



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**LA NATURALEZA JURIDICA  
DEL TIPO**

**T E S I S**  
Que para obtener el titulo de  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
p r e s e n t a  
**MARY CARMEN GONZALEZ REYES**



Asesor: Dr. Eduardo López Betancourt

México, D. F.

1997

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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.

# **DEDICATORIAS**

## **A MIS PADRES**

*"A quienes tanto les debo con todo mi amor y agradecimiento".*

## **A SAMUEL**

*Por todo su amor y apoyo que se han convertido en la razón que me impulsa a luchar para conseguir mis sueños, y por ser una pareja ejemplar. TE AMO.*

## **ANDREA**

*Por la felicidad y amor que le has dado a mi vida, este testimonio que mucho desearía te fuera ejemplar. TE AMO.*

## **A MIS HERMANOS**

*Por todo el apoyo que me han dado siempre, como una muestra de que todo lo que se propongan lo pueden lograr.*

# **AGRADECIMIENTOS**

**LIC. RAFAEL PÉREZ- AYALA**

*"Un gran filósofo ejemplo a seguir, mi maestro".*

**DR. EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT**

*Maestro distinguido, por su asesoría invaluable.*

**LIC. XAVIER GÓMEZ CORONEL**

*Por todo su apoyo, gracias.*

**A LAS FAMILIAS OROZCO REYES  
Y LOREDO RITTER**

*Por su cariño y apoyo incondicional.*

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	3
--------------------	---

## CAPÍTULO I

### EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TIPO

1.1 Fase de Independencia .....	13
1.2 Fase de Carácter Indiciario .....	16
1.3 Fase de la Ratio Essendi de la Antijuricidad .....	18
1.4 Fase Defensiva de la figura rectora de Beling .....	22
1.5 Fase Destructiva .....	24

## CAPÍTULO II

### NATURALEZA JURIDICA DEL TIPO

2.1 Concepto del Tipo .....	29
2.2 Concepto de Tipicidad .....	32
2.3 Diferencia entre el Tipo y Tipicidad .....	34
2.4 Atipicidad .....	36
2.5 No integración del Tipo. (relativa-atipicidad formal en sentido estricto) .....	43
2.6 Inexistencia del Tipo. (absoluta) .....	44
2.7 Ausencia del Tipo .....	45
2.8 Antijuricidad .....	47
2.9 Excluyentes: Noción Genérica .....	49
2.10 La Culpa .....	51
2.11 La Inculpabilidad .....	52
2.12 La Imputabilidad .....	54
2.13 La Inimputabilidad .....	57
2.14 Punibilidad .....	58

**CAPÍTULO III**  
**ELEMENTOS DEL TIPO**

<b>3.1</b>	<b>Clasificación de los Elementos del Tipo</b> .....	<b>60</b>
<b>3.2</b>	<b>Elementos Subjetivos</b> .....	<b>61</b>
<b>3.3</b>	<b>Elementos Objetivos</b> .....	<b>73</b>
<b>3.4</b>	<b>Elementos Normativos</b> .....	<b>76</b>
 <b>PROPUESTA</b> .....		 <b>93</b>
 <b>CONCLUSIONES</b> .....		 <b>109</b>
 <b>BIBLIOGRAFIA</b> .....		 <b>114</b>

## INTRODUCCION

¿Por qué la teoría del tipo, como base de mi tesis? Creo que la reforma de 1994, mediante la cual se incorpora la dogmática en el texto constitucional y la legislación penal, constituye una verdadera revolución jurídica, pues ahora se obliga a los Tribunales para hacer un análisis científico de los hechos y la conducta concomitante, asimismo, se requiere de que los litigantes tengan una mayor preparación para poder alegar y presentar pruebas alusivas. Después de la promulgación del primer código de enjuiciamiento criminal en 1880, mejorado con el positivismo del vigente, que fue publicado en 1934, no había cambios sustanciales y cualitativos, lo que si cumplen las modificaciones del sexenio inmediato anterior.

Manifesté a mi asesor, el doctor y maestro Eduardo López Betancourt mi inquietud anterior y él, amablemente, me alentó y orientó para hacer un análisis de la dogmática, que ahora domina ya la legislación penal y que no ha sido cabalmente adoptada en la pragmática judicial, pues nuestros Tribunales siguen un tanto cuanto ajenos al desarrollo del novísimo sistema de legalidad. Creemos que nuestro esfuerzo de investigación es sólo una llamada de atención a jueces y litigantes, profesores y estudiantes, a todo el foro mexicano, para que se profundice en el estudio de lo que yo considero que es una verdadera revolución cualitativa de nuestra legislación penal.

Con base en la Reforma al artículo 19 Constitucional de 1994, el presente trabajo expone la naturaleza jurídica del tipo desde su evolución histórica, con sus más importantes exponentes (Binding, Ernesto Beling, Max Ernesto Mayer y Edmundo Mezger), así como la fase de independencia donde diversos autores argumentan que la función de esta figura es descriptiva, en la etapa de carácter indiciario, cuando se da a la tipicidad un valor presuncional, con otras características del delito. Distintos autores

coinciden en que la antijuridicidad es la verdadera ratio essendi de la tipicidad, en la fase defensiva de la figura rectora de Beling se destaca la importancia del sentido del tipo y se establece la separación entre el tipo y la especie delictiva.

En el segundo capítulo distintos autores distinguen los conceptos de tipo y tipicidad, y los elementos que integran toda la teoría del tipo como la atipicidad, la no integración del tipo, la inexistencia del tipo, la ausencia del tipo, la antijuridicidad, las excluyentes, la culpa, la inculpabilidad, la imputabilidad, la inimputabilidad y la punibilidad.

En el tercer capítulo se alude a los distintos elementos que integran el tipo que son: el elemento subjetivo el cual lo podemos entender que son aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento, cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación de la responsabilidad penal, el elemento objetivo es el que está descrito en el tipo, que son de particular disposición legal por ser la suma de los elementos atribuibles al agente, como una mera descripción de la conducta humana, los elementos normativos según Mezger, cuando dice que son presupuestos del injusto típico que sólo pueden determinarse mediante una especial valoración de la situación de hecho.

# **CAPITULO I**

## **EVOLUCION HISTORICA DEL TIPO**

En el viejo concepto de cuerpo del delito se encuentra la raíz histórica del tipo siendo en el siglo XVIII cuando se hizo la versión al alemán de voces latinas (*corpus delicti*) mediante la expresión del *Tatbestand*. Fue Ernesto Beling el primero que teorizó sobre el tipo aunque sus elementos conceptuales fueron conocidos con anterioridad a él, pues la doctrina predominante en Alemania concebía al *Tatbestand* como el conjunto de elementos del delito.

La teoría del tipo hace su aparición en el campo del derecho penal con la obra de Beling, en 1906 con la publicación de su libro *Die Lehre von Verbrechen* y se perfecciona en 1930 con su obra *Die Lehre von Tatbestand*. En 1889 predominaba un concepto de delito similar al de Von Liszt, con acción punible (hecho penal, delito, delito en sentido amplio, es la acción antijurídica y culpable conminada con una pena). En esta época hablaba del *Tatbestand* en su aspecto subjetivo y objetivo y lo consideraba como tipo legal, primera parte de la ley, siendo la sanción o conminación penal la segunda parte de la ley. Por tipo legal entendía, consecuentemente, la violación del derecho que debe ser hallada en la correspondiente sanción. Aún no había elaborado su doctrina del tipo legal.<sup>1</sup>

De acuerdo con su originaria doctrina, en 1906, el tipo es la suma de aquellos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito e integran el núcleo del concepto en torno al cual se agrupan los demás elementos, esto es el tipo legal del delito estaba formado no por todos los elementos integrantes del delito, si no por los elementos objetivos descritos en el precepto legal, excluyendo los subjetivos.

Fue el primero que destacó la palabra alemana *Tatbestand*, del artículo 59 del Código del Reich, con un sentido técnico relevante para nuestra disciplina jurídica. La teoría del delito basada, entre otras características, en el tipo o tipicidad, expuesta por Ernesto Beling en 1906. El profesor de la Universidad de Munich dio al *Tatbestand* sentido enteramente distinto al que asume en las obras de Stübel (1805), Luden (1840) y Karcher (1873). Antiguamente el "tipo" era el delito especificado en la totalidad de sus

---

<sup>1</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal* Tomo III, Editorial Losada, Tercera edición, Buenos Aires 1965, p. 751

elementos (incluido el dolo o la culpa), es decir, lo que los antiguos escritores españoles llamaron figura de delito. Desde Beling adopta la tipicidad el sentido formal que hemos dado al definir esta característica de la infracción punible.<sup>2</sup>

La historia de la tipicidad, es consecuentemente, la historia del tipo. El tipo era considerado antiguamente en Alemania como el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto los objetivos como los subjetivos; esto es, incluyendo el dolo o la culpa. Era lo que para los antiguos escritores españoles se conocía como figura del delito. En 1906 aparece en Alemania la doctrina de Beling; considera el tipo como una mera descripción. Posteriormente Max Ernesto Mayer, en su Tratado de Derecho Penal (1915) asegura que la tipicidad no es meramente descriptiva, sino indiciaria de la antijuridicidad. En otras palabras: no toda conducta típica es antijurídica, pero sí toda conducta típica es indiciaria de antijuridicidad; en toda conducta típica hay un principio, una probabilidad de antijuridicidad. El concepto se modifica en Edmundo Mezger, para quien el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica, sino la ratio essendi de la antijuridicidad; es decir, la razón de ser de ella, su real fundamento. No define al delito como conducta típica, antijurídica y culpable, sino como acción típicamente antijurídica y culpable. Opinión semejante sustenta en la Argentina Sebastián Soler.

Según Mezger “el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto exista una causa de exclusión del injusto. El tipo jurídico-penal... es fundamento real y de validez (“ratio essendi”) de la antijuridicidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad”.

Coincidimos con Mezger en que la tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad; por supuesto, con referencia al ordenamiento positivo, porque siempre hemos sostenido que, desde el punto de vista del proceso formativo del derecho, la antijuridicidad al contrario, es ratio essendi del tipo, pues el legislador crea las figuras penales por

---

<sup>2</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito*, Editorial Sudamericana, Tercera edición, Buenos Aires 1990, p. 237

considerar antijurídicos los comportamientos en ellas descritos. En otro giro: La Ley consigna los tipos y conmina con penas las conductas formuladas, por ser opuestas a los valores que el Estado está obligado a tutelar.

Antaño, siguiendo a Mayer, estimábamos al tipo como la *ratio cognoscendi* de la antijuricidad; es decir, como indicario de ella. Sin embargo, al reflexionar sobre los casos en los cuales existe certidumbre de dicha antijuricidad (por no operar causa de justificación alguna) advertimos que no permanece a manera de mero indicio, sino como absoluta contradicción al orden jurídico. Por ende, hemos llegado a la conclusión de que asiste razón a Mezger, al observar cómo toda conducta típica es siempre antijurídica (salvo la presencia de una justificante) por ser en los tipos en donde el legislador establece las prohibiciones y mandatos indispensables para asegurar la vida comunitaria. Sólo resta hacer hincapié en que al tiempo de advertir la existencia de una justificante, no significa anulación de la antijuricidad, pues ésta no existió jamás, ya que es evidente que la conducta, desde su nacimiento, estuvo acorde con el derecho. Tal sucede, por ejemplo, en la legítima defensa; al descubrirla debe declararse que el comportamiento del agente estuvo justificado siempre. No se toma lícito lo que nunca fue contrario al orden jurídico.<sup>3</sup>

Para Jiménez Huerta también la noción del tipo que prevalece en algunos penalistas modernos, como Antolisei, para quien la figura legal, tipo o modelo de delito esta constituida no solamente por el conjunto de elementos materiales que se encuentran indicados en las diversas normas incriminadoras, sino por el complejo de los elementos tanto objetivos como subjetivos, que deben tener para la existencia de un determinado delito y se derivan también de la parte general del código. Por lo tanto el tipo penal se identifica con la plenitud del delito, sin que sea posible establecer una diferencia entre ambos conceptos.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, Decimosexta edición, México 1993, p. 168

<sup>4</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal* Tomo III, Editorial Losada, Tercera edición, Buenos Aires 1965, p. 753

Binding entiende que la antijuricidad es un elemento esencial del tipo, a pesar de haber llegado a diferenciar la norma y la ley penal argumentando que la primera valora la acción y la segunda lo describe, con lo que resulta que no debe confundirse lo injusto con el tipo legal. La tipicidad se refiere a la ley y la antijuricidad a la norma. Nagler no le da importancia puesto que lo injusto es algo que no está en el acto, sino que corresponde al juez determinado.

El origen del Tatbestand surgido del corpus delicti, explica que todavía éste se interprete como elementos esenciales del crimen, como la figura concreta de una especie de delito en todos los elementos materiales, e incluso como el tipo legal, en algunas leyes procesales hispanoamericanas así como entre sus intérpretes judiciales y científicos.<sup>5</sup>

Beling, en la elaboración de su sistema, escribe Jiménez Huerta apoyado sobre el concepto de tipo penal, que en última instancia solo pretendió un desplazamiento de valor en el ámbito de los elementos del delito comúnmente reconocidos. La conformidad a cada especie de tipo, de simple atributo accesorio destinado a señalar los límites del derecho penal a través de la calificación de acción sancionada con pena, deviene la forma fundamental de delito; esto es, aquella determinada acción tipificada por el legislador, y que precisamente, por esta tipificación, podía automáticamente considerarse como antijurídica. El tipo penal describe y circunscribe los elementos materiales necesarios que caracterizan cada especie de delito.

La teoría de Welzel se basa en la relación fundamental del tipo con la antijuricidad. Las órdenes jurídicas, sean prohibiciones o mandatos, se nos presentan en forma de prescripciones que Welzel, siguiendo a Binding, designa con la expresión normas. Sólo por tomar un ejemplo puede decirse que en él subyace una norma que diría no debes maltratar a otro corporalmente en forma dolosa o dañar su salud, y, así, el contenido o materia de esta norma es maltratar dolosamente a otro en el cuerpo o dañar su salud. Con

---

<sup>5</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal* Tomo III, Editorial Losada, Tercera edición, Buenos Aires 1965, p. 752

estas palabras describe la conducta prohibida, y ellas también explican lo que llama Welzel el tipo de una prescripción legal.<sup>6</sup>

En cuanto al curso histórico, indagado en los antecedentes del tipo, encontramos que su predecesor resulta ser el antiguo cuerpo del delito (*corpus delicti*) usado en los procesos inquisitoriales italianos en la Edad Media. Su desenvolvimiento ha dado lugar a la moderna teoría del tipo. En efecto, “la más profunda raíz histórica del tipo hállase en el concepto de *corpus delicti* contenido en las viejas leyes y que todavía perdura en algunos ordenamiento jurídicos modernos. Al irse independizando el llamado actualmente tipo delictivo del *corpus delicti*, se presenta como la suma de todos los caracteres o elementos del delito, en su contenido de acción”. Es hasta principios de este siglo cuando toma forma la teoría del tipo. En su inicio, se limitaba el tipo a la mera descriptiva de elementos materiales, sin hacer referencia a elementos subjetivos ni a juicios normativos sobre valoración, de tal manera que lo típico de una acción, no implicaba su antijuricidad, quedando la apreciación en el terreno neutro, sin estimar que la referencia típica podría llevar en sí el sello de la antijuricidad, considerándose que entre la tipicidad y la antijuricidad existía una simple relación de enlace coordinado, pero la existencia de la primera, de ninguna forma presumía la existencia de la segunda. Se estableció el delito tipo, o sea, el concepto jurídico de delito en abstracto, modalidad ésta que se actualiza en la diversa figura especial que viene a constituir el tipo específico. Lo abstracto lo encontramos en la parte general y las figuras típicas en la parte especial de los códigos penales, sirviendo aquella de tamiz para éstas, mediante el cual, se verifican los elementos del delito a fin de llegar a la determinación de la tipicidad material, que implica la responsabilidad mediante la que se acarrean los presupuestos de la pena.

Con el paso del tiempo, diversos doctrinarios observaron que el tipo no podría quedar encasillado en la sola descriptiva fáctico-material, sin elementos subjetivos, normativos y sin juicio de valoración sobre la posible antijuricidad, porque en la propia

---

<sup>6</sup> Roxin Claus, *Teoría del Tipo Penal*, Ediciones Depalma, Segunda edición, Buenos Aires 1979, p. 13

descriptiva hecha por el legislador, se contenían tales concepciones, por ejemplo, “el engaño” en el fraude es un elemento subjetivo y la estimación de “mujer honesta” en el estupro es un elemento normativo con rango eminentemente jurídico-social; además, para cuando una conducta se erige en tipo es porque previamente el legislador ha emitido un juicio valorativo, estimándola antijurídica y tan la estima así, que la prohíbe conminándola con pena. Con este moderno prisma, la realización en principio de la conducta descrita, lleva el ropaje de la antijuridicidad, mismo que se elimina por excepción si en el caso específico se actuó bajo el amparo de una justificante.

En tales condiciones el tipo se desglosa en elementos objetivos (entre los que se incluyen los normativos) y elementos subjetivos.<sup>7</sup>

Jiménez de Asúa subraya el hecho, aceptado por nosotros y precisado por Mezger, del empleo del vocablo tipo en un sentido técnico especial, el cual nada tiene que ver con el viejo concepto que identificaba tipo y delito en el conjunto de sus elementos, ni tampoco con los de tipo general y tipo especial, queriendo con ello dejar sentado, de manera clara, su afiliación a la noción del tipo desarrollada a raíz de la aparición de la obra de Beling y cuyo descubrimiento se debe a éste.

Se ha estimado, por destacados autores de la materia, que el antecedente de la noción del tipo se encuentra en el concepto de *corpus delicti*, posteriormente desarrollado por Ernesto Von Beling, usado en leyes y códigos de ascendencia latina y el cual perdura en algunos hasta nuestros días. Aunque primitivamente el desenvolvimiento del concepto no se apartó del ámbito procesal, en el cual se identificó con la prueba material del delito, posteriormente se le dio significado diverso, confundiéndolo con el objeto material del mismo o con el hecho descrito en la ley, llegándose, en algunos casos, a fundir tal concepto con el de tipicidad.

---

<sup>7</sup> González Quintanilla José Arturo, **Derecho Penal Mexicano Parte General y Parte Especial**, Editorial Porrúa, Tercera edición, México 1996, p. 274 y 275

En el sistema jurídico mexicano el concepto de *corpus delicti* es esencial y lo vemos invocado día a día en las sentencias de los tribunales, constituyendo la base misma del enjuiciamiento penal.

Jiménez Huerta advierte el error de quien concibiese el concepto como únicamente trascendente en el derecho procesal penal, pues su influencia se deja sentir en la "dogmática del delito", como certeramente ya lo había subrayado el extinto maestro Carlos Franco Sodi. En opinión de aquél, existen inequívocas bases dogmáticas para afirmar que la expresión cuerpo del delito, invocada no solamente en la Constitución Federal, sino en las leyes procesales, está empleada como el conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva descrita por el código penal o una ley penal especial. Después de hacer notar el alcance de los artículos 94 a 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y de los números 168 a 187 del Código Federal de la misma materia, en los cuales se usa la expresión cuerpo del delito con relación al efecto material dejado por los delitos de hecho permanente después de su perpetración, o bien para referirse a cualquier huella o vestigio de naturaleza real de la acción ejecutada. Jiménez Huerta concluye expresando: En el ordenamiento jurídico de México es utilizada la expresión *corpus delicti* en el sentido fundamental a que hace referencia la primera de las acepciones anteriormente citadas. *Corpus delicti* es el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, incito en cada delito; o, dicho de otra forma, la acción punible abstracta y objetivamente descrita como unidad de sentido en cada infracción —un incendio, un homicidio, una estafa—. Lo evidencian los artículos 19 constitucional, 161, fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales y 297, fracción IV, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los que se establece una paladina diferenciación entre el concepto fundamental de *corpus delicti* y los datos procesales que deben considerarse bastantes para su comprobación; lo confirman los artículos 115, fracción I, 116 y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los que concretamente se reconoce que los elementos materiales del delito o de la infracción integran el contenido conceptual, del *corpus delicti*; y lo

corroborar el artículo 168, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales, en el que elocuentemente se establece que el cuerpo del delito está formado por los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso según lo determina la ley penal.<sup>8</sup>

### **1.1 FASE DE INDEPENDENCIA.**

En esta fase la función es descriptiva separada totalmente de la antijuricidad y de la culpabilidad; por ejemplo, matar a un hombre es el tipo de delito de homicidio, pues se trata de una mera descripción. Cuando se pretende establecer si la muerte fue contraria a la norma que prohíbe matar, o si se realizó en legítima defensa, se está en presencia de una función valorativa que se concreta en la característica del delito denominada antijuricidad, por último el juicio que permite la atribución a un ser imputable del acto cometido y de reprochárselo a título de dolo o culpa se realiza mediante la culpabilidad.

Para Beling el tipo no es valorativo sino descriptivo, y pertenece a la ley y no a la vida real. Con la doctrina del tipo, se hacía incluso superfluo a juicio de su creador la mención de que el hecho había de estar sancionado con la pena, o al menos este aserto cobraba auténtico sentido. Ya pasaron los tiempos escribió Beling en 1906 en que toda acción antijurídica y culpable originaba sin más la amenaza penal, habitualmente se añadía a la acción jurídica y culpable para completar el concepto del delito, la condición de conminado con una pena. Sólo gana firmeza cuando se manifiesta claramente que únicamente pueden caer bajo amenaza penal los tipos de delito perfilados claramente.

Al construir Beling su teoría del delito no sólo se cuida de separar la tipicidad de la antijuricidad y culpabilidad, sino también quiere distinguir el Tatbestand de la acción.

---

<sup>8</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, **Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General**, Editorial Porrúa, Decimosegunda edición, México 1995, p. 266

Esa es el substracto, el acontecimiento histórico que debe ser subsumido en el tipo legal, de naturaleza abstracta, puro concepto.<sup>9</sup>

Tipicidad y antijuridicidad son conceptos distintos. El tipo es un elemento de la ley penal. Esta castiga toda acción típica (o, lo que es lo mismo, encajable en algunos de los tipos descritos en el articulado de la parte especial del código), antijurídica (es decir, contraria a la norma) y que reúne el resto de los requisitos expuestos por Beling. El tipo y la norma son, pues, las dos piezas fundamentales en que se apoya la construcción entera del delito, ya que el tipo describe y la norma valora. Empero, ya que lo injusto, lo antijurídico, no es (como se creyó antes de Merkerl) divisible por ramos jurídicos, sino unitario y, dado que no hay injusto penal, la acción típica y la antijurídica no son lo mismo, sino dos elementos independientes. De tal manera, una acción puede ser típica por encajar en la descripción de un artículo del código penal y no ser antijurídica por existir causas de justificación, o viceversa, ya que pueden existir hechos por ejemplo, la estafa que no se sancionen por no circunscribirse al tipo descrito en la ley. Hay que separar estas dos características del delito, la antijuridicidad y la tipicidad.

También ha de separarse la tipicidad de la culpabilidad ya que la determinación de la tipicidad de un acto no reside en la determinación del dolo ni en la negligencia pues el tipo con el que se relaciona la acción cometida sea dolosa o culposamente debe tener por necesidad lógica el mismo contenido.<sup>10</sup>

En efecto, la tipicidad y la antijuridicidad son cosas distintas.

El tipo es un elemento de la Ley Penal, la ley penal castiga toda acción típica, subsumible en uno de los tipos descritos en el articulado en la parte especial del código, antijurídica que es contraria a la norma y que reúne los demás requisitos que Beling expone. El tipo y la norma son dos piezas fundamentales en que se apoya la construcción entera del delito puesto que el tipo describe y la norma valora. Puesto que lo injusto no es

---

<sup>9</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal* Tomo III, Editorial Losada, Tercera edición, Buenos Aires 1965, p. 753

<sup>10</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal* Tomo III, Editorial Losada, Tercera edición, Buenos Aires 1965, p. 755

como se creyó antes de Merkerl, divisible por ramos jurídicos, y puesto que no hay un injusto penal, la acción típica y la acción antijurídica no son la misma cosa, sino dos elementos independientes de tal modo que puede una acción ser típica, por no ajustarse de modo descriptivo a un artículo del código penal y no ser antijurídica, por existir causas de justificación, y viceversa. Cree Beling que la separación de estas dos características, antijuridicidad y tipicidad, es de sumo interés y en algunos casos reviste particular trascendencia.<sup>11</sup>

Para Jiménez de Asúa al comentar las frases anteriores de Beling indica que demuestran no sólo la separación sino la superior unidad de todos los caracteres del delito, engarzados en el tipo legal señalando que este sirve para clasificar las infracciones, para establecer un concepto de tentativa, para decidir el concurso aparente de las leyes, para aclarar la unidad del acto en las acciones complejas y para definir el concurso de delincuentes.

Mayer sostiene la tesis en la que atribuye al tipo penal un valor indiciario de antijuridicidad, así que toda conducta que ha conformado a un tipo debe estimarse presuncionalmente antijurídica. Eso es lo que piensan algunos autores como Antolisei cuando describe, que el Tatbestand es la base del conocimiento ratio cognosendi de la antijuridicidad, y, en forma más simple, la conformidad al tipo es un indicio de la ilicitud. Por su parte Jiménez de Asúa considera que la tipicidad no es ratio essendi de la antijuridicidad sino más bien un indicio de ella como lo expuso Mayer.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aceptado el criterio de Mayer al sostener que el tipo delictivo es indicio de la antijuridicidad, más no fundamento de la culpabilidad. En otras ocasiones se ha sostenido que es bien sabido que el tipo penal aparece como un conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se haga una consecuencia jurídica, o en el propio sentido jurídico penal significa el injusto descrito

---

<sup>11</sup> Márquez Pifreco Rafael, **Derecho Penal Parte General**, Editorial Trillas, Tercera edición, México 1994, p. 211

concretamente por la ley en los preceptos que lo defieren y lo sancionan, por lo cual el tipo penal es indicio más no fundamento de la culpabilidad.<sup>12</sup>

## **1.2 FASE DE CARACTER INDICIARIO.**

Precisamente Max Ernesto Mayer, en su tratado de derecho penal, publicado en 1915, expuso la segunda fase de la teoría de la tipicidad. Dicho tratadista no considera a la tipicidad como simple descripción, sino que tiene un valor indiciario de otras características del delito, especialmente en cuanto a la antijuridicidad.

Al establecer el papel que desempeña la tipicidad, Max Ernesto Mayer la considera como el primer presupuesto de la pena y estima que la antijuridicidad es el segundo presupuesto de la pena. Dicho autor propugna por la separación entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero reconoce a la tipicidad un papel indiciario respecto de la antijuridicidad, considerándola como el fundamento de conocimiento de la antijuridicidad.

Jiménez de Asúa señala que la función indiciaria de la tipicidad se cumple principalmente en relación con los elementos normativos; por ejemplo, la inclusión, en el tipo del hurto, de la cualidad de ajena de la cosa. La tipicidad es la ratio cognoscendi de lo antijurídico.<sup>13</sup>

La tipicidad no se reduce a una mera descripción, puesto que se le atribuye un valor indiciario sobre todo en orden a la antijuridicidad supuesto que los tipos no puedan verse como meras abstracciones, no surgen espontáneamente, sino como consecuencia de la valoración que el legislador realiza de determinadas hipótesis que crea o absorbe, pero todo ello con idea precisa de preservar la integridad de los bienes culturales que considera merecedores de la especial tutela del derecho penal.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Porie Petit Candaudap Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal* Tomo I, Editorial Porrúa, Decimosexta edición, México 1994. p. 337

<sup>13</sup> Márquez Piñero Rafael, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Trillas, Tercera edición, México, 1994. p. 212

<sup>14</sup> Reynoso Dávila Roberto, *Teoría General del Delito*, Editorial Porrúa, México 1995. p. 63

La separación entre tipicidad y antijuricidad es para Mayer de suma importancia. Presenta el caso de una persona que, estando en un establecimiento penitenciario cumpliendo una condena, se escapa del establecimiento. Pues bien —dice Mayer— este individuo realiza un acto a todas luces antijurídico; sin embargo, no es un acto típico porque no cae dentro de ninguno de los párrafos del código penal. En cambio, si ponemos el caso de unos ingenieros que, con objeto de defender una determinada plaza, cortan un puente por el que podría pasar el enemigo, nos encontramos con que este caso es típico, y sin embargo, carece de antijuricidad. Con estos ejemplos se ve perfectamente claro que —para Max Ernesto Mayer— hay acciones que son típicas, por ajustarse el acto del individuo al hecho que la ley determina en el párrafo correspondiente, y, sin embargo, no son antijurídicas y viceversa.

Al tratar de la antijuricidad vuelve Max Ernesto Mayer a establecer la distinción y las relativas relaciones: “La diferencia de los tres presupuestos de la pena [tipicidad, antijuricidad e imputabilidad], es el fundamento de la construcción de la teoría del delito; pero la separación no debe descuidar la relación: Los tipos legales son fundamento de cognición de la antijuricidad, y del autor parten, al contenido de la culpabilidad, referencias, a la tipicidad y a la antijuricidad”.

Una prueba de la conexión entre lo típico y lo injusto son los “elementos normativos del tipo” —como, por ejemplo, la inclusión de la cualidad ajena de la cosa en la descripción objetiva del hurto y los “elementos subjetivos de la antijuricidad”—, cuyos dos grupos estudia Max Ernesto Mayer al exponer esta última. De estos elementos normativos y subjetivos de lo injusto, que desde que los descubrió el Profesor de Estrasburgo dieron origen a grandes discusiones.<sup>15</sup>

Analizando la tesis de Mayer y de Mezger, encontramos: De acuerdo con Mayer, debe existir una conducta presuntivamente antijurídica, a no ser que exista una causa de

---

<sup>15</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal* Tomo III, Editorial Losada, Tercera edición, Buenos Aires 1965, p. 757

justificación. Conforme a Mezger, debe existir una conducta antijurídica, a no ser que exista una causa de justificación.

Consideramos nosotros que, como el tipo existe previamente a la realización de la conducta, e igualmente preexisten las hipótesis del aspecto negativo de la antijuricidad o sean, las causas de licitud, la conducta realizada, será antijurídica o lícita, tan pronto se conforme al tipo descrito por la ley. Es decir, la conducta será típicamente antijurídica o típicamente lícita, pues no puede negarse que desde que nace el elemento objetivo y se adecua al tipo, la conducta típica es lícita o ilícita.<sup>16</sup>

### **1.3 FASE DE LA RATIO ESSENDI DE LA ANTIJURICIDAD.**

Edmundo Mezger, a diferencia del sistema adoptado por Max Ernesto Mayer, enclava la característica de tipicidad en la sección dedicada a la antijuricidad. Desde el primer momento se comprende que al soldar lo injusto con lo típico se hace posible concebir —con exceso y riesgo para la buena comprensión de los problemas— que el tipo penal actúe como ratio essendi de lo antijurídico. A ello se llega exagerando las consecuencias del correcto maridaje al caracterizar la acción como típicamente antijurídica. Aunque la tesis de Mezger parte de esta dualidad emparentada, que el propio Beling, termina por reconocer, llega a consecuencias inadmisibles al soldar en demasía ambos caracteres, como se acredita, más que con su definición, con el corolario. Dice el Profesor de Munich: “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. Por tanto, no corresponden a este concepto aquellos presupuestos de la pena, aquellas características del delito pertenecientes, no a lo injusto, sino a la culpabilidad”. Al exceptuar sólo esta última, embebe implícitamente en el tipo cuanto respecta a lo antijurídico.

---

<sup>16</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal* Tomo III, Editorial Losada, Tercera edición, Buenos Aires 1965, p. 758

A pesar de que rechazamos la tesis de Mezger en cuanto hace del tipo la razón debe ser de la antijuricidad, es digna de su teoría de ser expuesta con mayor detalle.

Aunque desde 1926 comenzó a construir su doctrina, ésta recibe organización definitiva en 1931, cuando publica su “Tratado de Derecho Penal”. La teoría de Mezger transparenta ya clara en su definición del delito: “Acción típicamente antijurídica y culpable”. Puesto que para Mezger no es ya el delito una acción típica, antijurídica, etc.; es decir, un conjunto de características independientes, sino que constituye, en primer término, una conducta típicamente antijurídica, el estudio de la tipicidad no se hace en sección o en capítulo propio, sino que por el contrario, se incluye la antijuricidad, tratada primero como “injusto objetivo” y después como “injusto tipificado”. En la concepción de Mezger la tipicidad es mucho más que indicio, mucho más que *ratio cognoscendi* de la antijuricidad, llegando a constituir la base real de ésta; es decir su *ratio essendi*. En verdad Mezger subraya que la “antijuricidad de la acción es un carácter de delito, pero no una característica del tipo”, puesto que pueden existir acciones que no son antijurídicas, pero en cambio es esencial a la antijuricidad de tipificación. Esta tesis llevada inevitablemente a crear una antijuricidad penal frente a la antijuricidad general, absolutamente inadmisibles en las concepciones actuales. El propio Mezger trata de defenderse contra las consecuencias a que lleva su doctrina e insiste vigorosamente en que sus ideas no engendran una antijuricidad penal específica. Pero por mucha que sea su habilidad, los razonamientos que expone no son capaces de convencernos.

Mezger pretende que el tipo es el “medio extraordinariamente ingenioso” de que el derecho penal se vale para dar seguridad a las relaciones de los hombres, pues sin él vagaría lo antijurídico en forma amenazante sobre la libertad, el honor y hasta la vida de las personas. Y al decir que nuestro derecho “fija por sí mismo y con facultad soberana las acciones que en su propio ámbito quiere someter a un tratamiento penal”, no sólo “rechaza” la que considera “falsa” doctrina de la naturaleza secundaria del derecho penal (en la que nosotros firmemente creemos), sino que nos brinda un argumento más para acusarle de incidir en el error de crear un injusto penal.

Dos Profesores españoles, fuera de su patria, en México el uno y el otro en la Argentina, han combatido el criterio de Mezger, aunque adoptan una posición inversa y no menos exagerada: Tanto Francisco Blasco como Mariano Jiménez Huerta ven en la antijuricidad la verdadera ratio essendi de la tipicidad.<sup>17</sup>

Edmundo Mezger sostiene que la tipicidad revela, con su sola presencia, la existencia de la antijuricidad, o sea se convierte no sólo en índice, sino en la razón de ser, ratio essendi de lo antijurídico, idea que este autor expresa en la fórmula "típicamente antijurídica".<sup>18</sup>

Esta fase es opuesta a la concepción de Beling. Su máximo representante es Edmundo Mezger, quien formuló su doctrina, ya plenamente elaborada, en 1931 al escribir su tratado de derecho penal. La definición de delito que da Mezger es la siguiente: acción típicamente antijurídica y culpable, definición que indica con toda claridad el fundamento de su teoría.

Dado que, para Mezger, el delito es, en primer término, una conducta típicamente antijurídica, el estudio de la tipicidad no se hace en un apartado propio, sino que se incluye en la antijuricidad, tratada primero como injusto objetivo y ulteriormente como injusto tipificado, concepto perfectamente comprensible, ya que para Mezger el delito no es conjunto de características independientes: acción típica, antijurídica, etc. El afamado tratadista alemán dice:

El delito es acción antijurídica, pero, al propio tiempo, típicamente antijurídica; la decisión de su determinada conducta incide en el campo del derecho penal resulta de la consideración de que, como fundamento de la exigencia penal del Estado, no es bastante cualquier acción antijurídica, sino que es precisa una antijuridicidad especial, tipificada, típica. No toda acción antijurídica es punible, pues para que esto suceda es necesario que el derecho penal la haya descrito previamente en un tipo especial.

---

<sup>17</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal* Tomo III, Editorial Losada, Tercera edición, Buenos Aires 1965, p. 759

<sup>18</sup> Reynoso Dávila Roberto, *Teoría General del Delito*, Editorial Porrúa, México 1995, p. 64

En la concepción de Mezger, la tipicidad es mucho más que indicio, mucho más que ratio cognoscendi de la antijuricidad; constituye la base real de ésta, su ratio essendi.

El tratadista alemán señala que la antijuricidad, de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo, ya que pueden existir acciones que no son antijurídicas, pero es esencial a la antijuricidad la tipificación. Lógicamente, esta tesis desemboca inevitablemente, como expresa Jiménez de Asúa, en la creación de una antijuricidad penal frente a la antijuricidad general. El propio Mezger trata de defenderse contra la consecuencias derivadas de su doctrina y pretende acreditar que sus ideas no originan una antijuricidad penal específica. Empero —termina su comentario Jiménez de Asúa— por grande que sea su habilidad, sus razonamientos no son convincentes, ya que esta tercera fase dota a la tipicidad de una función desproporcionada, que debe rechazarse.<sup>19</sup>

Ernest Beling reelabora su doctrina en 1930. Fundamento básico de la nueva construcción es la diferencia entre figura delictiva, lo que corrientemente se denomina tipo penal, y delito-tipo, un puro esquema rector objetivo, que contiene los elementos esenciales de la figura, válido para todas las modalidades que ella presenta en la práctica, y que su autor estima un concepto troncal del derecho penal. En el homicidio, por ejemplo, el delito-tipo "matar a otro", es común a las diversas modalidades que este delito presenta. Figura rectora, "tipo sensu stricto". Todos los conceptos jurídicos-penales, excepto el de acto, se hallan dentro de la órbita del delito tipo legal, pendientes de él, y radiando vitalidad a fuer de ser referidos a él e incapaces por sí solos de provocar resultados positivos. El delito tipo se convierte así en un astro de inmensas proporciones, al que el singular talento de Beling llama con genial precisión el concepto troncal jurídico penal.

En el sistema de Beling la tipicidad pasa a ser un elemento del delito, el cual, conjuntamente con los demás constituye un "requisito" de la punibilidad, y esta última

---

<sup>19</sup> Márquez Piñero Rafael, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Trillas, Tercera edición, México 1994, p. 213

tiene el carácter de "consecuencia" del acto. Luego, a través de diversos autores, el mismo Beling entre ellos, se dice, no ya que el delito es acción típica, antijurídica y culpable, sino acción típicamente antijurídica y culpable. Se quiere significar con ello que "típica", es calificativa de la acción en la fórmula anterior, se sustituye por una calificativa general de los demás elementos del delito.

#### **1.4 FASE DEFENSIVA LA FIGURA RECTORA DE BELING.**

Como se ha dejado dicho, Beling destacó, por vez primera en 1906, la importancia y sentido del tipo, aunque los ataques que recibió su construcción doctrinal, fundamentalmente por parte de los autores alemanes, hicieron que la modificara. Por consiguiente, en Beling pueden distinguirse dos momentos: el primero, en el que el tipo se materializa (en 1906), que es el periodo correspondiente a la publicación de su obra fundamental *Die lehre vom verbrechen*, y el segundo (en 1930), con su monografía *Die Lehre vom Tatbestand*. Jiménez Huerta dice que en el primero se materializa el concepto del tipo penal y que en el segundo se espiritualiza la idea medular de Beling. En esta segunda etapa, según el autor citado, se establece la separación entre el tipo y la especie delictiva. Continúa diciendo Jiménez Huerta:

*El tipo, no es ya para Beling el hecho objetivo abstracto y conceptualmente descrito por sus elementos materiales en cada especie delictiva, sino la imagen rectora, cuadro dominante o tipo regens que norma y preside cada especie delictiva.*

*La adecuación de la conducta al tipo (idea inserta en la noción de tipicidad) ha de ser adecuación no a la especie delictiva, sino a lo que es imagen rectora, figura rectora, o cuadro dominante de cada una de ellas. Jiménez Huerta agrega: Con su nueva concepción del tipo, como imagen rectora o cuadro dominante de cada especie delictiva, Beling pretendía solucionar algunos problemas que, en su primera formulación de la doctrina, quedaban sin resolver, tales como el de la tentativa y el de la complicidad, habida cuenta de que la conducta intentada y la de los participantes no era subsumibles en el concepto descriptivo del tipo. Efectivamente, con esta nueva concepción, el problema encuentra su solución, ya que la acción intentada y la de*

los participantes entran dentro de la imagen rectora o cuadro dominante, que rige la especie delictiva.<sup>20</sup>

Podríamos resumir así esta variada nomenclatura y la serie de elementos y conceptos que se mueven en torno al tipo, según la doctrina de Beling expuesta en 1930.

1.- Tipo de delito (Deliktstypus). Se trata de la figura de delito, como diríamos en castellano, o también de la vieja acepción que se dio, de Stubel a Schaper, a la tipicidad. Tan sólo se procura destacar especies.

2.- Tipo de lo injusto (Unrechtstypus). Como hemos dicho, se trata de la conducta antijurídica de esta o aquella especie. Para el intérprete, pues, una valoración, ya que se trata de imágenes normativas.

3.- Tipo de culpabilidad. Es interno y consiste en el dolo que se exige en cada caso.

4.- Figura rectora (leitbild). Es en realidad el antiguo Tatbestand, al que da Beling este nuevo nombre para evitar confusiones. Esa imagen (apoderamiento de cosa mueble ajena, por ejemplo) es la rectora de todo; en ella se concreta y a ella se dirige lo injusto normativo y la culpabilidad. Pero la "figura rectora" es objetiva, descriptiva, por eso hace posible reunir en su tipo todos los demás tipos internos, el de lo injusto y el de la culpabilidad.

5.- Adecuación típica (Tatbestandsmassigkeit). En realidad, el tipo o figura rectora no es, en esta concepción de Beling, parte del tipo de delito (Deliktstypus). Si éste se desmembra, parece que debería surgir la imagen rectora. Pero no es así. Esa figura rectora es independiente en absoluto y tiene su contenido; mejor dicho, lo espera, puesto que está vacía. "Matar a un hombre" es la imagen rectora de homicidio, abstracción hecha de todos los acontecimientos reales que corresponden a la acción, pero la primera característica del tipo de delito de homicidio no es la figura rectora "matar a un hombre", sino la acción de matar. Esto es la adecuación típica (Tatbestandsmassigkeit).

---

<sup>20</sup> Márquez Pifre Rafael, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Trillas, Tercera edición, México 1994, p. 214

6.- Tipicidad "sensu stricto" (Typicitat). En sentido estricto, la tipicidad es un elemento conceptual del delito", que no se debe confundir con la "adecuación al tipo" (Tatbestandsmassigkeit), que es la realización en la práctica.

Merece elogios esta nueva concepción de Beling que considera el tipo sensu stricto o la figura rectora, como representación; en cambio, el esfuerzo de crear una imagen directriz no parece logrado, ya que en aquellos países en el que el parricidio constituye un tipo independiente, el hecho de matar al padre sin saber lo que es, no podría servir para conectar todos los elementos internos de la figura delictiva en una imagen que sería externamente de parricidio e interna de homicidio.<sup>21</sup>

### **1.5 FASE DESTRUCTIVA.**

Con relación a la fase "destructiva", nos expone Ballvé Pallise, que "aparece cuando el nacional-socialismo arroja la careta, cuando la memoria del ministerio de justicia prusiano de 1933 sobre la reforma penal nacional socialista la basa sobre el postulado de que debe pensarse la voluntad y no la acción y cuando el lacayo Georg Dahm afirma que distinguir la antijuridicidad de la tipicidad es atender a la idea misma del Derecho penal, quedando con ello, repudiada abiertamente la gran conquista de la civilización.<sup>22</sup>

Como la doctrina del tipo, lo mismo que la teoría objetiva de la antijuridicidad, eran incompatibles con las concepciones externas del nacionalsocialismo, al ser aplicadas al derecho penal desorganizaron toda la armazón liberal de nuestra ciencia.

En la "memoria" del Ministro de Justicia de Prusia, publicada en 1933, como "esquema" o "esqueleto" de la reforma penal nacional-socialista —que nunca se logró

---

<sup>21</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal* Tomo III, Editorial Losada, Tercera edición, Buenos Aires 1965, p. 766

<sup>22</sup> Porte Petit Candauap Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal* Tomo I, Editorial Porrúa, Decimosexta edición, México 1994, p. 339

orgánica y totalmente—, se dice ya que la pena no depende de que se produzca un resultado; que el "nuevo derecho" pretende alcanzar la voluntad y no la acción, que el delito no es más que el reproche de la culpabilidad de un resultado posible y que el punto de arranque no es un resultado lesivo, sino la conducta peligrosa del agente .

Georg Dahm, representante del más agudo extremismo, aplica sus ideas a demoler el concepto de tipicidad. Empieza por reconocer el mérito de los juristas anteriores y confiesa que la ciencia del derecho penal alcanza su apogeo con la doctrina de Beling, acusándole sin embargo, de no haber tenido en cuenta más que los hechos. Diferenciar la tipicidad de la antijuricidad, y distinguir estos dos caracteres, de la culpabilidad "¿no es realmente atentar a la idea misma del derecho penal?". Según Dahm, desde comienzos del siglo XX se entabla la lucha contra esta concepción abstracta, a la que sirve de base el principio *nulla poena sine lege*, y que sólo toma en cuenta las consecuencias exteriores del acto, la violación de una prescripción jurídica haciendo abstracción del culpable, del lugar que éste ocupa en la comunidad y de las circunstancias en que el acto se ha ejecutado. Dahm considera que la obra de Binding trajo un progreso considerable porque intentó acercarse a la realidad. En sentir del penalista autoritario, el mismo Carlos Binding es partidario de la teoría de que el derecho penal consiste en el "orden vital" del pueblo alemán.

A juicio de Georg Dahm y de las ideas que representan, sólo debe apreciarse el acto individual en sus relaciones con la comunidad, más concretamente: con la comunidad de raza. El derecho es el orden concreto; el delito, desorden. El hecho de matar a un hombre sólo será castigado, como asesinato si la comunidad ha sufrido o está en riesgo de sufrir un perjuicio por ese acto; todos los demás criterios, que supongan la noción de "valor", deben ser rechazados. Los adeptos de esta doctrina deben inspirarse no en las nociones jurídicas provenientes de una realidad empírica, sino de un "orden moral" que surge del pueblo y de la raza. El papel del juez es, por ende, interpretar este orden moral, la misión de la pena consiste en sancionar esas violaciones. El derecho penal nacionalsocialista "sólo considera la voluntad criminal y no tiene en cuenta el resultado".

Pero esto no es todo; para jugar es preciso poner en la balanza al individuo culpable y a la colectividad ultrajada. Con esta tan elemental y primitiva comparación Dahm rechaza toda diferencia entre acto típico antijurídico y acto culpable, en el sentido de la doctrina "clásica". Conforme a esas reglas debe ser interpretada de la ley que es la expresión obligatoria de este "orden moral". El intérprete debe librarse de la presión de los conceptos puramente formales e inspirarse en las ideas que acaban de ser expuestas.<sup>23</sup>

La Alemania de Hitler, como la Unión Soviética, al construir sus derechos autoritarios, destruyen los principios en que se apoyaba el liberalismo penal. En orden al problema que aquí nos ocupa podemos repetir con el profesor Sebastián Soler, que las legislaciones autoritarias de Rusia y del Reich alemán rechazan "la tipicidad objetiva por cuanto limita las facultades del Estado y no le permite atrapar en su origen, en sus manifestaciones primarias, lo que puede ser un ataque posible al orden jurídico-político. tienden pues ambos, en este último aspecto, a eso que hemos llamado ascetismo: a la captación de las intenciones y de los propósitos de los hombres antes de que tengan una manifestación exterior".

Naturalmente, durante la época hitleriana, los profesores alemanes más distinguidos se vieron obligados a acatar esas doctrinas que patrocinaban los penalistas nazis y, momentáneamente al menos, tuvieron que retractarse de cuando habían dicho en sus mejores años de labor científica. Jiménez de Asúa indica que esto ocurrió a Mezger, el gran maestro tudesco, quien había edificado su teoría del delito con base en la acción típicamente antijurídica, en la antijuridicidad objetiva y en un sagaz y bien razonado concepto de la culpabilidad, de tal suerte que se vio constreñido --por la fuerza de las circunstancias-- a renunciar a su construcción de la antijuridicidad objetiva y a reducir la tipicidad a la mera función de medio auxiliar técnico, aunque más tarde volvió a sostener su primitivo criterio de destacar la importancia del tipo dentro de lo injusto.

---

<sup>23</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal* Tomo III, Editorial Losada, Tercera edición, Buenos Aires 1965, p. 768

Esta larga cita del profesor Jiménez de Asúa concluye al señalar que el insigne maestro concretiza su opinión respecto de la tipicidad de la forma siguiente: su función es predominantemente descriptiva, lo que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito penal, y además tiene mecanismo indiciario de su existencia. Con ello, respecto del momento actual, puede afirmarse la necesidad del mantenimiento de la tipicidad, la antijuridicidad objetiva de la culpabilidad como características funcionales del delito, aunque sin olvidar que, en última instancia, forman el todo conceptual denominado delito, no obstante su capacidad de ser distinguidos separadamente, visto que cada una tiene función propia en la diversidad armónica del conjunto.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Márquez Piñero Rafael, *Derecho Penal Parte General*. Editorial Trillas, Tercera edición, México 1994, p. 217

# **CAPITULO II**

**NATURALEZA JURIDICA DEL TIPO**

## 2.1 CONCEPTO DEL TIPO.

El Dr. Eduardo López Betancourt, expone que la norma regula la conducta de los hombres en sociedad; cuando esa conducta transgrede o viola la norma de orden jurídico, aparece el delito y precisamente los delitos sirven para garantizar a la propia sociedad, cuando se encuentran debidamente descritos; esa descripción que se hace de lo que es un delito, configura el tipo. El tipo o la abstracción concreta creada por el legislador en su intención de definir los hechos contrarios a la ley.

La palabra tipo, la entendemos como la descripción que realiza el legislador de lo que es un delito; cuando una persona capaz, o sea un sujeto, realiza ese delito, decimos que hay tipicidad. Para muchos autores la tipicidad es una parte integral del delito y la estudian precisamente cuando se analiza la teoría del delito. De esta manera, tipo y tipicidad se encuentran íntimamente relacionados.<sup>25</sup>

El tipo es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal), en su aspecto objetivo y externo; suponiendo, para declararle punible, que concurren las condiciones normales en esa conducta, tanto objetiva como subjetivamente, pero pudiendo presentarse situaciones excepcionales que eliminen la antijuricidad (formal y material) o la culpabilidad en algunos casos.

El tipo es, pues, una forma legal de determinación de lo antijurídico punible, supuestas condiciones normales en la conducta que se describe.<sup>26</sup>

Jiménez Huerta define el tipo como “la descripción de conducta que, a virtud del acto legislativo, queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad, y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible”. O, “El tipo es, pues, el injusto recogido y descrito en la ley penal”.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> López Betancourt Eduardo. *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Porrúa, Cuarta edición, México 1996, p. 120 y 121

<sup>26</sup> Villalobos Ignacio. *Derecho Penal Mexicano Parte General*, Editorial Porrúa, Cuarta edición, México 1983, p. 267

<sup>27</sup> Estrada Vélez Federico *Derecho Penal Parte General*, Editorial Temis, Segunda edición, Colombia 1986, p. 119

El tipo es, para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración; Javier Alba Muñoz lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él.<sup>28</sup>

En forma primaria, la peculiaridad básica del tipo consiste en describir las conductas que, de llevarse a cabo, serán acreedoras de penalidad. "El tipo tiene ante todo una finalidad definitoria del delito. La función de este concepto estriba en proporcionar soluciones unitarias, orgánicas y exhaustivas a toda la fenomenología del delito."<sup>29</sup>

Tipo, en sentido amplio, se considera al delito mismo, a la suma de todos sus elementos constitutivos, concepto al que hicieron referencia, como vieja acepción del término Ernesto Von Beling y Franz Von Liszt. Mezger alude a la palabra tipo, en el sentido de la teoría general del Derecho, como "el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia liga una consecuencia jurídica."<sup>30</sup>

El tipo penal, según el pensamiento de Edmundo Mezger, "significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal".<sup>31</sup>

Tipo legal - penal, así como la característica de tipicidad que ha de reunir la acción injusta y culpable para que pueda ser sancionada con una pena, sólo se logra conocer a través del estudio.

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.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, Decimosexta edición, México 1993, p. 168

<sup>29</sup> González Quintanilla José Arturo, *Derecho Penal Mexicano Parte General y Parte Especial*, Editorial Porrúa, Tercera edición, México 1996, p. 271

<sup>30</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, *Manual Derecho Penal Mexicano Parte General*, Editorial Porrúa, Decimosegunda edición, México 1995, p. 287

<sup>31</sup> Estrada Vélez Federico, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Temis, Segunda edición, Colombia 1986, p. 119

<sup>32</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal Tomo III*, Editorial Losada, Tercera edición, Buenos Aires 1965, p. 747

El concepto del tipo jurídico—penal. Es punible sólo el que actúa típicamente. Todo hecho punible es, por consiguiente, un injusto típico. Pero una acción típica es un injusto, siempre que no exista ninguna causa de exclusión del injusto.

La expresión “TIPO” empleada aquí en el sentido estricto y técnico de tipo del injusto. El concepto correspondiente ha sido desarrollado profundamente por BELING a los fines del derecho penal, pero nosotros no podemos estar del todo de acuerdo con este autor. Este tipo en sentido estricto se distingue del tipo corriente en sentido más amplio como conjunto de los presupuestos a que se liga en general una consecuencia jurídica.. Una discusión profundizada del concepto ha evidenciado que en el marco del derecho penal se deben distinguir por lo menos dos significados especiales.

1. El tipo de la acción como conjunto de los presupuestos de la acción punible (con inclusión, pues, de los requisitos de la culpabilidad);
2. El tipo del injusto como parte del tipo de la acción que se refiere a la antijuridicidad del hecho.<sup>33</sup>

El tipo debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho descritos por la norma o en ocasiones, esa mera descripción material.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación nos dice, 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”. En otra ejecutoria se establece, que 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, donde se sigue que una acción por el solo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de sus presupuestos, es inconcuso que el tipo penal no llega a configurarse.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Mezger Edmundo. *Derecho Penal Parte General*, Editorial Cardenas, México 1985, p. 143

<sup>34</sup> Porte Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal Tomo I*, Editorial Porrúa, Decimosexta edición, México 1994, p. 335 y 336

## **2.2 CONCEPTO DE TIPICIDAD.**

En clase López Betancourt nos expuso que si bien es cierto la división actual del delito en 4 elementos, resulta muy útil específicamente para actividades didácticas no debemos olvidar que lo esencial del ilícito es la imputabilidad y la culpabilidad., inclusive con esta nuestro autor en comentario tiene una obra llamada imputabilidad y culpabilidad, en donde le da a la tipicidad una ubicación dentro de la culpabilidad; es para este maestro la culpabilidad una integración finalmente del elemento conducta de la antijuricidad y de la propia tipicidad, en síntesis para el doctor López Betancourt la culpabilidad se integra tanto por la conducta, por la tipicidad, por la imputabilidad que en su conjunto habrá de provocar la culpabilidad.

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para Celestino Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*.<sup>35</sup>

Podemos definir la tipicidad como la realización del actuar humano en los términos fijados por el legislador.<sup>36</sup>

**Fernando Castellanos Tena.**

La tipicidad es, la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

**Raúl Carrancá y Trujillo.**

La tipicidad es, la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto.

---

<sup>35</sup> Mancilla Ovando Jorge A., *Teoría Legalista del Delito*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1994, p. 36

<sup>36</sup> González Quintanilla José Arturo, *Derecho Penal Mexicano Parte General y Parte Especial*, Editorial Porrúa, Tercera edición, México 1996, p. 271

**Celestino Porte Petit Candaudap.**

Precisa el autor: La tipicidad es, la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo. Y, tipo es, un presupuesto general del delito.

**Jorge A. Mancilla Ovando.**

La tipicidad es, el contenido de la norma jurídica; es la hipótesis legislativa. No es elemento constitutivo del delito por ser la descripción del delito.<sup>37</sup>

**Roberto Reynoso Dávila.**

Entiende por tipicidad, la adecuación o correspondencia entre una conducta en concreto con el molde típico o figura de delito.<sup>38</sup>

**Mariano Jiménez Huerta.**

Las figuras típicas geometrizan lo antijurídico, corrigen la intuición, frenan la emoción y dotan al derecho penal de una mística noble y de una reciedumbre segura y grandiosa que cercenan los arrebatos de la ira, los despotismos, las arbitrariedades y demás excesos emotivos inherentes a la feble condición humana. Sus contornos y distorsiones, sus límites y amplificaciones, sus fácticas formas y contenidos intrajurídicos, captan los fenómenos ilícitos más trascendentes y más adheridos a la vivida realidad social.

El gran jurista termina su exposición afirmando lo siguiente:

Las figuras típicas no sólo geometrizan lo antijurídico, sino que también sirven de fundamento a la culpabilidad juridicopenal, pues ésta se basa en el aislado acto típico; seeramente —a través del acto típico— se penetra en la intimidad del autor y se valora dicha intimidad conforme a las individualizadas normas de deber.

Jiménez de Asúa define la tipicidad, en cuanto carácter del delito, como la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley para cada especie de infracción. El propio autor indica que se trata de un concepto puramente

---

<sup>37</sup> Mancilla Ovando Jorge A., *Teoría Legalista del Delito*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1994, p. 35 a 48

<sup>38</sup> Reynoso Dávila Roberto, *Teoría General del Delito*, Editorial Porrúa, México 1995, p. 62

técnico. Como dice Carrancá y Trujillo, la tipicidad señala la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto.

El maestro Jiménez Huerta, con la sagacidad que le caracteriza, afirma que la tipicidad es una expresión propia del derecho punitivo, equivalente técnico del apotegma político *nullum crimen sine lege*. Bien con el nombre con que técnicamente ahora se le designa, bien como garantía de libertad consagrada en ella parte dogmática de las constituciones políticas, la tipicidad ha sido, desde el comienzo de los regímenes de derecho, el fundamento del hecho punible.<sup>39</sup>

La tipicidad, es cuanto carácter del delito, se emplea aquí como la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción.<sup>40</sup>

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.<sup>41</sup>

### **2.3 DIFERENCIA ENTRE EL TIPO Y TIPICIDAD.**

Entendemos por tipicidad, dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa; "el encuadramiento o la subsunción del hecho en la figura legal", como dice el propio Soler, de tal manera que la tipicidad presupone el hecho tipificado

---

<sup>39</sup> Márquez Piñero Rafael, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Trillas, Tercera edición, México 1994, p. 208 y 209

<sup>40</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal* tomo III, Editorial Losada, Tercera edición, Buenos Aires 1965, p. 746

<sup>41</sup> Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, Decimosexta edición México 1993, p. 167

más la adecuación típica o subsunción del hecho concreto al tipo legal. No debe, sin embargo, confundirse el tipo con la tipicidad; el primero es el antecedente necesario del delito, es decir, su presupuesto, mientras la tipicidad es uno de sus elementos constitutivos. Esta situación ya ha sido observada por nuestros penalistas, entre quienes Fernando Castellanos le otorga carácter de elemento esencial, pues su ausencia impide la configuración del delito. "No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa; es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto."<sup>42</sup>

Tipo y tipicidad tienen la diferencia de continente y contenido, el primero es creado abstractamente en la ley y la segunda es la estimación que se hace al haber la conducta en el tipo.

Esta subsunción, este "encaje", debe ser completo pues si faltan algunos de los elementos o características típicas consignada por el legislador en la figura rectora al hacer la descripción, la conducta no es típica.<sup>43</sup>

Fernando Castellanos Tena dice que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo.

Tipo es la descriptiva; tipicidad es el acoplamiento de la conducta a dicha descriptiva.<sup>44</sup>

El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

El tipo consiste en la descripción legal de un delito. Mariano Jiménez Huerta La tipicidad, define el tipo como el injusto recogido y descrito en la Ley Penal. En concreto:

---

<sup>42</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General*, Editorial Porrúa, Decimosegunda edición, México 1995, p. 311

<sup>43</sup> González Quintanilla José Arturo, *Derecho Penal Mexicano Parte General y Parte Especial*, Editorial Porrúa, Tercera edición, México 1996, p. 271 a 273

El tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones, la descripción de elemento objetivo (comportamiento), como suceda en el homicidio, pues según el Código, lo comete “el que priva de la vida a otro”.<sup>45</sup>

Es la adecuación de la conducta al tipo penal, es decir, se presentará la tipicidad cuando se amolda al tipo penal la conducta desplegada por el agente.<sup>46</sup>

Es oportuno precisar, que la ausencia de tipo, es distinta a la ausencia o falta de tipicidad. En el primer caso, no existe descripción de la conducta o hecho por la norma penal, y en el segundo caso, la descripción existe, pero no hay conformidad o adecuación al tipo. A este respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado: “Dentro de la teoría del delito, una cuestión es la ausencia de tipicidad o atipicidad y otra diversa la falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito), pues la primera, supone una conducta que no llega a ser típica por la falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a calidades en los sujetos, de referencias temporales o espaciales, de elementos subjetivos, etc., mientras la segunda, presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley.”<sup>47</sup>

## 2.4 ATIPICIDAD.

La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, que impide la integración del delito, mas no equivale a la ausencia del tipo. Esta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho. Hay atipicidad en cambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no

---

<sup>44</sup> González Quintanilla José Arturo, *Derecho Penal Mexicano Parte General y Parte Especial*, Editorial Porrúa, Tercera edición, México 1996, p. 272

<sup>45</sup> Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, Decimosexta edición, México 1993, p. 167 y 168

<sup>46</sup> López Betancourt Eduardo, *Delitos en Particular Tomo II*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1996, p. 40

<sup>47</sup> Porte Petit Candaudap Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal Tomo I*, Editorial Porrúa, Decimosexta edición, México 1994. p. 365

encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es, pues, ausencia de adecuación típica.

Concretamente se originan hipótesis de atipicidad:

- a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo;
- b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo;
- c) Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos;
- d) Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo;
- e) Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley, y
- f) Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal.<sup>48</sup>

**Fernando Castellanos Tena.**

La tipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. Las causas de atipicidad se pueden reducir a las siguientes: 1) Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; 2) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; 3) Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo; 4) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley; 5) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos, y 6) Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial.<sup>49</sup>

**Francisco Pavón Vasconcelos.**

Concretamente se originan hipótesis de atipicidad: 1) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo; 2) Cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al

---

<sup>48</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General*, Editorial Porrúa, Decimosegunda edición, México 1995, p. 311 a 313

<sup>49</sup> Mancilla Ovando Jorge A., *Teoría Legalista del Delito*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1994, p. 38

sujeto pasivo; 3) Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos; 4) Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales referidas por el tipo; 5) Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados en la ley; 6) Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto requeridos expresamente por el tipo legal.<sup>50</sup>

El aspecto negativo de a tipicidad es la atipicidad: no hay delito sin tipicidad. Viene a constituir la atipicidad, el aspecto negativo de una relación conceptual.

Es indudable que para dar el concepto del aspecto negativo de la tipicidad, es obligado tener en cuenta el concepto de tipo.

Antes de exponer nuestro punto de vista vamos a dar algunas opiniones:

a) Ballvé considera que hay tipicidad y, consiguientemente, carencia de hecho punible, cuando no hay actos de realización del núcleo del tipo, o sea, del tipo propiamente dicho.

b) Para Jiménez de Azúa, ha de afirmarse que existe ausencia de tipicidad: a) Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en leyes penales especiales, y b) Cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica.

c) Ranieri piensa que son causas de exclusión de la tipicidad: 1. La ausencia de una norma a la cual referir el hecho, y 2. En caso de que la norma existe, la falta de conformidad entre los elementos del hecho y los elementos que componen el tipo legal.

d) Se da "carencia de delito-tipo", dice Beling, cuando la acción no presenta todas o alguna de las partes de las características requeridas y típicas o esenciales.

e) Sauer estima que se da ausencia de tipo, cuando no se presenta un carácter del tipo legal en el caso singular.

---

<sup>50</sup> Mancilla Ovando Jorge A., *Teoría Legalista del Delito*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1994, p. 41

Si la tipicidad consiste en la conformidad al tipo y éste puede contener uno o varios elementos, la atipicidad existirá cuando haya adecuación al mismo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito, por la norma, pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo pero no a todos los que el mismo tipo requiere.

Para precisar exhaustivamente las causas de tipicidad, es necesario contar con el concepto de tipo, pues es indudable que según sea el que se tenga de aquél, la atipicidad abarcará un número determinado de causas que la originen, las que aumentarán o disminuirán en razón del contenido que se le de al propio tipo.

De acuerdo con Ranieri, son causas de exclusión de la tipicidad:

- a) Ausencia de una norma a la cual referir el hecho.
- b) Falta de conformidad entre los elementos del hecho y los elementos que componen el tipo legal. 1°. Por falta en el sujeto de la calidad exigida en el modelo legal. 2°. Por defecto del elemento objetivo del hecho no existe un hecho jurídicamente relevante. 3°. Por defecto del elemento subjetivo del hecho. 4°. Por falta de alguno entre los elementos anteriores que completan la descripción del hecho.

Señala Jiménez de Asúa como ejemplos específicos de atipicidad:

- a) Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto activo.
- b) Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto pasivo o de objeto.
- c) Ausencia de adecuación típica por falta de las referencias temporales o especiales.
- d) Ausencia de adecuación típica por falta del medio previsto.
- e) Ausencia de adecuación típica por carencia de los elementos subjetivos del injusto.
- f) Ausencia de adecuación típica por carencia de elementos normativos.

Díaz Palos considera como causas de atipicidad, la falta de cualidad del sujeto activo, pasivo, falta de objeto, de medio, de lugar, de tiempo, de ocasión, etc., o por falta total de tipo (atipicidad general).

Puig Peña estima que a la tipicidad se contraponen la ausencia de tipo o atipicidad, lo que puede ocurrir en los supuestos siguientes: 1°. Total ausencia de tipo; 2°. Ausencia de tipicidad por falta de objeto; 3°. Ausencia de tipicidad por falta de sujeto típico; 4°. Ausencia de tipicidad por falta de medio típico, y 5°. Ausencia de tipicidad por falta de las referencias temporales o espaciales del tipo.

Para señalar las atipicidades, bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo:

1°. Ausencia del presupuesto del tipo.

2°. Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida en el tipo.

3°. Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el tipo.

4°. Ausencia de objeto jurídico.

5°. Ausencia de objeto material.

6°. Ausencia de las modalidades de la conducta.

7°. Ausencia del elemento normativo, y

8°. Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

Es obligado conocer cuáles son las consecuencias que se producen cuando existe una atipicidad. A este respecto, es posible señalar en tres hipótesis los efectos de la misma.

a) No integración del tipo.

b) Existencia de otro delito.

c) Existencia de un delito imposible.

Se da la no integración del tipo, por ejemplo, cuando falte alguno de los elementos del estupro: que la mujer sea mayor de 18 años; que no haya engaño.

Estamos frente a la traslación de tipo, o sea, a la existencia de otro delito, como en el caso de que falte la relación de parentesco exigida por el tipo, dándose un homicidio.

Se presenta una tentativa imposible, cuando falta por ejemplo, el bien jurídico: la vida, o bien, el objeto material. El que dispara sobre un individuo, el cual se encontraba

muerto (falta de objeto jurídico), o bien quien dispara sobre un objeto creyendo que es un sujeto (falta de objeto material).<sup>51</sup>

#### **Francisco Pavón Vasconcelos**

La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impositiva de la integración del delito. Supone la falta de precisión en la ley de una conducta o hecho. Atipicidad es, pues, ausencia de adecuación típica.<sup>52</sup>

De esta forma, podemos traducir: al establecer el legislador de las conductas, implica en contrapartida, que todas aquellas no descritas son incoloras para el derecho penal. La génesis del principios de estricta legalidad, se encuentra en los apotegmas *nullum sune lege* - no hay crimen sin ley - y *nulla poena sine lege* - no hay pena sin ley.

Entendida como el encuadramiento letrístico de la conducta al dispositivo que la describe—, al faltar ésta, es obvio que no interesa al área penal, por ende, no hay delito sin tipo legal.

Aquellas conductas no enmarcadas en los dispositivos penales serán atípicas y, por lo tanto, intrascendentes para el derecho penal.

Si una conducta, para ser típica debe enmarcar en la descripción legal, por eliminación, aquellas conductas que no encuadren serán incoloras penalmente por ser atípicas. Esta no tipicidad primordialmente puede darse por inexistencia del tipo o por no integración del tipo. Desde el punto de vista procesal, es muy importante el encuadramiento—o como algunos lo denominan, la subsunción—de la conducta en el tipo, porque dada la exigencia constitucional que de ese apegamiento de la conducta a la descriptiva de la ley resulta necesario, para dar inicio al proceso mediante el auto denominado de formal prisión, para el cual se requiere: que los hechos, en cuanto a su existencia fenomenológica se encuentren plenamente demostrados y; que enmarquen en

---

<sup>51</sup> Porte Petit Candaudap Celestino, **Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal** Tomo I, Editorial Porrúa, Decimosexta edición, México 1994, p. 365 a 371

<sup>52</sup> López Betancourt Eduardo, **Delitos en Particular** Tomo I, Tercera edición, Editorial Porrúa, México 1996, p. 34

una figura delictiva, ello independientemente de la atribuibilidad que se haga a determinada persona, pues para esto ultimo, solo se requiere prueba semiplena.

Tipo es la descriptiva; tipicidad es el acoplamiento de la conducta a dicha descriptiva. Por su parte, los tipos, en consideración al esquema utilizado por el legislador, tienen elementos subjetivos, objetivos y normativos, en la inteligencia de que al faltar alguno de los fijados letrísticamente para la respectiva figura delictiva, no se dará por integrado el tipo (atipicidad relativa). Así también, los hechos materia de la acción u omisión pueden ser ajenos totalmente a todos los elementos de la descripción, por lo que, habrá inexistencia del tipo (atipicidad absoluta).

Debe apreciarse que la diferencia entre el delito imposible y la tentativa radica en lo siguiente: en la tentativa hay el propósito de la ejecución-consumación delictiva, pero, sin integrarse el tipo, se pone en peligro el bien jurídico tutelado. Debe entenderse que poner en peligro significa probabilidad de daño inmediato. En el delito imposible no hay tal puesta en peligro y, desde el punto de vista técnico, al no haber lesión jurídica, no hay título punitivo.<sup>53</sup>

El Poder Judicial de la Federación ha sostenido el criterio:

“Dentro de la teoría del delito, una cuestión es la ausencia de tipicidad o atipicidad y otra diversa la falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito), pues la primera supone una conducta que no llega a ser típica por la falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a calidades en los sujetos, de referencias temporales o espaciales de elementos subjetivos, etc., mientras la segunda, presupone la ausencia total de descripción de hecho en la ley”.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> González Quintanilla José Arturo, *Derecho Penal Mexicano Parte General y Parte Especial*, Editorial Porrúa, Tercera edición, México 1996, p. 283, 284 y 288

<sup>54</sup> López Betancourt Eduardo, *Delitos en Particular Tomo I*, Editorial Porrúa, Tercera edición, México 1996, p. 34

## **2.5 NO INTEGRACIÓN DEL TIPO (RELATIVA-ATIPICIDAD FORMAL EN SENTIDO ESTRICTO).**

En relación con los sujetos intervencionistas, el dispositivo puede fijar características muy peculiares, por ejemplo: en el delito de peculado se prevé que “todo servidor público...”; de esta forma, el sujeto activo no tiene el carácter de servidor público, la tipicidad no se surte al faltar uno de los requisitos fijados para el peculado; el sujeto pasivo en la corrupción de menores, como su nombre lo indica, sólo recaerá en un menor de edad, por lo que faltando este elemento la conducta será atípica; en función del tiempo, tenemos que para el infanticidio se han establecido setenta y dos horas después del nacimiento del niño. Lapso en el cual debe llevarse a cabo la supresión de la vida, fuera de él, la conducta no será típica de infanticidio.

Debe precisarse que la diferencia entre el delito imposible y la tentativa radica en lo siguiente: en la tentativa hay el propósito de la ejecución—consumación delictiva, pero, sin integrarse el tipo, se pone en peligro el bien jurídico tutelado. Debe entenderse que poner en peligro significa probabilidad de daño inmediato. En el delito imposible no hay tal puesta en peligro y, desde el punto de vista técnico, al no haber lesión jurídica, no hay título punitivo; sin embargo, un criterio de el delito imposible, a pesar de ser atípica la conducta—según los elementos tradicionales—, el legislador siguió una fórmula eminentemente sancionadora, dando lugar a un tipo irregular, en el cual se deja abierta la posibilidad casuista, para que el juez aplique sanción por apreciación exclusiva de la peligrosidad potencial detectada al autor, dada su conducta unívoca hacia el cometimiento del delito, que resulta fallida por no ser idóneos los medios o por encontrarse ausente el bien jurídico, es decir, ni siquiera se pone en peligro dicho bien, descartándose la tentativa; sin embargo, en virtud de tener entidad legislada el castigo para este tipo se delito imposible, tal conducta es sancionada, por estimar la existencia de peligrosidad en el agente.

Como observación al margen, en relación con el castigo al delito imposible, tal sancionamiento puede servir para reprimir conductas que aun cuando no encajen en la tentativa, de cualquier manera serán penalizadas.<sup>55</sup>

## **2.6 INEXISTENCIA DEL TIPO (ABSOLUTA).**

El derecho penal se aplica por excepción, como último recurso, ante acciones que rebasan la normal convivencia humana, por tanto, estas acciones normales que se realizan abundantemente en forma cotidiana, son atípicas; para ellas no surge ni se prevé pena alguna, siendo ignoradas totalmente por el sistema punitivo. Por ello tenemos que, la atipicidad no tiene entidad expresamente descrita por el legislador; simplemente se deriva del propio sentido de la ley, porque si la tipicidad es la identificación de la conducta con la prevista en la norma penal, todas aquellas conductas que no se identifiquen, por simple operación lógica mental eliminativa, serán atípicas, lo que constituye una conclusión de perogrullo.

Aclarando lo que se acaba de asentar, recordemos lo que —con notable agudeza— se ha afirmado al sostenerse que el catálogo de los tipos “es un sistema discontinuo de ilicitudes”. Se puede observar en los códigos que para la protección de un determinado bien jurídico se crean varias figuras delictivas; esto es diáfano en el caso del patrimonio, pues han creado robo, fraude, abuso de confianza, etc.; pero cualquier afectación al patrimonio es una modalidad distinta a la descrita en el tipo, resulta intrascendente, aun cuando quien lo afecta actúe maliciosamente y con el propósito de daño. Es por eso, que el catálogo de los tipos se le considera como un sistema discontinuo de ilicitudes. Incluso, en el delito putativo (del latín putare: creer, imaginar, pensar en abstracto) que implica el convencimiento para el autor de que una determinada conducta es delictiva, en

---

<sup>55</sup> González Quintanilla José Arturo, *Derecho Penal Mexicano Parte General y Parte Especial*, Editorial Porrúa, Tercera edición, México 1996, p. 285 a 288

realidad no tienen tal carácter porque no aparece en la ley descrita como acreedora de pena, surtiéndose lo que ya hemos citado: una atipicidad por inexistencia de tipo.

Inexistencia absoluta del tipo, que nada tienen que ver con causas de justificación o inculpabilidades; se refiere a aquél que constituye en sí mismo un señalamiento expreso por parte del legislador, a fin de no confundir el caso específico, ni con la tentativa, ni con el delito imposible, sino considerarlo única y exclusivamente como una conducta atípica: se trata del dispositivo que prevé el no considerar delictuosas las simples intenciones, malfaríos o brujerías, derivadas de la notoria incultura, supersticiones o creencias antinaturales que tengan la tendencia o el propósito de ocasionarle al supuesto pasivo, males o la muerte.

De esta forma, remarcamos a modo de corolario que la importancia de este tema es: toda conducta que no se identifique cabalmente con la descriptiva hecha por el legislador, queda fuera del campo penal.<sup>56</sup>

## **2.7 AUSENCIA DEL TIPO.**

La ausencia del tipo, constituye el aspecto negativo del tipo. Hay ausencia del tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en una norma penal. Por tanto, como asienta Jiménez de Asúa, la ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica.

El dogma *nullum crimen sine tipo*, constituye la más elevada garantía del Derecho Penal liberal, al no poderse sancionar una conducta o hecho, en tanto no estén descritos por la norma penal.

---

<sup>56</sup> González Quintanilla José Arturo, *Derecho Penal Mexicano Parte General y Parte Especial*, Editorial Porrúa, Tercera edición, México 1996, p. 283, 284, 286, 288, 289 y 291

Se dice que hay en el código penal mexicano un número regular de casos, en que se punen conductas sin que la norma penal haga su descripción, dando lugar al problema de saber si se está vulnerando el principio: nullum crimen sine tipo.<sup>57</sup>

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos.

En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él existe tipo.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

- a).- Ausencia de la calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.
- b).- Si falta el objeto material o el objeto jurídico.
- c).- Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo.
- d).- Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley.
- e).- Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.
- f).- Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial.<sup>58</sup>

Ausencia de Tipo.- Es indispensable diferenciar la Atipicidad de la falta de tipo, en éste no existe descripción de la conducta o hecho y en la atipicidad falta la adecuación de un hecho a algún tipo legal.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Porte Petit Candaudap Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal* Tomo I, Editorial Porrúa, Decimosexta edición, México 1994, p. 365

<sup>58</sup> Mancilla Ovando Jorge A., *Teoría Legalista del Delito*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1994, p. 36 y 37

<sup>59</sup> López Betancourt Eduardo, *Delitos en Particular* Tomo I, Editorial Porrúa, Tercera edición, México 1996, p. 34

## **2.8 ANTIJURIDICIDAD.**

Max Ernesto Mayer. Partiendo del antecedente romano, pero indudablemente influido por ello, dice que la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Mayer pretende dar un contenido ético a un concepto eminentemente jurídico; para él, la norma cultural comprende costumbres, valoraciones medias, sentimientos patrios, religiosos, etcétera.

Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un **anti**, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídica lo contrario al derecho.

Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho.<sup>60</sup>

Hans Welzel aduce que frecuentemente se precisa la antijuridicidad como "un juicio de valor" negativo o "juicio de desvalor" del derecho sobre la conducta humana o el hecho (acción), aclarando de inmediato que "la antijuridicidad no es, naturalmente, un mero juicio de desvalor, sino una característica de desvalor de la acción. Por ello — agrega—, la antijuridicidad 'es un juicio' de valor 'objetivo', en cuanto se realiza sobre la acción, en base a una escala general, precisamente del orden social jurídico.

Es antijurídica una acción cuando contradice las normas del derecho. La doctrina se encuentra acorde en considerar a la objetividad del injusto como un juicio de valor, acerca de la relación entre el hecho y la norma de derecho lesionada.<sup>61</sup>

**Fernando Castellanos Tena.**

La antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido que se contrae el tipo penal respectivo.

La ausencia de antijuridicidad ocurre ante la presencia de alguna causa de justificación. Ejemplo: Un hombre priva de la vida a otro.

<sup>60</sup> Mancilla Ovando Jorge A., *Teoría Legalista del Delito*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1994, p. 38

<sup>61</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General*, Editorial Porrúa,

**Francisco Pavón Vasconcelos.**

La antijuricidad es un juicio valorativo, de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado.

**Celestino Porte Petit Candaudap.**

Señala el autor: Existe antijuricidad cuando habiendo tipicidad no esté el sujeto amparado o protegido por una causa de licitud.

**Jorge Alberto Mancilla Ovando.**

La antijuricidad es el efecto, la consecuencia de la ley.<sup>62</sup>

La antijuricidad se ha considerado como el choque de la conducta con el orden jurídico, el cual tiene además del orden normativo, los preceptos permisivos.

La antijuricidad material se ha concebido como lo socialmente dañoso, la pena no tiene otra medida que la del peligro que el sujeto representa para la sociedad.

Por otra parte, la antijuricidad formal, exige para estimar como delito a una conducta, que ésta infrinja una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico.<sup>63</sup>

El sentido más simple y elemental puede decirse que la antijuricidad consiste en la contradicción entre la conducta humana y la ley. Los términos **antijuricidad penal**, **injusto penal** e **ilícito penal** son equivalentes. La antijuricidad, como relación de contradicción entre el hecho y la norma, es puramente un concepto normativo y no un concepto naturalista.<sup>64</sup>

---

Decimosegunda edición, México 1995, p. 319

<sup>62</sup> Mancilla Ovando Jorge A., *Teoría Legalista del Delito*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1994, p. 48

<sup>63</sup> López Betancourt Eduardo, *Delitos en Particular* Tomo I, Editorial Porrúa, Tercera edición, México 1996, p. 35

<sup>64</sup> Estrada Vélez Federico, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Temis, Segunda edición, Colombia 1986, p. 173

## **2.9 EXCLUYENTES: NOCION GENERICA.**

Cuando se habla de excluyentes debe entenderse que se alude a situaciones cuya presencia implica la imposibilidad de sancionar la conducta, no obstante la actuación del activo, ejecutando la parte descriptiva del tipo; ello es, existe tipicidad formal, pero al operar la excluyente, no la habrá en sentido material.

Las justificantes se reducen conceptualmente al ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

Las causas que afectan la antijuricidad y que traen como consecuencia su inexistencia y la del delito, deben dominarse conductas típicas conforme a derecho.

Son causas de justificación:

I. Obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho consignado en la ley;

II. Contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo;

III. Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor, o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho, y de la cual resulte un peligro inminente.<sup>65</sup>

La realización o el intento de realizar un hecho típico penal es el presupuesto inevitable para toda investigación sobre responsabilidad o irresponsabilidad de un acusado o sospechoso; por tanto hay que hacer caso omiso de este elemento de tipicidad para la clasificación de las excluyentes; y si el delito es un acto humano típicamente antijurídico y culpable, la exclusión de la responsabilidad podrá consistir en la falta de acto del acusado, en los hechos, aun cuando las apariencias externas hayan llevado a pensar que lo había y por ello se hay instaurado el proceso en contra de esa persona; en la falta de antijuricidad de la conducta, en las condiciones o circunstancias particulares del caso; o

---

<sup>65</sup> González Quintanilla José Arturo, **Derecho Penal Mexicano Parte General y Parte Especial**, Editorial Porrúa, Tercera edición, México 1996, p. 307 a 314

en la falta de culpabilidad del agente. Ahora bien, esta culpabilidad puede faltar en individuos normales, simplemente porque el hecho típico se haya producido sin dolo ni culpa de su parte, como en el caso de que quien manejara un vehículo con todas las precauciones debidas, atropellara a un imprudente o a un suicida que se interponga en su camino de modo imprevisible e inevitable; pero también puede provenir de que, careciendo el agente de facultades normales (imputabilidad), no haya podido obrar ni haya obrado dentro de los presupuestos de la culpabilidad.

Así las excluyentes se agrupan en cuatro categorías:

- a) Excluyentes por falta de acto del acusado.
- b) Excluyentes de antijuricidad.
- c) Excluyentes de imputabilidad.
- d) Excluyentes de culpabilidad.

Claro está que en resumen, todas excluyen la culpabilidad puesto que ésta presupone, para existir, todos los elementos anteriores del acto, antijuricidad e imputabilidad; por eso, también, se denominan genéricamente "excluyentes de responsabilidad". Pero si dentro de este género se trata de afinar el análisis para fijar con exactitud las especies o el elementos preciso del delito cuya eliminación es la causa que excluye la responsabilidad, y hacer así un mejor estudio de cada eximente una vez conocida su naturaleza propia, no podrá menos de admitirse la separación en los cuatro grupos antes dichos.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Villalobos Ignacio, *Derecho Penal Mexicano Parte General*, Editorial Porrúa, Cuarta edición, México 1983, p. 340

## 2.10 LA CULPA.

La culpa es un elemento constitutivo del delito; sin él no es posible concebir su existencia. Esta verdad quedo apuntada por Beling al elaborar el principio "nulla poena sine culpa".

Welzel, culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica de desvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable.<sup>67</sup>

La culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche hecho punible que ha cometido. Por lo tanto, dichos presupuestos muestran al hecho como una expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor. El término "reprochabilidad", empleado a veces, significa prácticamente lo mismo que "reproche". La imputación, considerada en sí, puede definirse como la culpabilidad "formal", y el reproche determinado en cuanto al contenido, como la culpabilidad "material".<sup>68</sup>

Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.<sup>69</sup>

La culpabilidad es la relación entre el sujeto y el delito, esto es, el nexo intelectual y emocional entre el sujeto y el delito.<sup>70</sup>

### **Francisco Pavón Vasconcelos.**

La culpabilidad en sentido estricto es reprochabilidad; en su sentido amplio la culpabilidad se estima como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

---

<sup>67</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, **Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General**, Editorial Porrúa, Decimosegunda edición, México 1995, p. 391

<sup>68</sup> Mezer Edmundo, **Derecho Penal Parte General**, Editorial Cardenas, México 1985, p. 189

<sup>69</sup> Castellanos Tena Fernando, **Lineamientos Elementales de Derecho Penal**, Editorial Porrúa, Decimosexta edición, México 1993, p. 218

<sup>70</sup> López Betancourt Eduardo, **Delitos en Particular Tomo II**, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1996, p. 41

**Raúl Carrancá y Trujillo.**

La culpabilidad. La culpabilidad es, una reprobación jurisdiccional de la conducta que ha negado aquello exigido por la norma.

**Jorge Alberto Mancilla Ovando.**

La culpabilidad precisa quién es el autor de la conducta que constituye delito en términos de ley.<sup>71</sup>

La culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo.

En realidad es, pues, la culpa una forma de pensar y de querer guiada por el sujeto, que hace a éste responsable de su conducta y de los resultados de la misma.<sup>72</sup>

En términos generales se dice que una persona tiene culpa cuando obra de la manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuricidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo.<sup>73</sup>

## **2.11 LA INCULPABILIDAD.**

Con el nombre de inculpabilidad se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad, evidente tautología según expresión de Jiménez de Azúa. De acuerdo con el concepto adoptado sobre la culpabilidad, su aspecto negativo funcionará, haciendo inexistente el delito, en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> Mancilla Ovando Jorge A., *Teoría Legalista del Delito*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1994, p. 38, 41, 44 y 49

<sup>72</sup> Villalobos Ignacio, *Derecho Penal Mexicano Parte General*, Editorial Porrúa, Cuarta edición, México 1983, p. 281 y 282

<sup>73</sup> Villalobos Ignacio, *Derecho Penal Mexicano Parte General*, Editorial Porrúa, Cuarta edición, México 1983, p. 307

<sup>74</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General*, Editorial Porrúa, Decimosegunda edición, México 1995, p. 467

Es el elemento negativo de la culpabilidad, es la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.<sup>75</sup>

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad. Esta definición, expresa con razón Jiménez de Asúa, es tautológica. El penalista hispano, consecuente con su concepción normativa de la culpabilidad, sostiene que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

Lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: **conocimiento y voluntad**. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.<sup>76</sup>

**Jorge Alberto Mancilla Ovando.**

Precisa: La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad. La inculpabilidad opera, al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad. Conocimiento y voluntad. Dice el autor, que tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuricidad de su conducta, señala como caso genérico el error del tipo; y en forma específica, la excluyente de incriminación de obediencia jerárquica, temor fundado, y las eximentes putativas de legítima defensa, de legítima defensa recíproca, estado necesario, deber y derechos legales y la no exigibilidad de otra conducta.<sup>77</sup>

La no culpabilidad significa que el acusado no es el autor de la conducta que constituye delito en la ley. En consecuencia, no hay responsabilidad penal

Es equivocado considerar la inculpabilidad como excluyente de responsabilidad y falso el tener como eximentes de incriminación al error de hecho o al error de derecho.

---

<sup>75</sup> López Betancourt Eduardo. *Delitos en Particular* Tomo II, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1996, p. 42

<sup>76</sup> Castellanos Tena Fernando. *Lincamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, Decimosexta edición, México 1993, p. 257

<sup>77</sup> Mancilla Ovando Jorge A. *Teoría Legalista del Delito*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1994, p. 38

Las eximentes de responsabilidad son un derecho que integra el espacio jurídico de los gobernados dentro del cual sus conductas son válidas constitucionalmente y lícitas en sus efectos.

El error de hecho, no está previsto en la ley penal como un derecho de los ciudadanos. Es, la falsa apreciación que el inculpado vive de los sucesos que lo rodean, que le hacen actuar en base a premisas equivocadas, sin que su conducta sea concordante con la realidad. El ejemplo doctrinario de ello, son las excluyentes de incriminación putativas de legítima defensa, de estado de necesidad, de deber y derechos legales, obediencia jerárquica, de temor fundado.

Los dictados de la ley penal son aplicables a sucesos reales, que materialmente existen, que pueden ser objeto de prueba. Las normas jurídicas no regulan las ideas, actos de la imaginación de los hombres, ello está excluido como objeto de reglamentación. Los errores de hecho tienen esta categoría, por ello no están previstos en la ley, no son materia que pueda regularse por la legislación.

No constituyen un derecho de los ciudadanos las eximentes putativas y no les excluyen la responsabilidad penal, porque la ley no les establece.

## **2.12 LA IMPUTABILIDAD.**

La imputabilidad debe aceptarse hoy como un tecnicismo que se refiere a la capacidad del sujeto: capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que, por tanto, hace posible la culpabilidad. Es un presupuesto de esta última y por lo mismo difiere de ella como difiere la potencia o la capacidad abstracta de su ejercicio concreto en actos determinados. Puede haber imputabilidad sin culpabilidad, pero no ésta sin aquélla.<sup>78</sup>

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, expresa Fernando Castellanos, debe

tener capacidad de determinarse en función de lo que conoce; luego la aptitud intelectual y valitiva constituye "el presupuesto necesario de la culpabilidad". La imputabilidad, concluye, es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en derecho penal, es decir, de realizar actos referidos al derecho punitivo que traiga consigo las consecuencias penales de la infracción.<sup>79</sup>

Imputabilidad significa la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles. La ley presupone la existencia de estar capacitado, pero determina ciertas circunstancias en virtud de las cuales no existe esta capacidad "normal".<sup>80</sup>

La imputabilidad es la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal, por lo cual únicamente cuando una persona tenga la citada capacidad, podrá ser sujeto a la imputación de delitos que ejecute.<sup>81</sup>

**Fernando Castellanos Tena.**

La imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquella no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva, su ausencia hace inexistente el delito.

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquéllas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

---

<sup>78</sup> Villalobos Ignacio, *Derecho Penal Mexicano Parte General*, Editorial Porrúa, Cuarta edición, México 1983, p. 286

<sup>79</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General*, Editorial Porrúa, Decimosegunda edición, México 1995, p. 402 y 403

<sup>80</sup> Mezger Edmundo, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Cardenas, México 1985, p. 201

<sup>81</sup> López Betancourt Eduardo, *Delitos en Particular Tomo II*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1996, p. 35

### **Francisco Pavón Vasconcelos.**

Enuncia el tratadista: Si la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, la inimputabilidad supone, consecuentemente, la ausencia de dicha capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinar en forma espontánea conforme a esa comprensión.

Concluye: Son casos de inimputabilidad los delitos cometidos por menores de edad, enfermos mentales, sordomudos; y, cuando operen las excluyentes de incriminación de trastorno mental o desarrollo intelectual retardado del inculpado, el miedo grave.

### **Raúl Carrancá y Trujillo.**

La imputabilidad es, aquella figura jurídica que hace incriminable a todo aquél que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstractas e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente. Imputable es todo aquél que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.

### **Celestino Porte Petit Candaudap.**

La imputabilidad. Para el autor, habrá imputabilidad, al no ocurrir la "excepción regla" de no capacidad de obrar en derecho penal, contenida en el artículo 15, fracción II del Código Penal, cuando exista una causa de inimputabilidad.

### **Jorge Alberto Mancilla Ovando.**

La imputabilidad. Esta figura jurídica sólo describe quiénes son los sujetos de la Ley Penal.<sup>82</sup>

En pocas palabras, podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal.

---

<sup>82</sup> Mancilla Ovando Jorge A., *Teoría Legalista del Delito*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1994, p. 39, 43, 47 y 49

La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.<sup>83</sup>

La culpabilidad. Expresa el autor en cita, que para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable. Define la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal. Sustentándose en estos elementos, determina que la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.<sup>84</sup>

### 2.13 LA INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad supone, consecuentemente, la ausencia de dicha capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.<sup>85</sup>

La inimputabilidad es la falta de capacidad para querer y entender en el campo del derecho penal.<sup>86</sup>

Las causas de inimputabilidad son pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, Decimosexta edición, México 1993, p. 212

<sup>84</sup> Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, Decimosexta edición, México 1993, p. 38

<sup>85</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General*, Editorial Porrúa, Decimosegunda edición, México 1995, p. 407

<sup>86</sup> López Betancourt Eduardo, *Delitos en Particular* Tomo II, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1996, p. 36

<sup>87</sup> Castellanos Tena Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, Decimosexta edición, México 1993, p. 223

## **2.14 PUNIBILIDAD.**

### **Fernando Castellanos Tena.**

La punibilidad no es elemento constitutivo del delito. La punibilidad es: 1) Merecimiento de penas; 2) Amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales, y 3) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

### **Raúl Carrancá y Trujillo.**

La punibilidad es, estar sancionado el delito por las leyes penales.

### **Francisco Pavón Vasconcelos.**

La punibilidad es la amenaza de pena que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

### **Celestino Porte Petit Candaudap.**

Afirma el autor: Concurrirá la punibilidad, sino se presenta una de las causas absolutorias a que alude la propia ley.<sup>88</sup>

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena, en función o razón de la comisión de un delito. Constituye un elemento secundario y se encuentra señalada en los tipos penales.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> Mancilla Ovando Jorge A., *Teoría Legalista del Delito*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1994, p. 47

<sup>89</sup> López Betancourt Eduardo, *Delitos en Particular Tomo II*, Editorial Porrúa, Segunda edición, México 1996, p. 43

# **CAPITULO III**

## **ELEMENTOS DEL TIPO**

### 3.1 CLASIFICACION DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO.

Jiménez Huerta dice que el más somero examen de las conductas tipificadas en un código penal o en una ley especial pone de relieve que en la configuración de las mismas, participan elementos de alcance diverso. El comportamiento injusto, antijurídico, que concretiza el tipo es puntualizado, algunas veces, mediante mera descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada; otra, por medio de referencia expresa a la valoración normativa de dicha conducta; y otra más mediante la especial apreciación de la proyección que surge desde el año más profundo del ánimo del autor. Así pues, el gran maestro alude a los distintos elementos integrantes del tipo, de descripción objetiva, normativos y subjetivos.<sup>90</sup>

Se ha dicho también que los elementos del tipo pueden ser objetivos, como el dar un golpe o causar una lesión; o subjetivos cuando radican y deben estudiarse en el agente del delito, aun cuando su concurrencia se valore desde el punto de vista objetivo de la antijuricidad: como la intención de ofender, en la injuria; o el propósito erótico sexual en el rapto.

Por el hecho de ser el tipo una forma descriptiva, todos sus elementos participan de ese mismo carácter descriptivo; pero entre ellos los hay que sólo mencionan un dato que puede ser conocido por los sentidos, como la palabra dicha, el introducirse en determinada habitación o el disparo de un arma de fuego; y hay también elementos normativos cuya concurrencia en un caso concreto sólo puede ser establecida mediante una valoración: como el carácter de la cosa mueble o inmueble, la incapacidad de un menor o de un enfermo, el perjuicio causado por la revelación de un secreto, etc.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Márquez Piñero Rafael, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Trillas, Tercera edición, México 1994, p. 217

<sup>91</sup> Villalobos Ignacio, *Derecho Penal Mexicano Parte General*, Editorial Porrúa, Cuarta edición, México 1983, p. 278

### 3.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS.

En numerosos casos el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se añaden a ella otros elementos que se refieren a estados anímicos del autor en orden a lo injusto. Este aspecto subjetivo de la antijuricidad liga a ésta con la culpabilidad, estableciendo así un contacto entre ambas características del delito. El legislador, como hemos dicho, los incluye a menudo en el tipo y son los elementos típicos subjetivos de lo injusto, que han sido valorados de distinto modo.

Desde el año 1867, Merkel y Von Ihering aludieron a problemas que se relacionan íntimamente con estos elementos subjetivos de la antijuricidad. Después se refieren más o menos impropriamente a ellos, Thon, en 1878; Hertz, en 1880; Löefler, en 1901; Kolhrausch, en 1903; Von Ferneck, en 1905; Dohna, en igual fecha; Fischer, en 1911; Nagler, en el mismo año; Hegler, en 1914, y Mayer, en 1915. Este famoso autor ha insistido mucho en que las fronteras de lo antijurídico y de lo culpable no son coincidentes con los límites de lo objetivo y de lo subjetivo. Los ejemplos se los delitos de tendencia, a que luego aludiremos, lo demuestran. Mezger, desde 1923, da una importancia extraordinaria a estos elementos subjetivos, que también reconocen Zimmerl y Wolf. Últimamente ha hablado el conde de Dohna del “subjetivismo en la teoría de la antijuricidad”, y Tierfelder, de “elementos de la culpabilidad objetivamente concebida”.<sup>92</sup>

Los tipos contienen muy frecuentemente elementos subjetivos por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita. Tales elementos, dice Jiménez de Azúa, exceden del mero marco de referencias típicas, pues su existencia es indudable estén o no incluidos en la definición del tipo cuando este lo requiere. A estos elementos se les ha venido denominando elementos subjetivos del injusto.

Los autores están de acuerdo en señalar a Harold Fischer como el primero en referirse a ciertos momentos subjetivos que intervienen en la necesaria relación entre lo

---

<sup>92</sup> Jiménez de Azúa Luis, *Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito*, Editorial Sudamericana, Tercera edición, Buenos Aires 1990, p. 254 y 255

ilícito y lo lícito, observando que en ocasiones lo antijurídico de la acción se califica en razón del propósito de la gente.

A pesar de la concepción objetiva de la antijuridicidad, privatista en el pensamiento de Fischer, el autor reconoce la existencia de determinadas conductas o hechos en los cuales sólo es posible precisar su ilicitud cuando se dan algunas referencias subjetivas. Estas quedan, en general, incluidas en la culpabilidad, salvo cuando se conectan con la intención o el propósito, en cuyo caso se les relaciona con la antijuridicidad. La doctrina ha seguido caminos diversos por cuanto a la ubicación y a la naturaleza de tales elementos. Hegerl, en 1914, expresa la idea de que no todo elemento subjetivo debe conectarse con la culpabilidad ni todo elemento objetivo con la antijuridicidad. Max Ernesto Mayer colocándose dentro de la concepción objetiva de la antijuridicidad, afirma lo equívoco del término "antijuridicidad objetiva", pues con él se alude a la imputabilidad", reconociendo que tales elementos son características de lo antijurídico y no de la culpabilidad por no coincidir con los elementos de ésta. En los delitos integrados mediante actos de "libidine", hace observar Mayer, es la intención lasciva lo que hacen prohibido el acto. El joven médico del Fausto de Goethe, al tomar a la mujer en torno a la suave cadera, siguiendo las excitaciones de Mefistófeles, le sirve de ejemplo para comprobar que la intención convierte en prohibido el hecho, pues, "con la sola consideración del fin no se encuentra comprobada la antijuridicidad, porque si por ejemplo, en el mismo caso el joven médico hubiera estado borracho, o si hubiese dado su consentimiento por un error excusable, entonces habría actuado antijurídicamente pero no culpablemente. Los procesos subjetivos son los que hacen ilícita una acción y son diversos de los que interesan a la culpabilidad", con lo cual concluye en considerar que los elementos subjetivos de la ilicitud son "características propias de la antijuridicidad, pero no son características de la culpabilidad, ni propias ni impropias". En contraste con lo anterior para Goldschmidt tales elementos pertenecen al ámbito de la culpabilidad.

Las distintas proposiciones de los autores nos llevan a formular una síntesis de la doctrina en la siguiente forma:

a) Una corriente precisa que los elementos subjetivos pertenecen a la antijuridicidad. Tal es el criterio sostenido entre otros, por Mayer.

b) Otra corriente ubica tales elementos en el ámbito de la culpabilidad. Este es el punto de vista expuesto por Goldschmidt.

c) Otro criterio mixto encuentra referencias, en tales elementos, tanto a la antijuridicidad como a la culpabilidad, debiéndose hacer la separación con vista a los tipos en particular.

Jiménez de Azúa, al establecer el deslinde de los elementos de índole subjetiva, los separa así:

- 1) Elementos que de modo indudable se refieren a la culpabilidad;
- 2) Elementos ambivalentes respecto a la culpabilidad y a lo injusto;
- 3) Elementos que al vincularse al fin originan los delitos de tendencia interna trascendente;
- 4) Elementos que al referirse al móvil se ubican en la culpabilidad;
- 5) Elementos de exclusiva referencia a lo injusto, como el animus lucrandi en el robo y el animus injuriandi en los delitos contra el honor.

En opinión de Jiménez de Azúa, los elementos subjetivos no se vinculan propiamente a la culpabilidad. “En los casos en que esos elementos subjetivos del tipo no figuren expresamente en él (y a veces aunque se hallen taxativamente descritos), se precisa una valoración para determinar su existencia y su eficacia... Aunque parezca paradójico, en esto puede hallar apoyo la tesis de Mezger que establece conexiones entre los elementos subjetivos de lo injusto y la culpabilidad, por creer que sin ellas esos elementos no podrían ser imputables al autor. Si la culpabilidad no es simplemente psicológica, sino normativa, en ella pueden recibirse también los influjos de los elementos subjetivos de lo antijurídico. Pero obsérvese que para esa operación de atribuir al agente

la responsabilidad del hecho en cuyo tipo concurren elementos subjetivos de lo injusto, no precisa que estos elementos se asocien a la culpabilidad. Como es sabido, y como veremos al hacer el estudio del dolo, los elementos intelectuales de éste abarcan lo antijurídico de la conducta, sin que por ello lleguemos a considerar que hay diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad. Los más decididos partidarios de la teoría del 'delito como conjunto' retroceden ante esa consecuencia que pone en riesgo el derecho penal liberal".

d) Peculiar posición adopta Ricardo C. Núñez al negar a los elementos subjetivos del tipo relación tanto con la antijuridicidad como con la culpabilidad. Para el autor argentino es incorrecto referirse a tales elementos en orden a la antijuridicidad, pues ello equivaldría a otorgar una función diversa a los elementos objetivos respecto a la determinación de la ilicitud del hecho; igualmente es un error, en su opinión, pretender ligarlos a la culpabilidad, pues ésta puede existir a pesar de aquéllos. En síntesis, los elementos subjetivos del tipo son parte de la acción, pues a ella están referidos en la descripción legal.

En México se han ocupado de esas referencias subjetivas Ignacio Villalobos y Ricardo Franco Guzmán, el primero, cuando reconoce la existencia, dentro de la concepción objetiva de la antijuridicidad de ciertas conductas, por estar incluidas "en la valoración objetiva del acto que con ello resulta antisocial o contrario al orden jurídico".

Franco Guzmán reconoce la existencia de elementos subjetivos en el tipo legal objetivo, los cuales sirven en ocasiones para calificar la culpabilidad del autor y en otras para integrar el juicio de ilicitud de la conducta. Reconociendo la importancia de la distinción entre motivo y fin de la voluntad del sujeto, cuestión destacada por multitud de autores, y admitiendo la posibilidad de casos en que ambos tienden a unificarse, lo cual no impide su fácil separación, considera un error llegar a identificar las funciones de los elementos subjetivos en los tipos penales, pues no pueden pertenecer a la antijuridicidad y a la culpabilidad al mismo tiempo, como quisiera Mezger. "Cuando se habla de elementos subjetivos del tipo, que contribuyen a la integración del juicio de antijuridicidad

—declara enfáticamente—, no se debe hacer referencia a la culpabilidad. Los elementos subjetivos de la ilicitud no se asocian a la culpabilidad, sino que sirven solamente al juicio de tono antijurídico de la acción.

En nuestra opinión, los elementos subjetivos deben estudiarse dentro de la teoría del tipo y de la tipicidad. Las referencias subjetivas no pueden ubicarse, de buenas a primeras, en el ámbito de tal o cual elemento del delito; ello hace necesario el estudio de cada tipo en particular. En ocasiones, como lo ha observado Jiménez de Azúa, la referencia a la culpabilidad es manifiesta con el uso de expresiones que aluden a la intención, al dolo del agente, tales como voluntariamente, con intención, intencionalmente, maliciosamente, deliberadamente, a sabiendas, etc. Igualmente la referencia al móvil revela la exigencia del tipo para comprobar la culpabilidad. El propósito o la finalidad hacen clara la vinculación de los elementos subjetivos a la antijuridicidad (proponiéndose un interés; propósito de causar perjuicio, para fines propios o ajenos, etc.).<sup>93</sup>

Mezger estima, con bastante acierto, que los elementos subjetivos de lo injusto son elementos “subjetivos del tipo”, en cuanto se refieren a un injusto típico legal, siendo a la vez elementos descriptivos, mientras que los elementos normativos son presupuestos de lo injusto tipificado. Los primeros, que son “partes integrantes” del tipo penal, establecidas descriptivamente por el legislador como determinados procesos anímicos, han de comprobarse cognoscitivamente por el juez en cada caso, mientras que los segundos sólo pueden determinarse mediante una valoración especial de las situaciones reales.<sup>94</sup>

Son aquellos que cumplen una función simplemente descriptiva en relación con la voluntad de la gente y de su determinación consciente y finalista. Tal es el caso de las disposiciones que hacen referencia a los móviles especiales del agente. Son exigencias particulares acerca de la determinación finalista de la acción, más allá del verbo rector:

---

<sup>93</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General*, Editorial Porrúa, Decimosegunda edición, México 1995, p. 302 a 307

<sup>94</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Principios de Derecho Penal la Ley y el Delito*, Editorial Sudamericana, Tercera edición, Buenos Aires 1990, p. 258

“con ánimo de lucro” “con miras deshonestas”. Sería también la situación de expresiones que aluden a hecho subjetivos que se producen o concurren en terceros: “el escándalo”, “el descrédito”. Todas estas expresiones son puramente descriptivas de la acción misma (en cuanto a su aspecto interno de voluntad finalista), a su resultado o a su circunstancia. Un grupo importante está constituido por los llamados “delitos de tendencia” en los cuales no se describe (o sólo muy vagamente) la acción, sino que se alude sólo al propósito que guía al hechor. Ejemplo, “toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de la otra”.<sup>95</sup>

Hechos que objetivamente no interesan al derecho penal, cobran interés cuando van acompañados de ciertos estados de conciencia del autor. Cuando el legislador tipifica conductas que sólo son delictivas si se toma en cuenta la situación anímica del sujeto que actúa, ha de hacer referencia, en forma explícita o implícita, a dichos elementos subjetivos, que, desde el momento en que dejan su impronta en la estructura del tipo, se convierten en verdaderos elementos del mismo.

La existencia de estos elementos típicos subjetivos responde a la complejidad que el propio acontecer de la vida ofrece, pues, como hemos visto, en algunos casos la propia realidad objetiva de determinadas conductas pende de la tendencia interna trascendente o del estado de conciencia del autor, y en otros, sólo a través de ellas la conducta antijurídica adquiere significación penal. Imperativos de técnica legislativa brindan fundamento a los elementos subjetivos que contienen los tipos penales, pues el método objetivo de descripción típica es insuficiente ante aquellas conductas cuya exclusiva significación penalística emerge de la tendencia interna o del estado de conciencia que yace en su autor. Ante la insuficiencia de un método estrictamente objetivo o neutro de descripción típica, empléase en estos casos un sistema diverso, en el que las circunstancias anímicas en que el sujeto actúa son tenidas en cuenta, expresa o

---

<sup>95</sup> Reynoso Dávila Roberto, *Teoría General del Delito*, Editorial Porrúa, México 1995, p. 66

tácitamente, por el legislador, para subrayar la exclusiva aplicación de la figura típica a los actos u omisiones de índole internacional.

Resultaría labor agobiadora especificar los tipos del código penal que contienen elementos subjetivos, máxime cuando sus formas de presentación pueden no ser expresas, sino implícitas y latentes.

La importancia de los elementos típicos subjetivos es extraordinaria, pues aparte de condicionar la posible aplicación de la figura típica, sirven para excluir apriorísticamente las configuraciones basadas en los contornos y perfiles del actuar culposo. Sólo los tipos delictivos que no contengan expresas o implícitas referencias a estos subjetivos elementos, son susceptibles de entrar en juego con base en la “imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito internacional”.<sup>96</sup>

El tipo penal es por naturaleza eminentemente descriptivo. En él se detalla, con la máxima objetividad posible, la conducta antijurídica que recoge. De ahí, que la mayoría de los tipos de la parte especial de un Código tenga como contenido una mera descripción objetiva de conducta, descripción que se realiza mediante simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material o tangible.

Los tipos penales describen, por lo general, estados o procesos de naturaleza externa, susceptibles —como indica Mezger— de ser determinados espacial o temporalmente, perceptibles por los sentidos, “objetivos”, fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva y apreciables por el juez mediante la simple actividad del conocimiento.

Existen tipos penales más detallados y concretos, en los que su contenido material no solamente consiste en la realización de una abstracta conducta o en la producción de un resultado, sino en la realización de una conducta o en la producción de un resultado en la forma, con los medios o con las modalidades que la ley específicamente establece.

---

<sup>96</sup> Jiménez Huerta Mariano, *Derecho Penal Mexicano* Tomo I, Editorial Porrúa, Tercera edición, México 1980, p. 90 a 92

La descripción abstracta y objetiva de conducta antijurídica recogida en el tipo penal, contienen un verbo activo —matar en el homicidio; apoderarse, en el robo, etc.— que reviste la trascendente importancia de encerrar la verdadera esencia o núcleo del tipo.<sup>97</sup>

Cuando acabamos de decir, y sobre todo en vista de las alusiones a elementos subjetivos del tipo que no son propiamente referibles a lo injusto, requiere que deslindemos las esferas propias de unos y otros, demarcación que quedará luego perfectamente clara con ejemplos de los códigos penales.

a) Separemos ante todo los elementos subjetivos, que de modo indudable se refieren a la culpabilidad, como cuando un código exige la voluntariedad en el homicidio, para distinguirlo del que se causa por culpa. En estos casos se usa tal mención indebidamente, pues no es necesario decir que el acto es intencional o doloso en cada tipo delictivo, como no debe enunciarse específicamente que ha de ser contrario a la ley, ni que se describe en orden a la consumación y a la actividad del autor. Ni siquiera es preciso referirse al dolo para oponer el tipo doloso al culposo. Bastará definir, por ejemplo, el homicidio por imprudencia, puesto que el descrito como tipo propio se entiende —“mientras no se pruebe lo contrario”— que se comete dolosamente.

b) Hay casos en que el elemento subjetivo aparece con ambivalencia, pues aunque se halla referido a la culpabilidad, refluye en lo injusto. La frase a sabiendas, que veremos usada en los códigos de España y de los países hispanoamericanos, es al respecto demostrativa.

c) En otras ocasiones hallamos en los tipos elementos subjetivos que se vinculan al fin y que en punidad constituyen los delitos de designio, o más propiamente de intención ulterior o de tendencia interna trascendente, que suelen apreciarse —valga el ejemplo de Hegler— como representación de los elementos subjetivos de lo injusto. Los llamados en

---

<sup>97</sup> Jiménez Huerta Mariano, *Derecho Penal Mexicano* Tomo I. Editorial Porrúa, Tercera edición, México 1980, p. 75 a 78

Alemania Absichtsdelikte han dado lugar a dudas, no sólo en cuanto a la traducción de esa voz, que se ha hecho muy diversamente, sino en cuanto atañe a su naturaleza. El Leipziger-Kommentar dice que la palabra Absicht surge en el siglo XVIII del viejo alemán absehen y que pueden atribuírsele tres sentidos distintos; pero en última instancia, y siguiendo a Von Bar, los autores de esos comentarios concluyen creyendo que Absicht y Vorsatz (dolo), no pueden diferenciarse conceptualmente. Aunque al tratar de la culpabilidad nos ocuparemos de este asunto, nos interesa dejar ahora sentado que la fórmula más clara para expresar esos delitos es la que nos ofrece Augusto Hegler: “delitos con tendencia interna trascendente”. La de Eduardo Kohlrausch no es oscura, pero no la creemos exacta: “una finalidad que está situada detrás de la realización del tipo”.

d) Urge separarlos, y por ello los haremos constar cuando nos refiramos a los Códigos de España, de la Argentina y de otros países hispanoamericanos, del elemento subjetivo que expresa el móvil, pues éste yace enteramente en la culpabilidad.

e) Por último, existen en los tipos legales descritos por los Códigos, casos de elementos subjetivos de franca referencia a lo injusto, como el animus lucrandi en los delitos de robo o hurto, y el animus injuriandi, en los delitos contra el honor.<sup>98</sup>

Hay numerosos casos en que el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que agregan a ella otros elementos, referentes a estados anímicos del agente en orden a lo injusto. Se trata de los elementos típicos subjetivos de lo injusto, valorados de muy distinto modo. A partir de 1867, Merkel y Von Ihering aludieron a problemas estrechamente relacionados con estos elementos subjetivos de la antijuridicidad, cuando empezó su difusión. Desde esa fecha se refirieron a ellos, con mayor o menor propiedad: Thon en 1878, Hertz en 1880, Löefler en 1901, Kolhrausch en 1903, Von Ferneck en 1905, Graf Zu Dohna en igual fecha, Fischer en 1911, Nagler también en el mismo año,

---

<sup>98</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal* Tomo III, Editorial Losada, Tercera edición, Buenos Aires 1965, p. 841 y 842

Hegler en 1914, Mayer en 1914, Mezger en 1923, y últimamente los finalistas Welzel, Maurach, Von Weber, Busch y Niese.

La discusión entre los distintos autores se centra en la índole que debe atribuirse a estos elementos subjetivos. Las posturas pueden sintetizarse en tres grupos:

a) La que define que los elementos subjetivos pertenecen a la antijuridicidad, que es mayoritaria y cuyo ilustre representante es Max Ernesto Mayer.

b) La que los sitúa en el ámbito propio de la culpabilidad, o sea, la que los vincula a ésta, postura definida por Goldschmidt.

c) La postura ecléctica, mixta, que sostiene la existencia de referencias en los elementos subjetivos, tanto por lo que hace a la antijuridicidad como por lo que se refiere a la culpabilidad, concretándose la separación en el examen de los tipos en particular.

Por su parte, Jiménez de Azúa, en su obra *La ley y el Delito*, manifiesta que si bien en 1931, cuando escribió *La teoría jurídica del delito*, integró estos elementos subjetivos en la culpabilidad, ahora le parece absolutamente preciso distinguir entre los elementos de culpabilidad que hacen alusión al dolo, y los elementos subjetivos de lo injusto propiamente dichos, que no son --como antes se decía-- dolo específico, aunque aluden a veces a un propósito y a un fin.

Jiménez Huerta señala que como el tipo tienen como fin delimitar y describir conductas antijurídicas, el legislador, al confeccionar los tipos penales, algunas veces hace (también por razones técnicas), una especial referencia a determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir en su conducta, como reflejo de un estado de conciencia, para dejar claramente sentado que la conducta, que tipifica, es sólo aquella que está presidida por dicha finalidad o estado, y para evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo. Así, por ejemplo, hacer uso de un documento falso es una conducta antijurídica, pero sólo adquiere relevancia típica (de acuerdo con la fracción VII del artículo 246 del código penal mexicano) cuando el sujeto

activo del delito hace uso a sabiendas del documento. Cuando el legislador tipifica conductas que sólo son delictivas si se tiene en cuenta la situación anímica del sujeto actuante, ha de hacer referencia (en forma explícita o implícita) a dichos elementos subjetivos, que --desde el momento en que dejan su impronta en la estructura del tipo-- se convierten en verdaderos elementos del mismo.

Imperativos de técnica legislativa dan apoyo a los elementos subjetivos contenidos en los tipos legales, ya que el método objetivo de descripción típica es insuficiente ante aquellas conductas cuya exclusiva significación penalística emerge de la tendencia interna o del estado de conciencia subyacente en el autor. Ante la señalada insuficiencia del método estrictamente objetivo de descripción típica, en estos casos se emplea un sistema distinto, en el que se tienen en cuenta las circunstancias anímicas, del sujeto actuante, unas veces de manera expresa y otras tácitamente, pretendiendo el legislador subrayar la exclusiva aplicación de la figura típica a los actos u omisiones de índole internacional.

Como ejemplo de tipos que expresamente contienen elementos subjetivos, pueden señalarse: el artículo 235, fracción III, correspondiente al uso de moneda falsa o alterada; el artículo 387, fracción II, que se refiere al que por título oneroso enajene alguna cosa con conocimiento de que no tienen derecho para disponer de ella; y el artículo 400, fracción V, que habla de quien no procure por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse. En cuanto a tipos delictivos en los que, si bien no hay mención expresa de elementos subjetivos su interpretación descubre la existencia tácita de los mismos, entre otros el artículo 260 (ejecución de un acto sexual) en que depende de la intención que el agente ponga en sus actos (tocamiento de un médico o de un sátiro). Por su parte, el artículo 367, referido al robo, establece que en el apoderamiento el agente tenga el ánimo de aprobación.

Por último, Jiménez Huerta destaca la singular importancia de estos elementos subjetivos del tipo, ya que --además de condicionar la posible aplicación de la figura típica-- sirve para excluir a priori las configuraciones basadas en los contornos y perfiles del actuar culposo. Únicamente los tipos delictivos que no contengan referencias,

expresas o tácitas, a dichos elementos subjetivos son susceptibles de entrar en juego, con base en la realización del hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen según el párrafo segundo (reforma del 13 de enero de 1984, en vigor desde el 12 de abril del propio año), Diario Oficial de la Federación de 13 de enero, 1984), según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 9 del código penal (reformado el 13 de enero de 1984, en vigor desde el 12 de abril del propio año).

Aparte de Jiménez Huerta, cabe señalar en México, respecto de su postura en cuanto a los elementos subjetivos del tipo, a: Pavón Vasconcelos, quien entiende debe estudiarse dentro de la teoría del tipo y de la tipicidad, teniendo en cuenta el estudio de cada tipo en particular; Ignacio Villalobos, quien reconoce dentro de la concepción objetiva de la antijuridicidad la existencia de algunos elementos subjetivos (constitutivos, excepcionalmente, de la antijuridicidad de determinadas conductas), y que hay necesidad de incluirlos en la valoración objetiva del acto que --con ellos-- resulta antisocial o contrario al orden jurídico (las injurias --dice el maestro Villalobos-- no tendrían el desvalor de un atentado si las palabras dichas no tuvieran el propósito de ofender); y Ricardo Franco Guzmán, quien afirma que los elementos subjetivos de la ilicitud no se asocian a la culpabilidad, sino que sirven solamente al juicio de tono antijurídico de la acción.

Especial posición adopta el argentino Ricardo C. Núñez, para quien los elementos subjetivos del tipo no deben confundirse con la antijuridicidad ni con la culpabilidad, sino que forman parte de la acción, porque concurren a estructurar la descripción legal. El maestro argentino Soler sostiene postura similar.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> Márquez Piñero Rafael, **Derecho Penal Parte General**, Editorial Trillas, Tercera edición, México 1994, p. 222 a 224

### **3.3 ELEMENTOS OBJETIVOS.**

La ley, al establecer los tipos legales, al definir los delitos, suele limitarse a exponer una simple descripción objetiva. El punto legal, pues, detalla con la mayor objetividad posible la conducta antijurídica que recoge. De ahí que la mayoría de los tipos de la parte especial de un código tenga como contenido una mera descripción objetiva de conducta, descripción realizada mediante simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material o tangible. Jiménez Huerta señala, (citando al argentino Sebastián Soler) que para que la ley penal moderna se repunte correctamente confeccionada, no bastará con que diga "el ladrón sufrirá tal pena", sino que deberá definir la acción, que constituye al sujeto en ladrón, mediante la descripción de las peculiaridades en que consiste la acción de robar.

La descripción objetiva, al decir de Jiménez de Azúa, tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal: matar, apropiarse, etc.; pero el tipo (sin abandonar su carácter descriptivo) presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción, que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al tiempo, al lugar, al objeto y al medio.

En cuanto al sujeto activo, el tipo exige, en determinadas ocasiones, una concreta calidad en el agente; por ejemplo, funcionario militar en los delitos de orden castrense, peculado en el servidor público, abuso de autoridad en los agentes de la misma; asimismo, el artículo 247 del código penal habla de falsedad en declaraciones judiciales o en informes falsos proporcionados a una autoridad. Por otra parte, el artículo 123 del citado ordenamiento, al definir el delito de traición a la patria, requiere la calidad de mexicano por nacimiento o por naturalización, en tanto que el artículo 341, del mismo cuerpo legal exige, en el abandono de atropellado, la calidad de conductor de un vehículo.

En cuanto al sujeto pasivo, el tipo legal demanda determinada calidad en el mencionado sujeto; por ejemplo, el artículo 342 requiere, en la exposición de infante, el que éste sea menor de siete años; en el parricidio, el artículo 323 exige el ser ascendiente

del autor, en tanto que el artículo 336 requiere que, en los deberes de asistencia, el sujeto pasivo del delito sea hijo o cónyuge del sujeto activo.

En cuanto al lugar, el artículo 286 establece que el delito deberá cometerse en despoblado o en paraje solitario, a la vez que el artículo 381 bis exige el requisito de que el ilícito se cometa en edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación.

En cuanto al tiempo, el artículo 123, fracción XV, requiere que sea declarada la guerra o rotas las hostilidades, en tanto que el artículo 325 exige que en el infanticidio, la muerte del niño deberá ocurrir dentro de las 72 horas de su nacimiento.

En cuanto al objeto, con referencia concreta al objeto material, el artículo 367, por ejemplo, habla de la cosa ajena mueble en el robo, en tanto que el artículo 395 exige que el inmueble sea ajeno en el despojo.

En cuanto a los medios de comisión, la ley, en determinados casos, requiere de ciertos medios de ejecución para la integración del tipo; así por lo que hace a medios de naturaleza violenta, el artículo 181 habla de coacción a la autoridad pública mediante violencia física o engaño o moral, y el artículo 386 se refiere al engaño o aprovechamiento del error en el fraude.<sup>100</sup>

La ley, al definir los delitos; es decir, al establecer los tipos legales, se limita a menudo a dar una mera descripción objetiva.

En la mayor parte de los códigos la definición del homicidio es por demás simple y puede ser paradigma de brevedad. Se limitan a decir las legislaciones que el homicidio consiste en “matar a un hombre”.

En cambio, son muchos más complicadas las nociones del hurto y del robo. El legislador argentino los caracteriza por el verbo “apoderarse”, que forma el núcleo del tipo, y añade: una referencia al objeto - cosa mueble -; una alusión a las valoraciones jurídicas consistente en que la cosa sea ajena; y un elemento normativo - quitarla

---

<sup>100</sup> Márquez Piñero Rafael, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Trillas, Tercera edición, México 1994, p. 219 y 220

ilegítimamente, cuyo término interpreta Soler de modo subjetivo -. Al definir el robo se habla, además, del medio: violencia contra las personas o fuerza en las cosas.

La pura descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal: matar, apropiarse, etc. Pero el tipo, sin dejar de ser meramente descriptivo, presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio

A veces, en ciertos delitos se exige un determinado sujeto activo, como, por ejemplo, la función militar en los delitos castrenses, y la calidad de funcionario público en el peculado, en la concusión, en los numerosos delitos, de abusos de la autoridad y de las infracciones de los deberes de los funcionarios públicos, etc., En otros casos sólo puede infringir la norma a que el delito se refiere el empleado público, el empleado de correos o telégrafos, el ministerio del culto, etc.

A un determinado sujeto pasivo se refieren otros artículos de los códigos penales: Han de serlo el gobierno legítimo de la patria, el Presidente, el Vicepresidente; los Jefes de potencias extranjera, o los representantes de ellas; los ascendientes o los cónyuges; la niña menor de doce años en ciertas clases de violación; la mujer honesta en la seducción, la mujer en el rapto y en el aborto; los parientes dentro de grados consanguíneos en el homicidio calificado; el niño recién nacido en el infanticidio, etc.<sup>101</sup>

Por elementos subjetivos podemos entender que son aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal.

Aunque el núcleo del tipo lo constituye la acción u omisión trascendentes para el Derecho expresado generalmente por un verbo y excepcionalmente por un sustantivo (atentar, destruir, poseer, vender, traficar, portar, disparar, privar, ejecutar, etc.), son igualmente elementos del tipo todos los procesos, estados, referencias, etc., conectadas a

---

<sup>101</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Principios de Derecho Penal la Ley y el Delito*, Editorial Sudamericana, Tercera edición, Buenos Aires 1990, p. 254 y 255

la conducta y que resultan modalidades de la misma cuando forman parte de la descripción legal.

Estas modalidades no interesan en principio a la ley, según expresión de Mezger y por ende no influyen en la tipicidad de la conducta o del hecho, pero en ocasiones la adecuación típica sólo puede producirse cuando se satisfacen las exigencias concretas de la ley.<sup>102</sup>

### **3.4 ELEMENTOS NORMATIVOS.**

Fue Max Ernest Mayer quien primero habló de los elementos normativos diciendo que “son aquellas partes esenciales de un resultado típico, que no tiene más que importancia valorativa determinada”. Como partes esenciales de la acción se distinguen de las referencias del acto y son, por lo demás, lo más fácil de reconocer por una característica que falta en ellas: son partes esenciales que con el movimiento corporal no están en relación de casualidad. Que la cosa sustraída sea ajena, no está causado por el ladrón, la difusión del hecho falso es la obra del difamador, no la falsedad de los hechos”. Ahora bien, en un segundo párrafo se ocupa Mayer de los “propios elementos de la antijuricidad”, y dice: “Cuando una circunstancia no indica la antijuricidad, sino que la fundamenta, no es entonces ratio cognoscendi, sino ratio essendi, y pertenece a la antijuricidad: es su parte esencial. Los elementos normativos del tipo tienen precisamente esa particularidad. En tanto que en la sustracción yace un indicio del apoderamiento antijurídico. La ajenidad de la cosa es su parte esencial; si falta la sustracción, se excluye el tipo del hurto; si falta la ajenidad, se excluye la antijuricidad del apoderamiento.

Por su parte Mezger expone una doctrina muy semejante a la de Mayer. Tras del aserto de que “la antijuricidad de la acción es una característica del delito, pero no es una característica del tipo”, desarrolla esta tesis dudosa: la de que no pertenece al tipo la característica expresada por el adverbio antijurídicamente, aunque éste se halle contenido

---

<sup>102</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General*, Editorial Porrúa, Decimosegunda edición, México 1995, p. 299 y 300

de modo expreso en la definición de un determinado delito, como ocurre en el allanamiento de morada del artículo 123 del Código alemán, en que se exige que se penetre en ella “contra derecho”, o en el artículo 239, en que se demanda igual elemento antijurídico en el delito contra la libertad personal consistente en detener a una persona, así como en la apropiación indebida del artículo 246, etc. Mezger opina, que taxativamente el hecho ha de cometerse de manera antijurídica, y que no suponga “sólo la indicación hecha al juez de que en tales casos examine con especial esmero si existe una posible causa de exclusión de lo injusto”, pues resultaría por demás aventurado decir que “incluso en tales casos debe negarse la pertenencia al tipo de dicha característica”.

En primer término no hay motivo alguno para poner en guardia al juez de modo especial en estos delitos, para que se cuide particularmente de la exclusión de lo antijurídico. Mayor motivo que para hacerlo constar en la apropiación indebida, lo hay para que se consigne en el hurto, como veremos que hace el código penal argentino. Y, sobre todo, mucha más razón existiría en que ese elemento figurase en el homicidio, como Carrancá quiso, ya que la causa de justificación tienen en él máxima trascendencia. Recordemos que en las viejas leyes, la legítima defensa aparece y se regula junto a los homicidios.

En verdad, y aunque no quiera Mezger que el juicio recaiga sobre el tipo, estos elementos normativos son verdaderos casos de impaciencia del legislador, que obligan al juez de instrucción a hacer valoraciones.

Junto a esas “características” antijurídicas, de las que dice erróneamente Mezger que “debe negarse la pertenencia al tipo”, nos habla de otras que son “elementos del tipo”, y las que explícitamente denomina “elementos típicos normativos”. Ahora discurre sobre estos problemas Karl Engisch, que se muestra bastante de acuerdo con Mezger hasta el punto de confesarse deudor del maestro de Munich en “buena parte” de lo por él expuesto. Nos interesa destacar, de su interesante artículo, la función de estos elementos como enlace entre lo típico y lo injusto, ya que es posible preguntarse: ¿dónde acaba la tipicidad y dónde comienza la antijuricidad? Por eso Engisch no quiere presentar una

construcción unitaria y uniformada, y prefiere ofrecer varios grupos de tipicidad; es decir, que reconoce varias tipicidades de morfología más o menos afin con los elementos de lo injusto; pero en cada grupo conceptual operan distintas notas normativas que desempeñan en cada tipo un papel propio, con sus problemas privativos. Su tesis se desvía totalmente del monismo de Erik Wolf, que trata de reducir todos los elementos de lo típico a la normatividad —con lo que se muestra conforme J. Goldschmidt—, aunque el Profesor de Freiburg acaba por reconocer la diferencia entre los elementos normativos en sentido estricto y en sentido amplio (“relación Menos en desacuerdo se halla Engisch con el punto de vista de Welzel, tal vez el viejo Catedrático de Munich Edmundo Mezger. Aparece evidente ahora en Hans Welzel la contraposición entre el doble concepto de la normatividad (relación valorativa y referencia de valoración) y el doble concepto de la descriptividad: la descriptividad en sentido amplio comprende un ser óntico como peculiaridad del concepto jurídico, y la descriptividad sensu stricto está en conformidad con un ser “natural”. Sabido es que esta división le sirve a Welzel para trabajar sobre el error en el tipo y el error de prohibición.

A nuestro juicio, y al contrario de lo que piensa Mayer, los elementos de Mezger llama “típicos normativos” y que como veremos se refieren a estimativas jurídicas, empírico-culturales, etc., son meramente valorativos y no se vinculan directamente con la estricta apreciación normativa, en tanto que los otros no afectan a la antijuricidad hasta el punto de ser su *ratio essendi*, pero sí se refieren a ella. Tratemos de esclarecer lo que así planteamos.

a) Los elementos insertos en el tipo que exigen una especial valoración de la situación de hecho —como Mezger dice— revisten muy distinta índole, aunque tienen una esencia común: pertenecen al tipo y por ello se vinculan a la mera descripción típica, aunque esos elementos obliguen al juez a hacer un juicio sobre una concreta situación de hecho, pero ordinariamente ese juicio es cognitivo.

1) Unos son claramente cognoscitivos y el juicio jamás rebasará ese proceso, como acontece con la verdad o falsía de una afirmación en el falso testimonio, con el peligro de vida, en las lesiones, etc.

2) En otro grupo de esos elementos aparece ya más clara la necesidad valorativa o estimativa (no de "clase normativa", como cree Mezger), según ocurre en los delitos contra el honor al apreciar el sentido de las imputaciones, de las frases o de los actos, que ha de ser en deshonra, menos precio, etc.

3) Entre esa categoría de elementos los hay que reclaman una valoración jurídica, como la ajenidad de la cosa en el robo y hurto; el concepto de tutor, en los delitos de corrupción de menores; el de funcionario en las infracciones propias de éste o en que es víctima exclusiva; el de documento público en las falsedades, etc.

4) La valuación es empírico-cultural en otros casos, como cuando se habla de deformidad a consecuencia de las lesiones, de la honestidad en la mujer estuprada o en los abusos contra aquel sentimiento, de la obscenidad de las exhibiciones punibles, etc.

No nos cansaremos de insistir en que estos elementos valorativos para el juicio de conocimiento, no son estrictamente normativos. Sólo pueden afirmarlo los que, como Erik Wolf, creen que todos los elementos del tipo tienen carácter normativo, exageración que ya hemos denunciado y contra la que se levantaron Mezger en Alemania y Bettiol en Italia.

b) Los elementos normativos son aquellos en que se ocupó Mezger en primer término y que a su juicio no son elementos del tipo, sino características de la antijuricidad, según hemos visto. Estamos de acuerdo en que, a diferencia de los que acabamos de estudiar y que se refieren a la situación de hecho, éstos se ligan a lo injusto. Pero no podemos aceptar que se consideren fuera del tipo, cuando al describirlo se hicieron constar en él por el legislador.

Son, por tanto, a nuestro juicio, elementos normativos vinculados a la antijuricidad, que constan en la descripción típica, y que, obligan al juez instructor a sobrepasar su

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

función propia meramente cognoscitiva, para entrar en valoraciones de carácter normativo. Estos tipos por asumir naturaleza distinta, y por hacer que el juez de instrucción desvirtúe su genuino papel, han sido llamados por nosotros tipos anormales.

En verdad no vemos razón alguna para que el legislador los consigne expresamente en un tipo concreto, cuando las características de ser “antijurídico”, contrario al derecho”, fuera de los casos permitidos por la ley”, etc., es patrimonio general de todos los delitos, ya que éste no existe si no es contrario a la norma. Y puesto que no nos ha convencido Mezger al decir que en estos casos la ley exige al juez especial cuidado en el examen de las causas que pueden justificar la conducta, insistimos en nuestro criterio de que se trata de impaciencias del legislador, que en vez de contentarse con una mera descripción objetiva, a la que pueden añadirse las indispensables modalidades y referencias a la acción y sus correspondientes elementos subjetivos, ha insertado anticipadamente la valoración normativa.

En esto encontramos nosotros la razón de no dar el carácter de elementos normativos a los que sólo exigen un juicio cognoscitivo, o una valoración jurídica o empírico-cultural. Por lo mismo que los tipos genuinamente normativos dan al juez instructor una función superior a la ordinaria, deben concebirse restrictivamente, en salvaguarda del derecho penal liberal.

Por tratarse de tipos anormales que hacen que el juez instructor salga de su genuino menester, esos elementos son de importancia superlativa y me parece que se indiquen, con toda exactitud, los que figuran en los tipos definidos en los Códigos de España, de la Argentina y de los demás pueblos de Iberoamérica.<sup>103</sup>

Ernesto Beling insiste, en 1930, en su afirmación de que todos los elementos del tipo son puramente descriptivos. Para él, los conceptos de ejercicio legítimo al hablar de actos de la autoridad, o el carácter ajeno de la cosa en el robo y en el hurto, no son elementos normativos, sino “referencias jurídicas” de la conducta, que “conservan su

---

<sup>103</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal* Tomo III, Editorial Losada, Tercera edición, Buenos Aires 1965, p. 900 a 905

función descriptiva”, puesto que sólo sirven para delimitar dicha conducta en sentido de una especie de delito. De igual modo repudia Beling los elementos subjetivos, pues en su concepto la intención impúdica o el ánimo de lucro no son más que frases que se refieren a la descripción.<sup>104</sup>

Al decir Mezger son presupuesto del “injusto típico” que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho. Para nosotros formar parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico.

Los elementos normativos, al decir Jiménez de Asúa, Se encuentran tan vinculados a la antijuridicidad, pero no se puede por ello excluirseles de la descripción típica y negarles su carácter de elementos como pretende Mezger. “En verdad no vemos razón alguna —expresa el maestro español— para que el legislador los consigne expresamente en un tipo concreto, cuando las características del ‘antijurídico’, ‘contrario al Derecho’, ‘fuera de los casos permitidos por la ley’, etc.; es patrimonio general de todos los delitos, ya que éste no existe sino contrario a la norma”.<sup>105</sup>

A veces, como indica Jiménez Huerta, en las figuras típicas, respecto de su contemplación, las cosas no acontecen con tanta sencillez, de suerte que esas figuras contienen otros elementos más complejos que los estrictamente descriptivos. El gran penalista añade que ello es debido, frecuentemente, a exigencias de técnica legislativa, pues hay ocasiones en que, para tipificar una conducta, es necesario incluir en su

---

<sup>104</sup> Jiménez de Asúa Luis, **Principios de Derecho Penal la Ley y el Delito**, Editorial Sudamericana, Tercera edición, Buenos Aires 1990, p. 257

<sup>105</sup> Márquez Piñero Rafael, **Derecho Penal Parte General**, Editorial Trillas, Tercera edición, México 1994, p. 218 a 219

descripción elementos que implican juicios normativos sobre el hecho y que obligan al intérprete a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada.

Frente a los elementos normativos, la actividad del juez no es como en los elementos descriptivos u objetivos, meramente cognoscitiva (es decir, dejar establecidas en los autor las pruebas del hecho, que acreditan el mecanismo de subsunción en el tipo legal), sino que se trata de una actividad de carácter valorativo, la cual no debe realizarse, sin embargo, desde el punto de vista subjetivo del juez, sino con criterio objetivo, o sea, según la conciencia de la comunidad.

Mezger dice que los elementos normativos son presupuestos del injusto típico, que sólo pueden determinarse mediante una especial valoración de la situación de hecho. Según Jiménez Huerta, Mezger se esfuerza en concretar, con la mayor precisión posible, los elementos normativos del tipo legal. Para Mezger, son de pura índole normativa los elementos que exigen una valoración jurídica o cultural. Los que exigen una valoración jurídica (que, según el autor alemán se relacionan de múltiples formas con los tipos penales), respecto de México, por ejemplo, pueden citarse: la cosa mueble ajena del artículo 367, el bien inmueble o derecho real del artículo 395, fracción I. Los que requieren una valoración cultural (aquellos en los que el proceso valorativo ha de realizarse conforme a determinadas normas y concepciones vigentes, que no pertenecen propiamente a la esfera del derecho, sino al acervo cultural o normativo comunitario) tienen como ejemplo —en México—: la deshonra, el descrédito, el perjuicio o el desprecio del artículo 350.

Sin embargo, Jiménez Huerta señala que los elementos típicos normativos no pueden admitirse en la forma concebida por Mezger, pues ello supondría aceptar la concepción de Erik Wolf, para quien todos los elementos del tipo tienen un carácter normativo por la inevitable transformación sufrida por cualquier concepto al entrar en contacto con la norma jurídica, e incluso la de Ernesto Beling al negar la existencia de estos elementos normativos, y que todos los elementos del tipo son descriptivos. En cuanto a los conceptos jurídicos que implican los tipos, carecen de esencia normativa y se

presentan simplemente como materia de reglamentación. Según Jiménez Huerta, Wolf tendría razón, ya que toda expresión gramatical implica una idea y presupone, en su sentido y en su interpretación, un valor cultural. Asimismo, Beling también tendría razón, pues las expresiones gramaticales, en cuanto contienen ideas y presuponen un valor cultural, se presentan siempre como objetos de reglamentación jurídica. En consecuencia, añade Jiménez Huerta, estimar o no determinada expresión como normativa dependería de la complejidad, rareza o especialización del concepto que la misma implicase, lo cual, si bien presupone un mayor esfuerzo valorativo del juez, conceptualmente no representa nada diverso de las demás valoraciones que suele hacer para fundar su conocimiento y juicio.

Cabe decir que los verdaderos elementos normativos (contenidos en los tipos legales) son aquellos que, por tener desvalor jurídico, destacan específicamente la antijuricidad. Cada vez que el tipo penal contenga una especial alusión a la antijuricidad de la conducta descrita en él, incluirá una específica referencia al mundo normativo, en el que la antijuricidad se basa. Así en el código penal pueden señalarse, a guisa de ejemplo, los siguiente; artículo 173, abrir o interceptar indebidamente comunicación escrita; artículo 178, rehusar, sin causa legítima, la prestación de un servicio de interés público; artículo 179, negativa a comparecer sin excusa legal. El maestro Jiménez Huerta indica que, en este sentido, Jiménez de Azúa, Carrancá y Trujillo, Max Ernesto Mayer, Grispigni, Hippel y Florián, entre otros, conciben la existencia de elementos del tipo.

Señala como peligro de los tipos normativos el posible aumento de una siempre peligrosa facultad discrecional del juez, lo cual resulta objetable desde una concepción liberal del derecho penal, por cuanto comporta cierta entrega de la libertad del individuo a la apreciación del juzgador, ampliando sus potestades ordinarias. De ahí que Jiménez de Azúa se incline por una concepción restrictiva de los elementos normativos del tipo.<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> Márquez Piñero Rafael, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Trillas, Tercera edición, México 1994, p. 220 a 222

En la contemplación de las figuras típicas no siempre las cosas discurren con tanta sencillez. Acaece muchas veces que las figuras típicas contienen otros elementos más complejos que los estrictamente descriptivos. Es ello, a menudo, debido a exigencias de técnica legislativa, pues, en ocasiones, para tipificar una conducta es necesario incrustar en su descripción elementos que implican juicios normativos sobre el hecho y que obligan al intérprete a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada. Frente a los elementos normativos, dice Crispigni, el juez debe desenvolver, además de una actividad cognoscitiva (comprobación), una actividad valorativa, la cual, empero, no debe ser realizada desde el punto de vista subjetivo del juzgador, sino con criterio objetivo, esto es, según la conciencia de la comunidad.

No reina la paz entre los penalistas en orden a estos elementos normativos del tipo penal. Beling niega su existencia y considera que todos los elementos del tipo son puramente descriptivos, ya que en ellos no se expresa la valoración jurídica que califica lo antijurídico. Los conceptos jurídicos que contienen los tipos penales se presentan, afirma Beling, simplemente con materia de reglamentación y, por ende, no tienen naturaleza normativa. El legislador para tipificar una conducta utiliza toda clase de elementos: el comportamiento corporal, la situación vital de la que éste proviene y el estado de cosas que el mismo ha creado. No puede impedirse al legislador que se sirva de referencia jurídicas de la conducta "cosa ajena", "cosa propia", "ejercicio ilegítimo de un cargo", en la construcción de los tipos. Sin embargo, estas expresiones jurídicas despliegan tan sólo una función descriptiva y nada anticipan sobre la antijuricidad.

Frente a la posición negativa de Beling, debe situarse la ampliamente admisible de Mezger. Este considera como elemento normativo del tipo todo aquel que para ser determinado requiere una previa valoración. Mientras que los elementos típicos subjetivos y objetivos se refieren a aquellas partes integrantes del tipo penal fijadas por el legislador descriptivamente como determinados estados y tratados caso por caso por el juez cognoscitivamente, en los elementos típicos "normativos" se trata de presupuestos

---

del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho.

Los elementos típicos normativos son, según Mezger, extraordinariamente numerosos, pues incluso hace suya la afirmación de Erik Wolf, de que todos los elementos del tipo tienen carácter normativo, ya que todos son conceptos jurídicos, y, por tanto, conceptos valorativos teleológicamente tipificados. Sin embargo, cree Mezger conveniente, por razones de Derecho público (político), destacar dentro de lo posible y del modo más claro los elementos “descriptivos” de los tipos penales, para con ello rechazar en tales casos el juicio valorativo con su secuela de indeterminación y de subjetivismo, a menudo peligroso.

Se esfuerza Mezger en determinar con la mayor precisión los elementos normativos del tipo penal. De pura índole normativa son para él los elementos que exigen una valoración jurídica o cultural. Los que exigen una valoración jurídica los hallamos —dice Mezger— atravesando en todas direcciones los tipos penales.

Los elementos típicos normativos no pueden admitirse en la forma en que los concibe Mezger. Si se aceptasen sus puntos de vista habría que dar la razón, tanto a Erik Wolf cuando afirma que todo elemento del delito tienen carácter normativo por la inevitable transformación que sufre cualquier concepto al ponerse en contacto con la norma jurídica, como a Beling cuando niega la existencia de estos elementos por estimar que los conceptos jurídicos que contienen los tipos penales carecen de esencia normativa y se presentan simplemente como materia de reglamentación. La tendría Erik Wolf, ya que toda expresión gramatical encierra una idea, y presupone en su sentido y en su interpretación un valor cultural. La tendría Beling, pues las expresiones gramaticales, en cuanto encarnan ideas y presuponen un valor cultural, se presentan siempre como objetos de reglamentación jurídica; y, en consecuencia, el que determinada expresión se estimase o no como normativa dependería de la mayor complejidad, rareza o especialización del concepto que la misma encerrase, lo que, si bien presupone un mayor esfuerzo en la valoración que el juez ha de efectuar, conceptualmente no representa nada diverso de las

demás valoraciones que normalmente hace para fundar su conocimiento y juicio. En realidad, quizá esté en lo cierto Baumann, en cuanto observa que el deslinde entre las características descriptivas y normativas es fluctuante. También la característica normativa contienen una cierta descripción y también la característica descriptiva no es siempre descriptiva.

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 contienen 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.

Los tipos delictivos son tipos de antijuricidad o ilicitud; concretizan, delimitan y acotan una antijuricidad preexistente y hallan en la misma su razón de ser. De inmediato se advierte que, en estrictos principios, resulta superfluo incluir en el tipo estos elementos normativos, pues sub intelligenda tan sólo pueden integrar su contenido aquellas conductas que son antijurídicas, es decir, que por ser realizadas injustamente, indebidamente, sin causa legítima o justificada, contradicen las esencias del derecho. Las conductas realizadas en ejercicio de un derecho son insumibles en un tipo penal. Algunos tipos proclaman especialmente la calidad delictiva de la conducta que nutre su contenido queda condicionada a que la expresada conducta sea efectuada injustamente, indebidamente, sin derecho o causa justificada, no tienen otra significación que la de una aparente redundancia.

Los elementos normativos incrustados en el tipo son una llamada de atención al juez penal; se le advierte que de una manera especial debe afirmar concretamente la antijuricidad de la conducta, pues debido precisamente a esta valoración normativa, un hecho puede pasar —siendo idéntico el comportamiento material— de hecho aparentemente lícito a hecho esencialmente ilícito; del mismo modo que en los tipos exentos de elementos normativos, un hecho aparentemente ilícito puede pasar a la categoría de hecho esencialmente lícito.

Si se profundiza sobre la verdadera significación de los elementos normativos, forzoso es concluir que obedecen a imperativos de técnica legislativa. Sin embargo, preciso es subrayar que su inoportuna inclusión en las figuras típicas afecta a la seguridad jurídica. “Con la introducción de elementos que requieren por parte del juez una valoración normativa —afirma Bettiol— se viene a ampliar considerablemente los poderes discrecionales del juez y a hacer elásticos los tipos delictivos. Es notorio, que un pensamiento individualístico-liberal soporta mal que la libertad individual sea entregada a la discreción del magistrado. Esto puede acontecer no sólo cuando el principio de legalidad no es la base de la legislación, sino también cuando en lugar de “tipos elásticos” impregnados de elementos normativos. Por principio los elementos normativos del hecho responden a una concepción que no ve con particular recelo un aumento de los poderes discrecionales del juez y el correspondiente peligro para la libertad individual. También Jiménez de Azúa estima que, en salvaguarda del derecho penal liberal, los elementos normativos deben concebirse restrictivamente. Y finalmente Baumann, manifiesta que falta la determinación de los presupuestos jurídicos cuando una disposición penal emplea con exceso características del tipo; éstas hacen pensar que se trata de una disposición legal sobre conducta punible, pero en realidad dejan totalmente al juez la determinación de dicha conducta. Una disposición tan sólo aparente, como ésta, se presenta cuando el legislador emplea características del tipo excesivamente normativas, que exigen una valoración; el juez tiene que darles sentido. Cierto que es imposible prescindir de características normativas del tipo que son, a veces, extraordinariamente indicadas para deslindar la conducta punible. Pero, si se emplean características altamente normativas con excesiva despreocupación, se pondrá a cargo del juez la tarea —que incumbe al legislador— de decidir acerca de lo punible y de su determinación exacta.<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> Jiménez Huerta Mariano, *Derecho Penal Mexicano* Tomo I, Editorial Porrúa, Tercera edición, México 1980, p. 82 a 89

Otras veces el legislador instala en el tipo elementos normativos, diversamente concebidos por Mayer y Mezger. Este último, no sólo engloba bajo esa rúbrica los elementos de mera índole normativa en que el juez ha de desentrañar el verdadero sentido antijurídico, sino también los que exigen una valorización jurídica (como la ajenidad de la cosa en el hurto y en el robo), o una valoración cultural (como la honestidad exigida a la mujer en ciertas formas de los delitos sexuales). Dado el papel que, a nuestro juicio, desempeñan esos elementos normativos, lejos de ampliar su número nos interesa fijarlos restrictivamente. Es preciso separar los meros elementos valorativos, sea esta valoración jurídica como el concepto de “documento”, de “funcionario”, etc. o sea cultural como el desprecio en la difamación y la honestidad en la seducción.

Los elementos propiamente normativos y que sólo por impaciencia del legislador se formulan en los tipos, suelen ser frecuentes en muchos códigos, si bien en algunos de los de Iberoamérica no lo son tanto. Se expresan con los calificativos de “ilegítimo” o “ilegítimamente”, “indebidamente” “sin autorización del gobierno”, “sin estar autorizados por la ley” “ilícitamente”, sin autoridad o derecho para ello, faltando a las condiciones o formalidades establecidas por la ley, sin justo motivo, sin motivo justificado, o sin tazon legal, sin el consentimiento o licencia de su dueño, matar un animal ajeno “sin necesidad”, etc.<sup>108</sup>

No dejan de ser tipos normales los que llevan en su descripción referencias al acto y modalidades del mismo. Con exactitud dice Mezger que se trata de “elementos típicos objetivos”, en los que los estados y procesos externos, en que se basa la responsabilidad del agente, se aprecian por el juez mediante la simple actividad de conocimiento. El núcleo del tipo, las referencias al sujeto activo y objeto, y las resultantes modalidades pertenecen a este grupo.

No resulta tan claro, aunque Mezger considera que han de equipararse a esos estados y procesos externos, assimilar a ellos las situaciones y efectos anímicos en otras

---

<sup>108</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Principios de Derecho Penal la Ley y el Delito*, Editorial Sudamericana, Tercera edición, Buenos Aires 1990, p. 257

personas distintas del autor, como sentirse perturbado en las buenas costumbres cuando se trata de delitos de escándalo público, el dolor en las lesiones, la ofensa a la dignidad en la injuria, el engaño en la estafa, etc. Nos hallamos ante procesos de doble consideración: si en la injuria la víctima se siente ofendida, en el autor existe animus iniuriandi. No es fácil separar el anverso y reverso de estas acciones y por ello es aventurado situar abiertamente la impresión en el sujeto pasivo entre los estados de mera índole objetiva, puesto que procede de un elemento subjetivo de lo injusto (el ánimo de deshonrar por ejemplo). Como luego veremos, Leopoldo Zimmerl se vale de esos estados o procesos que se causan en la víctima para basar uno de los términos de clasificación de los tipos: el constituido por los elementos subjetivos dados fuera del autor.

Ahora bien, a veces, en los tipos se han hecho incrustaciones demandadas por la actual imperfección de la técnica e incluso innecesarias referencias a otros caracteres, como cuando se involucra en la descripción objetiva un elemento de la culpabilidad; en otras se ha hecho preciso determinar el fin del agente o su ulterior propósito; en ciertos tipos legales era indispensable fijar el elemento subjetivo de lo injusto, y, por último, la impaciencia del legislador ha enclavado en la mera descripción objetiva, para la que basta el proceso de conocimiento, una referencia normativa, que obliga al juez a valorar. Estos son, como se ha dicho ya los tipos normales.

Contra aquellos elementos subjetivos de la antijuricidad y estos elementos normativos, se pronunció Beling en su trabajo de 1930, incluido en el homenaje a Frank; mejor dicho, combatió la tesis de dotarles de papel distinto al de mera descripción en el tipo. Para el creador del “tipo legal”, los conceptos de ejercicio legítimo al hablar de actos de la autoridad, o el carácter ajeno de la cosa en el robo y en el hurto, no son elementos normativos, sino “referencias jurídicas” de la conducta, que “conservan su función descriptiva”, puesto que sólo sirven para delimitar dicha conducta en sentido de una especie de delito. De igual modo repudia Beling los elementos subjetivos, pues en su concepto la intención impúdica o el ánimo del lucro no son más que frases que se refieren a la descripción. “De manera totalmente análoga han de manejarse todas las demás

palabras del texto de la ley que se acostumbran a presentar como caballo de batalla de los Tatbestände legales. Tal procedimiento —el seguido por él— sólo podría espantar a la jurisprudencia que rinde culto a la palabra, que ve en las palabras de la ley la última conclusión de la sabiduría. Como veremos al exponer los elementos normativos, no le falta razón a Beling cuando se trata de elementos valorativos o estimativos referentes al orden jurídico común o al empírico-cultural; pero en cambio nos parece que adopta una posición errónea en orden a los elementos normativos.

Todavía nos resta, antes de entrar en el examen de los elementos subjetivos de lo injusto y de los elementos normativos, esclarecer la razón de nuestro plan sistemático. Los penalistas alemanes gustaban de enclavar el estudio de esas dos clases de elementos de la antijuricidad. Así lo hizo, primero de todos, Max Ernest Mayer, y también Mezger. Cierto que este último, al ocuparse en la “estructura de los tipos en particular”, se refiere a los “elementos típicos subjetivos” y a los “elementos típicos normativos”, como también lo hace Eberhard Schmidt; pero no es menos exacto que el profesor de Munich trata antes de los elementos subjetivos de lo injusto, con personalidad propia. La exposición de tan importante asunto le sirve como enlace entre la “noción esencial de la antijuricidad” y el análisis del “tipo penal”, aunque ha de confesarse que la enclava en el apartado de la “antijuricidad como injusto objetivo”. Como veremos en seguida, los modernos penalistas alemanes localizan de diverso modo estos elementos, prefiriendo situarlos en la culpabilidad o en el dolo, mientras que Mezger, ansioso de ponerse a tono con las teorías pretendidamente nuevas, precisa ahora su antigua sistemática encuadrándolos en el “lado interno de lo injusto”.<sup>109</sup>

Nosotros nos adscribimos a lo fundamental de este razonamiento, si bien aplicándole a nuestra tesis esencial sobre la misión del juez instructor, de que luego volveremos a tratar. En estos tipos anormales, en que a más de los elementos puramente descriptivos hay elementos normativos y subjetivos, el juez no puede contentarse con el

---

<sup>109</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal* Tomo III, Editorial Losada, Tercera edición, Buenos Aires 1965, p. 823 a 825

mero proceso de conocimiento. Incluso ante elementos subjetivos del tipo, la función objetiva debe ser superada, y, sin quebrantar su papel cognoscitivo, penetrar en el ánimo del agente. Con mayor motivo aún, en presencia de elementos el juez instructor no ha de reducirse a su habitual menester. En tales hipótesis, que han de ser fijadas cuidadosamente en cada caso, el juez de instrucción está obligado a hacer un juicio valorativo sobre la índole antijurídica de la conducta del autor.<sup>110</sup>

Son aquellos que tienen un sentido valorativo. Así ocurre en las expresiones “maliciosamente”, “voluntariamente”, “intencionalmente”, etc. Estas expresiones, siendo valorativas, no pueden formar parte nunca del tipo. No hay inconveniente, en cambio, en admitir que forman parte de la figura delictiva donde a veces constituyen a precisar el “tipo de culpabilidad” con determinadas exigencias.

Por elementos normativos de los tipos penales se han entendido diversos conceptos, que han contribuido a confundir su problemática y a oscurecer las relaciones entre tipicidad y antijuricidad. Luis Jiménez de Asúa: elementos normativos van a dar a la antijuricidad y elementos valorativos quedan en el tipo.

Beling considera que el tipo tienen un núcleo y una zona periférica, siendo acto de ejecución, y por ende punibles, los que estén dirigidos a la realización del verbo activo del tipo legal correspondiente, instalados así en la esfera del núcleo.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Jiménez de Asúa Luis, *Principios de Derecho Penal la Ley y el Delito*, Editorial Sudamericana, Tercera edición, Buenos Aires 1990, p. 258

<sup>111</sup> Reynoso Dávila Roberto, *Teoría General del Delito*, Editorial Porrúa, México 1995, p. 67

**PROPUESTA**

El moderno derecho penal establece que la criminalística tiene como finalidad el descubrimiento del delito. Al investigar el delito debemos saber, siguiendo los lineamientos de la ciencia en estudio, el cómo, el dónde, el cuándo y el quién del propio delito. Todos estos aspectos provocan una serie de actividades que son las constitutivas de la Criminalística. Es extremadamente útil esta disciplina, ya que en la práctica policial y en las actividades judiciales se enfrentan las garantías individuales y la responsabilidad jurídica y social. No se trata de saber que se ha cometido un ilícito, que existe una actividad punible; lo necesario, lo importante, es probar la forma en que se realizó, quién lo realizó, en qué lugar y en qué fecha.

Entiéndase que la labor del jurista en materia penal no se reduce a decidir sobre la aplicación de la pena, sino que debe saber el orden de ideas que determine si debe o no imponerse la sanción correspondiente, para así explicar y fundamentar el por qué de su aserto. Vale lo mismo decir para el caso de fincar responsabilidad presunta y sujetar a proceso.

La moderna teoría del tipo que establece bases objetivas, subjetivas y normativas, para determinar la responsabilidad penal en función de la conducta, de la antijuridicidad, de la imputabilidad, de la culpabilidad, de las condiciones objetivas y de la punibilidad, no es absoluta al considerar sólo este aspecto del obrar culpable, ya que claramente establece, frente a ello, que puede apreciarse una atipicidad, al mismo tiempo que podrían surgir causas de justificación, o que el Juzgador estime que surge la inimputabilidad, pudiéndose dar el caso de que existiera la inculpabilidad o la falta de condiciones objetivas y, también, excusas absolutorias. Definir el tipo no es suficiente ni el aseverar gratuitamente que hay "presunta responsabilidad", pues se tiene que establecer la relación causal. Como dice el proloquio latino: NULLA POENA SINE CULPA. Para ello, es incuestionable establecer el dolo, precisar el iter criminis, descubrir si se dio un

concurso necesario o eventual y razonar lo que se aprecia como complicidad (responsabilidad) correspectiva.

## **TIPO**

El artículo 19 constitucional al establecer que ninguna detención puede ordenarse si de lo actuado no aparecen datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. Para el maestro Pavón Vasconcelos, el estudio de la tipicidad, elemento fundamental del delito, hace necesario previamente el análisis del tipo para precisar su concepto y su contenido. Con Mezger, se define el tipo como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica. Es fundamental distinguirlo del tipo específico, integrado éste por las notas especiales de una concreta figura de delito.

El tipo legal se nos presenta, de ordinario, dice el maestro Pavón Vasconcelos, como una mera descripción de la conducta humana, de ahí la necesidad de estudiar por separado los distintos elementos que entran en la integración de los tipos, lo cual será de innegable utilidad para precisar posteriormente, los efectos de su ausencia, elementos que pueden ser de naturaleza objetiva, normativa o bien subjetiva.

Se corrobora la profunda visión del maestro Pavón Vasconcelos al invocar nosotros la siguiente tesis que es precedente de jurisprudencia.

**91 DELITOS. AUTONOMIA DE LOS TIPOS.-** Desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: básicos, especiales y complementarios. los básicos se estiman tales en razón "de su índole fundamental" y por tener plena independencia; los especiales "suponen el mantenimiento de los caracteres de tipo básico, pero añadiéndole alguna otra

peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial", de tal manera que éste elimina al básico; por último, los tipos complementarios "presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan". Como ejemplos, para apreciar el alcance de la clasificación anterior, podemos señalar, dentro de nuestra legislación federal, el homicidio como un tipo básico; el homicidio calificado como tipo complementario y el infanticidio como tipo especial. El peculado es un delito de tipicidad especial, en razón de que el tipo contiene una referencia al "sujeto activo", de tal manera que solo pueden cometer este delito aquellos que reúnan las condiciones o "referencias típicas en el sujeto"; lo mismo sucede en los llamados delitos de funcionarios, los cuales sólo pueden cometer las personas que tienen tal "calidad".

Amparo directo 6551/1955. Rafael Vasconcelos Vázquez. Septiembre 19 de 1958.

Unanimidad 4 votos. Ponente: Mtro. Rodolfo Chávez S.

1ª SALA.- Sexta Época, Volumen XV, Segunda Parte, Pág. 68.

El tipo lo definimos como la descripción de la conducta cuya realización la hace acreedora de pena y viene a ser la fuente de la punibilidad, y se hace referencia a lo que llamaremos tipicidad formal y tipicidad material, entendiendo por la primera la mera adecuación letrística del comportamiento al molde legal y, por la segunda la cabal realización de los presupuestos de la pena (responsabilidad en toda su dimensión).

## CONDUCTA

**569 CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES.** La conducta procesal de las partes es un dato objetivo de convicción para el juzgador, que debe tomarse en cuenta, sin que por ello se violen las garantías individuales.

## **ANTI JURIDICIDAD**

Lo antijurídico es, simplemente, contradicción al derecho o ilicitud jurídica. Un acto contrario a la legislación penal, con carácter voluntario, pero esta acción antijurídica tiene que ser típica, imputable, culpable y punible, en las condiciones objetivas de punibilidad, como acertadamente lo señala el maestro Raúl Carrancá y Trujillo.

Ahora bien, lo antijurídico, el ilícito, el delito es un hecho contingente y sólo puede ser definido como todas las categorías jurídicas o filosóficas, con base en conceptos de gran generalidad. Tiene elementos complejos y su etiología es resultante del concurso de muchas fuerzas antisociales, por ello, el moderno derecho penal acude al binomio de peligrosidad y la defensa social, que sirvieran de base para el Código Penal de 1931, cuya expresión ("No hay delitos, sino delincuentes"), fue superada ampliamente con la aceptación del penalista ibérico, Saldaña: "No hay delincuentes, sino hombres". Por ello, sería casi imposible evocar aquí la abundancia que la interpretación judicial plasmada en la Jurisprudencia, existe en torno a la individualización de la pena (ergo, a la responsabilidad de un indiciado o de un procesado, que sufren restricciones en su libertad). Cuando existe pluralidad de conductas, como en este caso, es cuando se aprecia el elevado valor que tiene la corriente pragmática que debería animar a los Jueces, para no atentar contra las garantías individuales de aquellas gentes que, muchas veces, no tienen los recursos suficientes para elevar su voz y hacer valer su derecho constitucional.

La aplicación de la norma penal debe estar acorde con la realidad de nuestro ámbito social.

Lo antijurídico, para terminar, es un juicio entre el hecho individual y la norma.

De más está señalar que nuestro código, por las reformas de 1994, adoptó la teoría dogmática de que hay causas de exclusión del injusto o ilícito en general y de las manifestaciones ligadas con las mismas, porque se aprecian circunstancias negativas del hecho o características negativas del tipo.

## **NORMATIVAS**

**Jurisprudencia Firme.** En cuanto a la interpretación fidedigna de los hechos y su consideración jurídica, es conveniente invocar la siguiente tesis jurisprudencial, porque si la Constitución prohíbe imponer penas por simple analogía o por mayoría de razón, también lo es que no se puede atentar contra las garantías individuales, restringiendo la libertad, por una mala inferencia o deducción sobre una conducta inocua para el derecho.

**340 CLASIFICACION DEL DELITO, CAMBIO DE LA, EN LA SENTENCIA.-** De manera constante la Suprema Corte de Justicia ha otorgado la protección constitucional a aquellos quejosos a quienes se condena por delito distinto del que en realidad se cometió, porque con ello se viola el artículo 14 de la Constitución General de la República, que prohíbe la aplicación analógica o por mayoría de razón de la ley respectiva.

<b>Quinta Epoca</b>		<b>Págs.</b>
Tomo XXXVI	— Maldonado Honorato	637
Tomo XCVIII	— Solís Alcudia Fidelina	1140
Tomo CXI	— Villarreal Alvarado J. Jesús	2902

Amparo directo 2213/1960—Guillermo Hernández Martínez. 5 votos. Volumen LIX. Pág. 10.

**JURISPRUDENCIA 49** (Sexta Época). Página 128, Sección Primera, Volumen 1° SALA. Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965.

## **IMPUTABILIDAD**

Ahora, imputabilidad no significa "capacidad de acción", "capacidad de pena", sino que pertenece al hecho punible. No es referente a la pena. Por eso, imputabilidad es capacidad de culpabilidad y es determinante la situación del autor "al tiempo del hecho". La doctrina y la jurisprudencia hablan de que en esos casos, cuando hay inimputabilidad, hay una acción "no libre" en su realización, en su desdoblamiento, "in actu", sino que es libre "in causa" y, así, se pueden cometer hechos dolosos (alguien que se embriaga para matar) y no existe acción punible pues se excluye la culpabilidad. Todo esto nos lleva a establecer los grados de la culpabilidad.

## **CULPABILIDAD**

Es de explorado derecho que, para la imputación, es necesaria una determinada actitud del autor frente al hecho, la llamada forma de la culpabilidad o grado de la culpabilidad. Nuestra legislación, grosso modo, establece un *dolus malus* y la culpa, que generan el que los poderes públicos puedan hacer reprochable una conducta, por ello, en el artículo 8 establecen que las acciones u omisiones delictivas sólo pueden realizarse dolosa o culposamente y en el numeral siguiente, concretan, especifican que obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o

previando como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.

**123 CULPA O DOLO, REPROCHE A TITULO DE. ES NECESARIO EL ESTUDIO DE ELEMENTOS ANIMICOS O SUBJETIVOS PARA DETERMINARLO.**- Un segundo punto de vista, acorde con la evolución actual del derecho penal toma en fenómeno delictivo en su totalidad, esto es, como una unidad estructurada sobre elementos tanto objetivos como subjetivos. Así, los datos de índole externa, perceptibles en forma inmediatas por los sentidos, son la plataforma de arranque para penetrar en las oscuras regiones anímicas del autor. Por esta vía, desarrollando la correspondiente labor de interpretación, se determina el título del juicio de reproche, con la precaución de no llevar la indagación de lo anímico hacia terrenos ajenos a lo normativo jurídico y que carezcan de vinculación con el concreto hecho típico enjuiciado...”.

Amparo directo 3876/82.--Fernando Chincoya Naranjo.--7 de abril de 1983.- Mayoría de 3 votos.--

Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Disidente Mario G. Rebollo.

**1a. SALA.** Séptima Epoca. Volumen 169-174. 2a. Parte. Pág. 37

**1a. SALA.** Informe 1983 SEGUNDA PARTE tesis 42 Pág. 34. Con el título: "REPROCHE, TITULO DEL. ES NECESARIO EL ESTUDIO DE ELEMENTOS ANIMICOS O SUBJETIVOS PARA DETERMINAR EL".

## **CONDICIONES OBJETIVAS**

Se trata de precisar la decisiva importancia de la capacidad existente en el sujeto al realizar la acción y la intrascendencia de la situación de inimputabilidad surgida posteriormente, así como el dolo y la culpa subsecuente que impiden la punición del hecho por no haber existido coetáneamente al verificarse la actividad.

Para fundamentar, en su caso, la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad de la conducta o hecho realizado, la doctrina establece diversas posiciones: a) Teoría de la intención: "la imagen de representación o el sujeto", o sea el lugar donde el agente ha tenido intención de que el delito se produzca, el cual deberá tomarse en cuenta para la exigibilidad de la conducta o para la aplicación de la pena, excluyéndose todos los lugares no comprendidos por su intención, al no quedar abarcados por su culpabilidad. Esto tiene capital importancia en mi caso, pues es evidente que el hecho que se me reclama como punible no se concretó. b) Teoría de la actividad: Para ella es determinante la acción ejecutada, el movimiento corporal que exterioriza la voluntad criminal. Se ha establecido que mi participación en el evento fundamental es absolutamente accesorio, eventual, mecánico y constreñido por la vis compulsiva. Por ello puede y debe buscarse aquí la conexión con aquello que es médula y núcleo de la total acción, esto es, con la actividad de la propia persona; "frente a un grupo misterioso y asaz violento", del que se desconocían las relaciones internas, como lo más posible al momento en el cual el agente ha realizado su actividad. c) Teoría del resultado: Son lugar y tiempo de ejecución del delito. Esta teoría es inobjetable tratándose de los delitos materiales que por su estructura requiere de una mutación en el mundo externo al sujeto, es decir, de un resultado, pues mientras éste no se produzca la simple actividad no consuma el delito.

Actualmente, debido a las reformas de enero de 1994 al Código Penal Federal, el citado artículo reza así: "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Recordemos que el legislador regularmente ha utilizado "...la voluntad del agente". Esto nos ubica siempre en el dolo.

En efecto, en principio aun y cuando la tentativa integra un delito incompleto, no obstante, es también un delito autónomo, por ello es que se sostiene que la tentativa es delito por sí, en razón de su particular estructura y naturaleza diversa al delito consumado, pues tiene objetividad propia, actividad singular y sanción específica, aunque atenuada respecto al delito consumado.

Así lo establece nuestra legislación: ARTICULO 12.- Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado...Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Atendiendo al criterio adoptado en el artículo 52 del Código Penal, en el sentido de que el juzgador tomará en cuenta, entre otros datos, el grado de culpabilidad del agente para la individualización de la pena, al ampliarse la realización de la tentativa en parte o totalmente, respecto de actos ejecutivos unívocos, haciéndose notar la cautela que debe observarse en la interpretación, cuando se pretenden actos preparatorios ya exteriorizados y que son materia de tentativas específicas.

Todos esos actos implicarán una unidad, aun cuando materialmente sean unos u otros los que lleven a cabo las acciones. Por otra parte, no importa que sean personas distintas los partícipes, en el delito continuado serán parte activa quienes hubieren intervenido en todas las acciones, con la salvedad de que (excluyendo el concierto previo), quienes hubieren participado sólo en algunas de ellas, se le sancionará por lo que hubiesen hecho.

Nuestra legislación establece la necesidad de diferenciar entre actos preparatorios y actos ejecutivos, aunque lo indicado es hablar, con toda exactitud, de

actos típicos y actos no típicos y, dentro de los primeros establecer la diferencia entre actos de consumación y actos de tentativa.

## **PUNIBILIDAD**

El artículo 19 constitucional recoge la dogmática de que el hecho punible debe ajustarse al tipo en el lugar y tiempo exactamente en que se produjo.

Reconoce nuestra dogmática que hecho punible es el conjunto de los presupuestos de la pena (privación de la libertad). Los hechos punibles más graves se conocen como "crímenes, "delitos" y en todo caso constituyen una conducta humana y es evidente que todo hecho punible presenta un aspecto concreto (objetivo) y otro personal (subjeto).

## **ATIPICIDAD o TIPO**

El tipo se desglosa en elementos objetivos (entre los que se incluyen los normativos) y elementos subjetivos. Por elementos del tipo objetivo se entiende el conjunto de condiciones externas y de condiciones jurídicas de naturaleza objetiva que deben realizar una persona para una vez complementadas con las condiciones subjetivas y en caso de que no concurra una causa de justificación de hecho- ser autor en sentido estricto de un delito. Dentro de estos elementos objetivos los hay de carácter esencial y accidental.

## **INIMPUTABILIDAD**

Entre las causas de exclusión del delito está la fracción I del art. 15 del Código Penal que claramente establece que cuando el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente, debe excluirse el delito, pero, además, se obró para salvaguardar el máximo bien jurídico que poseemos, o sea, la vida propia ante un peligro real, actual, inminente, no ocasionado dolosamente por el suscrito.

La imputabilidad significa la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles. La ley presupone la existencia de esta capacidad en los adultos, pero determina ciertas circunstancias en virtud de las cuales no existe esta capacidad "normal", "genérica". De ahí se deducen situaciones exactamente delimitadas de la "inimputabilidad". Dado que éstas se relacionan con la total estructura de la personalidad del autor, la teoría de la imputabilidad jurídico-penal se ha convertido, desde hace tiempo, en la puerta de entrada de la investigación moderna de la personalidad en el derecho penal. La dogmática de Edmund Mezger ha recobrado realidad en nuestro moderno derecho penal como lo establecen las reformas de 1994 y 1996 del título primero, la Responsabilidad Penal, en sus capítulos reformados.

## **INCUPLABILIDAD**

De la ley se desprende que toda conducta, para ser punible, requiere fatalmente ser antijurídica y culpable, si no hay antijuridicidad por ausencia de lesión o no hay culpabilidad por ausencia de dolo o culpa, no es que nos estemos apoyando en algo distinto a la ley y si ésta consigna que los delitos son dolosos o culposos y si no hay dolo ni culpa, aún cuando sean por motivos distintos a los expresamente legislados, podemos decir que está en la entraña de la norma el por

qué de la exclusión de la pena, ya que las modificaciones que la misma produce en el mundo fenomenológico no es el efecto del acto voluntario en el mundo exterior.

## EXCLUYENTES

Las causas que afectan la antijuridicidad y que traen como consecuencia su inexistencia y la del delito, deben denominarse conductas típicas conforme a derecho.

En nuestro caso, no se debe desestimar lo que estipula el artículo 15 del Código Penal Fracción I, sobre incurrir el agente en actividad o inactividad voluntaria, porque todas las probanzas que aporté permiten aseverar que hubo una causal clara que excluye la responsabilidad, siendo que si se ignorara se violarían en mi perjuicio los arts. 14, 16 y 19 de la Constitución.

**2656 EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD Y CUERPO DEL DELITO.**- Cuando una excluyente de responsabilidad opera, en nada se agravia al acusado al tenerse por acreditado el cuerpo del delito, ya que al operar la excluyente afecta únicamente a la responsabilidad criminal del sujeto activo y no a la demostración del cuerpo del delito, porque cuando una excluyente procede, la infracción antisocial subsiste, pero no es sancionable, porque mediante aquélla el sujeto activo se encuentra legitimado por la propia ley, para obrar como lo hizo.

Ampero directo 4023/1974. Leobardo Llanos Martínez. Enero 16 de 1975. 4 votos. Ponente: Mtro. Ernesto Aguilar Alvarez.

1ª SALA Séptima Epoca, Volumen 73, Segunda Parte, Pág. 19.

**ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE.**- El estado de necesidad como exculpante presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados que impone el sacrificio de uno para que pueda subsistir el otro. JURISPRUDENCIA.

## **DOLO**

El dolo es voluntad de contenido típico, pues en el caso de la aceptación, cuando se prevé y se acepta, debe entenderse que hay la voluntariedad del resultado si éste llega a producirse. De la propia letra de la ley se obtienen las direcciones básicas del dolo, a saber: el directo, en el que se requiere el resultado y el eventual, en el que se acepta.

**2089 DOLO, RESULTADO POR EL.-** Si el sujeto se coloca voluntariamente en un terreno de tipicidad, se le reprochan la totalidad de los resultados que guarden relación causal con su conducta, como si fueran dolosos; ello es, el dolo no es una voluntad necesaria coincidente con un resultado concreto, sino que basta que exista un contenido típico inicial del acto volitivo para que dicho resultado se reproche como doloso. Puede no coincidir el resultado concreto y la voluntad inicial y no obstante ello el delito se reprocha como doloso.

Lo que en realidad es materia de interés consiste en la voluntad de un comportamiento a virtud de propia decisión y si con tal comportamiento compuesto ya sea por actividad, inactividad, intención, deseo, afán, propósito, decisión, etc., implica penetrar al terreno de la ilicitud, tipificando una de las conductas descritas, éstas automáticamente quedan atrapadas por el tipo. La intención implica voluntad de conducirse a virtud de propia decisión, luego entonces, la clave no consiste en eliminar la palabra intención para sustituirla por la de dolo, sino que intención debe ser entendida como un segmento del dolo, es decir, voluntad incondicionada para realizar el comportamiento, al margen de que éste pueda resultar típico. Al fijar: la intención inicial debe tener contenido típico, entendemos voluntariedad de un

comportamiento cuyo desarrollo acarrea el encuadramiento, en alguna de la figuras que como tipo describe el legislador. En forma alguna debe sobreentenderse y menos de manera ineludible y fatal, la selección del activo dentro del cartabón legislado, escogiendo un tipo, proponiéndose sin variantes cometerlo a ultranza. El orden de ideas aceptables debe ser: Como el autor tuvo un comportamiento significado como típico y antijurídico, sus móviles internos deberán ser valorados en el juicio de culpabilidad.

Lo que es dolo, elementos tanto objetivos como subjetivos, siendo los primeros "los datos de índole externa, perceptible en forma inmediata por los sentidos, infraestructura necesaria para indagar lo anímico, de reproche, a terrenos ajenos a lo normativo jurídico, que carezca de vinculación con el concreto hecho típico enjuiciado". De esta forma, se debería precisar, como definición para las actuaciones matizadas por dolo penal, la siguiente: "Obra dolosamente quien se comporta voluntariamente o sea, de propia decisión, penetrando con su actitud sea de actividad o de inactividad, al terreno de la tipicidad, previsto en cualquiera de los tipos penales descritos por la ley".

Del propio texto de la ley se desprende dos situaciones en las cuales, siendo la conducta antijurídica, no se irroga pena a virtud de que el comportamiento anímico fue impuesto; es decir, el sujeto se vio obligado a actuar antijurídicamente ante un conflicto entre bienes en estado de juridicidad, conflicto que al particular le toca resolver.

### **ITER CRIMINIS**

Debe afirmarse que toda conducta formalmente típica es fatalmente antijurídica, si no la ampara una justificante y hay lesión jurídica. No hay que atenerse a una idea rudimentaria de las cuestiones técnicas en materia penal y

sostener que si no opera una excluyente de responsabilidad específica, subsiste antijuridicidad y culpabilidad; esto implica proceder con una lógica simple y superficial, además, inaceptable por desconocer entre otros los fundamentales (dolo y culpa). El juspenalista, además de conocer el contenido de las causas de exclusión de la pena que tienen entidad legislada, sean ellas causas de justificación, de inimputabilidad o inculpabilidad, debe tener en cuenta que no hay delito sin lesión jurídica y que no hay delito sin culpabilidad.

La función de este concepto estriba en proporcionar soluciones unitarias, orgánicas y exhaustivas a toda la fenomenología del delito.

La prueba material del delito, como el objeto material del mismo, son diferentes momentos y circunstancias que animan a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero que exigen, además, la hipótesis del 19 constitucional, de que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. Así lo estipula expresamente el segundo invocado:...elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la reponsabilidad de éste...

Con cuanta razón el jurispensalista René González de la Vega sostiene que las diferencias económicas y raciales en México, ocasiona graves dificultades para la aplicación de las leyes penales, pues estas desigualdades no se pueden remediar con leyes especiales, sino sólo mediante la mayor individualización, porque sólo en forma concreta y personal, el arbitrio judicial puede amoldarse al delincuente y humanizar, así, la represión: esto es el alma del derecho penal moderno.

# **CONCLUSIONES**

### **PRIMERA.-**

En forma primaria la peculiaridad básica del tipo consiste en describir las conductas, que, de llevarse a cabo serán acreedoras de penalidad. El tipo tiene ante todo una finalidad definitiva del delito. La función de este concepto estriba en proporcionar soluciones unitarias orgánicas y exhaustivas a toda la fenomenología del delito.

El tipo es norma objetiva de acción y subjetiva de determinación; la violación a la norma objetiva da origen a la antijuridicidad, la violación a la subjetiva genera la culpabilidad. Es la descriptiva; tipicidad es el acoplamiento de la conducta a dicha descriptiva. Por su parte, los tipos, en consideración es esquema utilizado por el legislador, tienen elementos subjetivo, objetivos y normativos, en la inteligencia de que al faltar alguno de los fijados letrísticamente para la respectiva figura delictiva, no se dará por integrado el tipo (atipicidad relativa). Así también los hechos materia de la acción u omisión pueden ser ajenos totalmente a todos los elementos de la descripción, por lo que habrá inexistencia del tipo (atipicidad absoluta).

### **SEGUNDA.-**

Hay atipicidad en cambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es, pues, ausencia de adecuación típica siendo la calidad exigida al sujeto activo; temporales o espaciales son los medios de comisión señalados como elementos subjetivos del injusto.

Los elementos objetivos, que están descritos en el tipo son de particular disposición legal, o sea, la suma de los elementos materiales atribuibles al agente, como una mera descripción de la conducta humana.

Precisar el lugar y el tiempo de comisión del delito es relevante para la solución de diversas cuestiones relacionadas no sólo con la aplicación de la ley penal en los ámbitos espacial y temporal sino también cuando la propia conducta o hechos típicos son o no punibles o no deben calificarse de antijurídicos o culpables.

### TERCERA.-

Es de explorado derecho precisar el nexo de la causalidad, pues el hecho se integra con la conducta, el resultado y un nexo de causalidad entre la primera y el segundo. La ausencia de cualquiera de dichos elementos impide el nacimiento del hecho, resultando indispensable el nexo causal para poder atribuir un resultado a la conducta de un hombre.

El delito es un todo unitario, sus elementos, características, funciones, etc., se encuentran indisolublemente unidos, con un enlace y fusión plena entre sí, por tanto, sin soslayar esto, en una adecuada labor analítica consideramos, que para el juspenalista la primera cuestión es decidir si la conducta es formalmente típica, y aún cuando esto es indicativo de antijuridicidad, se debe dar el siguiente paso, reafirmando la existencia de la misma, para descartar la presencia de una justificante. Resuelta afirmativamente la no exclusión de la antijuridicidad, deberá avanzarse para determinar si el proceso anímico es reprochable. Si las conclusiones son afirmativas, estaremos frente al fenómeno delictivo.

Entiéndase que la labor del jurista en materia penal no se reduce a decidir sobre la aplicación de la pena, sino que debe saber el orden de ideas que determine si debe o no imponerse la sanción correspondiente, para así explicar y fundamentar el por qué de su Resolución.

Coincide la dogmática en que el código vigente concede al Juez el dar mayor o menor valor a las circunstancias objetivas y subjetivas que concurren en el hecho, pero, además, se permite apreciar circunstancias nuevas que la ley no hubiera

previsto y enumerado. El artículo 7 del código sustantivo en la materia puntualiza aspectos genéricos del delito, pero es evidente que en la especie tienen que concretarse, deben especificarse, pues la norma punitiva es corolario del orden constitucional (*nullum crimen nulla poena sine lege*). A los aspectos subjetivos, dogmáticos (acto humano, típico, antijurídico, imputable, culpable y punible) se tiene que complementar en forma fáctica y fehaciente que lo anterior sea conforme a las condiciones objetivas de punibilidad.

#### CUARTA.-

La conducta que encaja letrísticamente en el respectivo tipo, es la clave del problema. Puede haber conducta y resultado típico y no haber punibilidad si es que la conducta es jurídica; puede haber conducta y resultado típico y no haber culpabilidad. En la privación de la vida en defensa legítima hay conducta formalmente típica y resultado típico, pero el actuar es jurídico y por ende, no ha lugar a la pena. En la defensa putativa, hay conducta formalmente típica y resultado antijurídico con relación de causalidad entre ambos, pero no hay punibilidad.

También de la propia ley advertimos: no hay culpabilidad cuando un conjunto de circunstancias llevan al individuo a la convicción de que su conducta no integrará un tipo o, integrándolo formalmente, lo ampara una causa de justificación. Tanto en el caso del conflicto que resuelve el particular, como en aquel donde el individuo llega racionalmente a la convicción de no estar actuando en forma típica, ya sea en sentido formal o material, debe hablarse de inculpabilidad por inexistencia de dolo y culpa. En el primer caso los estudios aluden a la no exigibilidad de otra conducta.

Lo imputable es, por así decirlo, el corolario de lo antijurídico, o sea, una vez que se ha establecido el juicio entre el hecho individual y la norma, la conclusión lleva a la imputación de una conducta a cierto autor. Por eso se tiene que demostrar

la relación psicológica del autor con su hecho: su posición psicológica frente a él. Así la imputabilidad es el presupuesto de aquélla.

La estructura de la teoría del hecho punible consiste en formas generales (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) de aparición del hecho punible, y de las formas especiales (tentativa, participación y concurso) de aparición del hecho punible.

#### **QUINTA.-**

Cuando se habla de excluyentes debe entenderse que se alude a situaciones cuya presencia implica la imposibilidad de sancionar la conducta, no obstante la actuación del activo, ejecutando la parte descriptiva del tipo; ello es, existe tipicidad formal, pero al operar la excluyente, no la habrá en sentido material.

Las excluyentes de responsabilidad criminal deben comprobarse en forma plena para que el juzgador pueda otorgarles el valor que legalmente les corresponde. Pág. 363 del Tomo I, Actualización de la Sala Penal, del compendio de Jurisprudencia de 1917-1965 y Tesis sobresalientes 1955-1965.

#### **SEXTA.-**

La trascendencia constitucional de la nueva teoría del tipo, es que su aplicación deviene de la interpretación del contenido, en primer lugar, del nuevo Artículo 19 de la propia Carta Magna, que, a más de la tipificación exige su complementación con la presunta responsabilidad, en relación, para darle positividad y vigencia, así, a los artículos 14 y 16, también constitucionales, para fundar y motivar objetiva y racionalmente cualquier limitación a la vida o a la libertad y a la propiedad.

Corresponde a la responsabilidad del juez establecer la presencia de la unidad del propósito o resolución delictiva, como sintomática presencia del dolo unitario

que acompaña las diversas conductas ejecutadas. "En caso de duda sobre la existencia o inexistencia del designio único (unidad de propósito, intención o dolo), es el de confiarse al tacto jurídico del magistrado, el cual examinará en qué conexión psicológica e ideológica están entre sí los varios hechos punibles, consultará las circunstancias personales del delincuente y tendrá presente, ante todo, que los largos intervalos de tiempo suelen interrumpir la continuidad del propósito criminoso.

**FINALMENTE: CREEMOS QUE LAS REFORMAS DE 1994 A LA CONSTITUCION, AL CODIGO PENAL Y AL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, a tono con la dogmática, constituyen una verdadera revolución jurídica.**

## BIBLIOGRAFÍA

- CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Editorial Porrúa. Decimosexta edición. México, 1993.
- ESTRADA VÉLEZ, Federico. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Temis. Segunda edición. Bogotá Colombia, 1986.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Derecho Penal Mexicano. Parte General y Parte Especial*. Editorial Porrúa. Tercera edición. México, 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal la Ley y el Delito*. Editorial Sudamericana. Tercera edición. Buenos Aires, 1990.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Editorial Losada. Tercera edición. Buenos Aires, 1965.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo I. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, 1980.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *La Tipicidad*. Editorial Porrúa. México, 1956.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos en Particular*. Tomo I. Editorial Porrúa, Tercera edición. México, 1996.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos en Particular*. Tomo II. Editorial Porrúa, Segunda edición. México, 1996.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Porrúa. Cuarta edición. México, 1996.
- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. *Teoría Legalista del Delito*. Editorial Losada. Segunda edición actualizada. México, 1994.
- MARQUEZ PIÑERO, Rafael. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Trillas. Tercera edición. México, 1994.
- MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Cárdenas. México, 1985.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General*. Editorial Porrúa. Decimosegunda edición. México, 1995.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Porrúa. Decimosexta edición. México, 1994.
- REYNOSO DÁVILA, Roberto. *Teoría General del Delito*. Editorial Porrúa. México, 1995.
- ROXIN, Claus. *Teoría del Tipo Penal*. Editorial Depalma. Segunda edición. Buenos Aires, 1979.
- VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano Parte General*. Editorial Porrúa. Cuarta Edición. México, 1983.
- Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal*. Editorial Sista. México, 1996.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Editorial Porrúa. México 1996.