

**ANALISIS LOGICO FORMAL DEL TIPO
EN EL DERECHO PENAL**

MEXICO, D. F. — 1968



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**ANALISIS LOGICO FORMAL DEL TIPO
EN EL DERECHO PENAL**

1. EL TIPO.

1. *Las expresiones humanas.*

Convivencia humana significa vivir los hombres unos con otros. Este convivir sólo es posible cuando el hombre exterioriza su conducta para entrar en relación con sus semejantes. Sus acciones y omisiones, en cuanto las realiza dentro de una comunidad determinada y le permiten expresarse en ella, tienen las características que la vida de relación les va imponiendo.

Así, toda expresión humana viene a ser la síntesis de diversas características que, además de identificarla, hacen posible su ubicación en alguna de las regiones de la cultura. Una de estas regiones es la constituida por las normas que rigen la convivencia.

Desde esta perspectiva, las expresiones humanas son o bien aprobadas, o bien, reprobadas. Estas últimas se singularizan por las siguientes características:

- a) Una convicción cultural de la comunidad, que prohíbe u ordena la conducta con miras a la protección de un interés;
- b) Un interés, individual o de grupo, que origina a la norma de convivencia;
- c) Un ser humano individual, cuya conducta se prohíbe porque lesiona el interés mencionado en b);
- d) Una persona, individual o colectiva, que resulta afectada por la lesión al interés del cual es titular;
- e) Una conducta humana que, al lesionar el interés, ofende la norma de convivencia de la comunidad dentro de la cual se realiza;
- f) Una lesión al interés aludido, producida por la conducta del hombre dada en e);
- g) Una ofensa a la norma de convivencia, por la lesión inferida al interés expresado en b).

Una expresión humana, así caracterizada, constituye el antecedente del proceso legislativo; esto es, constituye la razón que mueve al legislador a la creación de la norma jurídica. Formulada ésta, la expresión humana, con todas sus características, da contenido y estructura al precepto legal.

Antes del proceso legislativo, la expresión humana es irrelevante para el derecho. Con la creación de la norma jurídica, queda dentro del mundo del derecho, y su concreción lleva aparejada la concreción de la sanción.

II. La ubicación del tipo en el universo jurídico.

El Derecho, entendido como ordenamiento jurídico, es la *unión* de todas sus ramas: constitucional, administrativo, mercantil, civil, penal, etc.

Simbólicamente:

$$(1) \mathcal{D} = \left\{ A \cup B \cup \dots \cup N \right\}$$

donde \mathcal{D} : el derecho como ordenamiento jurídico;

A, B, ..., N: ramas del derecho.

Es distinta la expresión lógica si se considera al Derecho como ciencia. Desde este punto de vista, se integra por la *intersección* de todas las ciencias jurídicas particulares.

Esto es:

$$(2) \mathcal{D}^* = \left\{ A^* \cap B^* \cap \dots \cap N^* \right\}$$

donde \mathcal{D}^* : el derecho como ciencia;

A*, B*, ..., N*: ciencias jurídicas en particular.

Razonamiento: si por la *unión* de A y B (en símbolos, A \cup B) se significa el conjunto de todos los elementos que pertenecen cuando menos a uno de los conjuntos A y B, entonces con (1) se expresa el conjunto de todas las normas jurídicas que pertenecen cuando menos a una de las ramas del Derecho.

Simbólicamente:

$$(3) x \text{ es miembro de } A \cup B$$

o sea: (x es miembro de A) + (x es miembro de B)

donde x: norma jurídica;

A, B: dos ramas del derecho.

En cambio, si por la *intersección* de A^* y B^* (en símbolos, $A^* \cap B^*$) se significa el conjunto de todos los elementos que pertenecen tanto a A^* como a B^* , entonces con (2) se expresa el conjunto de todos los conceptos jurídicos que pertenecen tanto a una como a las restantes ciencias particulares del Derecho.

Simbólicamente:

(4) y es miembro de $A^* \cap B^*$

o sea: (y es miembro de A^*) & (y es miembro de B^*)

donde y : concepto jurídico;

A^* , B^* : dos ciencias particulares del derecho.

De (4) se sigue que los conceptos del derecho penal son, sintácticamente, análogos a los de las restantes ciencias jurídicas particulares. La diferencia fundamental radica en la semántica que especifica a los primeros.

El *precepto* es uno de los conceptos comunes a todas las ciencias del Derecho. Si se le asocia el contenido semántico propio del derecho penal, tomará la dirección específica de éste y se transformará en un concepto particular. Este concepto es conocido con el nombre de *Tipo*.

III. *El Tipo en el derecho penal.*

i) *Definición.*

i-1) Funcionalmente, *tipo es una clase de subconjuntos, necesarios y suficientes, que garantizan al bien jurídico.*

La teoría del tipo comprende cuatro niveles de conceptualización, a saber:

- a) El Tipo;
- b) El Tipo de Tipo;
- c) El Tipo típico;
- d) El Tipo de Tipo típico.¹

¹ Véase: Olga Islas de González Mariscal, Elpidio Ramírez Hernández, E. Raúl Zaffaroni y Lian Karp S. *Notas preliminares sobre un modelo lógico matemático del derecho penal*, en Revista "Derecho Penal Contemporáneo", número 14, mayo y junio de 1966, México, p. 85.

i-2) Estructuralmente, el tipo es una clase definida en el derecho penal, y caracterizada por los siguientes subconjuntos:

- a) El deber jurídico penal;
- b) El bien jurídico;
- c) El sujeto activo;
- d) El sujeto pasivo;
- e) El objeto material;
- f) El kernel;
- g) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico;
- h) La violación del deber jurídico penal.

Por tanto, la forma y estructura de la teoría del tipo están dadas por las características constitutivas de las expresiones humanas, matizadas por la valoración que es peculiar de la norma jurídico penal. El proceso legislativo no las modifica; únicamente las valora. Por su parte, la ciencia penal construye los conceptos y el sistema.

El modelo construido se caracteriza por su recursividad, la que se hace evidente en la circularidad de la estructura del tipo. En otras palabras: el estudio puede iniciarse por cualquiera de los elementos, en razón de las conexiones que se dan entre todos ellos.

2. EL DEBER JURIDICO.

I. *La norma de cultura.*

En cada expresión humana que interesa al legislador en materia penal, se encuentra siempre una convicción cultural de la colectividad, dirigida al mantenimiento de un interés de la propia sociedad. Tal convicción, que recibe el nombre de "norma de cultura" y cuyo contenido se resuelve en una prohibición o en un mandato, representa la valoración de la colectividad acerca de un interés social, así como de la conducta que lesiona a éste y, en su caso, ofende a aquélla.

Esta convicción, contemplada antes del proceso legislativo, le es indiferente al derecho punitivo: es una norma de cultura carente de significación jurídico penal. En virtud del proceso legislativo, el legislador la reconoce implícitamente e incorpora al tipo respectivo: deja de ser indiferente para el derecho punitivo, pues se convierte en un deber jurídico penal.

II. *El deber jurídico.*

i) *Definición.* Es la prohibición o el mandato categóricos contenidos en el tipo.

ii) *Consecuencias.* Es un elemento del tipo, y precisamente el elemento valorativo. Se enuncia en forma de prohibición (deber jurídico de abstenerse) o de mandato (deber jurídico de actuar). Es incondicionado: el sujeto activo debe acatarlo por el solo hecho de la existencia del tipo; es decir, se le impone directamente, sin que medie una condición que lo actualice. Aquí radica una diferencia con los imperativos de las normas jurídicas no penales, en las que no surgen los deberes en tanto no se realizan los supuestos que ellas mismas establecen: en éstas, los deberes son condicionados.

III. *Relaciones entre el deber jurídico y los otros elementos típicos.*

i) *Deber y bien jurídicos.* El imperativo de respetar los bienes se concretiza en el deber jurídico.

ii) *Deber jurídico y sujeto activo.* El deber jurídico únicamente obliga a los sujetos individuales comprendidos en el conjunto designado por el concepto sujeto activo, o sea, a los sujetos a quienes se exige la abstención o la actuación que permitan la conservación del bien jurídico. El concepto sujeto activo depende, en su amplitud, de la extensión del deber jurídico; es éste el que determina el marco riguroso del sujeto al que se dirige la prohibición o el mandato.

iii) *Deber jurídico y conducta típica.* No todo menoscabo del bien está prohibido. Tan sólo se prohíben las lesiones derivadas de las conductas socialmente desvaloradas y cuyo desvalor está dado en el deber. En otros términos: la prohibición contenida en el deber es prohibición de conducta. Los llamados delitos contra el patrimonio son un ejemplo: *apoderamiento*, en el robo; *disposición para sí o para otro*, en el abuso de confianza; etc.

No se piense, sin embargo, que el imperativo es únicamente prohibición. El deber exige tanto el hacer algo como el no hacer algo. En los delitos por acción, se prohíbe una actuación (acción) y se ordena una abstención (omisión); en los delitos por omisión, se prohíbe una abstención (omisión) y se ordena una actuación (acción). Las ordenadas son conductas permitidas, en tanto que las prohibidas son las que lesionan (o ponen en peligro) al bien.

3. EL BIEN JURIDICO.

I. *Protección de los intereses de la sociedad.*

Siendo fin del derecho penal la tutela de intereses sociales, individuales o colectivos, es evidente que éstos no son creados por el legislador sino meramente reconocidos. De no preexistir al proceso legislativo un determinado interés, la norma jurídico penal respectiva será una norma arbitraria.

II. *El bien jurídico.*

i) *Definición.* Bien jurídico es el concreto interés social, individual o colectivo, protegido en el tipo.

ii) *Consecuencias.* El bien jurídico es un elemento del tipo, y precisamente el que justifica la existencia de la norma jurídico penal. La lesión que se le infiere, o, al menos, el peligro a que se le expone, trae como consecuencia, salvo los casos en que operan aspectos negativos, la concreción de la punibilidad.

Es, el bien, el concepto básico en la estructura del tipo. A partir de él, se pueden derivar las situaciones en que se lesiona, y, también, caracterizar al kernel idóneo para producir las lesiones.

Su existencia es determinante para la existencia del tipo. Si la comunidad desvalora el bien, éste desaparece como tal, lo que, a su vez, se traduce en el desvanecimiento del tipo. Adviértase aquí el proceso inverso al de la creación de la figura legal: si el tipo típico se formula para proteger un bien, la desvaloración de éste fuerza al legislador a cancelar a aquél.

El papel de elemento rector que desempeña el bien en el sistema del tipo, se proyecta, entre otros, hacia dos renglones de la teoría de la ley penal: la interpretación y la integración.

La interpretación de la figura legal debe ser unívoca; esto es, sólo es válida si corresponde a la semántica del bien *recogida* en el tipo típico. Debe, por lo mismo, rechazarse cuando pretende modificar aquel contenido semántico. Una interpretación que conduce a un bien diferente del que motivó la creación de la correspondiente figura legal, no es interpretación; es integración. Ejemplo: si dado un tipo A que tutela un bien M, este bien es desvalorado socialmente, entonces el tipo resulta desvanecido; no es válido, por tanto, introducir nueva semántica para asociarla al bien, pues con ello se *llena*

el vacío dejado por el bien desaparecido. Este es el error frecuente de los juristas: no interpretan; integran.

Debido a la univocidad de la interpretación, a toda forma sintáctica que exprese a un bien particular corresponde una, y sólo una, semántica. Esto es obvio en razón de la correspondencia biunívoca que se da en la relación "sintaxis-semántica" que define a la existencia del tipo típico particular. Por tanto, en un proceso de integración (interpretación errónea), la biunivocidad de la relación "semántica-sintaxis" genera una nueva sintaxis que impide la univocidad de la interpretación. Esta consecuencia, es más funesta en un tipo típico que tutele dos bienes. Aquí, los procesos de interpretación pueden conducir a cuatro situaciones, de las que sólo una tiende a ser correcta; en las restantes, la probabilidad de error es tres veces mayor que la de acierto.

Por otra parte, y por ser distinto el rango valorativo de unos bienes en relación a los otros, resultan necesarias una jerarquía y una discriminación en subconjuntos. La jerarquía, o, para ser más exactos, el bien jurídico ya ubicado en el rango que le corresponde, va a proyectarse en la punibilidad determinando el intervalo de ésta. A cada bien jurídico deberá asignársele, en orden a su protección, el intervalo de punibilidad adecuado. En términos formales, todo bien jurídico es un objeto que tiene su imagen en el intervalo de punibilidad. El bien jurídico es el dato que permite asociar la punibilidad al tipo.² Más sintéticamente: el bien jurídico es el fundamento de la existencia de la norma jurídico penal.

De lo anterior se sigue que, sin la presencia de un bien, no existe un tipo.³

4. EL SUJETO ACTIVO.

I. *La persona física.*

Toda expresión cultural tiene como origen al hombre. Este, lo mismo genera religión, arte, ciencia, normas de conducta, etc., como despliega conductas que lesionan intereses de la sociedad, individuales o colectivos, a la vez que ofenden las normas de convivencia.

2 En el intervalo de punibilidad está definido un subintervalo, caracterizado como la imagen correspondiente a la lesión.

3 Es trivial que, sin la presencia de un bien, no debe crearse una punibilidad.

Antes del proceso legislativo penal, ninguna amenaza gravita sobre el sujeto que realiza tales conductas lesivas. Elaborada la ley penal, ésta obliga al individuo por haberle sido asignado en ella el papel de sujeto del derecho punitivo.

II. *El sujeto activo.*

i) *Definición.* *Sujeto activo es toda persona que concretiza el específico contenido semántico de cada uno de los elementos incluidos en el particular tipo típico.* No pertenece a este concepto quien no satisface la propiedad indicada.

ii) *Consecuencias.* Unicamente puede ser sujeto activo la persona física, pues la persona moral carece de la posibilidad de concretizar la parte subjetiva de la acción o de la omisión. Asimismo, tan sólo el autor material, unitario o múltiple, puede ser sujeto activo. Los llamados autores mediatos, autores intelectuales y cómplices, por la imposibilidad en que se hallan de concretizar el contenido semántico de los elementos del tipo, quedan fuera del concepto y, por ello, no son sujetos activos.

Concretizar el contenido semántico de los elementos del tipo típico quiere decir adecuarse, en el caso concreto, a cada elemento de la figura legal con el significado que le corresponde de acuerdo con la propia figura legal; en otros términos: se concretiza el contenido semántico de los elementos típicos cuando en el caso particular hay tipicidad.

El autor material es el único que puede concretar el tipo: a él se dirige el deber jurídico; es él quien actualiza el bien y da realidad a los conceptos de sujeto activo y pasivo; es él quien, al realizar el kernel, lesiona el bien y viola el deber. No interesa que sea unitario o múltiple: es sujeto activo porque siempre satisface la propiedad que define al concepto.

No cabe decir lo mismo ni de los "autores mediatos e intelectual" ni del cómplice, pues ningún elemento de la figura legal concretizan. Su intervención se caracteriza por la carencia total de perfiles de tipicidad. Ni siquiera el precepto general, regulador de estas figuras, permite enmarcar esa intervención en el tipo legal. La regla general faculta, eso sí, a sustituir, y tan sólo, dos elementos del tipo:

a) De la estructura del tipo es sustraído el autor material y en su lugar se coloca —es sólo un ejemplo— al "autor intelectual";

b) Como consecuencia, y en el mismo ejemplo, el kernel del tipo es íntegramente sustraído de la estructura para dejar su lugar a la conducta del "autor intelectual".

Como los restantes elementos del tipo no son afectados, de ello resulta una pseudo figura legal, en la que se mezclan, de modo incongruente, los elementos no sustituidos (dados por el tipo) y los obtenidos de la regla general. Un ejemplo es útil aquí: el tipo típico de homicidio (limitado a la conducta activa), previa sustitución de los dos elementos aludidos, queda así:

- a) Deber jurídico: no matarás;
- b) Bien jurídico: la vida humana;
- c) Sujeto activo (sin calidad ni número): el que *determina* ("autor intelectual") a privar la vida;
- d) Sujeto pasivo (sin calidad ni número): el titular del bien;
- e) Objeto material: el cuerpo del sujeto pasivo;
- f) Kernel: la conducta de *determinar*;
- g) Lesión del bien: destrucción de la vida humana;
- h) Violación del deber: violación del "no matarás".

Lo incongruente de la anterior estructura típica se observa mejor anotando algunas de las relaciones que, teniendo que darse, no se dan entre sus elementos:

- a) La conducta de "determinar" es inadecuada para lesionar (destruir) el bien de la vida humana;
- b) La conducta de "determinar" no recae en el cuerpo del sujeto pasivo;
- c) La conducta de "determinar" es inidónea para violar el "no matarás";
- d) El "no matarás" no es violable por el "autor intelectual"; etc.

Por la forma como el derecho positivo regula las denominadas "autoría y participación", las incongruencias señaladas resultan insuperables. De acuerdo con la regla general (artículo 13), se aplica el principio de sustitución, pese a no ser válida su aplicación en razón de que el contenido semántico de los elementos del tipo no es sustituible. El principio de sustitución opera sólo cuando, al aplicarlo, no se altera el esquema ni sintáctica ni semánticamente. En el ejemplo, se nota que la aplicación es válida a nivel de sintaxis, mas no a nivel de semántica.

En resumen: el "homicidio" por "autor intelectual", por ser un pseudo tipo, no es concretizable. De todos sus elementos, únicamente dos pueden concretarse en su específico contenido semántico; los restantes, invariablemente ausentes en el caso particular, se pierden en la atipicidad.

De aquí una generalización: ningún tipo típico es concretizable por el "autor intelectual"; éste, en consecuencia, no es sujeto activo (autor).

Los mismos razonamientos son válidos para el "autor mediato" y para el cómplice. Tampoco, pues, son sujetos activos (autor).

iii) *Semántica*. Los razonamientos expresados son suficientes para negar la sustituibilidad de los "autores mediato e intelectual" y del cómplice, en el concepto "sujeto activo".

Es necesario ahora determinar el contenido semántico del sujeto activo y verificar su semántica, variable, obviamente, según el particular tipo típico. La problemática a considerar es ésta:

- 1) Imputabilidad;
- 2) Calidad de garante;
- 3) Calidades específicas;
- 4) Número específico.

1) La imputabilidad es una capacidad de delito, genérica, que reside en el autor, aunque adquiere relevancia sólo en cuanto se le relaciona con el caso concreto sometido a la consideración jurídico penal. Su regulación se hace en forma general.

2) No todos los tipos típicos pueden ser concretizados por todos los sujetos. Un sector considerable limita, según variados criterios, la esfera del sujeto a cuyo cargo se pone el cumplimiento del deber.

Destacan los tipos en los que es necesaria, en el autor, la denominada "posición de garantía".

Posición de garantía es la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien. En el fondo, se trata de una calidad adquirida por el sujeto y regulada por el derecho penal.

En los tipos de omisión, la postura de garantía se introduce por la necesidad de una característica que haga posible, de una parte, aprehender espacial y temporalmente la conducta omisiva, y, de otra, determinar al sujeto que la realizó.

En consecuencia, autor de una omisión sólo puede serlo quien se ha colocado en la posición de garante respecto a la evitación de la lesión típica. En los tipos de omisión sin "resultado material", la calidad se prevé en el mismo tipo; para los de omisión con "resultado material", existen dos maneras de regularla: o se prevé en cada tipo típico, o se formula una regla general. Razones de técnica legislativa aconsejan la segunda solución: siendo sumamente variados los datos reales que generan la postura de garantía,⁴ sintetizables en estas categorías:

- a) Normas jurídicas extrapenales, incluyendo las de derecho consuetudinario y las resoluciones de los tribunales;
- b) Una aceptación efectiva;
- c) Una conducta anterior peligrosa;
- d) Especiales comunidades de vida o de peligro,

es más técnico redactar una fórmula general referida a todos los tipos de acción que deban extenderse para abarcar a la omisión. Sin esa regla general, la figura del delito omisivo con "resultado material" se ve restringida a los tipos que expresamente la prevean (el fraude, por ejemplo).

Los códigos penales mexicanos carecen de tal regla general. No deben, por lo mismo, aplicarse extensivamente sus tipos de acción; así, por ejemplo, los tipos de homicidio, lesiones, parricidio, infanticidio, daño en propiedad ajena, etc., no admiten realización omisiva precisamente por no existir precepto legal que prevea esta forma de conducta.

Los juristas mexicanos, así como los tribunales de la República, dan cabida a la aplicación extensiva de los tipos de acción, sin advertir que están trasplantando teorías elaboradas por los autores alemanes no válidas en derecho mexicano. Con ello, se viola el principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" consagrado en el artículo 14 de la Constitución.⁵

4 Formalmente, la "postura de garantía" constituye una *clase*, que se determina al enumerar todos sus subconjuntos. Nótese que los elementos de la clase no necesariamente son disjuntos.

5 En Alemania son perfectamente aplicables porque con ellas no se extiende, sino, al contrario, se restringe la aplicación de sus tipos. Aun siendo integración, es válida en razón de beneficiar al agente del delito.

La justificación de las teorías alemanas está dada en la legislación: el párrafo 1o. del Código penal alemán establece que "una acción conminada con... es un

También en los tipos de acción se ha observado la calidad de garante. Un ejemplo lo constituye el tipo típico de revelación de secretos: la persona está obligada a no revelar el secreto aun cuando haya dejado de tener la calidad específica exigida en el tipo.

3) Otra limitación de la esfera del sujeto activo se fundamenta en especiales calidades requeridas en algunos tipos típicos. Como ejemplos, pueden señalarse: el parricidio, infanticidio, abuso de confianza, incesto, peculado, etc. En estos tipos, sólo puede ser autor quien reúne la calidad exigida.

4) Finalmente, existen tipos que exigen un cierto número de sujetos; por ejemplo: la asociación delictuosa, el incesto, el aborto consentido, la conspiración, la rebelión, la sedición, etc. El número es incluido en el tipo como característica *necesaria* del sujeto, por lo que debe distinguirse de la autoría *eventualmente* múltiple (impropiamente denominada coautoría).

En conclusión: el autor material, por concretizar el específico contenido semántico del particular tipo típico, incluido el "sujeto activo", sí pertenece a este concepto. Más aún: hay identidad conceptual entre autor material y sujeto activo. Tal pertenencia se verifica lo mismo si el autor material es unitario que si lo es múltiple.

El autor material múltiple puede ser: 1) *Necesariamente múltiple*, cuando la pluralidad está dada en el tipo como exigencia que debe concretarse en todos los casos; 2) *Eventualmente múltiple*, cuando la pluralidad no es exigida en el tipo y sólo se presenta en algunos casos particulares. La primera es una característica de un número limitado de tipos típicos; la segunda, legislable en forma general, puede presentarse en todos los tipos típicos, con la sola

crimen. Una acción conminada con..., es un delito. Una acción conminada con..., es una contravención". En éste, como en todos los párrafos de la Parte General referentes a la conducta, el legislador alemán emplea la voz "acción", y en ninguno alude a la omisión. En esta terminología radica el fundamento de los juristas alemanes para atribuir a la acción dos connotaciones: una amplia (que permita incluir a la omisión) y una estricta (limitada a la acción). La primera tuvo como efecto que los tipos de acción admitieran concreción omisiva; por tanto, todo sujeto debe responder por no evitar el resultado en los delitos de omisión impropia. Para corregir estas consecuencias inadmisibles, se elaboró la teoría del deber jurídico de obrar extrapenal, restringiéndose, con ella, la esfera del sujeto obligado a evitar el resultado.

En el Código penal mexicano, el artículo 7 expresamente alude a la omisión. No se justifica, entonces, una construcción como la del derecho penal alemán.

excepción de aquellos en que la naturaleza del kernel haga imposible la pluralidad.

III. *Sujeto activo y omisión.*

Una consecuencia importante de la "postura de garantía" es ésta: ya desde el renglón del sujeto activo, o sea antes de abordar el kernel, se limita el campo de la omisión relevante para el tipo. Sólo es de interés la omisión en que incide el sujeto garante de la evitación de la lesión, esto es, la omisión típica.

IV. *Observaciones.*

Una referencia a los "autores mediato e intelectual" y al cómplice es ahora imprescindible.

El artículo 13 del Código Penal regula estas figuras, además de las del autor material unitario o eventualmente múltiple. Con base en doctrinas deficientes, el precepto aludido ha sido interpretado en el sentido de que ni al "autor intelectual" ni al "cómplice" les son exigidas las calidades acordadas en el tipo para el autor material. La interpretación es errónea. El artículo 13 faculta, tan sólo, a hacer una sustitución: del tipo típico se sustrae al autor material y en su lugar se coloca al "autor intelectual" o al "cómplice", según el caso. No faculta a borrar la calidad: el autor intelectual o el cómplice deben entrar al tipo con la calidad exigida al sujeto activo; de no tenerla, es imposible la sustitución. Este es el alcance del precepto en cuestión. La interpretación imperante, al eliminar la calidad, extiende, por integración, la aplicación del tipo, violando la garantía del "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", regulada en el artículo 14 de la Constitución.

Algunos autores invocan el artículo 55 para fundar su interpretación. Tal mandato, por estar vacío de contenido, esto es, por carecer de significación, es, en todos los casos, inaplicable.

Los tipos se crean para proteger bienes jurídicos, y a tal fin se establece una punibilidad. En consecuencia, todo aumento de punibilidad debe fundarse en la presencia de un bien diferente al que motivó la creación del tipo que llaman "fundamental". De esto se sigue que el tipo surgido por la inclusión de la "circunstancia personal", al tutelar más de un bien, es diverso del "fundamental"; y siendo esta "circunstancia personal" elemento constitutivo del nuevo

tipo, no puede a la vez ser agravante. No es agravante del tipo fundamental, porque éste no entra en juego; tampoco del que denominan "calificado", pues respecto de éste es elemento constitutivo.

Los errores de la doctrina no serán superados mientras subsista la hasta hoy aceptada forma de regular al sujeto activo. Las deficiencias de la ley, al reflejarse en la teoría, han originado, de modo inevitable, la confusión imperante.

La solución está en el principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*". No hay más sujeto activo que el incluido en el tipo, o sea, el autor material. Debe, pues, suprimirse la regla general referente a las "autorías mediata e intelectual" y a la "complicidad"; y, en sustitución, crearse los necesarios tipos típicos que recojan las conductas de estos sujetos. De esta manera, se obtienen, entre otras, las siguientes ventajas:

- a) Únicamente habrá autores materiales.
- b) La conducta de los "autores mediato e intelectual" y "cómplice", deja de ser acesoria y subordinada a la del autor material, pues se convierte en principal e independiente.
- c) La punibilidad asignada no dependerá de la ejecución del delito al cual se orientaron las conductas de tales sujetos.
- d) Terminará la discusión respecto a la concreción dolosa o culposa de estas figuras; etc.

5. EL SUJETO PASIVO.

I. *El afectado por la lesión al concreto interés social.*

Frente al sujeto que lesiona los intereses sociales, siempre existe una persona, individual o colectiva, que resulta afectada por el perjuicio. Esta persona es el titular del concreto interés lesionado, o sea, quien directamente resiente el menoscabo derivado de la conducta lesiva.

La posición que guarda el ofendido respecto del derecho penal, depende de la existencia o no del tipo penal. Antes del proceso legislativo, ninguna acción de naturaleza penal puede ponerse en juego para resarcir el daño causado. Establecida la figura legal, el derecho punitivo despliega todos sus recursos en razón de que el ofendido es, ya, el sujeto pasivo del delito.

II. *El sujeto pasivo.*

i) *Definición.* *Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro en el caso particular.*

ii) *Consecuencias.* Es el elemento del tipo en quien se particulariza la ofensa inferida a la sociedad y concretada en la violación del deber jurídico penal. O sea: la prohibición del kernel lesivo se justifica en cuanto hay un titular del bien lesionado o puesto en peligro; y la violación del deber no es más que la resultante de la lesión o puesta en peligro del bien cuyo titular es el sujeto pasivo.

iii) *Semántica.* El concepto "sujeto pasivo" varía en función del bien tutelado; o sea, dado un bien jurídico, éste permite identificar a su titular. Siendo diversa la semántica del bien, diversa también es la semántica del pasivo, misma que se sintetiza en esta problemática:

- 1) Calidades específicas;
- 2) Número específico.

1) La esfera del sujeto pasivo, amplia sin limitaciones en algunos tipos típicos, se halla restringida en otros. Los límites derivan de la naturaleza del bien protegido en la figura legal de que se trate, y se sintetizan, en primer término, en la denominada "calidad del sujeto pasivo". Esta calidad, explícitamente regulada en algunos casos, se obtiene en otros a base de una interpretación. No es la mención expresa en el tipo típico lo que determina la calidad, sino la naturaleza del bien tutelado. Sólo puede ser sujeto pasivo quien reúne las condiciones para ser titular del bien.

2) Una segunda característica del sujeto pasivo consiste en la unidad o pluralidad de miembros integrantes del concepto. También en esto es decisivo el bien jurídico.

6. EL OBJETO MATERIAL.

i) *Definición.* *Objeto material (objeto de la conducta) es el ente corpóreo sobre el que la conducta típica recae.*⁶

6 Los tipos de omisión carecen, aparentemente, de objeto material, así como, también, algunos tipos de acción. Esto no se ha precisado, pues el objeto material está en proceso de investigación.

7. EL KERNEL.

I. *La conducta humana.*

En el acontecer de la vida social, el hombre, con su intervención, va modificando, o dejando subsistir, las condiciones existentes en el mundo que tiene a su alcance. Esa intervención se manifiesta de dos maneras claramente diferentes: por acción y por omisión.

La acción, y en su caso la omisión, en cuanto se traducen en lesiones injustificadas a los intereses sociales involucrados en las convicciones culturales, son reprobadas por la comunidad.

Ahora bien, estas acciones y omisiones reprobadas, antes de la existencia de las figuras legales, son irrelevantes para el derecho penal. Después del proceso legislativo, esto es, una vez erigidos los tipos correspondientes, quedan incluidas en el catálogo de las delictivas.

II. *El kernel.*

i) *Definición.* Es el subconjunto de elementos típicos necesarios para producir la lesión del bien jurídico.

ii) *Consecuencias.* El kernel es el elemento nuclear del tipo. Es, también, la base para edificar la estructura del delito; y guarda, con la lesión del bien jurídico, una relación de "finalidad". Se integra, por ser el medio que conduce a la lesión, con aquellos elementos necesarios para producirla, lo cual significa que la exclusión de uno solo de tales elementos hace imposible la lesión. Por otra parte, esos elementos son únicos, y cualquiera que se introdujese de más, sería redundante, en nada influiría para el concepto de lesión y pudiera impedir la univocidad de la interpretación. Esto obliga al legislador a formular de diferente manera cada tipo en particular:

- a) En algunos tipos, el kernel se reduce a la sola conducta;
- b) En otros, requiere de conducta y resultado material;
- c) En unos más, incluye conducta y modalidades de medios,

referencias temporales, referencias espaciales o referencias a la ocasión;

d) Por último, conducta, resultado material y modalidades.

III-1. *La conducta.*

i) *Definición.* Conducta (acción u omisión) es el proceder finalístico descrito en el tipo.

Es un elemento del kernel. Su contenido es una voluntad y un hacer algo, o bien, una voluntad y un dejar de hacer algo.

III-2. *La acción.*

i) *Definición.* Acción es un hacer algo con voluntad.

Dos elementos figuran en el concepto: una voluntad finalista legislada y una actividad causal. El primero, a su vez, se compone de un elemento intelectual (conocer) y uno volitivo (querer). El segundo es un elemento simple en cuanto no presenta complejidad en su contenido; a lo más, puede hablarse de una o varias actividades causales.

ii) *El dolo.* La voluntad finalista legislada, cuando es típico el fin propuesto, constituye el dolo. Precisamente las características de "legislada" y "fin típico", y, por tanto, la valoración típica, es lo que permite hablar del concepto de dolo.

Siendo jurídico —típico, para ser más exactos— el concepto de dolo, la extensión de su contenido se halla determinada por el objeto del querer recogido en el tipo: la parte objetiva no valorativa del tipo. *Dolo es, pues, conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del tipo.*

iii) *La culpa.* Para definir la culpa, es menester considerar cuatro conceptos:

c_1 = previsibilidad = es previsible la lesión típica.

c_2 = provisióabilidad = existe la posibilidad de proveer.

c_3 = previsión = se prevé la lesión típica.

c_4 = provisión = se provee el cuidado posible y adecuado para no producir (o evitar) la lesión típica.

En los conceptos anotados, se observan las siguientes relaciones:

c_3 implica c_1

c_4 implica c_2

c_4 implica c_1

Por otra parte, la tabla de verdad que se obtiene de esos mismos conceptos incluye dieciséis oraciones, de las cuales ocho son puramente sintácticas y ocho son tanto sintácticas como semánticas. Estas son las semánticas:

- | | | | | | |
|-----|------------------|------------------|------------------|------------------|---|
| 1) | c_1 | c_2 | c_3 | c_4 | c_3 implica c_1 y c_4 implica c_2 |
| 2) | c_1 | c_2 | c_3 | $\overline{c_4}$ | |
| 3) | c_1 | c_2 | $\overline{c_3}$ | c_4 | |
| 4) | c_1 | c_2 | $\overline{c_3}$ | $\overline{c_4}$ | |
| 6) | c_1 | $\overline{c_2}$ | c_3 | $\overline{c_4}$ | |
| 8) | c_1 | $\overline{c_2}$ | $\overline{c_3}$ | $\overline{c_4}$ | |
| 12) | $\overline{c_1}$ | c_2 | $\overline{c_3}$ | $\overline{c_4}$ | |
| 16) | $\overline{c_1}$ | $\overline{c_2}$ | $\overline{c_3}$ | $\overline{c_4}$ | |

cuya lectura es ésta:

1) Se prevé la lesión típica y se provee el cuidado posible y adecuado para no producirla o, en su caso, evitarla. Es un caso fortuito.

2) Se prevé la lesión típica, pero no se provee el cuidado posible y adecuado para no producirla o, en su caso, evitarla, a pesar de existir la posibilidad de proveer. Hay culpa con previsión.

3) No se prevé la lesión típica previsible, pero se provee el cuidado posible y adecuado para no producirla o, en su caso, evitarla. Es caso fortuito.

4) Siendo previsible la lesión típica y existiendo la posibilidad de proveer el cuidado posible y adecuado para no producirla o, en su caso, evitarla, no hay previsión ni provisión. Hay culpa sin previsión.

6) Se prevé la lesión típica, pero, por no existir la posibilidad

de proveer el cuidado posible y adecuado para no producirla o, en su caso, evitarla, no se provee tal cuidado. Es caso fortuito.

8) No se prevé la lesión típica previsible, y, por no existir la posibilidad de proveer el cuidado posible y adecuado para no producirla o, en su caso, evitarla, no se provee tal cuidado. Se da un caso fortuito.

12) No siendo previsible la lesión típica, pero existiendo la posibilidad de proveer el cuidado posible y adecuado para no producirla o, en su caso, evitarla, no hay previsión ni provisión. Es un caso fortuito.

16) No siendo previsible la lesión típica, ni existiendo la posibilidad de proveer el cuidado posible y adecuado para no producirla o, en su caso, evitarla, no hay previsión ni provisión. Es un caso fortuito.

De la lectura anterior se advierte que, de las ocho hipótesis sintácticas y semánticas, sólo dos constituyen culpa: la 2 y la 4. En consecuencia, y tomando en cuenta la voluntad finalista, la culpa se estructura así:

$$\left. \begin{array}{l} 2) \quad a \bar{b} c_1 c_2 c_3 \bar{c}_4 \\ 4) \quad a \bar{b} c_1 c_2 \bar{c}_3 \bar{c}_4 \end{array} \right\} a \bar{b} c_1 c_2 \bar{c}_4$$

Estructuralmente, la definición implicada por los conceptos anteriores es ésta:

"Existe culpa —en la acción— cuando, habiéndose propuesto el sujeto un fin atípico, no provee el cuidado posible y adecuado para no producir la lesión típica previsible y provisible, la haya o no previsto".

La síntesis de las mismas ocho oraciones sintácticas y semánticas conduce a:

$$c = c_1 c_2 \bar{c}_3 + c_1 \bar{c}_4 + \bar{c}_3 \bar{c}_4$$

o sea:

$$a \bar{b} c_1 c_2 \bar{c}_4 + a \bar{b} c_1 \bar{c}_4 + a \bar{b} \bar{c}_3 \bar{c}_4$$

7 La expresión "cuidado posible y adecuado" es una oración atómica; por tanto, no se trata de una conjunción.

En esta fórmula, el primer término define a la culpa; el segundo puede constituir culpa o caso fortuito según que haya o no previsibilidad; y en el tercero, asimismo, puede haber culpa o caso fortuito en función de la previsibilidad y la provisióbilidad. Cabe, además, relacionar el primer término con el segundo, el primero con el tercero, el segundo con el tercero, y los tres entre sí.

iii) Los elementos que entran en la composición de la parte subjetiva de la acción son los siguientes:

- a = El sujeto se propone un fin.
- b = Es típico el fin propuesto.
- c = Provee a la no producción de una lesión típica no propuesta pero producida.

de los cuales "a" es constante y, por lo mismo, innecesaria en la construcción; se la incluye, sin embargo, para estructurar de modo completo la parte subjetiva. Las variedades que así se obtienen, tanto sintácticas como semánticas, son cuatro:

$$1) a \bar{b} c$$

$$2) a \bar{b} \bar{c}$$

$$3) a b c$$

$$4) a b \bar{c}$$

y cuya lectura es ésta:

1) El sujeto, habiéndose propuesto un fin atípico, provee a la no producción de una lesión típica no propuesta pero producida.

Es un caso fortuito por lo que hace a la lesión típica no propuesta pero producida.

2) El sujeto, habiéndose propuesto un fin atípico, no provee a la no producción de una lesión típica no propuesta pero producida.

Hay culpa por cuanto a la lesión típica no propuesta pero producida.

3) El sujeto, habiéndose propuesto un fin típico, provee a la no producción de una lesión típica no propuesta pero producida.

Hay dolo en cuanto al fin típico propuesto, y caso fortuito por lo que hace a la lesión típica no propuesta pero producida.

4) El sujeto, habiéndose propuesto un fin típico, no provee a la no producción de una lesión típica no propuesta pero producida.

Existe dolo por lo que hace al fin típico propuesto, y culpa en cuanto a la lesión típica no propuesta pero producida.

En el desarrollo anterior se advierte, cuando es típico el fin propuesto, la presencia del dolo. Si la lesión típica se produce tan sólo causalmente, surge la culpa en los casos en que no se provee a su no producción.

III-3. *La omisión.*

i) *Definición.* *Omisión es el finalístico dejar de hacer algo descrito en el tipo.*

ii) *El dolo.* Una voluntad legislada y un dejar de hacer algo son los dos elementos que definen a la omisión. También aquí la voluntad finalista se forma con un elemento intelectual y un volitivo; y ambos: conocer y querer —igual que en la acción—, cuando es típico el fin propuesto, dan contenido al concepto de dolo. Lo dicho en el apartado de la acción, relacionado con esta materia, es aplicable a la omisión. En consecuencia, *dolo*, en la omisión, *es conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del tipo.*

iii) *La culpa.* *“Existe culpa —en la omisión— cuando, habiéndose propuesto el sujeto un fin atípico, no provee el cuidado posible y adecuado para evitar la lesión típica previsible y provisible, la haya o no previsto”.*

iiii) Los elementos que estructuran la parte subjetiva de la omisión son los siguientes:

- a = El sujeto se propone un fin.
- b = Es típico el fin propuesto.
- c = Provee a la evitación de una lesión típica no propuesta pero producida.

de los que resultan cuatro variedades tanto sintácticas como semánticas, del elemento subjetivo de la omisión:

1) $a \bar{b} c$

2) $a \bar{b} \bar{c}$

3) $a b c$

4) $a b \bar{c}$

y cuya lectura se da en seguida:

1) El sujeto, habiéndose propuesto un fin atípico, provee a la evitación de una lesión típica no propuesta pero producida.

Es un caso fortuito por lo que hace a la lesión típica no propuesta pero producida.

2) El sujeto, habiéndose propuesto un fin atípico, no provee a la evitación de una lesión típica no propuesta pero producida.

Hay culpa por cuanto a la lesión típica no propuesta pero producida.

3) El sujeto, habiéndose propuesto un fin típico, provee a la evitación de una lesión típica no propuesta pero producida.

Existe dolo en cuanto al fin típico propuesto, y caso fortuito por lo que hace a la lesión típica no propuesta pero producida.

4) El sujeto, habiéndose propuesto un fin típico, no provee a la evitación de una lesión típica no propuesta pero producida.

Hay dolo por lo que hace al fin típico propuesto, y culpa por cuanto a la lesión típica no propuesta pero producida.

III-4. *El hacer algo.*

La actividad causal, por ser elemento de la acción, se define en términos del tipo; o sea, se trata no de un hacer cualquiera, sino de un hacer algo típico. En los tipos que no contienen un resultado material, expresamente se indica la actividad constitutiva de la acción. La pertenencia de dicha actividad al tipo ninguna duda suscita. En cambio, en los tipos que señalan un resultado material, no siempre aparece evidente la pertenencia del hacer algo al tipo. Como ejemplo, puede citarse el homicidio: la expresión "privar de la vida a otro", parece, por su aparente amplitud, escapar a la restricción propia que representa el tipo; sin embargo, el verbo "privar" alude a un hacer "algo" claramente definido: únicamente es de interés para el tipo la actividad que se traduce en "privar" de

la vida a otro. En el capítulo de la relación entre la acción y el resultado material, se expondrá esto con mayor detalle.

III-5. *El no hacer algo.*

La exteriorización de la voluntad finalista en la omisión, esto es, el dejar de hacer algo, es uno de los problemas que más falsamente se han planteado. Como consecuencia de ello, se pretende analizar toda la problemática del tipo y del delito dentro del concepto de la omisión, a la vez que se atribuyen a ésta propiedades de las cuales carece; a más de esto, se busca su fundamentación fuera del ámbito del derecho penal.

Dejar de hacer "algo" es simplemente abstenerse de ejecutar una acción determinada. No es un no hacer cualquiera, sino un no realizar una actividad previamente determinada. Es un no hacer típico. En la artificiosamente llamada omisión propia, expresamente el tipo señala, en términos de la acción ordenada, cuál es la inactividad prohibida. En la denominada (asimismo artificiosamente) omisión impropia, además de ser necesario precisar un efecto surgido en la realidad fenoménica, debe describirse la inactividad que finalísticamente se relaciona con ese efecto, sea que la descripción se haga en el tipo, sea que se destine un precepto de carácter general aplicable a todos los casos incluíbles en él. En los códigos penales que omiten esa disposición general, no tienen cabida los delitos de comisión por omisión, excepción hecha de los casos expresamente descritos en los tipos que los prevén.

III-6. *Observaciones.*

Es conducta vedada únicamente la señalada en el tipo. La no coincidente con el verbo empleado en la descripción, queda, por tanto, al margen de la figura legal. Por ello el legislador debe someterse a una exigencia derivada del objetivo de la norma jurídico penal: debe describir en el tipo precisamente, y tan sólo, aquella conducta cuyo desvalor le ha sido trazado por la colectividad; y ha de hacerlo tomando en cuenta su forma de exteriorización: acción u omisión. Olvidar esta exigencia conduciría a resultados infortunados: la conducta desaprobada por la sociedad quedaría fuera del tipo y, por lo mismo, continuaría siendo permitida por el derecho penal; en cambio, una conducta socialmente aprobada pasaría a incluirse entre las delictivas.

Por otra parte, al legislador se le impone la fuerza de los conceptos ontológicos de acción y omisión. No puede, por ello, variar las componentes estructurales de ambas nociones. El concepto jurídico penal de conducta es igual al concepto de conducta propio de la vida real. Estando éste constituido por una voluntad y por un hacer algo o dejar de hacer algo, aquél se configura con los mismos elementos. Voluntad y hacer algo definen a la acción; voluntad y dejar de hacer algo, a la omisión.

IV-1. *El resultado material.*

i) *Definición. Resultado material es el típico efecto natural de la acción.*

Es un elemento que aparece sólo en algunas figuras legales, siendo la relación de medio a "fin" en que se hallan el kernel y la lesión del bien lo que determina su eventual presencia en el tipo. Es necesario cuando, y solamente cuando, la lesión del bien resulta imposible de no figurar en el kernel respectivo un resultado material; de ser posible la lesión, el tipo no debe exigirlo. Aquella misma relación de "finalidad" obliga al legislador a seleccionar, de entre todos los efectos naturales de la acción, el que debe incluir en el kernel. Necesidad e idoneidad, respecto de la lesión, es lo determinante para considerar, en el particular tipo típico, un cierto resultado material. Es un elemento sintético, o sea, se regula por razones de pragmática legislativa.

El mismo efecto natural típico de la acción ha de tomarse en cuenta para la omisión; pero, advirtiendo: el resultado material no es efecto de la omisión. En rigor, ni siquiera es correcto hablar de resultado material. Se trata de un proceso causal atípico, uno de cuyos efectos coincide con el efecto natural típico de la acción; por esto último, es atribuido a quien, siendo garante de su evitación, no lo ha evitado en el caso concreto.

IV-2. *Acción y resultado material.*

La relación entre estos elementos dio origen a una de las más apasionantes discusiones: la de la causalidad. Ello se debió a la defectuosa sistemática construida acerca del delito. El finalismo, al situar el dolo y la culpa en la conducta, aun cuando no resuelve el problema, permite reducir considerablemente el marco de esta relación. En el modelo, se dan las bases para concluir la discusión.

Al derecho penal no le interesa el conjunto de las "condiciones", ni tampoco una cualquiera de ellas. Regula, y solamente, la causa puesta en juego por el agente del delito. Tal es el alcance semántico del verbo empleado en la descripción legal. En el homicidio, por ejemplo, es causal toda acción que se resuelve en un "privar de la vida a otro"; y es no causal toda acción que no satisface esa propiedad. Se entiende, por supuesto, que la acción no desemboca de modo directo en el resultado material: entre ambos extremos tiene lugar una cadena causal. La acción es el primer eslabón en la serie causal; el efecto inmediato es, a su vez, causa de otro posterior y así sucesivamente hasta el resultado material. La causa está dada por la acción; el nexo causal, por el proceso naturalístico mirado en su totalidad.

Por ser la acción un elemento del tipo, es obvio que la causa está limitada por la figura legal; en otras palabras: la causa es típica, siendo el contenido semántico de la acción lo que justifica lo típico de la causa. El nexo causal, asimismo, es típico; y lo es porque sus polos: acción y resultado material, son elementos del tipo. De aquí se siguen dos restricciones necesarias en derecho penal: una referida a la causa, y otra a la relación de causalidad. Por la primera, es causa únicamente la acción típica; por la segunda, la serie causal ni se inicia antes de la acción ni se extiende más allá del resultado material.

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

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

“Causa”, por tanto, en derecho penal, es la acción del sujeto activo en adecuación a la semántica del verbo típico.

“Nexo causal” es el proceso naturalístico relacionante de todos los efectos consecutivos a la acción, el último de los cuales es el resultado material.

IV-3. *Omisión y resultado material.*

Todos los intentos doctrinales encaminados a relacionar causalmente omisión y “resultado material”, han fracasado. La omisión no es causa del resultado material. La tesis que sostiene el nexo causal se ve obligada a recurrir a ideas tales como la acción esperada y exigida, el deber de actuar, etc. Precisamente el hecho de fundarse en nociones ajenas al concepto, demuestra que ni sus partidarios consideran causal a la omisión.

Causalidad podrá haberla entre la acción esperada y ordenada y la no producción del resultado. Mas no es esta relación causal la que se busca en la omisión. Y nada se resuelve con acudir a la noción del deber jurídico de actuar; por el contrario, se introduce una contradicción: la omisión de quien tiene el deber de obrar sería causal, y la omisión de quien no tiene tal deber no sería causal. Esto es una distorsión de la causalidad; en efecto, siendo de orden natural el concepto, se le convierte en mera ficción de índole normativa. En el orden natural, la omisión sería causal en unos casos y no causal en otros; o sea, causa y no causa.

La omisión y el resultado material se ligan entre sí no por causalidad, sino por la posición de garantía en que se había colocado el autor para la salvaguarda del bien. Es, por tanto, una relación que se establece desde fuera, es decir, con el auxilio de un operador no perteneciente al kernel. No siendo causal este nexo, la omisión ha de considerarse en su integridad: tanto el dolo o la culpa, como el no hacer algo.

V. *Las modalidades.*

i) *Medios. Son el instrumento, o la actividad distinta de la conducta, empleados para realizar la conducta o producir el resultado.*

ii) *Referencias temporales. Son condiciones de tiempo o lapso dentro del cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.*

iii) *Referencias espaciales.* Son condiciones de lugar en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.

iiii) *Referencias a la ocasión.* Son situaciones especiales generadoras de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado.

VI. El kernel y los otros elementos típicos.

i) *Acción y deber jurídico.* Se afirma que el derecho, y por tanto el derecho penal, regula conductas humanas. Tal regulación, en el derecho punitivo, recae precisamente en las acciones (u omisiones) socialmente desvaloradas y concretadas en el tipo.

La acción, como elemento del tipo y base para la construcción del delito, lleva sobre sí una doble valoración: una deriva del deber jurídico; otra, de la violación a ese deber. La primera expresa una prohibición; la segunda, un juicio de que no se ha acatado la prohibición (el estudio de esta última se hará en el capítulo correspondiente).

Entre la acción y el deber media una relación: el desvalor que en el deber se asigna a la acción. Por tanto, la acción es lo prohibido, en tanto que el deber es el elemento que define la prohibición.

ii) *Omisión y deber jurídico.* Dos conceptos se bicondicionan en la omisión: la acción ordenada y la omisión prohibida. De esto se sigue la posibilidad de enunciar de dos maneras el deber jurídico relacionado con la omisión: se ordena ejecutar determinada actividad y se prohíbe omitir esa ejecución. La primera, expresa un mandato; la segunda, una prohibición. Siendo equivalentes, los resultados derivados a partir de una serán resultados lógicamente válidos a partir de la otra. Ahora bien, como la omisión se define en términos de la acción omitida, se puede operar directamente con el mandato. El deber es, pues, preceptivo; y lo es tanto en la omisión propia como en la impropia.

El aserto de que los impropios delitos de omisión constituyen una infracción de una norma prohibitiva, es inaceptable. Si el autor, al no actuar no conserva el bien jurídico, ello significa que el deber es de actuar precisamente para conservarlo. El imperativo es, pues, conservar a través del actuar. ¿Dónde está la prohibición? No se prohíbe la causación del resultado; se ordena evitar que éste se produzca. No se puede prohibir la causación del resultado, por la sen-

cilla razón de que una omisión no puede ser causa de la producción de un resultado. La omisión es inadecuada, inidónea, para producir un resultado; por lo mismo, al sujeto no puede prohibírsele una causación a través de una omisión. La producción del resultado supone el poner en juego la causa que a él conduce, y la omisión implica lo contrario.

El deber jurídico resulta violado no a través de una causación, sino mediante la no evitación. El sujeto no evita lo que estaba obligado a evitar. De aquí se sigue que el deber jurídico es de carácter preceptivo.

Ahora bien, ¿de dónde proviene el deber? Exclusivamente del tipo. En otras ramas del derecho, tal vez sea permitido entender este concepto en un sentido amplio. En el derecho penal la connotación ha de ser estricta en razón del apotegma "*nullum crimen, nulla poena sine lege*". El deber jurídico sólo puede estar dado en el tipo, identificándose con la norma de cultura reconocida por el legislador. La tesis que postula como fuentes de deberes jurídico penales las normas jurídicas extrapenales, la aceptación efectiva, la conducta anterior peligrosa y las especiales comunidades de vida o de peligro, es insostenible por dos razones definitivas: olvida el principio "*nullum crimen sine lege*", y confunde deber jurídico con calidad del sujeto activo. En virtud del principio anotado, únicamente la ley penal es fuente de deberes jurídico penales. La norma jurídica extrapenal, la aceptación efectiva, la conducta anterior peligrosa y las especiales comunidades de vida o de peligro, son, como ya se dijo en el capítulo del sujeto activo, únicamente hechos y circunstancias generadoras de una especial calidad del autor de la omisión: *sólo puede ser autor de una omisión quien tiene la calidad de garante en relación al bien jurídico*. Siendo dos conceptos diferentes el deber jurídico ("debes salvar la vida", por ejemplo) y la calidad del sujeto activo ("sólo tiene el deber de salvar la vida quien es garante de que la muerte no ocurra"), ambos se hallan dados en el tipo; la presencia del primero determina la del segundo.

Aun siendo artificial la distinción de la omisión en propia e impropia, conviene precisar por separado la relación con el deber. Respecto de la propia, es acertado el criterio de que el deber proviene de la ley penal (aun cuando los tratadistas no consideran al deber como un elemento del tipo, lo que en términos lógicos es una contradicción); y basta con la existencia del tipo para derivar, sin más, el mandato de actuar. En cuanto a la impropia, tratándose de tipos

que no la regulan expresamente pero en los que la relación entre kernel y lesión la hacen posible, es menester una disposición general que permita extender la aplicación de los tipos correspondientes. Sin ese precepto general, la extensión de los tipos es violatoria del principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*". En derecho mexicano no existe esa disposición; lo cual hace violatoria del artículo 14 constitucional la aplicación de tipos, como el de homicidio por ejemplo, cuando se extiende para abarcar a la omisión.⁸

8. LA LESION O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURIDICO.

I. *Lesión de los intereses sociales.*

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

II. *Lesión o puesta en peligro del bien jurídico.*

i) *Definición.* Lesión del bien jurídico es la destrucción, disminución o compresión del bien. Peligro de lesión es la medida de probabilidad asociada a la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico.

Formalmente, la definición anterior descansa en esta otra: lesión del bien jurídico es la expresión sintáctica derivada de la negación de la forma semántica derivada de la sintaxis del bien jurídico. Dicho de otra manera: el contenido semántico de la lesión del bien jurídico es la negación del contenido semántico del bien jurídico.

ii) *Observaciones.* Acerca de este elemento del tipo existe una gran confusión. Algunos juristas afirman que la lesión o puesta en peligro es lo que configura el contenido de lo que llaman "antijuridicidad material". Otros, desde un punto de vista diverso, cuando hablan del resultado hacen una distinción: resultado formal y resultado material; el formal, para algunos, consiste en la "vio-

⁸ Véase página 17.

lación de la norma", y, para otros, en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Entonces, a la lesión o puesta en peligro del bien la han entendido, o como resultado formal —y la ubican en la teoría de la acción— o como antijuridicidad material —y la sitúan, obviamente, en la teoría de la antijuridicidad—. Una tercera corriente —la más confusa— considera a la lesión o puesta en peligro como resultado formal y como antijuridicidad material. Así, un mismo objeto de conocimiento recibe dos denominaciones, dos lugares sistemáticos en la estructura y es considerada, a la vez, como objeto de valoración (resultado formal) y como juicio de valoración (antijuridicidad material) que va a recaer sobre aquel objeto. Lógicamente, una doble contradicción.

La lesión o puesta en peligro nada tiene que ver con la violación del deber jurídico (impropiamente denominada antijuridicidad); nada, tampoco, con un resultado formal.⁹ En el modelo, la lesión o puesta en peligro es un concepto fundamental. Si los tipos se crean para la protección de bienes jurídicos, esa tutela sólo puede serlo respecto de las lesiones que, a través de conductas, el sujeto activo realiza. Toda la finalidad de la norma jurídico penal se sintetiza, en última instancia, en prohibir las conductas que se traducen en una lesión o puesta en peligro del bien.

Consecuentemente, no puede dejarse este concepto tan erróneamente expuesto y ubicado en el sistema, sea como resultado formal o para explicar la discusión entre antijuridicidad formal y material. Lo primero no, porque el tal resultado formal no es más que un artificio. Lo segundo tampoco, porque no se trata de la violación del deber jurídico: puede haber lesión sin que haya violación; ejemplo: si se priva de la vida a un hombre, indudablemente que se lesiona el bien, siendo esto tan definitivo que la vida queda destruida; sin embargo, si opera una legítima defensa, no hay violación, a pesar de existir la lesión.

Por otra parte, y siguiendo con el ejemplo, la destrucción de la vida configura no cualquier lesión. Esto es lo fundamental. Cuando se priva de la vida a un hombre, no se lesiona el honor, ni la libertad sexual, ni el normal desarrollo psico-sexual, etc.; el único bien afectado es la vida humana. Ningún otro bien entra en juego porque la protección derivada del tipo típico de homicidio se concreta a la

⁹ No existe el llamado "resultado formal". El contenido que le asignan configura, o la lesión del bien jurídico, o la violación del deber jurídico penal.

vida humana. No es, pues, cualquier lesión : es una lesión típica. Más preciso todavía : la lesión es un elemento del tipo, y por tanto, también, la puesta en peligro.

Este elemento del tipo, ya plenamente identificado con características propias, viene a llenar el vacío que existía en la teoría del delito (también es elemento de la entidad delictiva) ; aún más, le confiere a ésta la explicación y sentido de que carecía, justificando, en último término, la existencia misma del derecho penal.

9. LA VIOLACION DEL DEBER JURIDICO PENAL.

I. *Ofensa a la norma de cultura.*

Cuando el hombre, en sus relaciones de convivencia, despliega conductas lesivas u omite conductas benéficas, produce con ello, a la vez que un perjuicio, una ofensa. Esto último, en razón de no haber procedido conforme a la exigencia social.

La ofensa no interesa al derecho penal mientras la norma de cultura no haya sido elevada a la categoría de deber jurídico. Habiendo sido redactada la correspondiente norma jurídico penal, toda injustificada lesión del bien lleva consigo una violación del deber.

II. *Violación del deber jurídico penal.*

i) *Definición.* Formalmente, *violación del deber jurídico es la expresión sintáctica derivada de la negación de la forma semántica derivada de la sintaxis del deber jurídico.* Dicho de otra manera : el contenido semántico de la violación del deber jurídico es la negación del contenido semántico del deber jurídico.

ii) *Observaciones.* El contenido de este llamado juicio valorativo se halla en la violación de la norma de cultura reconocida por el legislador ; más exactamente, en la violación del deber jurídico de obrar o de abstenerse. Siendo típico el deber, también es típica la violación.

Los tratadistas, apoyándose en referencias históricas (inaceptables por extrañas al universo conceptual jurídico) de improbable verificación, afirman que la "antijuridicidad" (violación del deber jurídico penal) no es un concepto propio del derecho penal. Los tipos —dicen— únicamente recortan, del vasto campo del injusto ya existente, aquel sector que, por su acentuada gravedad, necesita la sanción del derecho punitivo.

La inconsistencia de la doctrina se patentiza al operar con el derecho vigente. Sus sostenedores, al llegar a este punto, tratan de salvarla haciendo diversas distinciones de la "antijuridicidad".

Una de ellas habla de una antijuridicidad especial y otra general. Especial —dicen los autores— es la que aparece reconocida en el tipo: "indebidamente", "ilegítimamente", "ilícitamente", "sin derecho", etc.

El hecho de manejar el concepto a un doble nivel: típico y extratípico, es muy elocuente.

La otra distinción reconoce como criterio la extensión del orden jurídico al cual se opone la conducta enjuiciada. La antijuridicidad se desprende del total orden jurídico, dicen unos. La antijuridicidad se desprende nada más del ordenamiento jurídico penal, dicen otros. La divergencia radica en la imposibilidad, para unos, o en la posibilidad, para otros, de diferenciar la ilicitud en penal, civil, administrativa, mercantil, etc.

Estas teorías, por manipular el concepto con varias connotaciones indistintamente, han introducido una grande y grave confusión. Una cosa es que sea posible o imposible la distinción de la antijuridicidad en penal, civil, administrativa, mercantil, etc., y otra muy distinta es que la *particular* violación del deber jurídico (impropiamente denominada antijuridicidad, injusto, ilicitud, etc.) se desprenda del total orden jurídico, únicamente del ordenamiento jurídico penal o, como se deriva del modelo, tan sólo del correspondiente tipo típico. El principio de la "excepción regla", *elaborado para decidir sobre el caso concreto*, demuestra la existencia de la confusión. Los partidarios del principio resuelven la presencia de la "antijuridicidad", en el caso *particular*, en una forma negativa: una conducta es antijurídica cuando, siendo típica, no está amparada por alguna causa de licitud. Ahora bien, como las causas de licitud aparecen diseminadas en todo el ordenamiento legal, de ahí pretenden robustecer el criterio erróneo de que la "antijuridicidad" se obtiene del ordenamiento jurídico entendido en su integridad.

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

La violación del deber jurídico no está dada en el total ordenamiento legal. ¿O puede creerse que, cuando se priva de la vida a un hombre —por ejemplo—, se violan los deberes contenidos en las normas jurídicas que regulan el cheque, la letra de cambio, la tutela, la patria potestad, la huelga, los términos procesales, etc.? Vistos desde un plano general, son deberes del total ordenamiento legal; así que resultarían violados todos ellos de ser cierta la tesis de que la violación del deber jurídico (“antijuridicidad”) se desprende del ordenamiento jurídico considerado en su totalidad. Este es el absurdo a que conduce la tesis, cuando se la lleva a sus últimas consecuencias.

Limitando la teoría, para situarla nada más en el ámbito del derecho penal, se llega al mismo absurdo. Siguiendo con el ejemplo: cuando se priva de la vida a un hombre, no se están violando los deberes contenidos en los tipos típicos referentes al robo, al fraude, a la violación, al estupro, a la difamación, a la revelación de secretos, etc. El único deber jurídico que resulta violado es el contenido en el tipo típico respectivo: “no matarás”, o bien, “debes salvar la vida de la cual eres garante”.

I N D I C E

	PAG.
1. El tipo	7
2. El deber jurídico	10
3. El bien jurídico	12
4. El sujeto activo	13
5. El sujeto pasivo	20
6. El objeto material	21
7. El kernel	22
8. La lesión o puesta en peligro del bien jurídico	35
9. La violación del deber jurídico penal	37
BIBLIOGRAFIA	41

BIBLIOGRAFIA

I. JURIDICA.

- ALTAVILLA, Enrico. *La culpa*, Ed. Temis Bogotá, 1956.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal. Parte general*, UTEHA, Buenos Aires, 1960.
- La acción y el resultado en el delito*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959.
- BELING, Ernst von. *Esquema del derecho penal. La doctrina del delito tipo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.
- BETTIOL, Giuseppe. *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Temis Bogotá, 1965.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos elementales de derecho penal*. México. 1959.
- CORDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista. Notas al "Tratado de Derecho Penal"*, de Reinhart Maurach, Barcelona, 1962.
- CUELLO GALON, Eugenio. *Derecho penal*. Editora Nacional, México, 1953.
- GAETE ROJAS, Sergio. *La comunicabilidad en torno a los elementos del delito*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1963.
- GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*, Bosch, Barcelona, 1959.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, S. A. México, 1956.
- Lógica del juicio jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.
- GOMEZ, Eusebio. *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1940.
- GRAF ZU DOHNA, Alexander. *La estructura de la teoría del delito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.
- La ilicitud*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de derecho penal*, Ed. Losada S. A. Buenos Aires.
- La ley y el delito*, Editorial Hermes, Buenos Aires, 1954.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. *Panorama del delito*, Imprenta Universitaria, México, 1950.
- La tipicidad*, Editorial Porrúa, S. A. México, 1955.
- La antijuricidad*, Imprenta Universitaria, México, 1952.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1960.
- LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*, Madrid, 1927.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*, Editorial Temis Bogotá, 1954.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1948.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

- MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- Derecho Penal. Parte General, Libro de Estudio*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.
- PETROCELLI, Biagio. *La antijuridicidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.
- PORTE PETIT, Celestino. *Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, I*, México, 1964.
- Importancia de la dogmática jurídico penal*, México, 1954.
- PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Editorial Jus, México, 1960.
- PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal*, Madrid, 1955.
- REGASENS SICHES, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho*, Editorial Porrúa, S. A. México, 1952.
- RICCIO, Steffano. *Los presupuestos del delito. Concepto y determinación*, en "Revista Jurídica Veracruzana", T. XII, No. 3, Jalapa, Ver., México.
- SAUER, Guillermo. *Derecho Penal*, Barcelona, 1956.
- SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1956.
- SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Ediciones Rialp, S. A. Madrid, 1963.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.
- CODIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMERICA. Procuraduría General de Justicia de la República. Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 1967.

REVISTAS:

- Derecho Penal Contemporáneo*, los 26 números hasta hoy publicados.
- Revista Mexicana de Derecho Penal*, números 24 al 41, junio de 1963 a noviembre de 1964.

II. LOGICA.

- BOOLE, George. *An investigation of the laws of thought*, Dover Publications, New York.
- CARNAP, Rudolf. *Filosofía y sintaxis lógica*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.
- La superación de la metafísica por medio del análisis lógico del lenguaje*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1961.
- Foundations of Logic and Mathematics*, International Encyclopedia of Unified Science, Volume I, Number 3, Chicago, 1959.
- DWINGER, P. H. *Introduction to boolean algebras*, Hamburger mathematische einzelschriften, Würzburg, 1961.
- FARIS, J. A. *Truth-Functional Logic*, Routledge & Kegan Paul, London, 1962.
- Quantification Theory*, Routledge & Kegan Paul, London, 1964.
- FERRATER MORA, José y LEBLANC, Hugues. *Lógica matemática*, Fondo de Cultura Económica, México, 1962.

- GORTARI, Eli de. *Introducción a la lógica dialéctica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1959.
- KARP S., Lian. *Definición de una álgebra booleana basada en el concepto de latiz*, Revista "Ciencias de la Información y la Computación" (Cinco), p. 84, abril-junio, 1966, Universidad Nacional Autónoma de México.
- KEENE, Geoffrey. *First-Order Functional Calculus*, Routledge & Kegan Paul, London, 1964.
- LEWIS & LANGFORD. *Symbolic logic*, Dover Publications, New York.
- MENDELSON, Elliott. *Introduction to Mathematical Logic*, D. van Nostrand Company, Inc. Princeton.
- NIDDITCH, P. H. *Propositional Calculus*, Routledge & Kegan Paul, London, 1962.
The Development of Mathematical Logic, Routledge & Kegan Paul, London, 1962
- QUINE, W. V. O. *Mathematical logic*, Cambridge, Harvard University Press, 1955.
- STEBBING, L. Susan. *Introducción moderna a la lógica*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.
- SUPPES, Patrick. *Introducción a la lógica simbólica*, Compañía Editorial Continental, S.A. México, 1966.

III. GENERAL.

- BUNGE, Mario. *Ética y ciencia*, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1960.
- DRIESCH, Hans. *El hombre y el mundo*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1960.
- HARTMANN, Nicolai. *Introducción a la filosofía*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1961.
Ontología, V, El pensar teleológico, Fondo de Cultura Económica, México, 1964.
- MOORE, G. E. *Principia Ethica*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1959.
- REICHENBACH, Hans, *La Filosofía Científica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1967.
- WHITEHEAD, Alfred North. *An Introduction to Mathematics*, Oxford University Press, 1958.
Adventures of Ideas, Mentor Book, New York, 1960.

IV. DIVERSOS.

- The Concept and the role of the model in mathematics and natural and social sciences.* Proceedings of the Colloquium sponsored by the Division of Philosophy of Sciences of the International Union of History and Philosophy of Sciences organized at Utrecht, January 1960, Ed. Hans Freudenthal. Dordrech-Holland.