culposos— la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad carecía de fundamento. Pero ello (prosigue el creador del finalismo penal) es un error, aunque sería excesivo deducir de aquí —sin más— la debacle de la teoría finalista de la acción, pues se trata de una doctrina en proceso de creación, de perfeccionamiento.

La superación del error, denunciado con alta honestidad intelectual por Welzel en la sistemática expuesta en el *Lehrbuch*, tendrá como consecuencia que, en el futuro, el autor germánico separará en dos el tipo del injusto.⁴⁴²

Junto al tipo del injusto de los delitos dolosos (con el dolo como momento esencial de la antijuridicidad) considerará el tipo del injusto de los delitos culposos (violaciones socialmente no adecuadas de los bienes jurídicos). A ello seguirá el concepto de culpabilidad (igual para ambas especies de delitos), como reproche que recae sobre la formación de la voluntad. Así, la sistemática finalista, entiende Welzel, resultará más sencilla y comprensible.

Rodríguez Muñoz,⁴⁴³ al tratar de resumir la dificultad de la escisión formal del concepto de acción en dos modalidades diferenciadas desde el principio, señala que —entonces— apareció, para la teoría finalista, la necesidad de fundamentar la unidad interna del concepto. Este problema sustancial creyó resolverlo Welzel mediante la referencia de las dos formas de conducta (dolosa y culposa) a la característica genérica de la finalidad.

Este momento (el de la finalidad) es el que permite colocar las conductas dolosa y culposa bajo el concepto superior de acción, pero mientras que en la acción dolosa, como *actividad finalista real* que es, la finalidad es factor configurador real (*finalidad actual*), en la acción culposa, en tanto que *actividad finalista posible* es sólo momento de referencia (*finalidad potencial*).

⁴⁴² Rodríguez Muñoz, José Arturo, *op. cit.*, *supra* nota 427, p. 48, *in fine*.

⁴⁴³ *Idem*, pp. 130 y ss., y 60.

De este modo Welzel consideró asegurada la unidad interna del concepto y refutadas, de manera concluyente, las objeciones que los adversarios habían dirigido contra la escisión formal del mismo. También este empleo de la finalidad aseguraba de modo sólido el riguroso carácter subjetivo de la acción finalista. Sólo era determinante un módulo subjetivo.

En resumen: Welzel, a partir de su Monografía de 1952 (para superar las críticas de Niese desde el interior del propio campo finalista en relación a la finalidad potencial), *resalta* que la acción final es una estructura compleja, en la que la meta perseguida es tan sólo una parte al lado de los medios puestos en práctica y de las consecuencias accesorias ligadas con ellos.

Por tanto, sería erróneo atenerse a una interpretación estrictamente literal, y mantener que la finalidad sólo puede tomar en consideración el fin. Sería tan equivocado como si se quisiera establecer que la causalidad debe limitarse a considerar la causa, y no tener en cuenta el efecto.

La voluntad final de la acción es una voluntad de realización, que abarca todas las consecuencias que el autor reconoce necesariamente ligadas con la obtención de la meta y que —por ello— quiere también producir.

Sólo respecto a estas consecuencias de la acción, abarcadas por la voluntad de realización, aparece la acción como un complejo final. Una acción es sólo final en referencia a los resultados voluntariamente producidos, mientras que respecto a los resultados no causados por la voluntad de realización es únicamente causal.

Por tanto, no hay acciones "en sí", sino tan sólo en relación con las consecuencias voluntariamente producidas. Supuesto ésto, es por lo demás indiferente que dichas consecuencias representen, en la total estructura de la acción, la meta perseguida, o sean únicamente los medios utilizados, o inclusive solamente las consecuencias accesorias aceptadas por el autor.

Una acción final de homicidio no sólo existe cuando la muerte del sujeto pasivo era la meta principal de la actividad volitiva, sino también cuando sólo constituía el medio para alcanzar una meta ulterior (se mata, por ejemplo, para heredar a la víctima), o cuando era sólo la consecuencia accesoria necesaria aceptada por el autor (supuesto del incendio de una casa habitada para cobrar el importe del seguro, y la muerte de uno de los moradores que, por ser paralítico, no puede ponerse a salvo).⁴⁴⁴

⁴⁴⁴ *Idem*, pp. 60, *in fine*, 61 y 62.

Ello explica que una acción final puede poseer varios sentidos de acción, en virtud de su referencia a los diversos resultados producidos por obra de la voluntad. La acción del último ejemplo (incendio) es *una estafa* de seguro, desde el punto de vista de la meta perseguida por su autor, *un incendio* desde la perspectiva del medio aplicado, y *un homicidio* desde el ángulo de la concurrencia accesoria.

Welzel, para concluir (en lo que a nuestro trabajo respecta acerca del finalismo), expresa que el derecho exige al que pretende participar, sin limitaciones, en la convivencia social, que al efectuar en la esfera exterior una resolución de voluntad, despliegue por lo menos el mínimo de dirección finalista adecuado a la situación concreta, para evitar el deterioro o menoscabo de los bienes jurídicamente tutelados.

El derecho, por consiguiente, impone al sujeto (al realizar una actividad) un deber objetivo en orden a una determinada prestación finalista, a saber: el deber de observar el cuidado necesario que el tráfico jurídico exige. Solamente son típicamente antijurídicas, en el sentido de los tipos delictivos culposos, las acciones que, como consecuencia de la no observancia de este deber objetivo de cuidado, son productoras de lesiones de los bienes jurídicos.⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ Welzel, Hans, *op. cit.*, *supra* nota 440, p. 15 y ss.