

300609

11
24



UNIVERSIDAD LA SALLE

FACULTAD DE DERECHO
INCORPORADA A LA U.N.A.M.

CONSIDERACIONES JURIDICAS, POLITICAS Y
SOCIALES DEL TIPO PENAL A LA LUZ DE LA
REALIDAD DEL ESTADO

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

RICARDO ERNESTO DE JESUS VALDEZ SANCHEZ

ASESOR DE TESIS:

LIC. GONZALO VILCHIS PRIETO.

TESIS CON MEXICO, D. F.
FALLA DE ORIGEN

1997



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A LA MEMORIA DE MI PADRE

RICARDO ERNESTO DE JESUS VALDEZ RIVEROS (+)

INDICE

	Págs.
INTRODUCCION	8
Capítulo I.- SOCIEDAD Y DELITO	10
1.- Importancia social del delito	10
2.- Noción jurídico formal	15
3.- Noción jurídico substancial	17
4.- Noción filosófica	20
5.- La concepción sociológica del delito	20
6.- Aparente insuficiencia de las nociones para resolver el problema	21
7.- El formalismo en la designación de las conductas delictivas.	25
8.- Delito ¿norma o hecho jurídico?	27
9.- Delito, legislador y juez	29
10.- Delito y crimen	32
11.- Delito y tipo penal	35
Capítulo II.- DESARROLLO POLITICO Y JURIDICO DEL TIPO DELICTIVO	37
1.- Elementos subjetivos y normativos de la noción substancial del delito.	37

	Págs .
2.- Tipicidad y tipo penal	40
3.- La teoría del tipo de la dogmática jurídico-penal.	41
a).- Ernst Beling	41
b).- Max Ernst Mayer	46
c).- Edmund Mezger	47
d).- Francisco Blasco y Fernández de Moreda	49
e).- Mariano Jiménez Huerta	51
4.- El concepto del tipo penal	53
a).- Edmund Mezger	53
b).- Luis Jiménez de Asúa	55
c).- Mariano Jiménez Huerta	56
d).- Celestino Porte Petit	56
e).- Eugenio Raul Zaffaroni	57
f).- Miguel Angel Cortez Ibarra	58
g).- La Suprema Corte de Justicia de la Nación	59
h).- Opinión propia	61
5.- Elementos del tipo	62
a).- Descriptivos u objetivos	62
b).- Normativos	63
c).- Subjetivos	64

	Págs.
6.- Requisitos del tipo penal	65
a).- Sujeto activo.....	65
b).- Conducta	66
c).- Bien jurídico tutelado	68
7.- Clasificación de los tipos	69
a).- Normales	70
b).- Anormales	70
c).- Fundamentales o básicos	71
d).- Especiales	71
e).- Independientes o autónomos	72
f).- Complementados, circunstanciados o subordinados.....	72
g).- Cualificados o agravados	73
h).- Privilegiados o atenuados	73
i).- De formulación libre	73
j).- De formulación casuística	74
k).- Mixtos alternativos	74
l).- Mixtos acumulativos	75
m).- Tipos en blanco	75
n).- Abiertos	76

	Págs.
8.- Relaciones del Tipo con la Antijuricidad	76
9.- Relaciones del Tipo con la Pena	82

Capítulo III.- EL TIPO PENAL FRENTE A LA ACTIVIDAD DEL

ESTADO 82

1.- La Norma Jurídica	83
2.- La estructura formal de la norma jurídica	86
3.- Los supuestos jurídicos y las consecuencias de Derecho	90
4.- La Ley de la casualidad jurídica	92
5.- La estructura real de la norma jurídica	93
6.- El contenido de las hipótesis jurídicas	94
7.- El tipo penal como hipótesis jurídica	96
8.- El tipo penal como producto de la actividad legislativa	99
9.- La funcionalidad del tipo penal	101

Capítulo IV.- LA CONDUCTA TIPICA ANTE LA SOCIEDAD 104

1.- Sociedad y formas de conducta en relación con ella	104
2.- La antisocialidad de las conductas	107

	Págs.
3.- Teorías sobre la antisocialidad	110
a).- Emile Durkheim	111
b).- Robert King Merton	113
c).- Howard S. Becker	115
d).-Georg D. Vold	118
e).- Austin T. Turk	120
f).- Richard Quinney	121
g).- Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young	124
h).- Alessandro Baratta	127
4.- Factores para conocer la verdadera antisocialidad de la conducta	130
5.- El contenido del tipo penal: ¿Antijuricidad o Antisocialidad?	138

Capítulo V.- LA VALORACION DEL TIPO POR LA SOCIEDAD Y EL ESTADO.....	148
1.- Valor y valoración	148
2.- La función valorativa del Derecho	154
3.- Bien jurídico e interés	157
4.- El tipo y la valoración de las conductas antisociales	161

	Págs .
5.- Criterios de selección de las conductas antisociales	165
a). Técnica legislativa	165
b).- Axiológicos	167
c).- Criterios relacionados con las garantías individuales	169
d).- Criminológicos y de política criminal	171
CONCLUSIONES	174
BIBLIOGRAFIA	178

INTRODUCCION

Hoy en día, cobra relevante vigencia la valoración que extrae el Estado de las conductas que se dan en una sociedad, organismo que realiza una acuciosa selección de las conductas que dañan o ponen en riesgo las bases, fundamentos, organización y constitución del núcleo social, que por el peligro que implican, impiden la convivencia humana en sociedad.

En este proceso de valoración, intervienen aspectos meramente axiológicos, intereses sociales, individuales o de clase, circunstancias políticas y económicas, todo ello enclavado en un trasfondo cultural que, en muchas ocasiones, es difícil de determinar exactamente.

La valoración jurídica de la conducta antisocial, la forma en que se dá, los intereses que en ella intervienen, los bienes jurídicos tutelados y, sobre todo, la correspondencia entre el deber ser y el ser, que determinan al Estado a establecer la funcionalidad del tipo penal, son aspectos a tratar en el presente trabajo, en el que trataremos de probar la siguiente hipótesis: El contenido material del tipo penal, no es

sino la valoración jurídica de la conducta que el Estado considera como antisocial, atendiendo a los aspectos políticos, económicos y sociales del entorno jurídico.

CAPITULO I.- SOCIEDAD Y DELITO

I) IMPORTANCIA SOCIAL DEL DELITO

Cualquier núcleo social, no importa el tiempo ni el lugar, requiere forzosamente de un mínimo de normas que rijan la convivencia entre sus miembros. Dentro de este orden normativo se regulan las relaciones de los miembros entre sí, para con el núcleo social y entre dos o más sociedades. Una parte muy importante de este grupo normativo lo forman las prohibiciones, es decir, aquello que no se permite hacer o dejar de hacer, por así convenir a los intereses grupales e individuales; y formando parte de este conjunto, distinguimos las prohibiciones que se consideran de tal grado importantes que a sus transgresores se les impone una pena restrictiva de su status jurídico y los derechos y deberes a él inherentes (prisión, multa, confinamiento, muerte). Son estas conductas las que a partir del nacimiento del Estado Moderno, conocemos con el nombre de delitos.

La existencia de delitos en una sociedad, cumple fundamentalmente con cuatro aspectos esenciales. El primero se refiere a que, mediante la consideración de ciertas conductas como delictivas se delimita el actuar de los gobernados, impidiéndoles la realización, de ciertas acciones u omisiones. Es decir, se fija una frontera entre lo que es lícitamente permitido y lo lícitamente punible en donde subyace una prohibición; los gobernados no deben encaminar sus conductas a la realización de los delitos descritos en el Código Penal, pues estos con sus sanciones, tratan de proteger los bienes, valores e intereses que la sociedad considera dignos de tal salvaguarda. En suma, en esta perspectiva, el delito se revela como un aviso de "no traspasar" dirigida a los particulares para que se abstengan de observar dichas acciones.

El segundo aspecto esencial, es el hecho de que mediante el delito, se puede actuar contra los transgresores del orden social. La comisión de cada delito trae aparejada una sanción para el autor de la conducta; se le impone un castigo, una pena. En otras palabras, puesto que no bastó la advertencia de que la conducta era delictiva y aún así se cometió el ilícito, el delincuente se hace merecedor de una pena. Se ha transgredido el orden social, se ha ido más allá de lo

lícitamente permitido y en consecuencia se han lesionado intereses particulares, públicos o sociales de tal magnitud, que el autor de la transgresión merece un castigo. Esta posibilidad de castigar al delincuente es la que permite el Derecho Penal cumplir con su función de ser un sistema de control social que habilite al Estado para la prevención y el combate a la delincuencia. La existencia de delitos, posibilita al Estado el castigo de los delincuentes.

En su tercer aspecto, el delito también significa un límite a la acción del Estado frente a los particulares. Esto es, el Estado solo puede perseguir y castigar a los autores de aquellas conductas que encuadren dentro de las hipótesis contenidas en el Código Penal. Interpretando en sentido contrario significa que, si una conducta no está considerada dentro de los supuestos del Código Penal, el Estado no puede perseguir y castigar a su autor, por muy dañosa, o peligrosa que se revele dicha conducta. Y no sólo eso, para poder sancionarlo, se requiere además que el sujeto no haya contado con ninguna excusa legalmente válida y debe reunir en él ciertas características subjetivas como son la capacidad de entender y querer el resultado dañoso, y que, sabiendo que iba a cometer un delito, de cualquier manera

encaminara su voluntad a la producción del hecho ilícito. Si no se reúnen todas estas condiciones, el Estado no puede actuar contra los particulares. Así, desde éste ángulo, el delito se convierte en una garantía del individuo frente al actuar del Estado.

En su cuarto aspecto, el delito es el conducto idóneo para proteger ciertos bienes, valores e intereses que la sociedad estima dignos de tal protección. Es decir mediante el delito se tutelan bienes como la vida, la libertad o la propiedad, ya que, al imponerse penas a las personas que dañen o pongan en peligro tales bienes, se les conmina a que respeten lo que la sociedad considera valioso. Ello significa que cuando el núcleo social estima a un determinado bien como de cierta valía, trata de protegerlo considerando las conductas que atenten contra él como delitos, e imponiendo una pena al actor de tales conductas. Esto con la esperanza de que mediante tales amenazas se cohiban los ataques contra los citados bienes.

De esta manera, los cuatro aspectos mencionados, ponen de manifiesto la importancia social del delito, el papel primordial que le

toca jugar como regulador y protector de los miembros de la sociedad, y por ende su intervención como parte del control y balance social.

Frente a estas relevancias, se vuelve casi vital conocer cuáles son las conductas delictivas y cuándo una conducta puede reputarse como delito. La primer cuestión se resuelve acudiendo a la parte especial del Código Penal; ahí encontramos un catálogo de acciones u omisiones ilícitas que al realizarse, traen aparejadas la imposición de una pena. Para contestar la segunda pregunta podemos afirmar que una conducta se reputa delictiva cuando es consignada dentro de una hipótesis legal y la Ley que la contiene ha pasado avante por las etapas del proceso legislativo. Sin embargo, a estas consideraciones podemos formularles una objeción, si estos son los criterios para conocer los delitos, ¿por qué la noción y el número de ellos varía dependiendo de la época y el lugar en que nos ubiquemos?. En otras palabras, ¿por qué lo que es delito para algunas sociedades, no lo es para otras tantas? ¿por qué lo que es delito para una sociedad en un tiempo determinado años después pierde tal carácter?. Por más esfuerzos que realicemos no vamos a encontrar una definición absoluta

de delito que pueda válidamente aplicarse en todo tiempo y lugar, entonces habremos de empezar por preguntarnos ¿Qué es Delito?

2) LA NOCION JURIDICO FORMAL

Para resolver la interrogante sobre el concepto de delito, la dogmática jurídico-penal, ha encontrado como solución en acudir al Código Penal para averiguar de qué manera conceptualiza al delito. Así, por ejemplo, el Código Penal para el Estado de Sinaloa del 6 de octubre de 1992, aún vigente, en su artículo 11 dispone : "El delito puede realizarse por acción u omisión". Del dispositivo en cuestión, advertimos que no es suficiente para definir en sí mismo al delito, toda vez que se limita a establecer la intervención humana como presupuesto de la definición, por lo que en mi opinión, debemos de construir la definición jurídico formal del delito con el apoyo del diverso artículo 1º del mismo código, que dice : "...Nadie podrá ser sancionado por acción u omisión que no estén expresamente previstas y descritas como delito por la ley penal vigente... tampoco podrá ser sancionado si la acción u omisión no reúne los elementos de la descripción legal..." ,

Con la anterior transcripción, podemos deducir que la definición jurídico formal del delito en nuestra legislación penal vigente en el Estado de Sinaloa, se haya inmersa en los dispositivos legales aludidos y para apreciarla tendremos que fusionar estos conceptos para concluir que, Delito es: "La acción u omisión que reúne los elementos de la descripción legal". Toda vez que si atendemos al contenido literal del artículo 10º del propio código sustantivo en vigor, tenemos que: "Cuando se comete un delito tipificado en otra ley, se aplicará ésta, observándose las disposiciones generales de este código, en lo no previsto por la ley especial". Por lo tanto, no podemos darle exclusividad a la Ley Penal para sancionar conductas ilícitas, puesto que el legislador estatal, deja abierta la posibilidad de la existencia de conductas penalmente sancionadas en leyes específicas diversas del Código Penal y por ende, la definición jurídico-formal del delito que se propone, queda igualmente abierta a dicha posibilidad al establecer que la acción u omisión penalmente sancionable, debe de reunir los elementos de la descripción legal, que según lo expuesto, la descripción legal puede estar tanto en el Código Penal en vigor, como en otra ley específica emanada del H. Congreso del Estado.

Retomando el punto inicial del presente trabajo diremos que, la noción jurídico-formal es un primer criterio para conocer que es el delito, más sin embargo, dicha noción no especifica las cualidades de los actos u omisiones que la legislación sanciona y en consecuencia, no se refiere al contenido de tales conductas, por lo que el estudio del tipo penal, merece un análisis mas complejo como se verá a continuación.

3) LA NOCIÓN JURIDICO SUBSTANCIAL

Ante el formalismo de la primer noción, la dogmática penal encontró una segunda solución a la cuestión del concepto de delito, la noción substancial. Esta trata de determinar el contenido material del mismo, enumerando las características de la conducta refutada delictiva. Así se establece que el delito es la conducta típica, antijurídica, imputable, culpable y punible.

Al hablar de la conducta nos referimos al comportamiento humano que puede ser de acción o de omisión. Debemos de aclarar,

que no estamos hablando de la conducta en sentido abstracto, sino concreto, es decir, no hablamos de cualquier conducta del individuo, nos referimos a una conducta específica, espacial y temporalmente determinada, es decir, debemos de considerar al elemento conducta como un suceso real y no como una hipótesis normativa. Ahora bien, no toda conducta es delictuosa, sino solo aquella que se adecua totalmente a los supuestos contemplados por la ley penal, es decir, la conducta debe de ser típica. Entendemos por Tipicidad el hecho de que la conducta encuadre en la hipótesis establecida por la norma penal. Además de ser típica, la conducta debe ser antijurídica, esto es, debe de ir en contra del Derecho, entendiendo que no se trata de que no se cumpla el Derecho Penal, sino en el sentido de que se va en contra del sustento del bien jurídico tutelado por la norma penal, es decir, si X privó de la vida a Y, entonces X cometió homicidio. nótese como la conducta de X cumple la Ley al privar de la vida a Y, es decir, no la contradice sino que X atenta contra el bien jurídico valorado por la norma Penal, en este caso, la vida. Por esta razón la conducta es antijurídica puesto que la norma penal dispone que: "comete el delito de Homicidio el que priva de la vida a otro".

La imputabilidad es una característica que exige del sujeto la capacidad de entender y querer el resultado de sus acciones u omisiones delictivas. La culpabilidad por su parte, es una característica de la conducta consistente en la intención, imprudencia o imprevisión del delincuente, por virtud de las cuales puede reprochársele la conducta cometida. Finalmente la punibilidad se refiere al hecho de que la conducta, habiendo sido declarada típica, antijurídica, imputable y culpable, se hace acreedora a una pena puesto que la conducta actualizó la hipótesis jurídica que la considera delictuosa.

Sólo la conducta que reúna los requisitos apuntados anteriormente será considerada como delito, al faltar cualquiera de dichos elementos, no se configura el ilícito. Mediante esta noción, caracterizamos al delito y en virtud de ello podemos distinguirlo de otras conductas; además conociendo sus rasgos distintivos, determinamos su materia, es decir, el contenido de los delitos.

4) LA CONCEPCION FILOSOFICA DEL DELITO

La mutabilidad de las conductas que pueden ser consideradas delictivas, dependiendo de la época o del lugar, ha llevado a la vana tarea de crear una definición de validez universal aplicable en cualquier situación tempo-espacial. A este respecto el maestro Celestino Porte Petit, afirma: "Se ha tratado de construir un concepto filosófico del delito sin éxito alguno, en cuanto que esta concepción, se apoya en la idea de fijeza y universalidad, lo cual es inaceptable"¹.

5) LA CONCEPCION SOCIOLOGICA DEL DELITO

El autor del concepto sociológico del delito, o lo que él llama delito natural es Rafael Garófalo pilar de la escuela positivista. Fiel a su pensamiento, Garófalo trata de elaborar su noción del delito, conformando una lista de acciones u omisiones que en todo tiempo y lugar hayan sido objeto de sanción penal; así obtendría los elementos intrínsecos del delito que lo han sido siempre y donde quiera. Sin

¹ Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. 8ta edición, Ed. Porrúa, México, 1982, pag 246

embargo es tal la variación de conductas delictivas a lo largo de la historia en las diversas naciones, que este primer esfuerzo fracasa. Entonces, comienza a investigar cuáles son los sentimientos necesarios para la convivencia social, sin los cuales la sociedad se desintegraría. Es así, como llega a su famosa definición del delito natural (Sociológica) como la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad según la medida en que se encuentran en la sociedad². Esta noción ha sido criticada por estrecha ya que son sólo dos los sentimientos que se admite pueden ser lesionados, no obstante, que algunas figuras delictivas lesionan "sentimientos" distintos como el patriotismo, el pudor, etc. Además, el concepto de "medida media en que se encuentran en la sociedad" es sumamente relativo.

6) APARENTE INSUFICIENCIA DE LAS NOCIONES PARA RESOLVER EL PROBLEMA.

Del análisis de las nociones apuntadas anteriormente podemos afirmar, de inicio, que ninguna de ellas responde directa y satisfac-

² Cfr. Jiménez de Asúa, Luis La Ley y el Delito 12ª edición, Ed. sudamericana, Buenos Aires, 1981, pags 203 y 204

toriamente las preguntas planteadas, ¿cuáles son las conductas delictivas?, ¿cuándo sabemos que una conducta es delictiva?, ¿qué características debe tener la conducta que pretenda ser distinguida como delito? ¿por qué la noción y el número de delitos varía dependiendo del tiempo y el lugar?

La definición formal sólo nos dice que delito es el acto u omisión que reúne los elementos de la descripción legal, de tal forma que cualquier conducta (sea dañosa o no) por el sólo hecho de ser descrita y sancionada por la ley, será delictuosa. Luego entonces, si el distintivo del delito es la descripción legal y su castigo es quien determina cuáles conductas son delictivas y cuáles no, ante esta concepción no tienen importancia el daño que se cause a la sociedad, el peligro que implica, y el ataque a los bienes jurídicos tutelados. En suma, carece de toda relevancia el contenido material de la conducta. Por su parte la definición substancial, caracteriza a la conducta delictiva como típica, antijurídica, imputable, culpable y punible, pero no establece cuales son los criterios para determinar qué conducta es merecedora de ser considerada como delito por la ley penal.

La noción filosófica es tan ambiciosa que la magnitud de la tarea le ha impedido encontrar siquiera expresión y parece eternamente condenada al fracaso. Por último, la noción sociológica se vuelve inexacta debido a la estrechez y relatividad de su concepto, además de confundir "los sentimientos altruistas" lesionados con los bienes jurídicos tutelados.

En conclusión, parece que los conceptos no satisfacen a las interrogantes. Pero antes de ir más adelante, debemos apuntar que una de las preguntas más importantes, si ha sido resuelta. La cuestión de ¿que es el delito?, se contesta con la noción substancial: es la conducta típica, antijurídica, imputable, culpable y punible, no se resuelve la pregunta con la noción formal por que para ella, carece de relevancia el contenido material, y no se contesta con la concepción sociológica, porque el delito es en realidad un ente jurídico y en la normatividad es donde encuentra su expresión.

Entonces, ¿porqué si sabemos lo que es delito, no sabemos cuáles son las conductas que deben considerarse delictivas por la ley?, pues porque las dos cuestiones son totalmente diferentes, y se

resuelven acudiendo a distintas fuentes. Esto significa que, llegado este punto, es preciso replantear el problema y resolver cual es la cuestión que nos interesa. O bien queremos saber qué es el delito, o bien queremos saber cuáles son las características que deben tener las conductas para ser consideradas delictivas por la ley. Indudablemente la segunda pregunta es el objeto del presente trabajo, y la primer interrogante aunque interesante, queda plenamente respondida con la noción substancial ya que caracteriza las conductas delictivas, destacándolas de otras formas de actuar u omitir del individuo en sociedad. Una vez replanteada nuestra hipótesis, hemos decidido inclinarnos por el estudio de las características de las conductas que han de pasar a integrar el catálogo delictivo que consagra la ley penal. Pero ¿por dónde comenzar?... por el concepto mismo de delito. Tenemos que determinar cuál es el elemento (Tipicidad, antijuricidad, culpabilidad o punibilidad) cuyo análisis nos ayudará a establecer las acciones u omisiones que deben incorporarse en la Ley como comportamientos delictivos. Del esbozo que anteriormente hicimos de los elementos de la noción substancial desprendemos que la Tipicidad es la que arrojará luz sobre el asunto, ya que se trata de la adecuación de la conducta a la hipótesis legal, y es esta hipótesis la que nos

interesa saber cómo se integra. Así pues, más que la Tipicidad deberemos analizar al tipo penal, ya que es la hipótesis que contiene la descripción de la conducta delictiva. Está entonces trazado el camino que nuestro trabajo habrá de seguir: el estudio del tipo desde el punto de vista normativo, es decir, al tipo penal considerado como parte de la estructura normativa con un contenido formal y otro material.

Pero antes de iniciar con el estudio del tipo, habrá que esclarecer algunas ideas relativas al delito que plantearán las bases para el citado análisis.

7) EL FORMALISMO EN LA DESIGNACION DE LAS CONDUCTAS DELICTIVAS.

Indudablemente que un primer criterio que nos permite establecer cuáles son las conductas que habrán de tipificarse, es el aspecto formal de su designación. Según éste serán tipificables las conductas que determinen los legisladores, y sólo las consagradas por la Ley se considerarán delictivas al reunir los otros elementos de la definición

substantial. De acuerdo a este criterio se tipificarán las acciones u omisiones que el Legislador decida, o en otras palabras, es el arbitrio de los cuerpos legislativos el que establece cuales comportamientos se integran al catálogo de ilícitos y cuáles no. Es obvio, que este punto de vista poco aclara respecto de la verdadera naturaleza de las conductas típicas y lo que es mas, las considera de naturaleza igual a otros comportamientos, ya que la única diferencia la hace el Legislador al seleccionar las que formarán la parte especial del Código Penal, sin que se repare en el contenido material de las acciones u omisiones. Claro está que este criterio por sí solo no resuelve el problema, y por lo tanto habrá que reparar en el aspecto material para solucionarlo. Pero tampoco podemos negar que en la realidad muchas veces es el Legislador quien decide si una conducta merece formar parte de la lista de ilícitos, sin entrar de fondo al estudio de la naturaleza intrínseca de dicho actuar. Es decir, en ocasiones, se descuida al contenido propio de la conducta, verdadero parámetro que determina si procede la tipificación, y el diputado o senador se inclina a legislar por motivos políticos, personales, económicos o de clase. Así encontramos en los Códigos Penales conductas que no deberían estar tipificadas o bien

que están excesivamente penadas, errores ocasionados por descuidar la verdadera naturaleza del comportamiento en cuestión.

Estas consideraciones, respaldan nuestra afirmación en el sentido de que el proceso formal de creación legislativa cuyo producto es el tipo penal, por sí solo, no nos aclara cuales son las conductas que deben tipificarse y por qué.

8) DELITO ¿NORMA O HECHO JURIDICO?

Antes de seguir adelante con la investigación, se vuelve necesario establecer algunas ideas que forman la base para el ulterior desarrollo del presente trabajo. Así, en primer lugar habrá que establecer si el delito es una norma jurídica o bien se trata de un hecho jurídico. Es decir, averiguar si el delito es una conducta real y concreta o es una hipótesis jurídica más una consecuencia de Derecho.

Si nos inclinamos a admitir que el delito es una norma jurídica, tendremos que aceptar que se trata de una serie de supuestos de Derecho. Esto es, que el delito es el conjunto de hipótesis contenidas

en los artículos respectivos del Código Penal. Por ejemplo, en el estado de Sinaloa, el delito de homicidio se conformaría por los artículos 133 (conducta típica), 14 (Antijuricidad), 18 al 22 (imputabilidad), 26 y 27 (culpabilidad), 134 y 141 al 144 (punibilidad) del Código Penal para el Estado de Sinaloa, cuyas hipótesis en algunos casos deben colmarse y otras veces no encuadrar en ellas³. En esta perspectiva no tiene cabida la idea de concreción y el delito se presenta como varios supuestos genéricos, abstractos e impersonales que al cumplirse llevan aparejada una consecuencia jurídica. Por ello, no comulgamos con esta idea y creemos que el delito es en realidad un suceso concreto que produce consecuencias de Derecho, o sea, que se trata de un hecho jurídico. De esta forma el delito se convierte en un acontecimiento localizado espacial y temporalmente, con un autor definido y una víctima específica. Bajo esta perspectiva, el delito de homicidio será la conducta de X que privó de la vida a Y sin que en su favor mediara alguna circunstancia excluyente de responsabilidad y que por lo tanto se declara merecedora de una pena.

³ Nos encontraríamos en una situación similar a la de determinar si el contrato de compraventa es el acuerdo real, palpable y tangible que suscriben dos personas, o bien, el contrato consiste en los artículos 2130 al 2208 del Código Civil de Sinaloa.

Así, los delitos no son la serie de acciones u omisiones descritas en la parte especial del Código Penal, sino las conductas reales y concretas que satisfacen los requisitos legales. Pues una cosa es que la conducta esté regida por la norma y otra bien distinta es que la norma suplante a la conducta. En suma, el delito no es supuesto normativo sino acontecimiento real y tal suceso es un hecho jurídico por que la conducta del sujeto produce consecuencias de Derecho, aun cuando su voluntad no es producirlas.

9) DELITO, LEGISLADOR Y JUEZ

Respecto del ente jurídico que es el delito, dos figuras adquieren singular relevancia, debido al papel que desempeñan en relación con él: El Legislador y el juez.

El primero de ellos tiene como función seleccionar del conjunto de conductas antisociales a aquellas que merecen ser tipificadas, además de establecer en la Ley las reglas generales que determinarán en su caso, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, y en

consecuencia la punibilidad de la acción u omisión. Esto es, al Legislador le corresponde crear y mantener actualizado el sistema normativo que regulará a las presuntas conductas delictivas. De esta manera él es quien establece las pautas abstractas conforme a las cuales, otro funcionario hará la declaración de que efectivamente se ha dado un delito. Ello implica que el legislador no es quien indica que ha sucedido un delito, pues como explicamos anteriormente, éste es un hecho y no una norma jurídica, y por tanto el papel del funcionario en cuestión se refiere a la creación de normas que regulan las conductas del individuo en sociedad.

Quien tiene como función declarar la comisión real de un delito es el juez. El, mediante una sentencia establece que se han satisfecho las hipótesis legales y por lo tanto procede la imposición de una pena al delincuente. Claro que el juez, encuentra como parámetro de su actividad las normas creadas por el legislador, pero es él quien dentro de esos límites establece la existencia concreta de una conducta delictiva. En este orden de ideas resulta que una conducta no es considerada delito, sino hasta que un juez así lo declara en la sentencia

previo análisis de que se han cumplido los requisitos legales⁴. Por tanto una persona será delincuente solo hasta que una sentencia así lo determine. Estas consideraciones sin consecuencias prácticas aparentes encuentran su verdadero lugar preeminente, por ejemplo, en materia estadística. Pensemos entonces que una real estadística delictiva se integrará con el número total de sentencias, en un tiempo dado, que declaran la existencia de conductas típicas, antijurídicas, imputables, culpables y punibles. Es decir, el conjunto de delitos que se cometen en un tiempo y lugar fijos, se compone por el número de conductas que una sentencia declara delictivas. Asimismo, el conjunto de delincuentes se forma por la suma de individuos sentenciados, y por lo tanto el fenómeno de la delincuencia será de orden estrictamente legal. Todo esto implica que el total de denuncias y querellas presentadas ante las agencias del Ministerio Público no constituyen una estadística delictiva. Tampoco el número de conductas dañosas e ilícitas que jamás son denunciadas, y en consecuencia no son perseguidas, componen el conjunto de los delitos; podrán considerarse conductas antisociales o criminales pero no delictivas. ¿Por qué?

⁴ Artículo 5o. del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Sinaloa: "A los tribunales penales corresponde la aplicación de sanciones y medidas de seguridad, cuando en sus sentencias declaren la existencia del delito."

Porque la única autoridad que puede establecer la existencia de un delito es el juez, y dicha declaración la realiza después de un proceso de análisis cuyo objeto es determinar si la conducta encaja, en las hipótesis legales y es acreedora, en consecuencia, a una pena. Así, una denuncia no es un delito por que no ha pasado por el proceso referido, como tampoco ha pasado la conducta ilícita que no es denunciada.

10) DELITO Y CRIMEN

Otra importante reflexión que debemos realizar en torno al delito, se refiere a sus diferencias con el crimen, ya que en multitud de ocasiones se emplean ambos términos como sinónimos incurriéndose en un grave error.

Ya hemos explicado que el delito es un ente jurídico, por que aún cuando se trata de una conducta real, la norma establece los parámetros conforme a los cuales el juez declara la delictuosidad del hacer u omitir en cuestión. De esta forma el binomio delito-delincuente se revela como la piedra angular del Derecho Penal, objeto y motivo de

estudio de esta disciplina jurídica especial, los cuales determinan también el método de investigación que se empleará por los estudiosos de la materia. Además, hemos dejado establecido que el delito es una conducta típica, antijurídica, imputable, culpable y punible, definición a la cual nos apegamos por las razones expresadas con antelación.

Por su parte el crimen es una "conducta antisocial propiamente dicha, es un episodio que tiene un principio, un desarrollo y un fin. Por ello, se analizan todos los factores y causas que concurrieron para la producción del evento. Los aspectos biológicos, psicológicos, antropológicos, que llevaron del paso al acto"⁵. Así pues, el crimen será una conducta que ataca al grupo social, sus valores, sus normas de comportamiento, su estructura y en suma, a todo aquello que se refiera o implique la convivencia humana en sociedad; pero no es estudiado en un contexto hipotético sino dentro de una realidad individual y social. Entendido así, el crimen se convierte en el objeto de estudio de la Criminología, disciplina que tratará de averiguar cuáles fueron los factores que intervinieron en la realización del crimen, como

⁵ Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología. 3ra edición. Ed. Porrúa, México, 1982, pag 25

se puede evitar y controlar, como puede ayudarse a los criminales y finalmente como se previene la criminalidad

De lo anteriormente expuesto, se desprende que ambos conceptos son totalmente distintos. Pues el delito es una conducta valorada jurídicamente como dañosa, mientras que el crimen es un hecho antisocial, cualquiera que éste sea. Mas sin embargo entre ellos se dan ciertas relaciones que a continuación explicaremos. Si analizamos su contenido material sabremos que el delito es por lo general una conducta antisocial, pero no se trata de cualquiera antisocialidad objetivada, sino de aquella que se da de acuerdo con las exigencias de la norma penal. Así, en principio podemos afirmar que por lo general el delito es una especie dentro del género de conductas criminales o antisociales. Además, en relación con el tipo, la antisocialidad del crimen, debe ser el fundamento material de la creación legislativa, el apoyo y la justificación de la sanción impuesta. Pero a pesar de estas consideraciones, existen crímenes o conductas antisociales que no están tipificadas, como por ejemplo la prostitución, y por el otro lado, existen tipos que no contemplan conductas

criminales. Por lo tanto, hemos de concluir afirmando que no todo delito es crimen, ni todo crimen es delito.

11) DELITO Y TIPO PENAL

Una última consideración que haremos en estas breves reflexiones generales, se referirá a la diferencia que existe entre el delito y el tipo penal.

El delito, como hemos afirmado en varias ocasiones, es un comportamiento real, espacial y temporalmente localizado y por lo tanto concreto. Se trata, en suma, de un hecho jurídico en sentido estricto.

El tipo penal por su parte es la hipótesis normativa, el supuesto de derecho que contiene los elementos descriptivos, normativos, objetivos e incluso subjetivos que el legislador desea incluir para dar una exacta referencia de la clase de conducta que quiso consagrar en la ley.

El delito es una conducta concreta que el juzgador declara encuadrada dentro de los supuestos legales. El tipo es creación legislativa abstracta de comportamientos considerados dañosos o peligrosos para la sociedad, previa valoración de los mismos. Pues bien, a pesar de estas diferencias, existen personas que tienden a confundir ambas figuras y afirman la igualdad de lo real y lo hipotético, es decir, erróneamente asimilan el delito al tipo penal. Para ellos, tan es delito de robo la conducta real de X que se apoderó de una cosa ajena mueble de Y, sin derecho y sin consentimiento, como también es delito de robo el artículo 201 del Código Penal del Estado de Sinaloa. Esto lógicamente, es incorrecto ya que se confunde el hecho real con la hipótesis jurídica, el delito con el tipo penal.

Insistimos en la diferenciación del delito (conducta real) y el tipo (conducta hipotética) pues la confusión entre ambos términos provoca errores en el análisis de estas figuras. Así, al principio de este trabajo creímos que la pregunta ¿cuáles son las características que una conducta debe tener para ser consagrada en la ley penal? se refería al concepto mismo de delito analizado el cual, se despejaría la incógnita. Y no fue sino hasta que respondiendo la interrogante ¿qué es delito?

sin que pudiéramos contestar la pregunta inicial, caímos en cuenta de que se trataba de cuestiones que debían plantearse ante distintas áreas de la parte general del derecho penal. De ahí la importancia de diferenciar al tipo del delito.

CAPITULO II: DESARROLLO POLITICO Y JURIDICO DEL TIPO DELICTIVO

1) ELEMENTOS SUBJETIVOS Y NORMATIVOS DE LA NOCION SUBSTANCIAL DE DELITO.

Hemos hablado ya de la concepción substancial del delito y explicado todos sus elementos, toca ahora en turno, su análisis para tratar de encontrar las similitudes entre algunos de ellos con el fin de agruparlos. Para tal efecto, proponemos dividirlos en elementos subjetivos y elementos normativos, pero solo para los fines del presente trabajo, con el objeto de que dicha separación nos ayude a realizar el estudio normativo del tipo penal.

Si observamos con atención los seis elementos de la definición substancial, podemos notar que entre ellos existen algunos que derivan de la persona y otros que derivan del orden jurídico, a los primeros los denominamos elementos subjetivos, y a los segundos elementos normativos.

En efecto, existen elementos que podemos conocer acudiendo a la persona, son intrínsecos a ella, los analizamos a partir del sujeto, ya sea en su actuar o en algún estado propio de él. Si la persona no existiera no podrían darse estos elementos, pues son inherentes a la misma. Por ello es que los llamamos elementos subjetivos, toda vez que nacen del sujeto, de la persona, del ser humano individual, le son propios y no pueden existir partiendo de otro lugar. Estos elementos subjetivos de la noción substancial del delito son la conducta, la imputabilidad y la culpabilidad. La conducta, entendida como el actuar u omitir considerado delictuoso, debe necesariamente tener un autor y éste solo puede ser un ser humano, un sujeto. Por su lado, la imputabilidad y la culpabilidad se refieren a estados relativos a la persona, a su capacidad para entender, querer y dirigir la voluntad a producir el resultado dañoso o bien relajar las precauciones medias que

toda persona debe observar y por lo tanto que se produzca el resultado dañoso. Dichos estados se refieren al propio sujeto y se manifiestan en la mayoría de edad, en el goce pleno de los sentidos (no ser sordomudo), la intención o la culpa al actuar.

Además de estos elementos subjetivos, existen otros que se derivan directamente del ordenamiento jurídico, y por ello los denominamos normativos. Son aquellos que nacen a partir de la ley (única fuente del derecho penal) y sin la cual, no existirían. Nos referimos a la tipicidad, la antijuricidad y la punibilidad. La tipicidad, o sea, la adecuación de la conducta a la hipótesis normativa, se da sólo cuando existen los parámetros legales, esto es, el tipo. La antijuricidad, siendo lo contrario al Derecho, necesita del ordenamiento normativo para poder existir. Y por último la punibilidad, o castigo de las conductas delictivas, no es sino una consecuencia de derecho, en otras palabras, es la segunda parte de la estructura formal de la norma penal.

Son estos últimos elementos los que nos interesan, debido a sus relaciones con la norma jurídica. Y entre ellos encontramos implícito al

tipo penal, objeto de nuestro análisis. Ello significa que, para entender al tipo habrá que estudiarlo dentro del ámbito normativo al cual pertenece.

2) TIPICIDAD Y TIPO PENAL

La razón por la cual la noción substancial del delito haya sido el punto de partida de esta investigación es por que cuenta con el elemento tipicidad, donde se incluye al tipo penal; pero como se entenderá ambos conceptos son distintos.

La tipicidad es la adecuación de la conducta a los supuestos contemplados en la ley penal y el tipo es precisamente la hipótesis normativa. En otras palabras, el tipo es creación legislativa mediante la cual se describen las conductas en el Código Penal y precisamente por ello tiene un carácter abstracto, general e impersonal. Por su parte, la tipicidad es el hecho de que la conducta encuadre dentro de los parámetros descriptivos de la ley, por tanto es concreta y definida. El tipo lo forma el legislador y se consagra en una Ley, la tipicidad es declarada por el juzgador mediante una sentencia.

En suma, el tipo es un requisito previo y necesario del elemento tipicidad, pues es él quien establece las características que la conducta deberá observar para considerarla presuntamente delictiva.

3) LA TEORIA DEL TIPO EN LA DOGMATICA JURIDICO PENAL

Punto de partida lógico para el análisis del tipo penal es su concepto y contenido, para entenderlo debemos acudir a las nociones elaboradas por los estudiosos del Derecho.

a) ERNST BELING:

La teoría del tipo se inicia en el año de 1906 cuando en la ciudad alemana de Tubinga aparece el libro "Die Lehre Vom Verbrechen" (La teoría del Delito) cuyo autor Ernst Beling, profesor de la Universidad de Munich, da al tipo un sentido que hasta ese momento no había tenido. Anteriormente los estudiosos alemanes como Stübel (1805), Luden (1840), Kärcher (1873) y Schaper entendían al tipo como la totalidad o

suma de los caracteres del delito, incluyendo al dolo, esto es, "como conjunción de todos los caracteres internos y externos de la infracción"⁶. En ese entonces, el tipo y la tipicidad eran confundidos con la antijuricidad y la culpabilidad, por tanto no tenían un papel relevante. Sin embargo Beling viene a otorgarle al tipo su importancia real cuando lo separa de la culpabilidad y la antijuricidad.

Concibe entonces al tipo o *tatbestand*⁷ como descripción objetiva y material de la conducta, dejando por fuera los aspectos internos o subjetivos. Como explica Cuello Calón, "en su primera concepción el tipo legal del delito (*tatbestand*) estaba formado no por el conjunto de todos los elementos integrantes del delito sino tan solo por los elementos objetivos descritos en el precepto legal, con exclusión de los de tipo subjetivo. Así que el *tatbestand* se concebía como toda la parte externa, objetiva del delito"⁸. Veinticuatro años más tarde, en 1930, Beling da a conocer su obra "Die Lehre Vom Tatbestand" (La teoría del

⁶ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, T.I. 5ta. edición, Ed. Porrúa, México, 1985, pag. 28. Cfr. Jiménez de Asúa, ob. cit. pag. 237

⁷ El vocablo alemán *Tatbestand* llegó a la dogmática penal a través del artículo 59 del Código Penal Alemán de 1871 y entre los autores de habla hispana ha sido traducido de diversas maneras. Así para Jiménez de Asúa significa Tipicidad, mientras que para Faustino Ballvé quiere decir figura delictiva o tipo delictivo; para Cuello Calón se refiere al tipo legal del delito y finalmente Ricardo C. Nuñez y Jiménez Huerta lo traducen como tipo. Donde parece existir consenso es respecto al origen del vocablo tanto Cuello Calón como Jiménez de Asúa coinciden en señalar que la palabra *tatbestand* es la germanización llevada a cabo en el siglo XVIII de la expresión *corpus delicti*

⁸ Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal*, 9a edición, Editora Nacional, México, 1973, pag. 313

Tipo) donde reelabora sus concepciones y como bien señala Jiménez Huerta, espiritualiza la noción del tipo.

Parte Beling de la diferenciación entre el tatbestand legal y el delikstypus (tipo de delito, especie delictiva, figura del delito). Este último sería el conjunto de los elementos objetivos y subjetivos del delito, consistiría en la descripción de la conducta antijurídica y culpable, o en otras palabras, la antigua concepción que del tipo hacían Stübel y Kärcher, donde se incluían los caracteres internos y externos de la infracción. Frente al delikstypus surgía el tatbestand legal, entendido ya no como el conjunto de los elementos objetivos descritos en el proceso penal, sino como la figura rectora (leitbild) a la cual hacen referencia todos los elementos de cada delikstypus. Así por ejemplo en el delikstypus de robo: apoderamiento de una cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente pueda disponer de ella, encontramos tanto elementos objetivos (apoderamiento) como subjetivos (intención de apoderarse de la cosa). Pues bien, todos estos elementos coinciden y son dominados o dirigidos por la imagen rectora, (tatbestand legal o leitbild) en este caso el apoderamiento de la cosa ajena mueble, ya que el dolo (elemento

interno) consistirá en la intención precisamente de apoderarse de la cosa ajena mueble y la antijuricidad de la acción se manifiesta en que el apoderamiento debe hacerse sin derecho y sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de la cosa. Así, tanto la intención como el "sin consentimiento y sin derecho" son accesorios que se refieren y son dirigidos por la imagen rectora: apoderamiento de la cosa ajena mueble; si no existiera ella, aquellos tampoco existirían⁹.

Y precisamente Beling asimila el tatbestand legal a una imagen o figura rectora, cambiando así su concepción original. Como explica el maestro Jiménez Huerta, "para la exposición de su nuevo sistema arranca Beling del concepto de especie delictiva (deliktstypus), concebida como un todo compuesto de una pluralidad de elementos que se encuentran en la correspondiente descripción legal. Estos elementos son: unos, de naturaleza externa y objetiva; vgr. los que caracterizan la antijuricidad; y otros, de naturaleza subjetiva, como por ejemplo, los que configuran la culpabilidad. Todos estos elementos empero, se orientan hacia una imagen unitaria que viene a ser el cuadro conceptual que funda la unidad de la especie delictiva, y sin la cual aquellos elementos perderían su sentido como elementos

⁹ Cfr. Jiménez de Asúa, ob. cit., págs 241 y 242.

integrantes de la especie delictiva. Esta imagen unitaria, (leitbild) es el tipo (tatbestand legal) que informa y preside la creación y vida de cada especie delictuosa y representa esquemáticamente su contenido esencial. El tipo no es ya, para Beling, el hecho objetivo abstracto y conceptualmente descrito, por sus elementos materiales, en cada especie delictiva, sino la imagen rectora (leitbild), cuadro dominante o tipo regens que norma y preside cada especie delictiva. De esta manera se espiritualiza el tipo penal, el cual viene a ser una representación conceptual que no debe ser confundida con su realización exterior."¹⁰

Esta concepción belingniana es por demás enredosa ya que las expresiones técnico-jurídicas que introduce vienen a transformar la materia en difícil tarea. Además se aleja del mundo sacionormativo para entrar en el mundo de las ideas, volviendo su teoría en abstracción dogmática. Baste señalar que esta concepción del tipo no fue acogida por los pensadores del Derecho Penal.

¹⁰ Jiménez Huerta, ob. cit., págs 29 y 30

b) MAX ERNST MAYER

La teoría del tipo recibe un nuevo y vigoroso tratamiento cuando en 1915 Max Ernst Mayer escribe su "Tratado de Derecho Penal" (Lehrbuch). En esta obra expone que el tipo no es una mera descripción de una conducta, sino que es un indicio de antijuricidad. Esto es, una conducta al ser incluida en la Ley Penal como "tipo", tiene en su favor la presunción de ser antijurídica; el hecho de su tipificación es por sí solo un indicio de su antijuricidad. En palabras de Porte Petit, "la tesis del indicio es sostenida por Mayer, que atribuye al tipo penal, un valor indiciario de antijuricidad, o sea, que toda conducta que ha conformedo a un tipo, debe estimarse presuncionalmente antijurídica"¹¹.

En México, la Suprema Corte de justicia de la Nación se apega a este criterio al afirmar que, "el tipo delictivo es indicio de antijuricidad, mas no fundamento de la culpabilidad."¹²

¹¹ Porte Petit, ob. cit., pág. 426.

¹² Amparo directo No. 751/60. Simón Santillán Salazar. 29 de marzo de 1960. Unanimidad de cuatro Votos. Ponente: Ministro Juan José González Bustamante. Semanario judicial de la federación. Sexta Epoca. Tomo XXXIII, pág. 103.

Esta concepción ha sido rechazada alegando que una conducta no puede ser en inicio presuntivamente ilícita (estado dudoso de antijuricidad) y después convertirse en plenamente ilícita (certeza de antijuricidad) al no darse las causas de justificación. Se sostiene al respecto, que una conducta es lícita o ilícita desde su nacimiento y no pasa del estado larvario de presunción al de certeza.

c) EDMUND MEZGER

En 1931 al escribir Edmund Mezger su "Strafrecht Ein Lehrbuch" (Tratado de Derecho Penal), la concepción del tipo penal da un nuevo giro. Ahora el tipo no es la ratio cognoscendi, el indicio de la antijuricidad, sino que es precisamente su ratio essendi, su fundamento esencial. "Mezger, al hablar del tipo como fundamento de la antijuricidad, expresa, que el que actúa típicamente, actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto; que el tipo jurídico penal que describe dicho actuar típico, posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuricidad penalmente relevante de la acción; que es fundamento real y de validez (ratio essendi de la antijuricidad), aunque a reserva,

siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto, pues si tal ocurre, la acción no, es antijurídica, a pesar de su tipicidad."¹³

Sin embargo, si aceptamos totalmente la idea de Mezger, llegaremos, como afirmara Jiménez de Asúa,¹⁴ a la creación de una antijuricidad penal, distinta de la antijuricidad general. Esto es, si aceptamos que el tipo es el fundamento real (ratio essendi) de la antijuricidad, tendremos que aceptar que el tipo concretiza, objetiviza y materializa a la antijuricidad mediante la descripción de las conductas. En otras palabras, solo las conductas descritas en los tipos delictivos constituyen la antijuricidad relevante en el Derecho Penal. De tal manera que el tipo penal al ser ratio essendi, determina a la antijuricidad, pero no cualquier clase de ésta, sino precisamente una antijuricidad penal. En la misma forma los preceptos civiles determinarán una antijuricidad civil y así sucesivamente en todas las disciplinas jurídicas especiales. Esto es inadmisibile pues no pueden existir conductas contra el Derecho Penal o contra el Derecho Laboral, sino conductas conforme o no al Derecho; entendido éste como la

¹³ Porte Petit, ob. cit., pág. 427.

¹⁴ Jiménez de Asúa, ob. cit., pág. 239.

totalidad del ordenamiento jurídico. O sea, es el ordenamiento jurídico en conjunto quien da los parámetros para valorar una conducta como jurídica o antijurídica.

Como explicamos antes, o se actúa contra el Derecho o se actúa apegado al Derecho; pero no puede existir una acción que sea antijurídica solo penalmente mientras es civilmente irrelevante o laboralmente lícita. Cuando se actúa contra Derecho, se hace contra todos los preceptos y no contra unos cuantos.

d) FRANCISCO BLASCO y FERNANDEZ DE MOREDA¹⁵

Totalmente distinto al de Mezger es el criterio sustentado por Blasco y Fernández de Moreda, para quien la antijuricidad es la ratio essendi del tipo, y no es el tipo del fundamento esencial de la antijuricidad.

¹⁵ La teoría de este autor se contiene en su artículo "La tipicidad, la antijuricidad y la punibilidad como caracteres del delito, en su noción técnica-jurídica" publicado en la revista "criminalia", año IX, número 7, según citan Porte Petit, ob. cit. Pags. 427 y 428 y Jiménez Huerta, ob. cit. paginas 34 y 35, nota número 22 al pie de página

Porte Petit explica que, para este autor, "es en la antijuricidad donde hay que buscar la ratio essendi de la tipicidad, ya que si una determinada conducta humana llega a ser tipificada en las disposiciones penales, lo es porque la misma se reputa en la generalidad de los casos, es decir, cuando no concurren otros motivos justificantes de ella, como tan gravemente antijurídica en cuanto contraría a las normas de cultura en que el Estado encuentra su base jurídica, y conforme a las cuales orienta su función creadora del Derecho, que no halla medio más útil el Legislador, para defender dichas normas, que declarar aquella conducta delictiva y por ende, sujeta a la sanción penal."¹⁶ Así pues, según este tratadista, el contenido material del tipo penal será siempre la conducta antijurídica, situación que habremos de analizar más adelante; bástenos por ahora señalar que no comulgamos con estas ideas pues creemos que el tipo tiene su propio contenido distinto de la antijuricidad-anticultural de Mayer y Blasco.

¹⁶ Porte Petit, ob. cit., pag. 428.

e) MARIANO JIMENEZ HUERTA

El maestro Jiménez Huerta adopta una postura ecléctica entre las tesis de Max Ernst Mayer y Blasco y Fernández de Moreda.

En principio, acepta que la antijuricidad es la verdadera ratio essendi de la tipicidad, pero inmediatamente aclara: "mas no se piense que, por que afirmemos que la antijuricidad es la ratio essendi de la tipicidad juzgamos erróneas todas las posiciones que en orden al problema fueron anteriormente mantenidas; por el contrario alguna de ellas conserva todo su valor por no ser incompatible con la antes aceptada, ya que contempla al problema desde distinto ángulo. Nos referimos al pensamiento de Max Ernst Mayer, para quien la tipicidad es indicio, fundamento cognoscitivo o ratio cognoscendi de la antijuricidad, habida cuenta de que por el simple hecho de que una conducta sea recogida y descrita en un tipo se pone de relieve que, en la generalidad de los casos, la misma es tan inequívocamente antijurídica que el Legislador se ve precisado a acotarla en un tipo penal. Ambas posiciones contemplan el problema desde distinto punto de mira. Desde el punto de vista del fundamento del acto legislativo

por el que surge el tipo penal, esto es, de su proceso formativo, la antijuricidad es ratio essendi de la tipicidad; pero si contemplamos la cuestión una vez terminado el proceso formativo de ley, con la vista fija en los tipos penales que integran el catálogo de tipos delictivos que constituye la parte especial de un Código Penal, resulta indudablemente que, como certeramente afirma Mayer, la tipicidad es indicio, fundamento de cognición o ratio cognoscendi de la antijuricidad".¹⁷

Si aceptamos esta posición, habrá que admitir la posibilidad de que una conducta sea y a la vez no sea antijurídica; veamos: el legislador al incluir el tipo "homicidio" en el catálogo penal, lo hizo precisamente porque dicha conducta es esencialmente antijurídica, es decir, tiene un contenido de antijuricidad.

Pero una vez que un hecho actualiza el supuesto legal, la conducta es presuncionalmente antijurídica. Esto es, esa misma conducta esencialmente ilícita es también indiciariamente ilícita, en otras palabras gozaría simultáneamente de dos categorías incompatibles. Peor aún, sí existe una causa de justificación,

¹⁷ Jiménez Huerta, ob. cit., pag. 33, nota No. 22 al pie de página.

supongamos que la privación de la vida se hizo en legítima defensa, no obstante lo cual la conducta sigue llenando el tipo, entonces tendríamos una conducta esencialmente antijurídica, de contenido ilícito, que sin embargo es perfectamente lícita y conforme a Derecho.¹⁸

4) EL CONCEPTO DE TIPO

Hemos visto como da inicio el estudio del tipo y cuáles han sido las posturas más importantes a ese respecto, pero como se habrá notado ya, está ausente de las consideraciones analizadas el propio concepto del tipo penal, por lo cual pasaremos a consignar algunos de los más interesantes que los tratadistas han elaborado.

a) EDMUND MEZGER

Fiel a su teoría de que el tipo es ratio essendi de la antijuricidad, Mezger lo define de la siguiente manera: "El tipo en el propio sentido

¹⁸ Similar a la postura de Jiménez Huerta es la posición de Fernando Castellanos, quien trata de conciliar las opiniones de Mezger y Blasco y Fernández de Moreda "coincidimos con Mezger en que la tipicidad es la razón de ser de la antijuricidad, por supuesto, con referencia al ordenamiento positivo, porque siempre hemos sostenido que, desde el punto de vista del proceso formativo del Derecho, la antijuricidad, al contrario, es ratio essendi del tipo, pues el Legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicos los comportamientos en ella descritos". Castellanos, Fernando Lineamientos elementales de Derecho Penal. 19a Edición, Ed. Porrúa, México, 1984 pag. 167

jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la Ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal"¹⁹, analizando esta definición podemos establecer que para Mezger:

- 1) El tipo es concreción de lo injusto,
- 2) El tipo es descripción de lo injusto,
- 3) El tipo es siempre consagrado en una Ley, y
- 4) El tipo es una hipótesis normativa, pues al actualizarse, ipso iure se dan las consecuencias de Derecho, en este caso, la sanción penal.

Estamos de acuerdo con Mezger en que el tipo es un supuesto de Derecho consagrado siempre en una Ley, y también creemos que su función es de concretizar y describir, pero no a la antijuricidad, sino a una serie de conductas antisociales y dañosas valoradas por la Ley

¹⁹ Mezger Edmund citado por Cortés Ibarra, Miguel Ángel Derecho Penal 3a edición, Cárdenas Editor México 1987 pág 195

b) LUIS JIMENEZ DE ASUA

Para el maestro español, "el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el Legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito"²⁰ Jiménez de Asúa considera al tipo como abstracción, pues la conducta descrita no se refiere al hacer u omitir de alguna persona en particular, pero la abstracción es concreta por que existe un precepto legal que la delimita, es decir, se trata de una abstracción descrita, objetivada y por lo tanto concreta.

Esta definición habla también de que el tipo es legal, que debe consagrarse en una Ley y debe ser trazado por el legislador, exigencias todas ellas derivadas del principio de legalidad. Por último se señala que el tipo descarta los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito, esto es lógico, pues es imposible que la conducta tipificada sea descrita hasta en sus más ínfimos detalles y por tanto, solo se da relevancia a los aspectos, más importantes del comportamiento típico. Sin embargo por las razones

²⁰ Jiménez de Asúa ob. cit. pag. 235

expresadas con antelación²¹ No aceptamos que la Ley sea quien cataloga a los hechos como delitos, los tipifica y a lo sumo establece las reglas generales por las que el juzgador declarará el hecho como delictivo o no delictivo.

c) MARIANO JIMENEZ HUERTA

Para este autor el tipo es "el injusto recogido y descrito en la Ley penal"²² Este concepto es acorde a su teoría de que, en el momento de la creación legislativa, la antijuricidad es ratio essendi del tipo penal. Nuevamente en esta definición encontramos que el tipo es descripción consagrada en la Ley penal, pero no creemos que dicha descripción se refiere a la antijuricidad.

d) CELESTINO PORTE PETIT

Respecto de la definición del tipo, señala el maestro Porte Petit que el concepto que se dé del tipo, debe de ser en el sentido de que es una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, es mera

²¹ Vid supra capítulo I, puntos 8, 9 y 11.

²² Jiménez Huerta, citado por Castellanos Fernando ob cit página 166

descripción objetiva, conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos ²³

En esta concepción encontramos que el tipo es, en ocasiones, mera descripción objetiva de la conducta material, pero en otras, el tipo incluye elementos normativos (indicadores de la antijuricidad) y elementos subjetivos (indicadores de la culpabilidad). En efecto, ciertos tipos contienen solo una descripción objetiva de la conducta (vgr. el homicidio), pero en ocasiones el Legislador considera que la sola descripción no es suficiente para valorar correctamente el hecho e incluye en el tipo elementos que establezcan la antijuricidad de la conducta (normativos), tal y como lo hace con el tipo "robo" al exigir que el apoderamiento de la cosa ajena se realice sin derecho y sin el consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ella.

e) EUGENIO RAUL ZAFFARONI

Para el tratadista argentino, "el tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominante descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas

²³ Porte Petit, ob cit pag 423 y 424

penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas)¹²⁴. Es un instrumento legal pues sólo en la Ley pueden establecerse, es lógicamente necesario ya que si no existiera el tipo no podría configurarse el delito y no podría actuarse contra los delincuentes, es de naturaleza predominantemente descriptiva pues aunque son descripciones, algunas veces incorporan elementos normativos o subjetivos; finalmente, tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes, ya que no todos los comportamientos del ser humano son importantes para el Derecho Penal, sino sólo aquellos que impliquen un grave daño o peligro hacia aquellos bienes que el Derecho protege; y la forma de destacar dichas acciones u omisiones del resto de ellas, es mediante su tipificación

f) MIGUEL ANGEL CORTES IBARRA

El penalista sonoreNSE considera que el "tipo es la figura abstracta e hipotética contenida en la Ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias."¹²⁵

¹²⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Ed. Cárdenas, México, 1986. Pag. 391

¹²⁵ Cortés Ibarra, ob. cit. pág. 181

De acuerdo con esta definición el tipo es una figura hipotética legal que por esta misma razón es abstracta, además se manifiesta por lo general en la descripción de una conducta y cuando esto no es suficiente, en la descripción de las circunstancias de un hecho (elementos normativos y subjetivos) Como se habrá notado, las últimas tres definiciones son muy parecidas y comparten tres elementos: el tipo se contempla en la Ley; es descriptivo y, en ocasiones incorpora elementos subjetivos y normativos.

g) LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

El máximo Tribunal en nuestro país, en relación con el tipo penal establece que "el tipo delictivo, de acuerdo con la Doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena."²⁶ Acierta la Corte cuando asimila el tipo a la hipótesis jurídica de cuya realización depende el surgimiento de las consecuencias de Derecho, en este caso la pena.

²⁶ Semanario judicial de la federación, sexta época CXIX, pag. 2887 citado, por Porte Petit, pag. 424

Pero se equivoca al establecer que el tipo abarca a todos los presupuestos de la pena, pues es claro que una cosa es el tipo penal y otra bien distinta son la imputabilidad, las causas de justificación, la culpabilidad, la inimputabilidad y la inculpabilidad. Todos ellos son presupuestos de la pena, alguno de los cuales deben cumplirse y otros evitarse para que se configure el delito; pero también debe entenderse que todos son diferentes y no es lógico quererlos englobar dentro del tipo penal.

En otra ejecutoria la Corte establece "bien sabido es que el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la Ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal."²⁷ Es esta la concepción de Mezger, reproducida íntegramente por nuestro máximo Tribunal, a la cual por tanto formulamos las mismas objeciones.

²⁷ Semanario judicial de la Federación, sexta época, CXIX, pag. 2884, citado por Porte Petit, ob. cit. pag. 424.

h) NUESTRA OPINION

Consideramos que entre las definiciones analizadas anteriormente destacan las de los maestros Porte Petit, Zaffaroni y Cortés Ibarra, a ellas nos adherimos en lo general.

En este contexto, estimamos que El tipo es la hipótesis legal de carácter fundamentalmente descriptivo, que en ocasiones incorpora elementos normativos y subjetivos, en cuyo contenido se destacan las conductas antisociales penalmente relevantes.

Para nosotros el tipo es hipótesis normativa, es supuesto de Derecho al cual se ligan consecuencias jurídicas y como hipótesis sólo puede tener su fuente en la Ley. Esta hipótesis legal es fundamentalmente descriptiva pues se refiere a la conducta materialmente considerada. Pero en ocasiones, la sola descripción no basta y es necesario incluir dentro del tipo elementos que nos ayuden a ubicar la conducta prohibida. Entonces se hace referencia a los aspectos normativos para exigir la antijuricidad específica del comportamiento y a los aspectos subjetivos para exigir la culpabilidad.

específica del individuo. El contenido de estas hipótesis legales son acciones u omisiones del ser humano, pero no cualquier clase de ellas sino sólo las dañosas, es decir, aquellas que lesionan los bienes e intereses individuales y sociales protegidos por el Derecho, y de entre éstas se destacan las que tienen relevancia en materia penal y ellas son tipificadas. Lógicamente al tipificarse al plasmarse en una Ley, en una norma, adquieren un carácter impersonal, abstracto y genérico.

5) ELEMENTOS DEL TIPO

a) ELEMENTOS DESCRIPTIVOS U OBJETIVOS

Con el afán de destacar las conductas dañosas penalmente relevantes, el tipo debe abocarse a su delimitación mediante la descripción objetiva de los aludidos comportamientos. Para realizar dicha descripción, en algunos casos se hará referencia solamente a una acción o inacción corporal, y en otros a un resultado material concreto. Un ejemplo de la descripción por alusión al resultado la encontraríamos en el artículo 133 del CPES: "Comete el delito de

Homicidio el que priva de la vida a otro " En este caso es el resultado "privación de la vida de otro" el que dirige y predomina en la descripción. Ahora bien, como habrá podido observarse, la conducta descrita abstractamente es susceptible de ser percibida por los sentidos, sin que se haga necesaria la formulación de un juicio cognitivo o de un juicio de valor, esto se debe precisamente a la materialidad de la conducta detallada

b) ELEMENTOS NORMATIVOS

En muchas ocasiones, el legislador, para seleccionar la conducta penalmente relevante, y ante la insuficiencia de la sola descripción, se ve obligado a incluir dentro del tipo elementos que establezcan la antijuricidad específica del hacer u omitir. "Los verdaderos elementos normativos que contienen los tipos penales, son aquellos que, por estar cargados de desvalor jurídico, resaltan específicamente la antijuricidad de la conducta. Siempre que el tipo contiene una especial alusión a la antijuricidad de la conducta que describe, encierra una específica referencia al mundo normativo en el que la antijuricidad halla su

fundamento."²⁸ Estas referencias específicas de la ilicitud de la conducta denotan en la misma su peligrosidad y el daño que ocasionan, razón por la cual son tipificadas. Como ejemplos de elementos normativos, tenemos el artículo 164 del CPES referente a la privación de la libertad, el cual exige que dicha privación se realice ilegítimamente; y el artículo 201 del CPES referente al robo, el cual establece que el apoderamiento de la cosa ajena mueble se efectúe sin derecho.

c) ELEMENTOS SUBJETIVOS

La antijuricidad específica no es el único parámetro que el Legislador utiliza para recoger las conductas que habrán de prohibirse penalmente. Acude también a la referencia hacia una cierta intención en la conducta del sujeto, es decir, el tipo exige una determinada dirección, finalidad o sentido en el comportamiento. Si la acción u omisión no tienen impresa tal finalidad son penalmente irrelevantes.

Esta exigencia finalista, descubre a una conducta especialmente peligrosa o dañosa y por lo cual debe ser tipificada incluyendo a dicho

²⁸ Jiménez Huerta, ob cit. pag. 83

elemento. Ejemplo de estos elementos los encontramos en el artículo 169 del CPES, referente al rapto, establece que el apoderamiento de la persona debe efectuarse con el fin de satisfacer un deseo erótico sexual o bien casarse con ella. Si esta especial dirección de la conducta no existiera no se conformaría la tipicidad de la acción.

6) REQUISITOS DEL TIPO PENAL

Como hipótesis normativa que es, el tipo necesita referirse a ciertos aspectos que forzosamente deben ir incluidos en él y que a continuación analizamos.

a) SUJETO ACTIVO

Es la persona física, autora de la conducta descrita en la norma. En la redacción de los preceptos penales queda incluido en las fórmulas, "el que", "a la", "al que", "a quienes". Hemos de señalar que en la comisión real de la conducta típica pueden intervenir dos o más sujetos, en cuyo caso se aplicarán las reglas de la participación

delictiva. También puede darse el caso que la figura típica exija la concurrencia de varios sujetos. Tal y como sucede en la asociación delictuosa y la conspiración (arts. 253 y 293 CPES.)

Respecto del sujeto activo, el tipo en su abstracción no exige, en ocasiones, una categoría especial al mismo y por lo tanto cualquier persona puede realizar la conducta típica. Pero existen casos en los cuales el tipo requiere que la acción u omisión la realicen cierta clase de personas, reduciéndose a un grupo determinado el actuar típico. Ello ocurre, por ejemplo, en el peculado (art. 304 CPES.), el cohecho (art. 305 CPES.), los delitos cometidos en la administración de justicia (arts. 326 y 327 CPES.), los delitos referentes a la responsabilidad médica, técnica y administrativa (arts. 279 al 283 CPES.) y los delitos de abogados, patronos y litigantes (art. 352 y 353 CPES.)

b) CONDUCTA

Todo tipo debe detallar, necesariamente, a una conducta. Esta es la parte fundamental de cualquier figura típica, la cual tiene como misión describirla para así destacarla del conjunto de comportamientos

en general. Las acciones u omisiones trascendentes en materia penal son aquellas que se manifiestan exteriormente, aquellas que rebasan la interioridad del ser humano y producen signos materiales objetivos que transforman la realidad^{29 bis}.

Ya hemos visto cómo la delimitación de la conducta se realiza mediante su descripción, aunque en ocasiones es adicionada con elementos subjetivos y normativos, todos los cuales vendrán a integrarse como supuestos en la hipótesis legal que es el tipo. Pero también existe otra manera de realizar el detallamiento de la acción u omisión y consiste en referirse a alguna modalidad especial de dicha conducta.

Así, encontramos tipos que aluden a circunstancias temporales, por ejemplo, el art. 323 CPES que dispone: "Al que cometa un delito en contra de un servidor público o agente de la autoridad "en el acto de ejercer sus funciones" o con motivo de ellas se le aplicará prisión de tres meses a tres años además de la que le corresponda por el delito cometido". Además el tipo puede referirse a circunstancias espaciales.

^{29 bis} Incluimos además los delitos de peligro, ya que aun sin producir un resultado dañoso, si se manifiestan inmediatamente acciones externas.

tal y como acontece en el robo bancario (art. 210 CPES) al establecer que se impondrá prisión de siete a veinte años y de quinientos a mil días multa al que valiéndose de cualquier medio, ejerciendo violencia en contra de las personas o las cosas se apodere de dinero valores o bienes muebles que se encuentren en el interior de una institución bancaria o de crédito que opere en el Estado. Y por último, las figuras típicas, pueden aludir a los medios a emplearse para realizar la conducta, como sucede en el terrorismo (art. 291 CPES.) que debe realizarse "utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación o por otro medio violento", y también en el estupro (art. 184 CPES.) cuando establece que el consentimiento de la menor debe obtenerse "por medio de engaño".

c) BIEN JURIDICO TUTELADO.

El tipo no tendría razón de existir si no fuera utilizado para proteger los valores e intereses que la sociedad estima valiosos. Cualquier tipo que se precie de formar parte de una norma jurídica

debe de proteger un bien (la vida, la libertad, la propiedad), pues en función de él, es que aquél está conformado y logra su existencia.

En una imagen metafórica podríamos establecer que el bien jurídico tutelado es el alma que da vida, vigoriza y justifica la creación y razón de ser del tipo penal. No sólo eso, sino que además, el bien jurídico es la pauta conforme a la cual se sistematizan los tipos en la parte especial del Código Penal, cuya función será la de determinarlos para lograr establecer su verdadera naturaleza y su correcta valoración.

Debido a estas razones, estimamos acertado considerar al bien jurídico tutelado como un requisito de cualquier tipo penal.

7) CLASIFICACION DE LOS TIPOS

Debido a que el tipo es una hipótesis normativa de carácter abstracto, recoge en su seno un sin número de supuestos, requisitos y circunstancias que pueden dar lugar a numerosas clasificaciones.

Ha sido costumbre, en la doctrina, que los estudiosos realicen sus propias clasificaciones, dependiendo de los aspectos del tipo que llamen su atención. Entre las más importantes encontramos las de Mezger, Jiménez de Asúa, Porte Petit y Jiménez Huerta. A continuación explicaremos las especies de tipos más importantes de acuerdo con la dogmática mexicana:

a) TIPOS NORMALES:

Son aquellos que incluyen solamente elementos de carácter descriptivos u objetivo y excluyen, por lo tanto, elementos normativos y subjetivos. En otras palabras, son aquellos que se refieren exclusivamente a la descripción de la conducta material-objetiva que produce una transformación en la realidad concreta. Por ejemplo: el homicidio (art. 139 CPES).

b) TIPOS ANORMALES:

Son aquellos que incorporan elementos subjetivos o normativos. Es decir, el tipo anormal no se integra con la sola descripción, sino que

agrega circunstancias que exigen una antijuricidad o una culpabilidad específicas, las cuales son indicadores del daño y peligro que implica la conducta. Por ejemplo: el acoso sexual (art. 185 CPES) y el robo (art. 201 CPES).

c) TIPOS FUNDAMENTALES O BASICOS:

Son aquellos, cuyos elementos y contenido les son propios y no los adquieren de otro tipo. Para Cortés Ibarra el tipo "es básico cuando sus elementos descriptivos son el fundamento esencial de otros tipos esenciales."²⁹ Un ejemplo de ellos sería el tipo de fraude genérico.

d) TIPOS ESPECIALES:

Son aquellos que se forman integrando a la figura típica elementos de un tipo básico o fundamental. De esta manera, conviven elementos propios del tipo especial y elementos provenientes del tipo

²⁹ Cortés Ibarra. ob cit pág 186

básico. Tal ocurre, por ejemplo: en el fraude específico (art. 216 CPES.).

e) TIPOS INDEPENDIENTES O AUTONOMOS:

Son aquellos cuya vida no depende de la existencia previa de otro tipo. Por lo tanto gozan de autonomía e independencia. Ejemplos de ellos son el homicidio y el robo.

f) TIPOS COMPLEMENTADOS, CIRCUNSTANCIADOS O SUBORDINADOS:

Estos no tienen vida propia y requieren para configurarse de la previa existencia de otro tipo. Al darse las circunstancias que lo componen nunca dará lugar a que se origine un tipo autónomo. Ejemplos de ellos son el homicidio en riña (art. 142 CPES.) y el aborto causado por un médico (art. 157 CPES.).

g) TIPOS CALIFICADOS O AGRAVADOS:

Se trata de aquellos tipos (especiales o complementados) que al agregar determinadas circunstancias al tipo básico, su penalidad se incrementa. Por ejemplo: el homicidio cometido con premeditación, ventaja o traición (art. 139 CPES.).

h) TIPOS PRIVILEGIADOS O ATENUADOS:

Son aquellos tipos (especiales o complementados) que al agregar determinadas circunstancias al tipo básico, disminuye su penalidad. Por ejemplo el homicidio realizado en un estado transitorio de grave conmoción emocional (art. 141 CPES.).

i) TIPOS DE FORMULACION LIBRE:

Son aquellos que no establecen una manera en particular de realizar la conducta típica. Por lo tanto la descripción del hacer u omitir

se realiza en los términos mas genéricos que es posible, y puede abarcar infinitas variedades de realización del comportamiento. Tal y como acontece en las lesiones (art. 135 CPES.).

J) TIPOS DE FORMULACION CASUISTICA:

Son aquellos que determinan específicamente caso por caso, las conductas típicas. Su descripción de las acciones u omisiones es realizado en forma casuística, es decir, detallándolas caso por caso. Esto sucede por ejemplo, en el estupro (art. 184 CPES.) y la violación (art. 179 CPES.).

k) TIPOS MIXTOS ALTERNATIVOS:

Son aquellos cuyas hipótesis de realización de la conducta están unidas por una disyunción. Es decir, estos tipos consignan dos o más conductas típicas que producen el mismo resultado dañoso, y la tipicidad de la acción u omisión se dará al encuadrar en una de las

descripciones o en la otra. Por ejemplo la rebelión (art. 286 CPES.) y el terrorismo (art. 291 CPES).

l) TIPOS MIXTOS ACUMULATIVOS

Son aquellos que contemplan dos o más hipótesis en la realización de la conducta, las cuales están unidas por una conjunción, es decir, estos tipos exigen que se dé una conducta y además el otro comportamiento descrito. Tal ocurre en la trata de personas (art. 276 CPES.) y la usurpación de funciones (art. 324 CPES).

m) TIPOS EN BLANCO:

Son aquellos que reenvían a otras leyes para determinar el contenido de alguno de sus elementos. Como sucede en el caso de los delitos contra la salud, pues hay que acudir a la Ley General de Salud para conocer cuáles y qué son los estupefacientes y psicotrópicos. (art. 193 CPDF.).

n) TIPOS ABIERTOS:

Para Gonzalo Rodríguez Mourullo "son tipos abiertos o necesitados de complementación aquellos en los que la ley describe sólo parte de las características de la conducta prohibida, reenviando al juez el cometido de completar las restantes."³⁰ Al dejar en manos del juzgador la determinación de algunos de los elementos del tipo, la doctrina estima que se viola el principio de legalidad en materia penal: *Nullum Crimen Sine Lege*.³¹

8) RELACIONES DEL TIPO CON LA ANTIJURICIDAD

Hemos visto como se inicia el estudio del tipo dentro de la dogmática penal, hemos consignado su concepto, analizado sus elementos y requisitos y también establecimos sus clasificaciones más

³⁰ Rodríguez Mourullo citado por Vela Treviño, Sergio. El principio de legalidad y los tipos abiertos. *Criminalia*, año XLIV, nos. 4-6, abril-junio de 1978, México, Pág. 17

³¹ Además de los ya mencionados, existen otras clases de tipos: Por ejemplo: el tipo garantía, que se refiere al principio de legalidad en materia penal, el tipo permisivo, que se refiere a las circunstancias excluyentes de responsabilidad, el tipo de delito, que se trata de concepciones del delito en que se quiere abarcar con el tipo casi todos los caracteres del mismo, el tipo de injusto, que exige en la conducta una específica antijuricidad y, el tipo de culpabilidad que requiere de una especial finalidad en la conducta. Zaffaroni, ob. cit., pág. 393

importantes; ahora es el momento de referirnos a las relaciones existentes entre el tipo y los restantes elementos normativos de la definición substancial del delito, principiando con la antijuricidad. A este respecto, algo hemos adelantado cuando estudiamos las teorías de Max Ernst Mayer, Edmund Mezger, Blasco y Fernández de Moreda y Mariano Jiménez Huerta.³²

Todas ellas fueron refutadas a excepción de la esgrimida por Blasco y Fernández de Moreda, para quien la antijuricidad es ratio esseendi del tipo; en relación con ella a continuación vamos a formular algunas consideraciones.

La teoría en cuestión afirma que la antijuricidad es fundamento, esencial del tipo, lo cual significaría que es el "ser" verdadero sin el cual el tipo no sería posible. Desde esta perspectiva, el Legislador selecciona las conductas que integrarán el catálogo delictivo atendiendo a la antijuricidad de las mismas; este proceso valorativo es el que dota de sus contenido a los tipos: en suma, el contenido del tipo penal es una conducta antijurídica. Esto implica que, cuando se realiza en forma real la conducta y encuadra totalmente dentro del tipo,

³² Vid supra capítulo II, punto 3 incisos b, c, d, y e.

estamos en presencia de una conducta antijurídica; puesto que, al establecerse su igualdad con la abstracción legal, es lógico concluir que el contenido de ambas es la antijuricidad. Ejemplifiquemos: el legislador selecciona la conducta "homicidio" por que es cien por ciento antijurídica y decide tipificarla e integrarla al Código Penal: el tipo homicidio tiene como contenido a una conducta antijurídica. Si X priva de la vida a Y, su conducta encuadra dentro del tipo homicidio. Existe coincidencia entre la realidad y la abstracción, en "cuanto a los supuestos y el contenido; por lo tanto el hecho real es antijurídico. Pero supongamos que la conducta típica tiene en su favor una causa de justificación, la legítima defensa. Entonces tendríamos una conducta real que es antijurídica y a la vez es lícita, lo cual es imposible. Razón por la cual no estamos de acuerdo con la teoría de Blasco. Creemos que la confusión se debe a que se olvida que el tipo es una abstracción legal que se determina en forma hipotética, y la antijuricidad se determina en concreto por el juzgador, pues es un elemento del delito.

Hemos explicado anteriormente que el delito es un hecho jurídico, un suceso real que produce consecuencias de Derecho. Al ser el delito una conducta concreta, los elementos del mismo, contenidos en la

definición substancial, deben participar también del aspecto concreción. Y así lo hacen efectivamente; el elemento conducta se refiere a una acción u omisión reales y específicamente determinada; la tipicidad es la adecuación individual de la conducta real al tipo; la antijuricidad es la violación concreta de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, al no existir una causa de justificación; la imputabilidad y la culpabilidad se refieren a características determinadas en un sujeto particular; y la punibilidad es la sanción concreta a que se hace acreedora la conducta. Tenemos entonces que todos los elementos del delito se determinan en concreto, claro que siguiendo los parámetros estipulados por el legislador en la Ley Penal, y en consecuencia la antijuricidad debe tener una fórmula especial para establecer si se contiene o no en una conducta determinada. Esta fórmula se conoce con el nombre de "principio excepción-regla" y consiste en que, una conducta típica será antijurídica si no se presenta alguna de las llamadas causas de justificación³³.

Este principio es el único y mas práctico método para saber cuando estamos en presencia de una conducta ilícita y cuando no. A él acude el juzgador cuando, dentro de su misión de establecer la

³³ Cfr. Porte Petit, ob. cit., págs. 484 y 489

existencia del delito y por supuesto cada uno de sus elementos, analiza la ilicitud del comportamiento. En suma, la antijuricidad penalmente relevante, como integradora del concepto de delito, es de carácter concreto y la determina el juez al no estar amparada la conducta por una causa de justificación.

Como podrá observarse, ante estas consideraciones, la teoría de Blasco y Fernández de Moreda al afirmar que la antijuricidad es *ratio essendi* del tipo, nos presenta una "antijuricidad" abstracta y general, toda vez que al formar parte de él, participa de sus características como norma jurídica. Es una "antijuricidad" que se integra en la hipótesis legal, no es ya un elemento del delito, pues, éste es un hecho jurídico. Luego entonces, si la noción de antijuricidad que nos presenta Blasco no se refiere a ella como elemento del delito, debe existir en dicha teoría alguna confusión. A juicio nuestro la malinterpretación se debe a que se supone que el Legislador selecciona para integrar el catálogo delictivo solamente a conductas antijurídicas; esto es, para ser tipificada, primero debe establecerse la ilicitud del comportamiento. Siguiendo por este camino llegaremos a concluir que una conducta puede ser antijurídica por ser típica y a la vez puede ser lícita cuando la

ampare una causa de justificación lo cual es, por supuesto, imposible. Para nosotros, el acto por el cual el Legislador tipifica ciertas acciones y omisiones, es un proceso valorativo en el cual decide que tales conductas atentan contra bienes e intereses de la sociedad y por lo tanto merecen formar parte de una figura típica. Es decir, no forma al tipo preguntándose si el comportamiento es antijurídico. Pues si la antijuricidad es contravención del ordenamiento jurídico, lo contrario al Derecho, y por tal entendemos un Derecho vigente y no natural, deberemos comprender que para que exista la antijuricidad, debe existir primero el orden jurídico que se va a transgredir. Entonces, si el tipo forma parte de dicho orden jurídico ¿ como puede tener por contenido a la antijuricidad? Repetimos, el juicio valorativo en virtud del cual se seleccionan las conductas que habrán de tipificarse, no tiene por objeto establecer su licitud o ilicitud sino el peligro o el daño que implican para los bienes que la sociedad estima dignos de protección.

El hecho de que se actúe típicamente significa que se actuó contra un bien protegido por la Ley, pero no significa que se actuó sin

derecho o contra derecho, ya que éste último juicio se determinará por medio del principio excepción-regla³⁴.

9) RELACIONES DEL TIPO CON LA PENA

Es bien sabido que una norma jurídica se compone de dos partes: una hipótesis jurídica y consecuencias de derecho. La hipótesis contiene una serie variable de supuestos que deben llenarse para que se den las consecuencias jurídicas. Además, hemos dejado establecido que el tipo penal es una hipótesis jurídica y su actualización trae como resultado la producción de consecuencias de Derecho, llamadas penas. El tipo no es la única hipótesis que debe llenarse para la producción de la pena, sino que además deben comprobarse la antijuricidad, la imputabilidad y la culpabilidad. Sin embargo, en la redacción de los preceptos siempre encontramos unidos al tipo y a la pena, los cuales pueden establecerse en el mismo o en diferentes artículos, pero que no pueden estar separados, su lugar es junto al otro, ya que entre ambos

³⁴ En relación con las teorías que hacen del tipo un indicio o bien la ratio essendi de la antijuricidad opinamos que confunden las pretendidas funciones con el orden lógico que guardan los elementos en la noción substancial. Así, como se necesita en primer término determinar si la conducta es típica y después si no existe alguna causa de justificación y en consecuencia se manifiesta antijurídica, es posible que pareciera distinguirse el tipo como esencia o indicio de la antijuricidad.

forman la norma jurídico-penal: el tipo es el supuesto y la pena la consecuencia.

CAPITULO III: EL TIPO PENAL FRENTE A LA ACTIVIDAD DEL ESTADO

1) LA NORMA JURIDICA

Es éste uno de los conceptos fundamentales de la Ciencia del Derecho, y objeto de estudio obligado para varios tratadistas. Para su definición y análisis puede recurrirse a distintos caminos; uno de ellos es definirla en virtud de sus diferencias con otras clases de normas, especialmente las morales; otro es conceptualizarla en relación a sus componentes; y finalmente, puede determinársele axiológicamente, es decir, en virtud del valor que pretende alcanzar dicha norma³⁵.

³⁵ A este respecto, no está por demás recordar que "la palabra norma suele usarse en dos sentidos: Uno amplio y otro estricto. Lato sensu aplicase a toda regla de comportamiento, obligatoria o no; Stricto sensu corresponde a la que impone deberes o confiere derechos." García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 34a. edición, Ed. Porrúa, México, 1982, pág. 4.

De acuerdo con el primer método, se obtienen las características de la norma jurídica mediante su diferenciación con la norma moral. Así sabemos que la norma de derecho es bilateral, heterónima, coercible y externa. Ello significa que tanto confiere derechos como impone obligaciones, que el destinatario obligado a acatarla no interviene en su creación y por lo tanto se sujeta a un querer ajeno, que existe la posibilidad de aplicarla forzosamente aún en contra de la voluntad del obligado, y que sólo consigna la ejecución externa de los actos, únicos aspecto de relevancia para ella. Desde el punto de vista de sus componentes, la norma jurídica es un juicio hipotético en el cual se enlaza de modo específico un hecho condicionante con una consecuencia condicionada³⁶." De esta manera, Kelsen pone de manifiesto las partes de toda norma de Derecho: supuesto y parte dispositiva, las cuales están irremediabilmente conectadas por el "deber ser", según ejemplifica en su fórmula "si A es debe ser B".

Por último, situados en la perspectiva del valor que pretende incorporarse en la norma jurídica, el maestro Villoro Toranzo explica que "la norma jurídica es la formulación técnica de un esquema construido

³⁶ Kelsen, Hans. La Teoría Pura del Derecho. Ed. Colofón México, s/f pag 23

conforme a una valoración de justicia dada por el Legislador a un problema histórico concreto. Si analizamos cualquier norma jurídica, tendremos que descubrir:

- a).-Datos jurídicos que constituyen el problema histórico concreto;
- b).-Una valoración de justicia pronunciada ante dichos datos;
- e).-La construcción de una solución conforme a esa valoración; y
- d).-Las palabras y locuciones, más o menos técnicas, que formulan dicha construcción."³⁷

Las tres nociones apuntadas anteriormente ponen de manifiesto diversos aspectos de una sola figura: la norma jurídica. Así, se revela ante nosotros como bilateral, heterónima, coercible, externa, compuesta por una hipótesis y una consecuencia, y que busca realizar el valor justicia.

³⁷ Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho 5a ed. Ed. Porrúa. Méx. 1982. pág 313.

2) LA ESTRUCTURA FORMAL DE LA NORMA JURIDICA

Como se desprende de la segunda noción explicada en el punto anterior, las partes o la estructura formal de la norma jurídica se compone de una hipótesis y consecuencias de Derecho. A esta idea se adhieren Vinogradoff³⁸, Kelsen³⁹, García Máynez⁴⁰, Alexándrov⁴¹, Preciado Hernández⁴², Stammler⁴³, Korkounov⁴⁴ y Villoro Toranzo⁴⁵. Para iniciar la exposición sobre la estructura formal de la norma nos referiremos a la teoría pura del Derecho, esbozada por el jefe de la Escuela de Viena⁴⁶.

Explica Kelsen que la teoría pura "rompe con la concepción tradicional que hace de la norma de derecho un imperativo, a imagen y

³⁸ Vinogradoff, Paul. Introducción al Derecho. 4a. edición editorial FCE, México, 1985, pág. 24.

³⁹ Kelsen, ob. cit., pág. 23.

⁴⁰ García Máynez, ob. cit., págs. 13, 169 al 172.

⁴¹ Alexándrov, N.G. Teoría del Estado y del Derecho. 2a. ed, Ed. Juan Grijalvo, Méx., 1966, págs 289 y 290.

⁴² Preciado Hernández, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho 2a. edición, ed. UNAM, México, 1986, paginas 117 y 118.

⁴³ Stammler, Rudolf. Tratado de Filosofía del Derecho. Editora Nacional, México, 1980, pág. 314.

⁴⁴ Korkounov citado por García Máynez, ob. cit., pág. 171.

⁴⁵ Villoro Toranzo, ob. cit., págs. 315 a 316.

⁴⁶ "La teoría jurídica pura es una teoría del Derecho Positivo. En cuanto teoría, quiere limitarse a conocer única y exclusivamente su propio objeto. Se propone contestar a esta pregunta: ¿qué es y como es el Derecho?, mas no le interesa plantearse la cuestión en torno a cómo debe ser, con arreglo a qué criterio debe ser construido. Es ciencia jurídica, no política del Derecho. La razón por la cual apellidamos 'pura' a esta doctrina del Derecho radica en que se propone como única finalidad asegurarse un conocimiento preciso del Derecho, en que puede permitirse excluir de dicho conocimiento todo cuanto en rigor no integra lo que con verdad merece el nombre de Derecho. Con otras palabras: la teoría pura del Derecho aspira a librar a la ciencia jurídica de elementos extraños." Kelsen, ob. cit. pág. 9

semejanza de la norma moral, afirmándola en cambio, como un juicio hipotético en el cual se enlaza de modo específico un hecho condicionante con una consecuencia condicionada. La norma de Derecho conviértese en precepto o proposición jurídica, que acusa la forma fundamental de la Ley. Así como la Ley natural enlaza un hecho determinado -causa- con otro distinto -efecto-, del mismo modo la Ley jurídica enlaza la condición con la consecuencia... Si la Ley natural dice: Si A es, tiene que ser B, la Ley jurídica, en cambio afirma: Si A es, debe ser B; pero no emite juicio acerca del valor moral o político de esta conexión."⁴⁷ Así pues, para Kelsen, la forma de la norma jurídica consta de hipótesis y consecuencias, lo cual se expresa en la fórmula si A es (supuesto), debe ser B (consecuencia). La manera en la cual se enlazan ambos términos se domina imputación y consiste en el "debe ser" de la fórmula Kelseniana, que, de acuerdo con este autor no emite juicio sobre el valor moral o político de la conexión, y por lo tanto, sólo sería un enlace lógico. Respecto de esta teoría permítasenos expresar nuestra opinión. En primer término, junto con el maestro Villoro Toranzo⁴⁸, creemos que el "debe ser" no es solamente una conexión lógica sino que, además, es un juicio valorativo. Más aún, en opinión

⁴⁷ Kelsen, ob. cit., págs. 23 y 24.

⁴⁸ Villoro Toranzo, ob. cit., pág. 318

nuestra, el solo hecho de seleccionar una hipótesis entre varias para integrar la norma jurídica, es un indicio de valoración y por supuesto, al encadenarla con una consecuencia de tal o cual clase, especie o magnitud, se efectúa otro proceso valorativo.

En segundo lugar quisiéramos destacar que la teoría Kelseniana consigna que las consecuencias de la norma jurídica son en realidad sanciones que pretenden provocar un determinado comportamiento y en las cuales se trasluce que para la teoría pura es la coacción el elemento que a fin de cuentas determina la juridicidad de las normas⁴⁹. Esto es, sólo serán jurídicas las normas que consignent sanciones, ya que éstas permiten la aparición de la coacción; la norma que no sea coactiva no será jurídica. A la luz de esta idea, las normas del Derecho Internacional Público no serían jurídicas, pues carecen del elemento coactivo. Estas afirmaciones son incorrectas, y aunque la coacción es un medio práctico para imponer el cumplimiento de la norma, podemos ver en aquella la esencia de ésta. Creemos que la juridicidad de la norma no se obtiene de su forma sino de su contenido; como asegura Sir Paul Vinogradoff, "es imposible limitar el derecho (y la norma

⁴⁹ C.f.r. Kelsen Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. 2a. edición, Ed. UNAM, México, pag. 49

jurídica) a los términos de una definición puramente formal tal como la que supone su consideración como un conjunto de mandatos, haciendo enteramente abstracción de su contenido. Por imperfectamente que pueda lograr su finalidad en determinados casos particulares, el Derecho (y la norma jurídica) aspiran a la rectitud y la justicia. Si eliminamos de nuestra definición éste atributo, encontraremos muy difícil trazar la línea divisoria entre una norma jurídica y cualquier forma de orden arbitraria relativa a la conducta, por ejemplo, el cobro de dinero mediante el chantaje organizado por una asociación criminal.⁵⁰

En conclusión, la estructura formal de la norma jurídica consta de hipótesis y consecuencias de Derecho; el enlace entre ambos términos, no solo implica un juicio lógico, sino una valoración; y las consecuencias jurídicas pueden consistir en el nacimiento, transmisión, modificación o extinción de derechos y deberes, lo cual significa que no sólo consiste en sanciones coactivas.

⁵⁰ Vinogradoff, ob. cit. pag. 34

3) LOS SUPUESTOS JURIDICOS Y LAS CONSECUENCIAS DE DERECHO

García Máynez define al supuesto jurídico como "la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma"⁵¹. Esta concepción, pone de relieve dos aspectos importantes:

1º.- El supuesto, como hipótesis que es, puede constar de una o varias proposiciones, referidas a circunstancias del sujeto, lugar, tiempo o modalidades de la conducta regulada; y

2º.- El supuesto está indisolublemente ligado a las consecuencias, pues el nacimiento de éstas se encuentra condicionado a la realización de aquél.

Dependiendo del número de hipótesis contenidas, podemos distinguir entre supuestos jurídicos simples, que se componen de una sola hipótesis; y supuestos jurídicos complejos, compuestos de dos o más hipótesis.

⁵¹ Ob. cit, pag 172.

Esos últimos serán independientes, cuando una hipótesis produzca consecuencias sin que necesite previamente la realización de otra; y dependientes cuando las consecuencias se produzcan sólo mediante la actualización de todos los supuestos.

Por último, los supuestos jurídicos complejos dependientes pueden ser simultáneos, cuando se exija que las hipótesis se den al mismo tiempo; o sucesivos, cuando las hipótesis deban darse una tras otra. Es importante señalar que no hay que confundir al supuesto jurídico de carácter general, abstracto e impersonal, con el hecho jurídico real que actualiza la hipótesis, de carácter concreto, individual y personal. Finalmente, en relación con las consecuencias de Derecho, debemos apuntar que pueden consistir en el nacimiento, transmisión, modificación o extinción de facultades y obligaciones. Por supuesto, las consecuencias sólo se darán cuando se realicen las hipótesis contempladas en la norma jurídica. Aquí también hay que distinguir entre las consecuencias consignadas en forma abstracta por la norma y el hecho concreto del nacimiento, transmisión, modificación o extinción de deberes y derechos en una situación individual determinada.

4) LA LEY DE LA CAUSALIDAD JURIDICA

La relación por virtud de la cual se enlazan el supuesto y las consecuencias en una norma de derecho recibe el nombre de "Ley de la Causalidad jurídica".

En opinión de García Máynez puede ser enunciada de la siguiente manera: "no hay consecuencia jurídica sin supuesto de derecho, o dicho en otra forma: Toda consecuencia jurídica hállase condicionada por determinados supuestos"⁵². La Ley de la causalidad jurídica tiene semejanzas y diferencias con la Ley de causalidad de los fenómenos naturales. Se asemejan en que ambas establecen una relación necesaria entre dos términos, pero mientras la causalidad natural enlaza causa y efecto, la causalidad jurídica conecta hipótesis y consecuencias (relación normativa). Otro aspecto que es necesario aclarar, es el relativo a la distinción entre la relación necesaria que se da entre supuesto y consecuencia, y la relación contingente que nace de la realización efectiva de la hipótesis y el cumplimiento real de las consecuencias.

⁵² La teoría pura del derecho, pag. 25

Explicuemos: la relación entre el supuesto y la consecuencia es de carácter necesario. Esto es, al realizarse el supuesto, inmediatamente surgen las consecuencias de Derecho; la relación es por lo tanto necesaria. Caso distinto es el de la relación entre el supuesto y su realización efectiva, la cual es de carácter contingente ya que la existencia de la hipótesis no significa que se realice concretamente el hecho que la colme. Por último, el vínculo entre las consecuencias de Derecho y su cumplimiento efectivo es también contingente, puesto que la persona que realmente llene la hipótesis puede o no hacer valer su derecho o cumplir o no con sus obligaciones.

5) LA ESTRUCTURA REAL DE LA NORMA JURIDICA

La estructura real de la norma jurídica se compone de los derechos y deberes que nacen a partir de ella.⁵³ En efecto, de toda norma de Derecho se desprenden facultades y obligaciones que se confieren e imponen en las relaciones existentes entre los sujetos que en ella intervienen, de ahí su carácter bilateral.

⁵³ C.f.r. Preciado Hernández, ob. cit. págs. 119 y 120

Así pues la estructura formal (hipótesis y consecuencia) contiene a la estructura real (derechos y deberes) a partir de la cual, facultado y obligado conocen sus relaciones recíprocas.

La naturaleza y contenido de los derechos y obligaciones variarán, en cada caso, dependiendo de la disciplina jurídica especial de que se trate. Así por ejemplo las normas de Derecho Fiscal contienen nuestros deberes y facultades en materia impositiva, las normas de Derecho Civil consignan los deberes y facultades en materia de contratos, y las normas de Derecho Penal establecen los deberes y límites para nuestro comportamiento bajo la amenaza de una pena en caso de transgresión.

6) EL CONTENIDO DE LAS HIPOTESIS JURIDICAS

El supuesto de Derecho como elemento de la estructura formal de la norma jurídica tiene sus propios contenidos. La hipótesis o las hipótesis de las cuales se compone el supuesto versan sobre infinidad de materias: agricultura, política, trabajo, salubridad, asistencia social, comercio, impuestos, delitos, el Estado, ganadería, medios de

comunicación, educación, bancos, etc. Cada una de éstas áreas incorporan sus propios elementos y características a las hipótesis jurídicas, con esto, auxilian al Derecho a crear un orden jurídico que busca lograr la justicia. Así pues, las hipótesis varían su contenido en relación con la materia que regulan y para determinarlo hacen referencia a situaciones sobre el tiempo, el espacio, las personas y otras modalidades más. Esto nos da una idea sobre la amplitud de los contenidos de los supuestos jurídicos, y acaso pudiéramos imaginar que la hipótesis es un recipiente donde puede vaciarse cualquier materia; nada más equivocado. No cualquier contenido entra a ser parte de un supuesto de Derecho sino sólo aquel a partir del cual, se quieren generar facultades y deberes, siempre guiados por la idea de lograr un orden justo. En una cita hecha anteriormente, Sir Paul Vinogradoff afirmaba, "por imperfectamente que pueda lograr su finalidad en determinados casos particulares, el Derecho aspira a la rectitud y la justicia. Si eliminamos de nuestra definición este atributo, encontraremos muy difícil trazar la línea divisoria entre una norma jurídica y cualquier forma de orden arbitraria relativa a la conducta." En suma, para obtener el contenido de las hipótesis Jurídicas el Derecho se auxilia de diversas materias, de la experiencia y la justicia como guía

en su conformación. De tal forma podemos afirmar que el Derecho, en cada una de las disciplinas jurídicas especiales, selecciona el contenido de sus hipótesis siguiendo un criterio de justicia. Esto es, incorpora al supuesto el problema que quiere resolver, al enlazarlo con ciertas consecuencias, situaciones que pretende esclarecer, conceptos que desea definir, límites y enlaces que quiere establecer entre las personas, conductas que pretende castigar, etc.; todas ellas valoradas como el contenido idóneo (justo) para cada situación que se desea regular.

7) EL TIPO PENAL COMO HIPOTESIS JURIDICA

De lo explicado anteriormente podemos establecer que el tipo penal es en realidad una hipótesis o supuesto de Derecho. Sabemos que el tipo es una figura fundamentalmente descriptiva que establece las características de una conducta valorada como socialmente dañosa. Pues bien, tales descripciones constituyen en realidad hipótesis que se integran en un supuesto de Derecho. Si tomamos, para auxiliarnos en esta explicación, la definición que García Máynez da del supuesto como "la hipótesis de cuya realización dependen las

consecuencias establecidas por la norma", veremos que el tipo encaja perfectamente en ella, ya que de la realización efectiva de la conducta descrita en las figuras típicas, depende la imposición de las penas. Significa esto que si no se colma el tipo, no se impone la pena, o sea, no hay consecuencia jurídica sin supuesto de Derecho. Fundamentan, además, esta noción normativa del tipo, sus elementos y requisitos, los cuales no son sino hipótesis referidas a circunstancias personales, temporales, espaciales, modalidades de la conducta y otras exigencias legales.

Una vez comprobado que el tipo es un supuesto de Derecho, el siguiente paso es determinar cuáles son los contenidos de tales hipótesis legales. En el caso de las figuras típicas sabemos que su contenido se refiere a una serie de conductas que se estima dañan o ponen en peligro los bienes protegidos debido al valor que representan para una sociedad. Así pues esta serie de conductas socialmente dañosas o peligrosas constituyen la materia de los tipos penales. Con ellas se desea establecer un límite entre las conductas permitidas y las sancionadas con una pena, para que las personas conozcan hasta donde pueden actuar libremente y hacia que clase de comportamiento

no deben encaminar su voluntad pues se harían acreedores a una pena.

La selección de los contenidos de los tipos, implica una verdadera valoración de conductas, ya que se distingue entre aquellas que son inocuas y aquellas que son peligrosas o dañosas; entre estas últimas se escoge a las que representan un ataque o atentado contra los intereses y bienes de la sociedad, de tal magnitud, que es necesario incorporarlas a las hipótesis legales del Código Penal y enlazarlos con una pena, suave o rígida, dependiendo de otro proceso valorativo efectuado. En nuestra opinión, el contenido del tipo penal es la valoración de una conducta antisocial.

Sostenemos que es un proceso valorativo la forma en la cual se conforman los tipos, pues no se le asigna el mismo valor a la conducta descrita que a las no contempladas en el catálogo penal, ya que sólo a la primera se ligan las penas. Por lo que respecta a la antisocialidad, habremos de analizarla en el siguiente capítulo, bástenos señalar ahora, que es una característica de ciertas conductas, por virtud de la cual, éstas atentan contra los valores, la estructura fundamental, los

bienes, y los intereses de la sociedad. Por último, nos resta señalar que el proceso valorativo de conformación de los tipos penales, está orientado por el valor justicia, de tal manera que, se trata que las conductas seleccionadas efectivamente pongan en peligro o dañen a la sociedad, sea en aspectos particulares o colectivos, y no sólo a los intereses de una clase o un grupo influyente.

8) EL TIPO PENAL COMO PRODUCTO DE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA

El tipo, como parte integrante del Derecho penal tiene su única fuente en la Ley. Ello significa que sólo la ley puede contener a los tipos penales y por exclusión, no pueden derivarse de la costumbre y la jurisprudencia. Al ser exclusivamente legales, el proceso de creación de los tipos es el proceso legislativo. Esto quiere decir que las figuras típicas al estar consignadas necesariamente dentro de una ley, deben pasar por las etapas de iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia. Después de cumplir con estas fases el tipo se convierte en hipótesis legal y como está incluido en una

Ley, goza de las mismas características que ésta. Así pues, ambas son normas escritas, y se distinguen de las normas consuetudinarias; son generales pues no se aplican a persona determinada y son abstractas ya que se aplican a todos los casos que caigan dentro de sus supuestos.

De esta forma, después de cumplir con las etapas del proceso legislativo, se crean la ley y los tipos junto con ella. Sin embargo, no es suficiente para elaborarlos la sola satisfacción de tales requisitos, pues como afirma el Lic. Fernández Fredes, "legislar adecuadamente no sólo supone que la elaboración formal de las normas legales sea satisfactoria sino también que éstas respondan acertadamente a los requerimientos de hecho que las motivan. Es decir, la técnica legislativa se preocupa tanto por que los mandamientos hipotéticos envueltos en la Ley estén bien contruidos desde el punto de vista lógico y semántico, como por establecer una real conexión entre el Derecho y las situaciones concretas que éste tiende a resolver u ordenar."⁵⁴

⁵⁴ Fernández Fredes, Francisco. La formación de las leyes: Elementos de técnica legislativa. Ed. Cajica, Puebla, 1987, pag. 71

9) LA FUNCIONALIDAD DEL TIPO PENAL

En los dos puntos anteriores hemos establecido que el tipo penal es formalmente una hipótesis legal, y desde el punto de vista material es la descripción de una conducta antisocial penalmente relevante. También dejamos en claro que, para que la figura típica opere con justicia en la realidad, deben unirse forma y contenido. Con esto queremos decir que no basta la creación de la hipótesis legal vía el proceso legislativo para que funcione realmente; además, esa forma de hipótesis legal debe contener una verdadera conducta antisocial, pues de lo contrario, si se consignara cualquier otro tipo de conducta se estarían protegiendo intereses ajenos al Derecho, privativos de un grupo privilegiado de personas. En otras palabras, para que un tipo opere en la realidad, para que refleje la situación concreta que pretende regular, para que sea funcional, debe reunir en él tanto el aspecto formal como el aspecto material; de lo contrario, será un tipo obsoleto, sin fundamento, protector de intereses mezquinos y por lo tanto carecerá del más elemental atributo de justicia.

Por lo general, cuando se revisa la parte especial del Código Penal, existe la creencia de que todas las conductas tipificadas lo están correctamente, por desgracia, si nos detenemos a analizarlas esto no es así. En ocasiones se incurren en imprecisiones, inexactitudes o confusiones al describir la conducta, pero más gravemente, existen casos en los cuales el comportamiento tipificado en realidad no pone en peligro ni daña los bienes considerados socialmente valiosos. sean de carácter individual o colectivo; esto es, la conducta tipificada no es antisocial, por lo cual el tipo se convierte en mera hipótesis, carente de un contenido justo y lógico. Así pues, en atención a estas situaciones podemos distinguir entre tipos de elaboración Puramente formal y tipos elaborados con sustrato real; los primeros serían aquellas figuras típicas que solo cumplen con las etapas del proceso legislativo pero cuya materia está determinada arbitrariamente sin tener como guía directriz a la justicia, los tipos con sustrato real, en cambio, además de cumplir con los requisitos legislativos de forma, tienen como contenido a sendas conductas que atentan o atacan los intereses sociales, y precisamente por ello se decide tipificarlas; denominamos a estas figuras típicas de "sustrato real", pues hunden sus raíces en las situaciones reales que pretenden regular y de ellas obtienen su con-

tenido, el cual seleccionan en atención a la naturaleza dañosa de la conducta.

En suma, de lo anteriormente expuesto podemos concluir que la funcionalidad del tipo penal, es decir, la aptitud que posee para responder como solución a un problema determinado, estriba en reunir en él los aspectos formal y material. Pues tan importante es que cumplan con las fases legislativas como que su contenido se determine correctamente; sólo al unirse ambos se obtendrá un tipo que pueda responder a las necesidades que motivaron su creación, un tipo funcional.

CAPITULO IV: LA CONDUCTA TIPICA ANTE LA SOCIEDAD

1) SOCIEDAD Y FORMAS DE CONDUCTA EN RELACION CON ELLA.

Antes de iniciar el estudio de la conducta antisocial, que nosotros consideramos el contenido del tipo penal, debemos establecer una noción de sociedad y de los distintos tipos de conducta que se dan en relación con ella.

Respecto del término "sociedad", tal y como señala Ely Chinoy⁵⁵ los estudiosos de ella aún no se ponen de acuerdo en su significado y en muchas ocasiones evitan el definirla.

Este último detalle incluso llevó a José Ortega y Gasset a expresar que los libros de sociología "no solo no logran darnos una noción precisa de qué es lo social, qué es la sociedad, sino que al leer

⁵⁵ C. f. r. Chinoy, Ely, Introducción a la Sociología 4a. edición, Ed. paidós, México, 1986, Pág. 42.

sus libros, descubrimos que sus autores -los señores sociólogos- ni siquiera han intentado un poco en serio ponerse ellos mismos en claro sobre fenómenos elementales en que el hecho social consiste"⁵⁶.

A pesar de las dificultades para caracterizar a la sociedad es importante establecer su noción. Para ilustrarnos al respecto seguimos las ideas del sociólogo uruguayo Daniel D. Vidart, quien distingue dos acepciones del vocablo; él considera que en sentido amplio podemos identificar a la sociedad con el conjunto de personas cuyo factor común es lo humano; y en sentido estricto la sociedad es "una relación entre hombres que tienen conciencia mutua de su existencia y que está ordenada de acuerdo a determinados fines"⁵⁷.

En el primero de los aspectos podríamos equiparar a la sociedad con la humanidad lo cual en principio parecería exagerado, pero que bien podría referirse al concepto abstracto de carácter universal al que aludimos cuando hablamos de la "sociedad" sin hacer alguna particularización al respecto que pudiera distinguirla de otras socieda-

⁵⁶ Ortega y Gasset, José citado por Hoffmann Elizalde, Roberto, Universitarios, México, 1975, Pág. 83.

⁵⁷ Vidart, Daniel D. según cita de Hoffmann Elizalde, ob. cit. pág. 68.

des. En la noción estricta, en cambio, podemos observar los elementos esenciales que hacen posible la integración de la sociedad, los cuales, de acuerdo con Hoffman Elizalde son: a) Relación interhumana, unión o coexistencia de hombres. b) Vinculación, que resulta por demás compleja y que puede ser de carácter espiritual, biológico, circunstancial, etc., y c) Normatividad: es decir que, para que una sociedad pueda cumplir sus fines, para que pueda subsistir organizada, requiere de un conjunto sistemático de normas que la individualizarán y harán devenir en una sociedad concreta.⁵⁸

Dentro de este contexto, frente a la sociedad y lo social, el individuo puede observar distintos comportamientos, según sea que acate, disienta, desdeñe o ataque las relaciones y principios básicos de la convivencia humana en sociedad. Así podemos distinguir⁵⁹:

a) Conducta social.- Es aquella que cumple con las normas sociales, respeta los bienes y valores de la sociedad y toma como suyos los fines del núcleo social;

⁵⁸ Hoffmann Elizalde, Ob. cit. pág. 72.

⁵⁹ En este aspecto, seguimos la clasificación elaborada por Rodríguez Manzanera, en su obra Criminología, págs 22 y 23.

b) Conducta asocial.- Es aquella que se da en la soledad y no tiene un contenido social, es decir, carece de toda conexión con las normas de convivencia;

c) Conducta parasocial.- Es aquella que manifestándose en la sociedad, se aparta de las conductas, valores e intereses sociales. No ataca las normas de convivencia pero tampoco las cumple; y

d) Conducta antisocial.- Es aquella que atenta contra las estructuras, normas, bienes y valores sociales. Ataca los fundamentos de la convivencia en el núcleo social.

2) LA ANTISOCIALIDAD DE LAS CONDUCTAS

El fenómeno antisocial, determinado como el comportamiento atentatorio contra la sociedad, es nuestro objeto de estudio en este capítulo, importándonos sobre todo establecer su naturaleza exacta y los procesos que llevan a la consideración de una conducta como

antisocial; en esta sección hablaremos sobre el primero de los aspectos mencionados.

Hemos establecido que una conducta es antisocial cuando ataca las estructuras y normas básicas de convivencia social, cuando atenta contra los bienes y los valores respetados y protegidos por un núcleo social; es decir, cuando se opone a las relaciones e interacciones entre personas, entre grupos o entre individuos y grupos, que conforman el llamado hecho social. Estas conductas, atacan a la sociedad en diversos aspectos, ya sea contra sus miembros, contra sus bienes o contra sus normas de convivencia, de tal forma que es posible distinguirlos por el daño que causan o la peligrosidad que implican. En atención a estas consideraciones Alfredo Nicéforo ha establecido que, "es un hecho que el conjunto de los actos regularmente condenados y sancionados en ésta o aquella sociedad de cualquier tiempo y lugar, esta formado por varias categorías de actos que a través de infinitos matices, pasan desde los que realmente constituyen un atentado a los fundamentales y permanentes sentimientos de piedad y probidad (o si se quiere a las condiciones fundamentales de existencia de cada uno de los individuos que componen la sociedad) a los que mas bien solo

son medidas de conservación de la forma espacial, más o menos transitoria, de la sociedad que los condena, o, finalmente, a los que en último análisis, no son sino manifestaciones de defensa y conservación de una pequeña parte de componentes de la sociedad en cuestión o de los que componen el grupo director de ella".⁶⁰ En relación con esta idea de Nicéforo debemos apuntar dos cosas:

1) Aunque podamos distinguir las conductas antisociales de acuerdo al grado de daño o peligro que impliquen, siempre existirá como dominador común entre ellas, el hecho de su ataque contra los requisitos fundamentales y básicos de la sociedad; y

2) En consecuencia, la conducta que no atente contra las normas y estructuras sociales no podrá ser antisocial, aunque se ataquen intereses del grupo director o dominante.

Debemos aclarar que al referimos a la conducta antisocial, como aquella que va en contra de los fundamentos de la convivencia humana en sociedad, ésta no necesariamente debe atacar en forma directa al núcleo social en su totalidad, sino que el ataque bien puede darse

⁶⁰ Nicéforo, Alfredo Criminología, Tomo 1 Ed. Cajica, México, 1954, pags 166 y 167

contra los miembros individuales o contra ciertos grupos de la sociedad; pero recalcamos que la lesión debe darse contra las normas básicas de convivencia humana.

3) TEORIAS SOBRE LA ANTISOCIALIDAD⁶¹

Una vez establecida la noción de antisocialidad, debemos, a continuación, explicar las teorías sociológicas y criminológicas mas importantes que se han elaborado al respecto. Se seleccionaron aquellas que tienen una relación directa con el presente trabajo pues tratan de establecer qué es y cuáles son las características de la antisocialidad y además los procesos por los que se considera a una conducta como antisocial.

⁶¹ Para el desarrollo y explicación de las diversas teorías enunciadas, se recurrió a las siguientes obras: Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. Editorial Siglo XXI, México, 1986, 258 p.p. Del Pont K., Luis Marcó, *Manual de Criminología*. Editorial Porrúa, México, 1986, 205 p.p. Lamnek, Siegfried, *Teoría de la Criminalidad*. Editorial Siglo XXI, México 1980, 242 p.p. Szabó, Denis, *Criminología y Política en materia criminal*. Editorial Siglo XXI, México, 1980, 278 p.p. Taylor Janet, al., *Criminología crítica*. 2ª Edic. Editorial Siglo XXI, México, 1981, 300 p.p. Quinney, Richard, *Clases, Estado y Delincuencia*. Edit. FCE, México, 1985, 254 p.p.

a) EMILE DURKHEIM

El eminente sociólogo francés, expone en su obra "Las reglas del método sociológico" (Les règles de la méthode sociologique) que el crimen consiste en un acto que ofende determinados sentimientos colectivos, dotados de una energía y de una firmeza particulares⁶². O sea que para Durkheim, la colectividad sabe y determina cuales son los actos criminales o antisociales ya que atacan ciertos sentimientos comunes en el núcleo social. En otras palabras, existe consenso respecto a lo que debe y no debe castigarse. En otra parte de su obra, refiriéndose al carácter antisocial de las conductas, afirma: " y lo que les confiere este carácter no es su importancia intrínseca, sino la que les presta la conciencia común".⁶³ Esto es, la conciencia colectiva o común es quien determina cuáles conductas son antisociales y cuáles no. En suma, para Durkheim el hecho antisocial se da por ofender ciertos sentimientos colectivos, ahora bien, la conciencia común de una sociedad es la que distingue entre el comportamiento criminal y no criminal.⁶⁴

⁶² Durkheim, Emile. Las reglas del método sociológico. 4ª Ed., Premia Ed., Mex 1985, pag. 66

⁶³ Idem, pag. 66.

⁶⁴ Utilizamos la palabra "crimen" en su correcta acepción criminológica, es decir, como sinónimo de la conducta antisocial.

Es ella quien establece la diferencia, pero para realizar tal labor, la conciencia colectiva parte del consenso general existente en la sociedad. En otras palabras, la conciencia común, partiendo del consenso general determina los sentimientos colectivos cuyo ataque será calificado por ella misma como criminal. A esta noción de la conducta antisocial se han realizado dos señalamientos.

En primer lugar es inexacto que la calificación de antisocialidad se realice mediante el consenso de la colectividad; esto sería posible en pequeñas sociedades primitivas pero en la actualidad es absolutamente imposible, además en los núcleos sociales del presente el "consenso" puede "formarse" mediante imposición de quienes detentan el poder político, económico o religioso.

En segundo término, la llamada conciencia común, en términos sociológicos "es un producto cultural, y en consecuencia es algo que se aprende y se impone"⁶⁵, por lo cual se puede hablar de que la conciencia colectiva no es originaria sino impuesta, de la misma

⁶⁵ Aniyar, Dolores, citada por Del Pont K, Luis Marcó. ob. cit pag 46

manera en que la determinación de las conductas antisociales no sería originaria sino impuesta

b) ROBERT KING MERTON

Este sociólogo norteamericano trata de explicar las "conductas desviadas"⁶⁶ a la luz de la teoría de la anomia.⁶⁷ En su obra "Teorías y estructura sociales" (Social theory and social structure) expone sus innovadoras ideas.

Merton afirma que la conducta desviada resulta de la contradicción entre las estructuras social y cultural. "Es en efecto mi hipótesis central que la conducta aberrante puede ser explicada sociológicamente como un síntoma de disuasión entre aspiraciones

⁶⁶ "Es de aclararse que el término de conducta desviada, tan utilizado actualmente, es de gran utilidad, principalmente por ser descriptivo y no valorativo. Nosotros lo usaremos en forma general, pues una conducta desviada, es una conducta diferente de la generalidad, y puede ser parasocial o antisocial, o, en algunos casos simplemente asocial". Rodríguez Manzanera, ob. cit. pag. 23.

⁶⁷ Anomia es un vocablo que significa falta de normas y fue utilizado inicialmente por Durkheim, quien desarrollo el concepto en dos obras, "De la división del Trabajo Social" y "El Suicidio". En el primero de los libros mencionados Durkheim entiende por anomia "El estado de desintegración social originado por el hecho de que la creciente división del trabajo obstaculiza cada vez más un contacto suficientemente eficaz entre los Obreros, y por tanto, una relación social satisfactoria." Lamnek, ob. cit. pag. 39. En "El Suicidio", el sociólogo francés desarrolla el concepto original y la anomia se transforma en "un estado social que está caracterizado por un debilitamiento general de la conciencia colectiva, en el que se vuelven poco claros los fines del accionar." Idem pág. 40. La Teoría de la anomia fue desarrollada posteriormente por Robert K. Merton.

culturalmente descritas y vías socialmente estructuradas para realizar estas aspiraciones".⁶⁸ En otras palabras, la sociedad impulsa al individuo a conseguir determinadas metas (Verbigracia el éxito económico), las cuales constituyen una motivación en orden de alcanzarlas. Por otro lado, la sociedad también proporciona los caminos permitidos para alcanzar dichas metas. A esto hay que agregar que las posibilidades del individuo para lograr los objetivos varían dependiendo de su estrato social. Así pues, en caso de que en la sociedad no exista un equilibrio entre los fines y metas, y los medios para alcanzarlos, se produce el comportamiento desviado. Por ejemplo, la sociedad impulsa a sus miembros a lograr la riqueza económica y para llegar a ella proporciona ciertos medios pero cuando el individuo no tiene acceso a tales medios, desvía su conducta de los cauces institucionalmente permitidos y haciendo caso omiso de las normas socioculturales, busca alcanzar la riqueza. Este comportamiento desviado lleva, pues, al derrumbe o a la falta de normas, de ahí el nombre de anomia.

En resumen, para Merton la estructura cultural es "el complejo de las representaciones axiológicas comunes que regulan el comportamiento de los miembros de una sociedad o de un grupo"; la

⁶⁸ Merton, Robert King. citado por Lamnek, Siegfried. ob. cit., pág. 43.

estructura social consiste en "el complejo de las relaciones sociales en que los miembros de una sociedad o de un grupo se hallan diversamente insertos"; y por último, la anomia es "aquella crisis de la estructura cultural que se verifica especialmente cuando existe una fuerte discrepancia entre normas y fines culturales, por una parte, y las posibilidades estructuradas socialmente de actuar en conformidad a aquellos, por la otra".⁶⁹

De las ideas expuestas por Merton se deduce que la "antisocialidad" en muchas ocasiones puede ser impulsada por fenómenos sociales como la anomia, situación que deberemos tomar en cuenta para determinar el verdadero carácter antisocial de la conducta.

c) HOWARD S. BECKER

Explica Marcó del Pont que antes de Becker " los criminólogos no se habían ocupado de los procesos de elaboración y aplicación de las

⁶⁹ Merton, Robert King. citado por Barata, Alessandro.- Ob. cit., págs. 60 y 61

normas, solamente las aceptaban como válidas y como representativas de los intereses de la comunidad.

Es decir, que el mito que se viene a destruir es precisamente el de considerar de que las leyes son elaboradas por todos, o por lo menos por la mayoría, para ser aplicables también a todos o a la mayoría de la población " ⁷⁰. Es decir, hasta ese momento a nadie se le había ocurrido cuestionar que toda la sociedad en forma de consenso determinaba cuáles conductas eran criminales y que los castigos a dichas conductas se aplicaban; sin excepción, a todos sus miembros; sin embargo, como Becker se encargó de demostrar, que esta idea distaba mucho de ser cierta.

Así, en su obra " Los Extraños" (Outsiders, studies in the sociology of deviance) considera que los grupos sociales son quienes se encargan de elaborar las normas o reglas de comportamiento, y a quien viola estas reglas, el grupo lo considera desviado (extraño); de esta forma el núcleo social es quien crea la desviación.

⁷⁰ Del Pont, ob. cit. págs. 69 y 70

En otras palabras, la sociedad es quien "etiqueta" a ciertas conductas como desviadas, es ella quien crea la desviación. Ahora bien, es obvio que sólo un grupo del total de conductas posibles es desviado, entonces ¿cuáles son los mecanismos de selección?, Becker señala que no es toda la sociedad en su conjunto quien determina la desviación de los comportamientos, sino sólo aquel grupo que detente el poder económico y político, y por lo tanto, pueda imponer sus ideas a los restantes estratos sociales "Los grupos cuya posición social les proporciona armas y poder, están en mejores condiciones para imponer sus reglas.

Diferencias de edad, de sexo, étnicas y de clase están todas referidas a diferencias en el poder, las que a su vez son responsables de las diferencias de grado en la capacidad de los diferentes grupos para formular reglas para otras personas"⁷¹.

Resumiendo su teoría Becker señala; "desde este punto de vista, la desviación no es una cualidad de el acto que la persona comete, sino

⁷¹ Becker citado por Lamnek, Ob. cit., pág. 59.

una consecuencia de la aplicación por otros de los roles ⁷² y sanciones a un ofensor. El desviado es alguien a quien esa etiqueta ha sido exitosamente aplicada: la conducta desviada es una conducta que la gente así etiqueta" ⁷³.

d) GEORG D. VOLD.

Este autor en su obra " Theoretical criminology " (Criminología Teórica) trata de explicar el fenómeno criminal desde un punto de vista conflictual, haciendo énfasis en el poder de definición que poseen las clases privilegiadas para determinar las conductas antisociales. Para Vold, los miembros de un núcleo se integran en grupos para satisfacer sus necesidades.

⁷² Rol es un concepto sociológico que, a su vez, se encuentra indisolublemente ligado al concepto de status. "Status es la posición (de la persona) en relación con otras posiciones; rol es la pauta de conducta que se espera de las personas que ocupan un status determinado. Los hombres representan o desempeñan roles sociales, y llenan u ocupan status. el status es una especie de marca de identificación social que coloca a una gente en relación con otra y que siempre implica alguna especie de rol. El mezquino hombre de negocios que es el alma misma de la generosidad con sus contribuciones de caridad o el rudo chantajista que trata a su mujer e hijos con amor y temura, no son necesariamente ejemplos de hipocresía o de personalidad dividida; simplemente se comportan en distintos momentos en la forma que corresponde a los distintos status que se hallan ocupando. Cuando un hombre rehusa elevar el sueldo a sus empleados o sale a quitarle el negocio a un competidor, actúa como hombre de negocios; cuando responde a un llamado de caridad puede estar actuando como miembro de la comunidad local. Del mismo modo el chantajista deja su rol cuando atraviesa el umbral de su casa por la noche. "Chinoy,ob. cit. págs. 49 a 53.

⁷³ Becker citado por lamnek. ob. cit. pág. 80

Al perseguir sus propios intereses, los grupos entran en conflicto y buscan prevalecer unos sobre otros, aunque ello implique la eliminación de alguno de los contendientes. En consecuencia, una de las principales preocupaciones de todo grupo es la de no ser sustituido por otro que tenga sus intereses contrarios en la materia. En este contexto, la criminalización de una conducta es una forma en la cual el grupo que detenta el poder de definición protege sus intereses y trata de imponerse a otros grupos a través de la determinación de ciertas conductas de grupos no poderosos, como criminales. De esta forma, la criminalización de conductas se convierte en un problema político, pues "si el comportamiento criminal, en toda su amplitud, es el comportamiento normal de individuos que responden normalmente a situaciones definidas como indeseables, ilegales y, por ello, criminales, entonces el problema fundamental es el de la organización social y política de los valores establecidos o de las definiciones de lo que puede o no ser definido como criminal. El crimen, en este sentido, es un comportamiento político, y el criminal llega a ser en realidad un miembro de un grupo minoritario, sin la base pública suficiente para dominar y controlar el poder policial del estado" ⁷⁴.

⁷⁴ Baratta, alessandro, ob. cit. pag 132.

El esquema planteado por Vold ha sido criticado por su simplismo al explicar el proceso de criminalización como un proceso en el cual los poderosos influyen a los legisladores para promulgar leyes que les permitan mantener su jefatura, sin tomar en cuenta otros aspectos.⁷⁵

e) AUSTIN T. TURK

El eminente criminólogo norteamericano, expone su teoría en sus obras "Toward a Construction of a theory of delinquency" (Hacia la construcción de una teoría de la delincuencia)⁷⁶ y "Criminality and legal order" (Criminalidad y orden legal). En principio Turk se muestra de acuerdo con la explicación conflictual de la criminalidad y acepta la idea de que "la criminalidad es un estatus social atribuido a alguien por quien tiene un poder de definición"⁷⁷; Sin embargo, por lo que se refiere al propio conflicto Turk piensa que se desarrolla entre dominantes y dominados, entre quienes detentan el poder y quienes están sujetos a él, o sea entre autoridades y gobernados.

⁷⁵ C.f.r. Barata, ob. cit., pág. 133.

⁷⁶ Se trata de un artículo publicado en el Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, LV 1964, Págs. 215-228.

⁷⁷ Baratta, ob. cit. pág. 135.

De esta forma se introduce la figura del estado en el modelo conflictual, ya que es éste mediante la creación y aplicación de normas quien conduce los procesos de criminalización de la conductas. Es el Estado a través de los legisladores, jueces o policías quienes aplican el estatus de criminal a ciertas personas. Debido a esta situación Turk afirma que "el estudio de la criminalidad se convierte en estudio de las relaciones entre los status y los papeles de las autoridades legales, creadores, intérpretes y aplicadores de los estándares de Derecho y agravio por miembros de la colectividad y los de los sujetos, receptores y opositores, pero no autores de aquellas decisiones con las cuales el derecho es creado e interpretado, o hecho valer coercitivamente"⁷⁸.

f) RICHARD QUINNEY

Este autor en sus obras "Clases, estado y delincuencia" (Class, state, and crime), y "Control del crimen en la sociedad capitalista: una filosofía crítica del orden legal"⁷⁹, enfoca el problema desde una perspectiva crítico-marxista.

⁷⁸ Turk citado por Baratta, ob. cit. pag 138

⁷⁹ Este artículo publicado originalmente en *Issues in Criminology*, y posteriormente fue incluido en el libro de Taylor, Walton y Young: *Criminología Crítica*

Quinney comienza el esbozo de su teoría señalando que se debe estudiar, antes que nada, la economía política capitalista. Así, señala que la propiedad de los medios de producción influye y hasta determina, en cierta forma, la vida social capitalista. Sobre todo, trae como consecuencia la división de la sociedad en clases: aquella que detenta los medios de producción y aquella que no los posee; ambas clases están en conflicto como resultado del sistema capitalista de producción. Pero además, la clase dominante, para mantener su dominio, crea al Estado. "El Estado surgió para proteger y promover los intereses de la clase dominante, de la clase que es propietaria y que tiene el control de los medios de producción. El Estado existe como un mecanismo de control de las clases explotadas, de las clases trabajadoras, en beneficio de la clase gobernante."⁸⁰ La fuerza que el Estado posee para proteger los intereses de la clase capitalista, o sea el uso de la coacción, se manifiesta sobre todo en la Ley, la cual se revela como un instrumento de control social y de protección del capitalismo.

Al definirse legalmente las conductas delictivas, se actúa contra las fuerzas proletarias que se revelan contra el sistema impuesto por la

⁸⁰ Quinney, Richard ob. cit. págs 71 y 72.

clase dominante. Además, incluso el mismo capitalismo provoca las reacciones en su contra. "La mayoría de las actitudes que se adoptan como reacción hacia el dominio (capitalista), incluyendo actividades de los oprimidos que se definen como delictuosas por la clase capitalista, son el producto del sistema capitalista de producción. Al apropiarse los capitalistas del trabajo para acumular capital, se fijan condiciones que requieren conductas que el Estado puede definir como delictuosas y ser objeto de control cuando perturban o amenazan de algún modo el orden capitalista. Por lo tanto, el delito bajo el capitalismo ha venido a ser una reacción ante las condiciones de vida. Casi todos los delitos entre la clase trabajadora en la sociedad capitalista son en realidad medios de supervivencia, tentativas para existir en una sociedad en donde la supervivencia no queda asegurada por otros medios colectivos. El delito es inevitable bajo las condiciones capitalistas. Con los instrumentos de fuerza y de coacción de que dispone la clase capitalista, una gran parte de la actividad en la lucha de la clase trabajadora se define como delictuosa. En efecto, de acuerdo con los ordenamientos legales, ya sea que se actúe sencillamente para aliviar las injusticias del capitalismo o que se actúe contra la existencia de la

opresión de clases, los actos que se realizan contra los intereses del Estado son calificados de delictuosos." ⁸¹

g) IAN TAYLOR, PAUL WALTON Y JOCK YOUNG.

La crítica de carácter marxista-materialista que compone la teoría de estos tres autores, la encontramos principalmente en sus obras "The New Criminology" (La Nueva Criminología) y "Critical Criminology" (Criminología Crítica).

Parten estos autores de la premisa de que el criminólogo no debe limitarse a describir o explicar el fenómeno antisocial sino que debe adoptar una posición crítica frente a él. "Si la criminología ha de avanzar como ciencia, debe disponer de la libertad de cuestionar no solamente las causas del delito sino también las de las normas que en sentido propio, crean el delito: o sea las normas legales" ⁸²

⁸¹ Idem, págs. 81 a 89.

⁸² Taylor, Walton y Young, ob. cit., pág. 73

Para iniciar tal cuestionamiento, señalan los criminólogos británicos, se debe examinar el delito en relación con la economía política; esto es, como producto (hasta cierto punto) de los medios y procesos de producción, del papel de las autoridades y de la forma en que dichas autoridades han llegado a ser tales. En este sentido siguen las ideas del Karl Renner⁸³ sobre la importancia de las causas que originan y transforman las leyes y su relación con la sociedad humana. "Una parte de nuestro planteamiento, siguiendo más lejos que Renner, consiste en que la naturaleza y el contenido del delito no pueden captarse sin un análisis completo de su evolución histórica; y otra parte de nuestro planteamiento (con Marx pero en contra de Weber) es que ese análisis histórico revela la primacía no del pensamiento jurídico sino de las condiciones materiales como factores determinantes del cambio normativo en general y del de las disposiciones legales criminales en particular"⁸⁴. De esta forma Taylor, Walton y Young, proponen que la mejor manera de realizar la investigación

⁸³ Karl Renner detalla su teoría en el libro "The Institutions of Private Law and Their Social Function" (Las Instituciones de Derecho Privado y su Función Social) donde afirma: "Dado que las normas como toda otra cosa bajo el sol tienen su causa ¿donde residen? dado que gozan de una existencia real ¿cuales son sus características, cual es su modo de existir y de que manera cambian? dado que su origen radica en las condiciones de vida de la especie humana, que no son otra cosa que medios para preservar la sociedad humana, ¿que papel desempeñan efectivamente en la existencia y desarrollo de nuestra generación? Estos son problemas de jurisprudencia que esperan solución. Ha llegado el momento de buscarla" Renner citado por Taylor, Walton y Young, ob. cit. pág. 76.

⁸⁴ Ibidem.

criminológica, es seguir el método marxista ⁸⁵, según el cual, las relaciones jurídicas o las formas políticas no pueden comprenderse en sí mismas, pues se originan en las condiciones materiales de la vida. "El método Marxista consiste, entonces, en que debemos entender las relaciones jurídicas como originadas en la producción material de la sociedad. Insiste en que "la anatomía" o naturaleza de la "sociedad" ha de encontrarse en la economía política. Pero esto no significa que las relaciones legales o criminales carezcan de lugar en el método Marxista, ni que el marxismo procure reducir los conflictos jurídicos a conflictos económicos. La posición que se formula es la de que las relaciones legales y criminales se vinculan con las transformaciones materiales de la sociedad y dependen de ellas... La criminología materialista debe asumir la tarea de buscar explicaciones de la subsistencia, la innovación o la derogación de las normas jurídicas y sociales sobre la base de los intereses que respaldan, de las funciones que cumplen en determinado régimen material o de producción en sociedades fundadas en la propiedad, comprendiendo que tales

⁸⁵ Marx sostiene que todo análisis de los fenómenos socio-culturales debe realizarse conforme a la economía política, y específicamente, respecto de la Ley, afirmaba "La sociedad no está basada en la Ley; eso es una ficción jurídica, mas bien la ley debe basarse en la sociedad; debe ser la expresión de los intereses y necesidades comunes según surgen de los diversos métodos de producción, contra la arbitrariedad del individuo aislado " Marx citado por Taylor, Walton y Young, ob. cit. pág. 88

normas están inexplicablemente ligadas con las contradicciones en desarrollo de esas sociedades".⁸⁶

h) ALESSANDRO BARATTA

Este importante criminólogo italiano en su libro "Criminología crítica y crítica del derecho penal" (Criminología crítica e crítica del diritto penales. Introduzione allá sociología giuridico-penales) se da a la tarea de desmitificar al derecho penal. Para Baratta el mito de esta disciplina jurídica consiste en la idea de que protege por igual los bienes e intereses de todos los ciudadanos y que la ley penal se aplica por igual, sin excepciones, a todas las personas. Esto no es cierto, pues en realidad sólo protege los intereses de un determinado grupo; además en atención a la concentración del poder se aplica desigualmente la ley penal; finalmente, las conductas tipificadas y penadas, nada tiene que ver con la dañosidad social de la mismas, pues por medio de ellas se tutelan bienes pertenecientes a los grupos poderosos.

⁸⁶ Ídem, págs. 77 a 87.

En relación con los procesos de criminalización⁸⁷ Baratta afirma que el derecho penal establece, mantiene y protege los intereses de la clase dominante. "Por lo que concierne a la selección de bienes protegidos y de los comportamientos lesivos, el "carácter fragmentario" del derecho penal pierde las ingenuas justificaciones basadas en la naturaleza de las cosas o en la idoneidad técnica de ciertas materias, y no de otras, para ser objeto de control penal. Estas justificaciones son una ideología que cubre el hecho de que el derecho penal tiende a privilegiar a los intereses de las clases dominantes y a inmunizar del proceso de criminalización comportamientos socialmente dañosos típicos de los individuos pertenecientes a ella, y ligados funcionalmente a la existencia de la acumulación capitalista, y tiende a orientar el proceso de criminalización sobre todo hacia formas de desviación típicas de las clases subalternas. Eso no sólo acontece con la elección de los tipos de comportamientos considerados para acuñar la figura legal delictiva y con la diversa intensidad de la amenaza penal, que a menudo está en relación inversa con la dañosidad social de los comportamientos, sino con la formulación técnica misma de las figuras

⁸⁷ Baratta distingue entre los procesos de criminalización primaria y de criminalización secundaria. Los primeros se refieren a la obra del Legislador al integrar los comportamientos definidos como ilícitos en la Ley. Los segundos se relacionan con la aplicación de la Ley Penal por virtud de la cual se determina criminal a la persona que se le ha aplicado una definición legal de delito. Ob cit., pág. 99, nota N° 28 al pie de página.

delictivas. Cuando se dirigen a comportamientos típicos de los individuos pertenecientes a las clases subalternas y que contradicen las relaciones de producción y de distribución capitalista forman ellas una red bastante apretada, mientras la misma red es a menudo demasiado rara cuando las figuras delictivas tienen por objeto la criminalidad económica y otras formas de criminalidad típicas de los individuos pertenecientes a las clases que están en el poder".⁸⁸

La crítica que Baratta realiza al derecho penal no queda en furiosos señalamientos, sino además, se muestra constructiva. De esta forma, para acabar con las desigualdades protegidas por el derecho penal propone dos cosas:

Primero, llevar la tutela penal a campos de interés social (tanto individual como colectivo) como la salud, la seguridad en el trabajo y la integridad ecológica; esto es, criminalizar las conductas socialmente negativas de las clases poderosas; en segundo lugar, y más importante que el primero, propone despenalizar algunas conductas como ciertos delitos políticos o contra lo moral; o sea, aquellos comportamientos que no sean socialmente negativos. Por último, ligada a esta estrategia de

⁸⁸ Baratta, ob. cit., págs. 171 y 172

despenalización encontramos la sustitución de las sanciones penales por sanciones civiles ó administrativas.

4) FACTORES PARA CONOCER LA VERDADERA ANTISOCIALIDAD DE LA CONDUCTA.

De las teorías sociológicas y criminológicas que expusimos anteriormente, podemos extraer importantes lineamientos que guiarán nuestros criterios a fin de establecer cuándo una conducta es realmente antisocial.

De acuerdo con nuestro criterio, todas las opiniones de los autores mencionados sirven para explicar en mayor o menor grado algunos aspectos de la antisocialidad. Con esto queremos decir que una sola de las teorías no explica toda la realidad sobre la conducta antisocial, sino que cada teoría nos aclara solo una parte de dicha realidad; así pues, para lograr una visión global, deberemos de seleccionar los elementos de las opiniones de los autores que nos ayuden a conocer con certeza la antisocialidad del comportamiento, ya sea porque establezca en que consiste lo antisocial o porque nos digan

en qué no consiste. En esta tarea, habremos de disentir con algunas de las ideas aceptadas por la doctrina penal, pues creemos que sus explicaciones no satisfacen ya la realidad social

Hemos establecido en principio que la antisocialidad de la conducta estribaba en el ataque a las estructuras sociales, a las normas básicas de la convivencia humana, y a los bienes e intereses sociales. A este respecto, es necesario aclarar que la estructura social es impuesta por la clase con el poder político, económico o religioso suficiente para implantarla entre los restantes grupos sociales. El propósito de esta estructura es mantener una serie de privilegios y la posición de superioridad de una cierta clase, lo que le permite realizar una serie de acciones que de otra forma no podría. Las estructuras sociales pueden ser funcionales, cuando satisfacen las necesidades de la mayoría de la población, son flexibles ante los cambios y canalizan adecuadamente las inconformidades o divergencias; serán no funcionales si dejan insatisfechos los reclamos sociales, cuando se muestran inadaptaciones a nuevas situaciones bien, si los disidentes no encuentran caminos para sus propuestas. Es de señalarse que no existen estructuras sociales "puras", o sea, totalmente funcionales o

totalmente infuncionales, sino que, por lo general, ambos aspectos se combinan en mayor o menor medida; la calificación como tal, derivará de la inclinación que muestre hacia alguno de los extremos. También debemos hacer notar que aunque la estructura social se impone, los diversos grupos a los que rige (incluso los minoritarios) pueden arrancar privilegios a la clase dominante, influyendo así, en la conformación de la multicitada estructura. Ante estos hechos se hace evidente que una conducta será antisocial cuando ataque aquella parte de la estructura social que realmente funcione, esto es, que sea benéfica para la sociedad en su conjunto.

Por lo que respecta a las normas básicas de la convivencia humana, estas se fundamentan principalmente en el respeto. Respeto hacia la persona, tanto física como espiritual e intelectualmente, hacia sus propiedades, sus obras, su actuar, sus opiniones, sus creencias, sus sentimientos, en tanto todos ellos se muestren a su vez respetuosos de los demás. Denominamos a estas normas como básicas, pues de no existir, la convivencia humana se tornaría imposible. Estas reglas de coexistencia se encuentran íntimamente ligadas a la manera en que los seres humanos nos percibimos unos a

otros, es decir, a la forma en que tomamos conciencia sobre la existencia de entes iguales a nosotros. Puesto que se conectan con la conciencia sobre el ser y estar de otros seres, las reglas de convivencia tienen un principio interno y psicológico; sin embargo, el mismo contacto con otras personas les imprime un sello eminentemente social, lo que significa la influencia recíproca entre ambos seres, entre éstos con su comunidad, entre sus comunidades y entre comunidades e individuos para con su entorno natural y cultural. Entendidas de esta manera las normas básicas de convivencia, se comprende que un ataque en su contra denota la antisocialidad de tal conducta. Pero si las reglas no se refieren al fundamento de la coexistencia y en cambio están relacionadas con aspectos accesorios, una conducta que atente contra ellas, bien pueden no ser antisocial.

En relación con los llamados intereses o bienes sociales, existe la idea (dominante en la dogmática penal) de que son determinados mediante el consenso mayoritario de los miembros de un núcleo social. Pero la teoría del consenso es tan incierta como indemostrable lo cual suscita serias dudas respecto de ella. En efecto, el hecho de que todos los integrantes de cierta sociedad, de motu proprio, en forma seria y

desapasionada, lograrán ponerse de acuerdo en cuáles son los bienes realmente importantes de su grupo, requeriría de todos ellos una bondad, tolerancia, firmeza y mente abierta, que convierte en imposible la hipótesis planteada. Por esto, es mucho más factible suponer que los bienes e intereses son algunas veces puestos por los grupos dominantes, ya sea que utilicen la superioridad de su posición en forma coactiva o bien que se valgan para ello de la dominación ideológica.

Desde este punto de vista, la clase poderosa impondría a los restantes estratos, mediante el uso de diversos recursos (p. ej. la ley, policía, etc.) los bienes e intereses que ella considera dignos de protección situación ante la cual el resto de la sociedad debe obedecer tales consideraciones. Más sutil y efectiva, sin embargo, es la dominación ideológica; a través de la cual y con la ayuda de instrumentos como los medios masivos de comunicación o la religión, la clase dominante impregna de sus ideas y concepciones a los demás grupos sociales, haciéndoles creer que los bienes e intereses que se protegen, pertenecen y benefician realmente a la mayoría de la sociedad: la consecuencia lógica de esta acción es que los grupos no poderosos protegerán (pues los sienten suyos) los intereses de la clase

dominante. Pero la mayoría de las ocasiones el problema es mucho más intrincado, planteándose en realidad una oposición entre distintos intereses encontrados. Esto significa que ante los intereses de los grupos poderosos se oponen los intereses de las clases bajas, e incluso que dentro de los mismos privilegiados, distintas facciones pueden tener intereses contrarios; así como lo mismo puede ocurrir con los grupos no poderosos. En esta lucha por imponerse unos a otros, ganaría quien cuente con los medios necesarios y los utilice correctamente en su favor. De toda esta serie de intereses señalados habrá algunos que busquen realmente el beneficio de los seres humanos y en cambio otros pugnarán por el beneficio mezquino de unos cuantos; naturalmente, solo las conductas que atenten contra los primeros, podremos considerarlas como antisociales. Otro aspecto importante de la antisocialidad son los llamados procesos de criminalización primaria (para utilizar los términos de Baratta. Vid Supra Nota 87). esto es, los comportamientos considerados criminales por alguna instancia social (p. ej. el Legislador).

En dichos procesos debemos tomar en cuenta una serie de circunstancias antes de definir la criminalización o antisocialidad de la

conducta en cuestión. Así, debemos analizar si el comportamiento criminalizado no es auspiciado en cierta medida por la sociedad, que espera de sus miembros alcancen algunas metas, y sin embargo no cuenta con la estructura suficiente para satisfacer a todos sus miembros; sólo un cierto número de estas conductas alcanza sus objetivos con medios legales, el resto, ante la esperanza de recompensa no duda en emplear medios considerados ilegales; así se convierten en criminales pero han sido impulsados hasta cierto punto por la sociedad. En el caso de estos comportamientos existen serias dudas sobre su verdadera antisocialidad. También es de tomarse en cuenta, si el proceso de criminalización no es mero etiquetamiento promovido por los grupos socialmente dominantes para la protección de sus bienes e intereses, independientemente de la cualidad de la conducta. Entre los grupos poderosos debemos distinguir la clase de influencia o medios de que se valen para lograr su propósitos, tratase de núcleos políticos, religiosos, económicos, etc. Dentro de este análisis habrá que estudiar la intrincada trama de la relaciones sociales y factores culturales en los que se da la dominación, la imposición y la criminalización, haciendo énfasis en las estructuras políticas y económicas. Esto nos ayudará a ubicar en un contexto determinado los

fenómenos que en relación con la antisocialidad se llevan a cabo. Estos procesos es lógico que varíen de núcleo social a núcleo social, e incluso de época a época, pues varían las causas, las características y las circunstancias en que se producen los fenómenos. Esto nos lleva a concluir que no es sencillo el estudio que se debe efectuar para establecer el carácter antisocial o criminal de una conducta (en sentido abstracto) determinada, pero también se acepta que son necesarios.

En suma, concluimos con Alessandro Baratta que la verdadera antisocialidad, o como él la denomina, la negatividad social o los comportamientos socialmente negativos, son aquellos "que contrastan con necesidades e intereses importantes de los individuos o de la comunidad, con base en criterios de valoración tenidos por válidos"⁸⁹. Y son precisamente los criterios de valoración lo que pasaremos a estudiar en el siguiente capítulo.

⁸⁹ Ídem. pág. 99, nota N° 28 al pie de página.

5) EL CONTENIDO DEL TIPO PENAL: ¿ANTI JURICIDAD O ANTISOCIALIDAD?

Desde 1764, al publicarse en Milán, *Dei Delitti e Delle Pene* del célebre César Bonesano Marqués de Beccaria, se introduce en la doctrina penal la idea de que la antisocialidad es contenido de los tipos, aunque en ese entonces Beccaria habla de delitos, por un error muy común, según explicamos en el primer capítulo de este trabajo. Así nuestro autor afirma: "supuesta la necesidad de la reunión de los hombres, y los pactos que necesariamente resultan de la oposición misma de los intereses privados, encontramos con una escala de desórdenes, cuyo primer grado consiste en aquellos que destruyen inmediatamente la sociedad y el último en la más pequeña injusticia posible cometida contra los miembros particulares de ella. Entre estos extremos están comprendidas todas las acciones opuestas al bien público, que se llaman delitos, y todas van aminorándose por grados insensibles desde el mayor al mas pequeño... Cualquier acción no comprendida entre los límites señalados, no puede ser llamado delito o castigada como tal, sino por aquellos que encuentran su interés en

darles este nombre".⁹⁰ Sin embargo, al evolucionar las teorías penales, se tiende a separar lo jurídico de lo social e incluso a rechazar la intromisión de lo social en el campo del Derecho⁹¹; esto con afanes de concebir una ciencia estrictamente jurídica. Estamos de acuerdo, por ejemplo, que el delito es una figura netamente jurídica y como tal no puede ser explicada satisfactoriamente por otras ciencias, pero a la vez reconocemos que tiene importantes vínculos con otras materias que no podemos dejar de estudiar.

En relación con estos planteamientos, analizamos ahora, al contenido del tipo penal, el cual es para nosotros una conducta antisocial; pero la mayoría de los autores ve en la antijuricidad la verdadera materia de las figuras típicas. Esta posición ya la habíamos en otra parte de esta investigación⁹², sin embargo la trataremos de nueva cuenta, a fin de reafirmar nuestras opiniones; en esta ocasión estudiaremos al mismo contenido de la antijuricidad, para determinar si ésta, a su vez, puede ser contenido del tipo penal.

⁹⁰ Beccaria, Cesar Bonesano Marqués de. Tratado de los Delitos y de las Penas. Edit. Porrúa, México, 1982, págs. 27 y 28.

⁹¹ A este respecto Jiménez de Asúa llegó a opinar que "lo antisocial puede carecer de importancia para el derecho" ob. cit., pág. 275

⁹² Vid. Supra. Capítulo II, punto 8

La teoría de la antijuricidad aceptada por la gran mayoría de los tratadistas está construida a partir de las concepciones de Karl Binding contenidas en su obra "Die Normen Und Ihre Ubertretung" y de Max Ernst Mayer expuestas en su libro "Rechtsnormen und Culturnormen". Al primero se debe el haber descubierto que el delito no es la conducta contraria a la Ley, sino mas bien, la conducta que se apega a lo descrito por la Ley penal; en efecto, lo que en realidad se infringe es la norma que está detrás de la Ley (p. ej. no matarás).

Sin embargo, el carácter de las normas que se infringen no quedó determinado hasta que Mayer expuso su teoría de la norma de cultura. "Mayer afirma que las normas de cultura son ordenes y prohibiciones por medio de las cuales una sociedad determinada exige de sus miembros el comportamiento que sea adecuado, buscando conservar la protección de los intereses sociales que por medio de las normas jurídicas ha reconocido; por esa exigencia, "es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado"⁹³. Así pues, en esta concepción, la antijuricidad, es lo contrario al Derecho, el cual tiene un contenido que le proporciona la cultura; lo

⁹³ Vela Treviño, Sergio. Antijuricidad y Justificación de Trillas. México. 1986

contrario al Derecho, es contrario a la cultura; la antijuricidad es anticulturalidad.

Sin embargo, a pesar del prestigio de su autor y lo difundido de sus ideas, creemos pertinente realizar las siguientes observaciones. En primer lugar, el término "cultura" es todavía vago en algunos aspectos y los límites que alcanza son difíciles de establecer. A este respecto Ely Chinoy señala: "en su uso más generalizado se refiere a las cosas "superiores" de la vida, pintura, música, poesía, escultura, filosofía; el adjetivo culto se halla muy próximo a cultivado o refinado. Pero en su acepción sociológica cultura se refiere a la totalidad de lo que aprenden los individuos como miembros de una sociedad; es un modo de vida, de pensamiento, acción y sentimiento. La antigua (1871) pero aún extensamente citada definición de Edward Tylor indica su alcance: "cultura es la compleja totalidad que incluye conocimientos, creencia, arte, moral, ley, costumbre y toda otra habilidad y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de una sociedad". El modo de lavarnos los dientes, los diez mandamientos, las reglas del juego de base ball y los procedimientos para elegir un presidente, son parte de la cultura del mismo modo que el último volumen de la poesía de vanguardia o la

novena sinfonia de Beethoven"⁹⁴ Y no solo eso, sino que dentro de la cultura podemos incluir también los objetos materiales y las ideas o teorías producidas por el ser humano en esta forma, se hace evidente la amplitud del vocablo referido Imaginémonos ahora, todos los comportamientos que pueden ir en contra de la cultura, la gama de ellos es tan extensa y vaga como lo serían las conductas antijurídicas a que dan contenido. Pero si nos fijamos en la teoría de Mayer, lo que se contradice son las normas de cultura, las reglas o pautas de conducta establecidas en una cultura; es menester pues, saber qué son dichas normas, esto es, determinar que tan amplias son a su vez las reglas derivadas de este extenso concepto que es lo cultural

La mayoría de los antropólogos y los sociólogos concuerdan en señalar que entre los miembros de una sociedad no todos comparten los mismos elementos culturales pues estos variarán dependiendo del sexo, la edad, la actividad que se desarrolle o la posición social que se ocupe. Debido a estos detalles, no existen dos personas en un núcleo social que siempre reaccionen en la misma forma ante una situación dada; incluso las reacciones de una misma persona cambian con el tiempo. Sin embargo, las formas de comportarse ante cierta situación,

⁹⁴ Chino y ob. cit. pág. 28

aunque varían, se mantienen todas dentro de un mismo género y por ello es posible agruparlas.

"Las diversas formas de conducta que constituyen una cultura real⁹⁵ pueden agruparse a partir de las situaciones que generalmente las suscitan. Toda situación generalizada se vincula a una serie de formas de conducta que presentan muchos aspectos en común. Por otra parte, es lo más frecuente que las variantes de dicha serie caigan dentro de ciertos límites fáciles de reconocer y que pueden haber quedado establecidos por consideraciones de orden puramente práctico"⁹⁶. Así pues, las normas de cultura de Mayer no son reglas únicas que rijan el comportamiento, sino que se convierten en toda una gama de posibilidades de actuar, cierto que las variables son limitadas, pero aún así está compuesta de un gran conjunto de formas de responder ante una situación específica. En este contexto, ¿qué será antijurídico? ¿las conductas que contraríen qué clase de posibilidades de actuar serán antijurídicas?, si dentro de los límites de una sola pauta existen muchas variantes ¿la conducta que atente contra cuál de ellas

⁹⁵ "La cultura real está formada por la suma total de las formas de conducta que comparten y que han tenido que aprender los miembros de una sociedad" Linton, Ralph. Cultura y Personalidad. Edit. FCE México 1983 pag 58

⁹⁶ Idem pag 56

es la antijurídica? Existen pues, dos argumentos que esgrimir contra la teoría de Mayer:

- 1) Lo vago y difuso del vocablo cultura; y
- 2) La amplitud de posibilidades de las que se compone una norma de cultura.

Nos queda por analizar el último aserto de la teoría, el que establece que sólo es antijurídico el ataque de las normas de cultura reconocidas por el Estado. Ello implica que el reconocimiento del Estado, por sí solo, basta para diferenciar a aquellas normas de cultura cuyo ataque acarrea la antijuricidad y ese otro grupo de reglas que al infringirse no haya ilícito. Si así ocurre, entonces ¿cuál es el criterio conforme al cual selecciona el Estado a las normas culturales? la concepción de Mayer no responde esta pregunta. Además, debemos agregar que ni creemos que el solo reconocimiento del Estado sea el elemento diferenciador entre normas cuya violación implique ilicitud y aquellas que no lo implican; y tampoco creemos que el Estado siempre seleccione correctamente tales pautas de conducta. Ya en este mismo capítulo señalábamos la ficción de la teoría del consenso y el hecho de

que, en muchas ocasiones, el Estado puede servir como instrumento para proteger normas culturales valiosas para un sólo grupo social en detrimento de los restantes estratos. A este respecto debemos recordar que aun dentro de una aparente sólida cultura, podemos distinguir que cierto conjunto de pautas culturales sólo son observadas por determinado grupo, mientras que otro se regirá por reglas muy distintas, dando así lugar a las llamadas subculturas. Entonces, ¿las pautas de cuáles de los grupos serán seleccionadas por el Estado?, ¿la de aquellos que ostenten el poder económico, o el político, o el religioso?. Como señalamos anteriormente, la teoría en cuestión no responde estos planteamientos.

En conclusión, si el mismo contenido de la antijuricidad no ha sido plenamente determinado ¿por qué se afirma que la ilicitud es el contenido propio del tipo penal?, ¿por qué se dice que el legislador antes de crear al tipo se cerciora que la conducta en cuestión sea antijurídica? aquí hay que tomar en cuenta que en muchas ocasiones, el Legislador crea tipos que consignan conductas que en nada contradicen al Derecho y sin embargo con arreglo a ellos el juzgador declara la existencia concreta de la antijuricidad ¿acaso nos

encontramos ante una conducta simultáneamente jurídica y antijurídica? claro que esto es imposible; por esta y las razones apuntadas con antelación no creemos en la antijuricidad como contenido del tipo penal

Muy al contrario, estamos de acuerdo en considerar a la conducta antisocial como el contenido del tipo penal. Creemos que al conformar la figura típica, el Legislador valora una conducta antisocial, al seleccionarla de el conjunto total de su clase, ya sea por dañar o poner en peligro la estructura social, las normas básicas de convivencia humana o los bienes e intereses sociales; para su correcta determinación deberemos hacer un análisis detallados del comportamiento en cuestión tomando en cuenta los señalamientos hechos en el punto anterior. Si de este estudio se comprueba la verdadera antisocialidad del hacer u omitir, entonces y en base a su dañosidad o peligrosidad será valorada por el Legislador. De esta manera el Derecho, producto social, sirve para proteger a su creador: la sociedad. Conforme a esta noción, no nos encontraremos con la dualidad de que un tipo, por tener contenido ilícito, llegue a encuadrarse en él una conducta jurídico-antijurídica; ya que desde

nuestra óptica, la conducta concreta encuadra a un comportamiento antisocial abstracto, descrito en la figura típica. De esta manera el actuar u omitir siendo antisocial, bien puede o no ser ilícito, puesto que, nadie discute que el comportamiento atentó contra un bien jurídicamente protegido, pero sólo el juez determinará concretamente si el atentado se realizó en contra o conforme a Derecho.

En suma, estamos de acuerdo con la doctora Olga Islas Magallanes cuando señala que "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"⁹⁷.

⁹⁷ Islas Magallanes Olga, citada por Marqués Piñero, Rafael. El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo. Edit. UNAM, México, 1986. pág. 198

CAPITULO V: LA VALORACION DEL TIPO POR LA SOCIEDAD Y EL ESTADO.

1) VALOR Y VALORACION

En el capítulo anterior sostuvimos que la conducta antisocial es el verdadero contenido del tipo penal, sin embargo, debemos aclarar que no todos los comportamientos cuyo atributo es la antisocialidad se encuentran tipificados, sino que de tal conjunto, el Derecho valora aquellos que merecen pasar a integrar las figuras típicas.

La forma en la cual se realiza dicha valoración es motivo de las siguientes páginas, y en primer lugar deberemos empezar por establecer una noción sobre el valor y la valoración.

A este respecto es importante señalar que son dos las posturas que en materia de axiología tratan de explicar lo que son los valores:

las doctrinas subjetivistas y las objetivistas. Los primeros afirman que el valor se reduce a lo que nos agrada, a lo que deseamos, a lo que nos interesa, es decir, hacen radicar la esencia del valor en meros estados psicológicos del individuo. En oposición a esta postura nos encontramos con las teorías objetivistas para quienes los valores son entes independientes de los bienes y de los sujetos que los valoran, además son eternos e inmutables, sin que los cambios históricos o económicos puedan alterarlos. Frente a los excesos de ambas doctrinas que por un lado (subjetivo) pretendían radicar el valor en torno al sujeto, afirmando que de él depende la selección y jerarquía de los mismos; y por otro (objetivo) querían hacer de los valores entre ideales que prescindían del individuo y establecían que si éste no existiera, de cualquier forma valdrían; nos encontramos las posiciones de Risieri Frondizi⁹⁸ y Don Eduardo García Maynez⁹⁹. Ambos autores coinciden en señalar que para comprender la noción de valor, habrá que reconocer que en todo juicio estimativo encontramos un objeto valorado, un sujeto que valora y la relación entre ambos, o sea, la valoración.

⁹⁸ Frondizi, Risieri. ¿Que son los Valores? Introducción a la axiología 2a edición, Edit. FCE México, 1962, pág. 111 y s.s.

⁹⁹ García Maynez, Eduardo. Filosofía del Derecho. 5a edición, Edit. Porrúa México, 1986, págs. 435 a 438.

Así pues, un valor no tiene razón de ser fuera de una valoración hecha por un sujeto, pero tales valoraciones reconocen en el objeto valorado ciertas cualidades que provocan en el individuo una reacción, una determinada valoración. De esta manera podemos establecer que el análisis estimativo es mucho más complicado de lo que pudiere parecer al principio y que no podemos polarizar nuestras opiniones en materia de axiología con las doctrinas subjetiva y objetiva, sino que ambas proporcionan datos que nos auxilian en nuestra labor.

Para ejemplificar lo complicado de la noción de valor y la forma en que se entrelazan los aspectos subjetivo y objetivo, Risieri Frondizi expone el siguiente caso referente a beber un vaso de cerveza: "no siempre valoro la cerveza del mismo modo. Las condiciones biológicas y psicológicas en que me encuentro modifican mi juicio. Así por ejemplo, si tengo sed, la cerveza me produce una sensación distinta a si he ingerido mucho líquido, cuando estoy enojado tiene un sabor distinto a cuando estoy contento. Todos los otros estados fisiológicos y psicológicos influyen igualmente, desde la presión arterial, hasta la actitud que tengo frente a la vida, pasando por el funcionamiento del

sistema nervioso y glandular, el cansancio, la preocupación y la esperanza

Es compleja también la situación por el lado objeto. Hablamos de la cerveza como si existiera en tanto esencia inmutable, pero no es así. Hay cervezas y cervezas, a juzgar por su constitución físico-química. Si se altera su densidad, su temperatura, etc. la sensación de agrado será distinta. Otros elementos objetivos influyen igualmente, el vaso en que se bebe, la temperatura del ambiente físico en que uno se encuentra etcétera.

Además de los elementos subjetivos y objetivos, influyen también factores sociales y culturales: no es lo mismo tomar un vaso de cerveza con un amigo que con un enemigo, solo o acompañado, en el propio país o en el extranjero, en un bar de moda o de pie en mala compañía, el tipo de educación gustativa que hemos recibido, la tradición, el prestigio de la bebida y una cantidad de elementos culturales y sociales que constituyen la historia de la sociedad y de la cultura en que

vivimos, influyen en la valoración que hagamos de un simple vaso de cerveza¹⁰⁰.

En suma, el valor se encuentra encarnado en un bien, el cual debido a su composición, disposición y demás cualidades obliga al sujeto a reaccionar frente a él de determinada manera, pero la forma en que el individuo realiza su valoración se ve influida por diversos estados psicológicos: tenemos pues, la conjunción de lo subjetivo y lo objetivo.

Hemos explicado que el valor no puede existir en un mundo distinto al nuestro, no lo encontramos flotando en el aire, sino que está incorporado a un objeto que se convierte en su depositario. Dicho objeto lo denominamos "bien" y no debe ser confundido con el valor que se le ha incorporado, o sea, el bien es una cosa valiosa precisamente por contener un valor. Sin embargo, este valor, no es un elemento del objeto comparable al peso, la textura, la materia, el color, el sabor o el olor, " lo cierto es que los valores no son cosas ni elementos de cosas, sino propiedades, cualidades sui generis, que

¹⁰⁰ Frondizi, ob. cit., págs. 114 y 115

poseen ciertos objetos llamados bienes"¹⁰¹ Por ello Frondizi les llama cualidades irreales, pues los valores no "son" sino que "valen".

Finalmente hemos de dejar claramente establecido que, aunque valor y valoración se encuentran íntimamente relacionados, son dos cuestiones totalmente diferentes. Aquél es la cualidad sui generis o irreal incorporada en el bien y ésta es la actividad subjetiva del individuo por medio de la cual capta el valor. Al ser la valoración de carácter interno, puede verse influida por nuestros intereses o deseos, provocando que no captemos en toda su esencia un valor, o bien, que lo subordinemos a otro valor en realidad inferior, y por ello hay que diferenciar el hecho psicológico de la valoración con el acierto de dicha valoración. De lo contrario si considerásemos toda actividad estimativa como correcta, dos valoraciones opuestas realizadas por diferentes sujetos, serían igualmente correctas, pues no existiría la posibilidad de equivocarse, lo cual es imposible. "Si todo es verdadero, nada es verdadero: el error da sentido y vigencia a la verdad"¹⁰².

¹⁰¹ Idem, pág. 11

¹⁰² Idem, pág. 101

2) LA FUNCION VALORATIVA DEL DERECHO

El Derecho, como conjunto de normas, implica regulación del comportamiento humano, pero la regulación no es arbitraria, sino que se realiza con el fin de buscar la mejor solución a un problema que se plantea en la realidad. Además la solución adoptada significa que tal camino nos conduce a la respuesta considerada adecuada ya que así se ha valorado; luego entonces, toda actividad normativa implica valoración. Esta actividad estimativa, constante en todo orden normativo, se manifiesta en la selección de los supuestos de Derecho y las consecuencias jurídicas; así, a tal hipótesis (previamente conformada) se le conecta con tales consecuencias, pues se valora que ello es la mejor regulación posible. Esta función estimativa ha llevado al maestro Recaséns Siches a expresar: "la normatividad del Derecho positivo no tendría sentido si no se refiriese a un juicio de valor, que es el que la inspira. Se regula la conducta social de un determinado modo, por que se cree que este modo es mejor que otras posibles regulaciones... Si eliminásemos esa referencia a los criterios estimativos del Derecho el mismo Derecho positivo nos aparecería como imposible; y quedaría reducido a un puro fenómeno de fuerza

bruta, análogo a los fenómenos de la naturaleza, con lo cual se habría evaporado por completo su esencia jurídica, es decir, lo que el Derecho tiene de Derecho”¹⁰³.

De esta forma, tenemos que el Derecho valora que el contenido de la hipótesis y las consecuencias a que da lugar su actualización, son la mejor o bien, la más conveniente manera de regular una situación dada. En algunas ocasiones la valoración será correcta, pues el Legislador es guiado en su actuar por los valores a que aspira, debido al bienestar que producen. Por otro lado puede ser que la valoración, siendo actividad subjetiva, sea influida por los deseos e intereses de los sujetos que valoran, cometiendo así el error axiológico de confundir la valoración con el valor mismo.

Por ello es importante señalar que no todas las valoraciones jurídicas son correctas, pues esta calidad depende de que se logre el fin perseguido por el ordenamiento, o sea, un valor.

¹⁰³ Recaséns Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. 9a edición, Edit Porrúa, México, 1986, págs 380 y 381

Y puesto que hablamos de estimativa y teleología, hemos de señalar que la relación entre ambas es de condicionamiento. Es decir, los valores condicionan a los fines, ya que orientan la actividad del Legislador, por ejemplo, hacia lo que le parece valioso. La orientación a un fin determinado, supone previamente la valoración positiva de la meta que pretende alcanzarse. En palabras del maestro García Máynez, "los valores jurídicos sirven de fundamento a los fines que aquél (el Derecho) tiene la misión de realizar. Hacer que la justicia reine es y debe ser aspiración de los creadores, aplicadores y destinatarios de sus normas, por que la justicia es valiosa y lo valioso debe ser"¹⁰⁴. Desde esta perspectiva, puesto que la justicia debe ser, el sujeto tiene que realizarla, en orden a lograr su perfeccionamiento espiritual.

Finalmente, habremos de diferenciar, junto con el maestro Villoro Toranzo, entre dos nociones sobre la valoración jurídica: "Se deben distinguir dos aspectos de la valoración jurídica: como actividad filosófica, se propone el conocimiento de los valores que debe servir de criterio al jurista; como actividad artística, se propone aplicar dichos valores a las construcciones jurídicas"¹⁰⁵. Aunque ambas cuestiones

¹⁰⁴ 104 - García Máynez, ob. cit., págs. 414 y 415

¹⁰⁵ Villoro Toranzo, ob. cit. pág. 203

son dignas de todo interés, por la naturaleza del presente trabajo, habremos de fijar nuestra atención en el segundo aspecto, esto es, considerando a la valoración como aplicación de los valores en la construcción de leyes. A cuyo efecto, el Legislador, debe siempre analizar una serie de datos aportados por la realidad social, los cuales debe cribar, pulir y confrontar para que puedan formar el substrato de la valoración contenida en la norma jurídica. Obviamente dentro de éste último aspecto habremos de referirnos en especial, dentro del Derecho Penal a la construcción de los tipos legales.

3) BIEN JURIDICO E INTERES

La Ley penal, como creación jurídico-legislativa implica también una valoración una actividad estimativa realizada por un sujeto frente a un objeto (corporal o incorporeal) que tiene incorporado un valor. El objeto que contiene un valor y es reconocido como valiosos por el Derecho mediante su acción estimativa, lo denominamos bien jurídico. El bien jurídico por ser valioso, es protegido, es tutelado por el Derecho y en especial por el derecho penal quien lo integra al tipo como uno de

sus requisitos¹⁰⁶, la protección que la Ley penal brinda al bien jurídico, se da precisamente porque lo considera valioso.

Para establecer una correcta noción sobre el bien jurídico debemos distinguirlo del objeto material afectado por la conducta delictiva¹⁰⁷. En efecto, aquel "es una figura ideológica, la valoración objetiva en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido. El "bien jurídico" evidencia, con ello, el valor que posee para el individuo, como su portador directo, y para la sociedad como tal"¹⁰⁸. Sin embargo, aunque bien jurídico y objeto material del delito no son iguales, pueden llegar a identificarse como sucede por ejemplo en el delito de lesiones, donde tanto el bien tutelado como el objeto de ataque es el cuerpo humano. En otras ocasiones, podemos distinguir claramente entre ellos, tal y como acontece en el robo, donde el objeto de ataque lo es la cosa sustraída (joyas, dinero, automóvil, etc.) y el bien tutelado es la propiedad. Ambas situaciones ponen de manifiesto el verdadero carácter del bien jurídico

¹⁰⁶ Vid. Supra capítulo II, punto 6, inciso c.

¹⁰⁷ C.f.r. Santiago Nino, Carlos. Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular sobre la dogmática Penal. Edit. UNAM, México 1974, pág. 56

¹⁰⁸ Mezger, Edmund. Derecho Penal, Libro de Estudio. Cárdenas editor, México, 1985, pág. 155

y nos permiten diferenciarlo del objeto material, receptor del ataque del delincuente.

Como explicamos anteriormente, el tipo penal incorpora como requisito al bien jurídico, esto significa que una verdadera figura típica, sólo será tal, cuando integre un bien tutelado, de lo contrario carecería de sentido. Esto es claro, pues sabemos que la misión del tipo es proteger jurídicamente a aquello que la sociedad estima valioso, si no sucede así, el tipo se convierte en instrumento de represión y conservación de una situación dada, en beneficio de unos pocos. Ahora bien, puesto que el tipo tutela un bien por considerarlo valioso, varias figuras típicas habrán de tutelar un conjunto de bienes, sin embargo, las valoraciones en cuestión, no son todas iguales, pues no a todos los bienes se les otorga el mismo valor. Ello implica que la Ley contiene un complejo sistema de valoración, en el que deberemos atender, desde la forma de selección de las conductas que atentan contra los bienes y su redacción en los preceptos penales, hasta la magnitud de la pena, su conjunción o disyunción.

Es interesante señalar que no debemos confundir al bien jurídico reconocido como valioso y protegido por la Ley, con el interés. Este es un hecho psicológico interno que implica deseo, agrado por ciertas cosas y por lo tanto, rechazo de otras tantas, lo que nos interesa lo buscamos, lo deseamos, nos agrada, pero mis intereses sólo tiene relación conmigo, otra persona tendrá distintos intereses; por ello decimos que es una actitud subjetiva. El bien jurídico, en cambio, es un objeto valioso y reconocido como tal por la norma de Derecho. Existe relación entre ambos, pues si el bien es valioso entonces la sociedad y el Derecho tienen interés en protegerlo debido al mismo valor que encarna. Pero tal relación no nos debe llevar a su confusión. Pues no quiere decir, como lo afirmaba Ralph Barton Perry, que al prestar interés al objeto, le estemos incorporando el valor sino que precisamente debido a su valor nos interesa, y en consecuencia, lo protegemos. En materia penal, precisamente dicha protección se obtiene mediante la creación de tipos penales.

4) EL TIPO Y LA VALORACION DE LAS CONDUCTAS ANTISOCIALES

Si el bien jurídico es reconocido como valioso por el derecho penal, entonces las conductas que atacan dichos bienes representan un desvalor, esto es, son valoradas negativamente. Por lo tanto, la descripción de tales comportamientos se vuelve relevante, pues de esa forma se fijan las características del hacer u omitir a tipificar. En otras palabras, se torna vital la creación de los tipos penales, ya que mediante ellos se selecciona de entre el conjunto de conductas antisociales a aquellas que se estima atacan verdaderamente los bienes jurídicos, y también, a partir de esos datos aportados por la realidad social, el jurista construye el tipo.

En estos términos, cuando el Legislador selecciona una conducta para formar parte de la figura típica, en realidad está haciendo una valoración, o sea, valora que el comportamiento en cuestión, por el daño que implica, merece ser tipificado y ligado, además a una pena, lo que significa la reprobación del actuar u omitir descritos.

Hemos sostenido que el contenido del tipo es una conducta antisocial valorada, por que es seleccionada entre otras por su peligro o daño, radicamos pues la valoración en la selección realizada. "Toda normación supone que se ha elegido un determinado patrón entre otros posibles por ser considerado mejor que éstos, ahora bien, esta elección entraña una preferencia, y la preferencia supone una estimación, es decir, un criterio de valor. O expresado de otro modo: Una norma supone que entre las múltiples cosas que se pueden hacer, hay algunas de ellas que deben ser hechas y otras que deben ser evitadas; supone, por lo tanto, un cribar el repertorio de las posibilidades, destacando lo debido, apartando lo prohibido y admitiendo lo permitido. Labor de criba que consiste en una selección. Pero la selección tan sólo pueden llevarse a cabo a condición de que se considere preferible lo que se elige. Y todo acto de preferencia implica una valoración."¹⁰⁹ El motivo de la selección es obvio, ya que no todas las conductas antisociales pueden ser consideradas en los tipos, pues no todas atacan los bienes jurídicos, o sea, los bienes que una sociedad estima dignos de protección por parte del Derecho; o bien, se estima que la conducta no es abiertamente antisocial, o sea, que no atenta contra las normas mínimas de la convivencia humana o contra

¹⁰⁹ Recaséns, ob. cit., pág. 380.

las estructuras sociales. Por ello, conductas como la prostitución o el adulterio no son contemplados en los tipos de la Ley penal del Estado de Sinaloa.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que una parte muy importante en la creación de las figuras típicas es la valoración de las conductas antisociales que pasarán a formar su contenido.

Pues de tal manera el Estado impone un límite de la actividad de los particulares que simultáneamente funciona como límite a la actividad punitiva del Estado. Con esto queremos decir, que el tipo es el instrumento a través del cual el aparato estatal comunica al particular las conductas que reprueba, traduciendo el sentir social por significar un ataque a bienes jurídicos seleccionados traduciendo también el sentir social; pero además, el tipo faculta al Estado para reprimir las conductas valoradas para formar parte de él. Entiéndase, por otro lado, que sólo pueden reprimirse los comportamientos descritos en las figuras típicas, el Estado no puede castigar otros que no estén incluidos en la Ley Penal. Esto ha sido expresado en el apotegma creado por Paul Anselm Von Feuerbach: *nullum crimen sine lege*; no hay delito sin

Ley, o más técnicamente, no hay delito sin tipo; que no es sino la enunciación del principio de legalidad en materia penal. De esta forma, con la previa determinación de la antisocialidad relevante en materia penal por parte del Legislador, se evita que la configuración de los tipos se realice en forma arbitraria por parte de otros funcionarios como por ejemplo el juzgador, tal como acontecía en Europa durante los siglos XVI y XVII; situación que permitía reprimir virtualmente cualquier conducta que atentara contra los intereses de los grupos poderosos.

En resumen, si el tipo incluye en su contenido una conducta antisocial valorada, y la selección implica un límite simultáneo para el Estado y el particular, es necesario conocer los criterios conforme a los cuales se realizará correctamente la valoración-selección

5) CRITERIOS DE SELECCION DE LAS CONDUCTAS ANTISOCIALES

a) CRITERIOS DE TECNICA LEGISLATIVA

*Para que una propuesta legal responda cabalmente a la primera de las exigencias que hemos enunciado (adecuación a necesidades reales), es menester que se nutra de la máxima y más diversificada ilustración posible sobre la situación que se pretende regular.¹¹⁰ La realidad social es y debe ser la fuente primaria que alimente a la Ley, pues ella se crea en función de regular una situación dada de la mejor manera posible, si no lo hace así se apartará de la realidad que pretende normar y el producto legislativo no reflejaría una cabal solución al problema planteado.

En materia penal se contempla la reprobación de ciertas conductas fijadas en la Ley. En este caso la realidad social deberá

Fernández Fredes. ob. cit. pág. 72

aportar al Derecho la clase de comportamientos que considera dignos de represión, pues el núcleo mismo ha declarado su antisocialidad.

El Legislador, por tanto, debe cerciorarse en primer lugar que la conducta que espera tipificar es realmente antisocial, y después, que es tan grave el daño o el peligro que implica que se vuelve necesario imponer una pena al autor de la conducta. Sin embargo, debemos aclarar que los datos aportados por la realidad social no son transcritos tal cuales en la norma legal; sino que, el Legislador, a partir de ellos y mediante su depuración, abstrae y extrae los elementos que integrará al tipo penal. Esta tarea consiste en sí misma, también en una valoración, pues implica selección y reagrupación de los datos mencionados, que ahora, dentro de la Ley, se transforman en jurídicos. Esta complicada actividad estimativa, terminará con una última valoración, al ligarse al tipo una consecuencia de Derecho, en este caso, una pena; lo que significa la reprobación (por considerarse un valor negativo) del comportamiento en cuestión. Todas las situaciones comentadas con antelación, deben ser meticulosamente analizadas por

el Legislador previamente a la configuración de las figuras típicas, para que al crearlas, representen la solución a conflictos sociales.¹¹¹

En suma, como afirma Márquez Piñero al explicar a Olga Islas Magallanes y Elpidio Martínez, "la existencia previa de los eventos antisociales y de la reacción social constituye la fuente real, que legitima y fundamenta a la actividad legislativa. Esto quiere decir que el Legislador (en su función legislativa penal), no debe ir más allá de los límites que le marca la necesidad social. O lo que es lo mismo, la norma penal debe reflejar con toda exactitud la fuente real correspondiente. Tras la norma penal se encuentra latiendo el ánimo popular, pero no entendido como cosa abstracta lejana, sino como origen inmediato concreto y determinado del quehacer legislativo."¹¹²

b) CRITERIOS AXIOLÓGICOS

Por su parte, la estimativa jurídica nos indica cuáles son los valores y bienes que el Derecho debe realizar y proteger.

¹¹¹ C. f. r. Fernández Doblado, Luis. Tipificación y Destipificación. En estudios jurídicos en honor de Raúl F. Cárdenas. Edit. Porrúa, México, 1983, pág. 152

¹¹² Márquez Piñero, ob. cit., pág. 175

Así, se considera que el ordenamiento jurídico debe lograr la justicia, garantizar la seguridad jurídica y establecer como principio el bien común.¹¹³ Para lograrlo en materia penal, habrá que proteger a través de la creación de tipos, ciertos bienes fundamentales de toda persona, tales como la vida, la libertad, la propiedad y la igualdad¹¹⁴. Por supuesto, las conductas que atenten contra estos bienes deben ser castigadas, ya que significan serios ataques a las valoraciones jurídicas y una falta de respeto a los bienes tutelados por el Derecho a exigencia de la sociedad. La determinación de estos bienes y valores queda a cargo de la axiología jurídica, a partir de la cual, habrá que buscar la mejor manera, utilizando la técnica legislativa, para llevarlos a cabo en forma concreta y dejen de ser meras aspiraciones.

Esto nos lleva a concluir que la axiología, en cada núcleo social concreto debe buscar la forma de realizar los valores que previamente ha determinado. "En cada situación histórica y social de un grupo humano, los presupuestos necesarios e imprescindibles para una existencia en común se concreta en una serie de condiciones o estados valiosos, de los que por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la

¹¹³ C.f.r. García Máynez, ob. cit., págs. 439 a 496.

¹¹⁴ C.f.r. Recaséns Siches, ob. cit., págs. 548 a 615.

libertad de actuación, la propiedad, el sentido funcional, etc.; son bienes jurídicos de primordial jerarquía y que el Derecho penal tiene que asegurar esos bienes jurídicos penando su lesión en determinadas condiciones¹¹⁵. Por último, hemos de señalar que la determinación de bienes y valores tienen importancia en primer lugar, en cuanto a orientación sobre la esencia del daño y peligro que cause la conducta tipificada, y en segundo término, sirve para sistematizar todas aquellas figuras típicas que atenten contra un mismo bien o valor.

c) CRITERIOS RELACIONADOS CON LAS GARANTIAS INDIVIDUALES

Si los criterios axiológicos servían para establecer los límites a la conducta de los particulares, las garantías individuales son el límite a la actividad punitiva del Estado. Ante su consagración en el propio ordenamiento fundamental, el Estado debe respetar, al realizar sus funciones las garantías de igualdad, libertad, seguridad jurídica y

¹¹⁵ Fernández Doblado, ob. cit. , pág.154

propiedad; si no lo hace así, estaría violando la parte dogmática de la constitución.

De acuerdo a lo explicado anteriormente, deducimos la gran importancia que revisten las fronteras de la represión penal, pues como afirma Márquez Piñero al explicar a Enrique Gimbernat Ordeing¹¹⁶, "si no se conocen (prosigue Gimbernat) los límites de un tipo penal, si no se han establecido dogmáticamente sus alcances, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería; y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho Penal del que (por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico) se desconoce su alcance y su límite."¹¹⁷ La cuestión es clara, si se desconoce el límite de la acción punitiva, estamos frente a un grave caso de inseguridad jurídica. Ante esta perspectiva, debemos buscar una frontera objetiva a dicho actuar; y precisamente la encontramos en las citadas garantías individuales. estas son una muralla que el Legislador no puede rebasar, ya que tiene

¹¹⁶ Gimbernat desarrolla la teoría en cuestión en su obra "Estudios de Derecho Penal", 2a edic. Edit. Civitas, Madrid, 1981, págs. 126 y s.s.

¹¹⁷ Márquez Piñero, ob. cit., pág. 154

prohibido afectar mediante la tipificación, los derechos subjetivos que la Constitución otorga a cualquier persona.

Sobre todo, en materia de tipificación y garantías individuales, hay que establecer el ya mencionado principio de legalidad, *nullum crimen sine lege*, una de las razones fundamentales de la existencia de los tipos penales ya que representan la seguridad del individuo frente al Estado, al garantizarle que sólo los comportamientos descritos en la Ley penal serán reprimidos.

d) CRITERIOS CRIMINOLOGICOS Y DE POLITICA CRIMINAL

Por último habrá de recordar que para seleccionar una conducta en aras de su tipificación, debemos comprobar su real antisocialidad, conforme a los criterios señalados en el capítulo anterior (vid. supra punto 4). O sea, deberemos establecer que realmente atacan a la estructura social o a las normas mínimas de convivencia humana, que no implican sólo la lesión de ciertos bienes y privilegios de una clase o grupo determinado, o bien, que se trata de comportamientos cuya

criminalización, por motivos políticos, económicos o religiosos, favorece a algunas personas exclusivamente. A este respecto debemos recordar que la tipificación sólo será benéfica cuando su orientación sea en función de castigar las situaciones desestabilizadoras del núcleo social. "En consecuencia, los comportamientos que carecen del carácter de perturbadores de aquellas funciones sociales a que nos referíamos; los que están desprovistos de nocividad social (conductas sociales no dañosas); o las conductas, para las que bastan como medios de control otros procedimientos mas suaves, menos drásticos y enérgicos que las reacciones penales; o bien los comportamientos, aun mas dañosos, que desbordan la norma penal y para las que ésta resulta ineficaz, pues constituyen fenómenos que deben ser atacados y atendidos en sus causas por el Estado y la sociedad en tareas de configuración político social (políticas, económicas y sociales) que buscando la justicia conmutativa y distributiva en un marco de productividad, combaten la marginalización social"¹¹⁸. Como ya hemos repetido, una de las mas importantes labores que el Legislador habrá de realizar en la creación de los tipos penales, es cerciorarse de que la conducta en cuestión tiene realmente la calidad de antisocial, o sea, que implican un daño o ataque grave al conjunto de relaciones, instituciones, normas y bienes

¹¹⁸ Fernández Doblado, ob. cit., pág. 155.

sociales. Si esta calidad no se comprueba, el actuar u omitir no debe ni puede tipificarse, y si aún así se pretendiere construir un tipo penal, el resultado sería una simple hipótesis de alguna clase de norma, que por supuesto no es ni será jurídica.

C O N C L U S I O N E S

1.- El delito es una figura jurídica referida a una conducta en concreto.

2.-Planteadas las preguntas ¿cómo se seleccionan las conductas delictivas ?, ¿por qué se escogen unas y no otras ?, ¿por qué las conductas consideradas como delictivas varían conforme al tiempo o lugar ?, tenemos que las nociones formal, substancial, filosófica y sociológica del delito no pueden responderlas, en virtud de que se refieren estrictamente a la forma en cómo son designadas las conductas que pasarán a integrar el catálogo delictivo, sin observar a la materia misma del delito.

3.-Si nuestro interés se basa en los comportamientos descritos en la ley como delitos, entonces debemos de atender al estudio del tipo

penal como supuesto jurídico abstracto, creado por el legislador, y no a un hecho jurídico concreto en una realidad dada, ya que como tal, la declaración de su existencia corresponde al juez.

4.- El tipo penal, es la hipótesis legal de carácter esencialmente descriptiva, que incorpora en su mayoría, elementos normativos y subjetivos, destacándose en su contenido las conductas antisociales penalmente relevantes.

5.- Los requisitos de existencia normativa del tipo penal son: un sujeto autor del comportamiento descrito; una conducta base de la descripción ; y un bien jurídico tutelado o protegido.

6.- El tipo se encuentra indisolublemente ligado a la pena, ya que ambos integran la norma jurídico penal.

7.- El tipo, es una hipótesis legal creada por el legislador, quien no por satisfacer los requisitos del proceso legislativo crea un verdadero tipo jurídico penal, pues para ello, es necesario que su contenido consagre una conducta realmente dañosa o de peligro para los bienes protegidos por el derecho y que ataque a las normas básicas de convivencia humana o al bien común.

8.- Por tanto, no todas las conductas antisociales están contempladas como tipos penales, pues del proceso legislativo de su selección, se debe observar :

a) No confundir la antisocialidad con la criminalización de las conductas que realizan los grupos o factores reales de poder, cuando éstas afectan sus intereses propios, o bien, para sostenerse en una posición relevante.

b) Que la conducta antisocial se caracteriza porque ataca directamente a la estructura de la sociedad y sus reglas de convivencia, sus bienes o intereses comunes.

c) Que el tipo, como parte de una norma jurídica, debe de reflejar la realidad, y por tanto, no debe ir más allá de la necesidad de la sociedad de proteger y salvaguardar sus bienes fundamentales, tales como : la vida, la libertad, la igualdad y la propiedad, sólo por mencionar a los más importantes.

d) No invadir la esfera de las garantías individuales.

9.- Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que "el contenido material del tipo penal, no es sino la valoración jurídica de la conducta que el Estado, a través del proceso legislativo, considera como antisocial, atendiendo a los aspectos políticos, económicos y sociales del entorno jurídico".

BIBLIOGRAFIA

1.- Alexandrov. N. G. et. al. Teoría del Estado y del Derecho.

Segunda edición, ed. Juan Grijalvo, México, 1966.

2.- Baratta, Alessandro. Criminología crítica y crítica del Derecho Penal.

Ed. Siglo XXI, México, 1986

3.- Beccaria, Cesar Bonesano Marqués De. Tratado de los delitos y las penas.

Ed. Porrúa, México, 1982.

4.- Bernaldo de Quiróz. Constancio. Panorama de criminología

Ed. Universidad de Puebla, Puebla, 1948

5.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte general

14a. edición, Ed. Porrúa, México, 1982

6.- Castellanos, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal.

19a edición, ed. Porrúa, 1984

- 7.- Chinoy, Ely. Introducción a la sociología.
4a. edición, ed. Paidós, México, 1986
- 8.- Cortes Ibarra, Miguel Angel. Derecho Penal,
3a. edición, ed. Cárdenas, México, 1987
- 9.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal.
9a. edición, ed. Nacional. México, 1973
- 10.- Del Pont K., Luis Marco. Manual de criminología.
ed. Porrúa, México, 1986
- 11.- Durkheim, Emile. Las reglas del método sociológico
4a. edición, ed. Premia, México, 1985
- 12.- Durkheim, Emile. Lecciones de sociología, Física de las
costumbres y el derecho. Ediciones Quinto Sol, México, 1985
- 13.- Fernández Doblado, Luis. Tipificación y destipificación: En estudios
jurídicos en honor de Raúl F. Cárdenas. ed. Porrúa, México, 1983

14.- Fernández Fredes, Francisco. La formación de las leyes. Elementos de técnica legislativa. ed. Cajica, Puebla, 1987

15.- Frondizi, Risiere. ¿Que son los valores?. introducción a la axiología. 2a. edición, ed. FCE, México, 1962

16.- García Maynez, Eduardo. Filosofía del derecho. 5a. edición, ed. Porrúa, México, 1986

17.- García Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho 34a. edición, ed. Porrúa, México, 1982

18.- Graf Zu Dohna, Alexander. La ilicitud. ed. Jurídico Mexicana, México, 1959

19.- Hoffmann Elizalde, Roberto. Sociología del derecho. ed. textos universitarios, México, 1975

20.- Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el delito. 12a. edición, ed. Sudamericana. Buenos Aires, 1981

- 21.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de derecho penal. T. III
2a. edición, ed. Lozada, Buenos Aires, 1958
- 22.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho penal mexicano. T. I
5a. edición, ed. Porrúa, México, 1985
- 23.- Kelsen, Hans. La teoría pura del derecho
ed. Colofón, México, s/f
- 24.- Kelsen, Hans. Teoría general del derecho y del estado.
2a. edición, ed. UNAM, México, 1983
- 25.- Lamnek, Siegfried. Teorías de la criminalidad
ed. Siglo XXI, México, 1980.
- 26.- Linton, Ralph. Cultura y personalidad.
ed. FCE, México, 1983
- 27.- Malinowski, Bronislaw. Crimen y costumbre de la sociedad salvaje
ed. Origen/Planeta, México, 1986

- 28.- Marchiori, Hilda. Psicología criminal,
4a. edición, ed. Porrúa, México, 1980
- 29.- Márquez Piñero, Rafael. El tipo penal, Algunas consideraciones respecto
al mismo, ed. UNAM, México, 1986
- 30.- Mezger, Edmund. Derecho penal, libro de estudio
Cárdenas editor, México, 1985
- 31.- Miralles, Teresa. Métodos y técnicas de la criminología.
ed. Inacipe, México, 1982
- 32.- Muñoz Sabaté, Luis. et. al. Introducción a la Psicología Jurídica
ed. Trillas, México, 1980
- 33.- Nicéforo, Alfredo. Criminología. T. I.
ed. Cajica, Puebla, 1954
- 34.- Orellana Wiarco, Octavio. Manual de criminología
3a edición, ed. Porrúa, México, 1985

35.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la parte general del derecho penal. 6a. edición, ed. Porrúa, México, 1982

36.- Preciado Hernández, Rafael. Ensayos Filosófico-Jurídicos y Políticos. ed. Jus, México, 1977

37.- Preciado Hernández, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho. 2a. edición, ed. UNAM, México, 1986

38.- Quinney, Richard. Clases, estado y delincuencia. ed. FCE, México, 1985

39.- Recaséns Siches, Luis. Sociología. 20a. edición, ed. Porrúa, México, 1986

40.- Recaséns Siches, Luis. Tratado general de Filosofía del derecho. 9a. edición, ed. Porrúa, México, 1986

41.- Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología. 3a. edición, ed. Porrúa, México, 1982

- 42.- Rojas Pérez Palacios, Alfonso. La criminología humanista
ed. Textos universitarios, México, 1977
- 43.- Santiago Nino, Carlos. Consideraciones sobre la dogmática Jurídica,
con referencia particular a la dogmática penal. ed. UNAM, México, 1974
- 44.-Silver, Isidore. Introducción a la criminología.
Compañía editorial Continental, México, 1985
- 45.- Solís Quiroga, Héctor. Sociología criminal
2a. edición, ed. Porrúa, México, 1977
- 46.- Stammler, Rudolf. Tratado de filosofía del derecho
ed. Nacional, México, 1980
- 47.- Szabó, Denis. Criminología y política en materia criminal
ed. Siglo XXI, México, 1980
- 48.- Taylor, Ian. et. al. Criminología crítica
2a. edición, ed. Siglo XXI, México, 1980

49.- Timasheff, Nicholas S. La teoría Sociológica

ed. FCE, México, 1986

50.- Vela Treviño, Sergio. Antijuricidad y Justificación

2a. edición, ed. Trillas, México, 1986

51.- Vela Treviño, Sergio. El principio de legalidad y los tipos abiertos.

Criminalia, año XLIV, Nos. 4 a 6, Abril-Junio de 1978, México.

52.- Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al estudio del derecho

5a. edición, ed. Porrúa, México, 1982

53.- Vinogradoff, Paul. Introducción al derecho

4a. edición, ed. FCE, México, 1985

54 - Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal

Cárdenas editor, México, 1986