

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO



Algunos Pseudoproblemas en el Derecho Penal

LUIS DE LA BARREDA SOLORIZANO

México, D. F.

OCTUBRE DE 1974



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis padres,
LUIS DE LA BARREDA
y
REBECA SOLORZANO,
con gratitud y afecto infinitos,
en sus Bodas de Plata.

**A mis maestros,
OLGA ISLAS
y
ELPIDIO RAMIREZ,
creadores de la Ciencia del Derecho Penal.**

A BERENICE,
mi novia de octubre,
mi novia de siempre.

***A mis compañeros del Círculo de México:
recuerdo de las tardes sabatinas.***

***Y nuevamente:
a ELPIDIO RAMIREZ,
maestro auténtico.***

P R O L O G O

I

La teoría del delito, en el panorama europeo, oscila, hoy en día, entre dos polos: el causalismo y el finalismo. En el tradicional sistema del delito construido sobre la base de la acción causal, el dolo queda situado en la culpabilidad —como una especie de la misma, según lo afirman los autores afiliados a la teoría psicológica de la culpabilidad, o como uno de sus elementos o formas, según lo aseveran los autores partidarios de la teoría normativa de la culpabilidad— y, por lo mismo, es ajeno al tipo y a la tipicidad. En el sistema del delito elaborado sobre la base de la acción finalista, el dolo se sitúa en la acción y, consecuentemente, el tipo se construye con una parte objetiva y una parte subjetiva. La culpabilidad se depura de los ingredientes psicológicos y se transforma, ahora sí y por primera vez, en un concepto puramente normativo. En este nuevo sistema, el dolo es considerado como un problema del tipo y, por tanto, de la tipicidad.

II

El debate ha suscitado, ya, el interés de los iuspenalistas de América Latina. En libros y artículos de revistas especializadas el finalismo ha cobrado posiciones cada vez más firmes.

Un caso insólito ocurre en México: aquí, a partir de 1965, dos penalistas mexicanos —Olga Islas y Elpidio Ramírez— introdujeron una metodología lógico matemática y con ello pu-

sieron al descubierto los defectos conceptuales y estructurales de las teorías beligerantes; además —y esto es lo fundamental—, elaboraron una teoría del derecho penal que se caracteriza precisamente por la originalidad y consistencia en las áreas de lo conceptual y estructural.

III

La teoría lógico matemática del derecho penal, en su parte general, incluye: a) La teoría general de las normas jurídico penales; b) La teoría general de los delitos; c) La teoría general de las penas y medidas de seguridad.

La teoría general de las normas jurídico penales explica, obviamente, a las normas jurídico penales. Estas, son elaboradas por el legislador, se sitúan en el mundo de la normatividad y satisfacen las características de cualquier norma jurídica: generalidad, abstracción y permanencia. Generalidad, porque se dirigen a todos, sin excepción; abstracción, porque no se refieren a un caso concreto, sino a todos los que puedan realizarse durante su vigencia; y permanencia, porque subsisten a pesar de su cumplimiento o incumplimiento. Ahora bien, el contenido de las normas jurídico penales está dado precisamente por los tipos legales y las punibilidades. El legislador elabora tipos legales y punibilidades; y la generalidad, abstracción y permanencia son características de los tipos legales y de las punibilidades. Por ello, la teoría general de los tipos legales y teoría general de las punibilidades.

La teoría general de los delitos, a su vez, tiene como objeto de conocimiento a los delitos, que, en oposición a las normas jurídico penales, son hechos —mundo de la facticidad— ejecutados por el delincuente y, por ello, particulares, concretos y temporales. Particulares, porque su autor es un sujeto particular; concretos, porque constituyen un caso de la vida real; y temporales, porque dejan de existir al agotarse la con-

sumación. En los delitos hay que distinguir sus presupuestos (deber jurídico penal, bien jurídico, sujeto activo, sujeto pasivo y objeto material) y sus elementos (conducta típica, lesión o puesta en peligro del bien jurídico, violación del deber jurídico penal y culpabilidad). Los primeros dan lugar a la teoría general de los presupuestos de los delitos; los segundos, a la teoría general de los elementos de los delitos.

La teoría general de las penas y medidas de seguridad se ocupa de las penas y medidas de seguridad. Estas, se ubican en el mundo de los hechos, tienen su origen en la sentencia del juez penal y, por lo mismo, son particulares, concretas y temporales.

IV

El trabajo de Luis de la Barreda se afilia plenamente a la teoría lógico matemática del derecho penal. Desde ese contexto, analiza algunos renglones de las obras tradicionales y llega a la conclusión, demostrada, de que tales renglones se ocupan de un conjunto de pseudo problemas y, por lo mismo, gravan, lamentablemente, a la teoría del derecho penal.

El rigor en el empleo del método, la precisión de las ideas y la vigorosa concisión del lenguaje son méritos del trabajo, que anuncian a Luis de la Barreda como un pensador y no como un simple erudito.

Elpidio Ramírez.

CAPITULO I

EL TIPO

1.—Los niveles de concepción del tipo.

Con base en el modelo lógico matemático del Derecho Penal, vamos a proponer tres niveles de concepción del tipo:

- A) El Tipo;
- B) El Tipo de Tipo;
- C) El Tipo Legal.

A).—El Tipo es uno de los tres predicados invariantes del Derecho Penal.

Funcionalmente, tipo es una clase de subconjuntos, necesarios y suficientes, que garantizan al bien jurídico.

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.**

Estos subconjuntos, considerados en su totalidad (tipo), incluyen todos los elementos de cualquier figura legal contenida en cualquier ordenamiento legal; su validez, en consecuencia, no está limitada por los marcos del tiempo y el espacio, es decir, su validez es universal (científica).

Los subconjuntos y elementos que dan validez universal al tipo son los siguientes:

- Subconjunto a: EL DEBER JURIDICO PENAL
- Elemento: N = Deber jurídico penal
- Subconjunto b: EL BIEN JURIDICO
- Elemento: B = Bien jurídico
- Subconjunto c: EL SUJETO ACTIVO
- Elemento: A1 = Sujeto activo-calidad.
- Elemento: A2 = Sujeto activo-número
- Subconjunto d: EL SUJETO PASIVO
- Elemento: P1 = Sujeto pasivo-calidad
- Elemento: P2 = Sujeto pasivo-número
- Subconjunto e: EL OBJETO MATERIAL
- Elemento: M = Objeto material
- Subconjunto f: EL KERNEL
- Elemento: J1 = Voluntad dolosa
- Elemento: J2 = Voluntad culposa
- Elemento: I1 = Actividad
- Elemento: I2 = Inactividad
- Elemento: R = Resultado material

- Elemento: E = Medios
- Elemento: G = Referencias temporales
- Elemento: S = Referencias espaciales
- Elemento: F = Referencias de ocasión
- Subconjunto g: LA LESION O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURIDICO
- Elemento: W1 = Lesión del bien jurídico
- Elemento: W2 = Puesta en peligro del bien jurídico
- Subconjunto h: LA VIOLACION DEL DEBER JURIDICO PENAL
- Elemento: V = Violación del deber jurídico penal

El tipo se formaliza de la siguiente manera:

$$T = \left[\begin{array}{ccc} \text{NB} & (\text{A1}+\text{A2}) & (\text{P1}+\text{P2}) \end{array} \right] \left[\begin{array}{ccc} \text{M} & (\text{J1}+\text{J2}) & (\text{I1}+\text{I2}) \end{array} \right] \left[\begin{array}{ccc} (\text{R}+\text{E}+\text{G}+\text{S}+\text{F}) & & \end{array} \right] \\ \left[\begin{array}{cc} (\text{W1}+\text{W2}) & \text{V} \end{array} \right] \times 1$$

B) El Tipo de Tipo es un concepto que corresponde a cada una de las estructuras derivadas del Tipo. Es claro que estas estructuras han de incluir todos los subconjuntos que se consideran en el tipo, aunque, por definición, tales subconjuntos cambien de uno a otro tipo de tipo. La variación, obviamente, se da en los elementos de los subconjuntos.

Verbigracia:

$$\begin{array}{l} \text{TT} = \left[\begin{array}{ccc} \text{NB} & (\text{A1} \text{ A2}) & (\text{P1} \text{ P2}) \end{array} \right] \left[\begin{array}{cc} \text{M} & \left[\begin{array}{cc} (\text{J1} \text{ I1}) & \left[\begin{array}{cc} \text{W1} & \text{V} \end{array} \right] \end{array} \right] \end{array} \right] \\ \text{TT} = \left[\begin{array}{ccc} \text{NB} & (\text{A1} \text{ A2}) & (\text{P1} \text{ P2}) \end{array} \right] \left[\begin{array}{cc} \text{M} & \left[\begin{array}{cc} (\text{J1}+\text{J2}) & (\text{I1}) \end{array} \right] \end{array} \right] \left[\begin{array}{cc} \text{W1} & \text{V} \end{array} \right] \end{array}$$

C) El Tipo Legal es la figura descrita por el legislador. Sus propiedades estructurales y funcionales son, en términos de abstracción, especificaciones de segundo nivel respecto a las propiedades genéricas del tipo. Obviamente, tales especificaciones varían de uno a otro tipo legal. Ejemplos: en el tipo legal de homicidio, el bien jurídico es la vida; en el tipo legal de lesiones, el bien jurídico estriba en la salud personal.

2.—Clasificación de los elementos del tipo.

De los elementos del tipo, algunos son únicamente descriptivos, y otros son a la vez descriptivos y valorativos. Los elementos descriptivos constituyen el objeto sobre el cual recae la valoración dada típicamente por el legislador. Los elementos que son tanto descriptivos como valorativos contienen la valoración legal de ese objeto.

Los descriptivos son:

- a) El bien jurídico;
- b) El sujeto activo;
- c) El sujeto pasivo;
- d) El objeto material;
- e) El kernel, integrado por:
 - aa) La voluntad dolosa o la voluntad culposa;
 - bb) La actividad o la inactividad;
 - cc) El resultado material (y el nexo causal);
 - dd) Los medios;
 - ee) Las referencias temporales;
 - ff) Las referencias espaciales;
 - gg) Las referencias de ocasión;
- f) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Los descriptivos y valorativos solamente son dos:

- a) El deber jurídico penal;
- b) La violación del deber jurídico penal.

Desde otro punto de vista, los elementos del tipo se clasifican en:

- a) Subjetivos: la voluntad dolosa y la voluntad culposa.
- b) Objetivos: todos los demás.

3.—El deber jurídico penal.

Deber jurídico penal es la prohibición o el mandato categórico contenido en el tipo. El deber jurídico penal es uno de los dos elementos tanto descriptivos como valorativos del tipo. Se enuncia como prohibición (deber de abstenerse) o como mandato (deber de actuar). Sin embargo, el deber exige, en todo caso, tanto el hacer algo como el no hacer algo: en los tipos de acción, se prohíbe una actuación (acción) y se ordena una abstención (omisión); en los tipos de omisión, se prohíbe una abstención (omisión) y se ordena una actuación (acción). Más brevemente: prohibición y mandato se bicondicionan; de donde se sigue la posibilidad de enunciar el deber jurídico como prohibición o como mandato. En los tipos que prevén un resultado material, se prohíbe su causación (delito por acción) y se ordena su evitación (delito por omisión). Ahora bien: nadie ignora que únicamente puede invocarse un deber jurídico penal cuando el tipo legal lo consagra o cuando, expresamente, lo impone una regla general en el Código Penal.

En los diversos códigos penales mexicanos, en razón de los verbos empleados en la mayoría de los tipos con resultado material, no se desprende de dichos tipos la existencia del deber jurídico de evitación (privar de la vida, etcétera). Además, al no presentar una regla general que imponga el deber de evitación, éste sólo existe en los tipos que así lo prevén (por ejemplo: el fraude).

En nuestro país, tanto los tribunales como los juristas dan cabida a la aplicación extensiva de los deberes, importando teorías alemanas inaplicables a nuestro derecho, con lo cual violan el artículo 14 de la Constitución, en el que se consagra el principio "**nullum crimen, nulla poena sine lege**".

4.—El bien jurídico.

El derecho penal tutela intereses sociales, ya individuales, ya colectivos. Estos intereses, por supuesto, no son creación del legislador; éste sólo los reconoce.

Bien jurídico es el concreto interés social, individual o colectivo, protegido en el tipo. El bien jurídico es, en último análisis, el elemento típico que da justificación a la norma jurídica penal: es el punto de partida para elaborar los distintos tipos legales. Según la protección que se quiera dar al bien, se establecerán los elementos típicos particulares: a menor cantidad de elementos, mayor protección al bien, y viceversa.

Por otra parte, puesto que el tipo legal se formula para proteger un bien, si éste se desvalora en un momento dado, el legislador debe suprimir el tipo correspondiente.

Ahora bien: la interpretación de la norma sólo será válida si corresponde a la semántica empleada en el tipo legal (interpretación unívoca).

Gracias a la interpretación unívoca, a toda forma sintáctica que exprese un bien particular, corresponde una —y sólo una— semántica.

La biunivocidad de la integración "semántica sintaxis" origina una nueva sintaxis, en un proceso de integración (interpretación errónea) que impide la única interpretación correcta: la unívoca.

5.—El sujeto activo.

A).—Definición.—Sujeto activo es toda persona que con-

cretiza el específico contenido semántico de cada uno de los elementos incluidos en el particular tipo legal.

B).—**Consecuencias.**—A la persona moral le es imposible concretizar tales elementos; por ello, solamente la persona física puede ser sujeto activo. Más todavía: solamente el autor material —unitario o múltiple— puede ser sujeto activo. Los denominados “autores mediatos”, “autores intelectuales” y “cómplices” no pueden ser sujetos activos, pues, obviamente, carecen de la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos típicos, es decir, de adecuarse, en el caso concreto, a cada elemento del tipo (tipicidad).

El autor material, pues, es el único que puede concretar el tipo; sólo a él se dirige el deber jurídico; sólo él puede actualizar el bien, dando, así, realidad a los conceptos de sujeto activo y sujeto pasivo; solamente él puede realizar el kernel, lesionar el bien y violar el deber.

Los ‘autores mediatos’, los “autores intelectuales” y los “cómplices”, en cambio, no concretizan elemento típico alguno, ya que carecen, lógicamente, de la posibilidad de hacerlo.

No cabe afirmar que el artículo 13 del Código Penal Mexicano para el Distrito y Territorios Federales, permite enmarcar esa intervención en el tipo legal. Dicho artículo 13 dice:

“Son responsables de los delitos:

- I.—Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos.
- II.—Los que inducen o compelen a otro a cometerlos.
- III.—Los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución, y
- IV.—Los que, en casos previstos por la Ley, auxilién a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa”.

Un análisis lógico revela que este artículo describe tres

tipos legales autónomos, porque sólo tienen contenido los verbos "inducir", "compeler" y "auxiliar". Pero tanto al inductor como al compulsor y al auxiliador se les sanciona por su propia conducta. Por ejemplo: al que auxilia a otro a cometer un homicidio, se le sanciona por su propia conducta, el auxilio prestado, y no por el homicidio, pues sería absurdo que se le sancionase por un delito que no cometió. En cuanto a la punibilidad, indispensable para la existencia de la norma jurídico penal, el propio artículo 13 asocia a los tres tipos indicados ("inducción", "compulsión", "auxilio") la correspondiente al delito al cual se induce, compele o auxilia. Pero, en rigor, el artículo 13 no crea tres tipos legales, sino tres clases¹ de tipos legales, pues el tipo de "inducción", por ejemplo, no existe: existen el tipo legal de "inducción al homicidio", el de "inducción al robo", el de "inducción a la violación", etcétera. Lo mismo puede decirse de los verbos "auxiliar" y "compeler". (El legislador mexicano creó, sin proponérselo, una gran cantidad de tipos legales).

Adviértase, por otra parte, que la frase inicial del artículo 13: "Son responsables de los delitos...", tiene un significado distinto al literal, pues no se ha de responder, verbigracia, de un homicidio no cometido, aunque, por disposición legal, se aplique la misma punibilidad del homicidio tanto al inductor como al compulsor como al auxiliador, según el caso.

Los juristas y los tribunales han aplicado el principio de sustitución, pese a no ser válida dicha aplicación en razón de que el contenido semántico de los elementos del tipo no es sustituible.

Sólo es válido aplicar el principio de sustitución cuando, al hacerlo, no se altere el esquema de la correspondiente figura legal ni sintáctica ni semánticamente. La sustitución no válida es contraria al principio "**nullum crimen, nulla poena sine lege**", consagrado en los artículos 14 constitucional y 7

1 Aquí se emplea la palabra "clase" en su unívoco sentido lógico.

del Código Penal.

La solución a toda la problemática del sujeto activo está en el mencionado principio "**nullum crimen, nulla poena sine lege**". No hay más sujeto activo que el incluido en el tipo, esto es, el autor material. En rigor, no habiendo más autor que el autor material, podemos hablar simplemente de "**autor**".

Por otra parte, debe suprimirse el artículo 13, y en sustitución, crearse los necesarios tipos legales en la Parte Especial del Código Penal.²

C).—**Semántica**.—Según el tipo legal de que se trate, hay que determinar el contenido semántico del subconjunto "sujeto activo". Hay que considerar la siguiente problemática:

a).—**La capacidad psíquica de delito**.—Este problema se manifiesta en dos aspectos: la voluntabilidad y la imputabilidad. La primera es la capacidad, en abstracto, de conocer y querer el **hecho** (capacidad de voluntad: **capacidad** de conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal); se relaciona con el kernel, y se finca en la conciencia del agente. La segunda es la capacidad de comprender la **ilicitud** del hecho concreto (capacidad de culpabilidad: **capacidad** de conocer la concreción del deber jurídico penal y la violación del mismo), y se orienta, precisamente, hacia la culpabilidad. Si la conciencia está anulada, no hay voluntabilidad; si sólo está perturbada, no hay imputabilidad pero sí voluntabilidad.

b).—**Calidad de garante**.—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. La postura de garantía se introduce en los tipos de omisión debido a la necesidad de establecer una característica que cumpla una doble función: aprehender espa-

2 Se pueden crear en sólo tres artículos: cada uno de ellos conteniendo una **clase** de tipo.

cial y temporalmente la conducta omisiva, y determinar al sujeto que la realizó.

Por tanto, sólo puede ser autor de una omisión quien se coloca en la posición de garante respecto a la evitación de la lesión típica; es decir, quien tiene el deber de evitar esa lesión. En los tipos de omisión "sin resultado material", la calidad se prevé en el mismo tipo; en los de omisión "con resultado material", o se prevé en cada tipo legal, o se formula una regla general en el Código Penal, solución, esta última, aconsejable por razones técnicas.

Los datos que generan la postura de garantía son sintetizables en cuatro categorías:

- 1) Normas jurídicas extrapenales, incluyendo las de derecho consuetudinario y las resoluciones de los tribunales;
- 2) Una aceptación efectiva;
- 3) Una conducta anterior peligrosa;
- 4) Especiales comunidades de vida o de peligro.

Sin la regla en la Parte General del Código Penal que determine exactamente qué sujetos son autores de una omisión —regla ausente de los códigos penales mexicanos—, la autoría en los delitos omisivos con "resultado material" se restringe a los tipos que la prevén expresamente.

c).—**Calidades específicas.**—Estas calidades —contenidas en algunos tipos legales— constituyen otra limitación de la esfera del sujeto activo. En tales tipos (por ejemplo: incesto: ascendiente, descendiente o hermano; parricidio: descendiente consanguíneo en línea recta), únicamente puede ser autor (material) quien reúne la calidad exigida, pues el deber jurídico no se dirige indistintamente a todo sujeto.

d).—**Número específico.**—Finalmente, en ciertos tipos legales, el número se incluye como característica necesaria del sujeto. Así pues, el autor (material) puede ser: 1) Necesaria-

mente múltiple, cuando la pluralidad es una exigencia del tipo que debe concretarse en todos los casos (por ejemplo: asociación delictuosa, adulterio, etc.); 2) Eventualmente múltiple, cuando la pluralidad no es una exigencia del tipo y sólo se presenta en algunos casos particulares (puede presentarse en todos los tipos legales con excepción de aquellos en que la naturaleza del kernel no permita la pluralidad).

6.—El sujeto pasivo.

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido en el tipo. La esfera del sujeto pasivo se halla restringida en algunos tipos legales. Los límites no se originan en la mención expresa hecha en el tipo legal, sino en la naturaleza del bien protegido. Tales límites —características— del sujeto pasivo son las calidades específicas y el número específico.

7.—El objeto material.

Objeto material (objeto de la acción) es el ente corpóreo sobre el que la acción típica recae. Los tipos de omisión carecen de objeto material, pues el “no hacer” no puede recaer, materialmente, sobre ente corpóreo alguno. Por otra parte, algunos tipos de acción no incluyen este elemento (la calumnia, la injuria, la difamación, etcétera.).

8.—El kernel.

A).—**Definición.**—Es el subconjunto de elementos típicos necesarios para lesionar (si se concretizan) el bien jurídico.

B).—**Consecuencias.**—El kernel es el elemento nuclear del tipo, y se reduce, en algunos tipos, a la sola conducta (ejemplos: atentados al pudor, revelación de secreto profesional, etcétera); en otros, requiere de conducta y resultado material (ejemplos: robo, infanticidio, aborto procurado, lesiones, fraude); en otros más, incluye conducta y modalidades de medio, referencias temporales, referencias espaciales o referencias a la

ocasión (ejemplos: violación, estupro, adulterio); por último, exige conducta, resultado material y modalidades (ejemplos: homicidio, parricidio, aborto sufrido con violencia).

C).—**La conducta.**—Conducta (acción u omisión) es el proceder finalístico descrito en el tipo. La conducta es el elemento central del kernel. Su contenido es una voluntad y un hacer algo (acción), o una voluntad y un dejar de hacer algo (omisión).

a).—**La acción.**—Acción es un hacer algo con voluntad. Este concepto se compone de dos elementos: una voluntad finalista legislada (compuesta, a su vez, de un elemento intelectual: conocer, y uno volitivo: querer) y una actividad causal.

La voluntad finalista legislada constituye el dolo cuando es típico el fin propuesto.

En cambio, si el sujeto dirige su voluntad hacia un fin atípico —concretizando un tipo—, la voluntad es culposa.

aa).—**El dolo.**—Dolo es conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal. Esta es la definición del dolo directo. El eventual se configura por la mera aceptación (en lugar del querer): conocer y aceptar. El dolo de consecuencia necesaria (caso particular del dolo directo) surge cuando el sujeto quiere su actividad a sabiendas de que con ella va a producir necesariamente las consecuencias típicas.

bb).—**La culpa.**—Estaremos en presencia de la culpa cuando, habiéndose propuesto el sujeto un fin atípico, no provee el cuidado posible y adecuado para no producir la lesión típica típica previsible y provisible, la haya o no previsto

cc).—**El hacer algo.**—La actividad causal, por ser elemento de la acción, se define en términos del tipo: no se trata de un hacer cualquiera sino de un hacer algo típico.

b).—**La omisión.**—Omisión es el finalístico dejar de hacer algo descrito en el tipo.

bb)—**El no hacer algo.**—Lo afirmado con respecto a la acción, relacionado con el dolo y la culpa, es válido para la omisión.

D).—**El resultado material.**—El resultado material es el típico efecto natural de la acción. Tratándose de la omisión, es incorrecto, en rigor, hablar de resultado material, pues se trata de un proceso causal atípico.

E).—**Acción y resultado material (nexo causal).**—Por ser la acción un elemento del tipo, la causa está limitada por éste, es decir, la causa es típica, y es el contenido semántico de la acción lo que justifica lo típico de la causa. También es típico el nexo causal, pues sus extremos, acción y resultado material, son elementos del tipo. De lo anterior se infiere que “causa” (en derecho penal) es la acción del sujeto activo en adecuación a la semántica del verbo típico; y “nexo causal” es el proceso naturalístico relacionante de todos los efectos consecutivos a la acción, el último de los cuales es el resultado material.

F).—**Omisión y resultado material.**—La omisión no es causa del resultado material: la omisión y el resultado material están ligados no por la causalidad, obviamente, sino por la posición de garantía en que se coloca el autor para la salvaguarda del bien. (La relación se establece con el auxilio de un operador no perteneciente al kernel).

G).—**Las modalidades.**—**Medios:** son el instrumento o la actividad distinta de la conducta, empleados para realizar la conducta o producir el resultado. **Referencias temporales:** son condiciones de tiempo o lapso dentro del cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado. **Referencias espaciales:** son condiciones de lugar en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado. **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.

9.—La lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

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.

Formalmente: lesión del bien jurídico es la expresión sintáctica derivada de la negación de la forma semántica derivada de la sintaxis del bien jurídico.

La finalidad de la norma jurídico penal puede sintetizarse en la prohibición de las conductas que se traducen en una lesión o puesta en peligro del bien.

La lesión se asocia, en todo caso, al tipo de consumación; la puesta en peligro, al de tentativa. En consecuencia, los tipos de consumación excluyen la puesta en peligro, y los de tentativa excluyen la lesión.

10.—La violación del deber jurídico penal.

El contenido de este denominado juicio valorativo está en la violación del deber jurídico de obrar o de abstenerse. Por ser típico tal deber, típica es la violación del mismo. La violación del deber jurídico no está dada en el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad ni en el total ordenamiento penal. El único deber jurídico que resulta violado, si se concretiza el elemento en cuestión, es el contenido en el tipo legal respectivo. Formalmente, violación del deber jurídico es la expresión sintáctica derivada de la negación de la forma semántica derivada de la sintaxis del deber jurídico.

CAPITULO II

EL DELITO

1.—Aspectos generales.

A diferencia de la norma jurídico penal, el delito es un hecho, integrado por elementos fácticos que se adecúan a un tipo, y un específico grado de culpabilidad determinado por el ejercicio de la libertad y los reductores de tal ejercicio.

Por ser un hecho, el delito es particular —obra de un sujeto individualmente determinado—, concreto —el hecho que lo constituye es asimismo individual— y temporal —su realización se da en un momento plenamente determinado—.

Es interesante apuntar que, en cambio, la norma jurídico penal, como todas las normas jurídicas, tiene las características de generalidad —se dirige a todos—, abstracción —se refiere a todos los casos que puedan realizarse durante su vigencia— y permanencia —subsiste independientemente de que se cumpla o no—.

Por otra parte, la norma jurídico penal, y por tanto el tipo, se sitúa en un universo normativo, mientras que el delito pertenece al mundo fenoménico, fáctico.

Un análisis del hecho delictivo evidencia que su contenido debe dividirse en dos categorías: los presupuestos del delito y los elementos del delito.

Los presupuestos del delito son:

- A) El deber jurídico penal N;
- B) El bien jurídico B;
- C) El sujeto activo A;
- D) El sujeto pasivo P;
- E) El objeto material M.

Los elementos del delito son:

- A) El kernel (K), integrado por:
 - a) La voluntad dolosa o la voluntad culposa (J1+J2),
 - b) La actividad o la inactividad (I1+I2),
 - c) El resultado material (R) y el nexo causal,
 - d) Los medios (E),
 - e) Las referencias temporales (G),
 - f) Las referencias espaciales (S),
 - g) Las referencias a la ocasión (F);
- B) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico ((W1+W2);
- C) La violación del deber jurídico penal (V);
- D) La culpabilidad (C).

D E L I T O	/Tipicidad/	T I P O
(Particular, concreto, temporal)		(general, abstracto, permanente)
Presupuestos:		Subconjuntos:
Deber jurídico penal	Adecuación a	Deber jurídico penal
Bien jurídico		Bien jurídico

Sujeto Activo

Sujeto Pasivo

Objeto material

Elementos:

Kernel

Lesión del bien jurídico

Violación del deber

jurídico penal

Culpabilidad³

Sujeto Activo

Sujeto Pasivo

Objeto material

Subconjuntos:

Kernel

Lesión del bien jurídico

Violación del deber

jurídico penal

Presupuestos del delito son los antecedentes del delito adecuados a un tipo, necesarios para la existencia del delito.

Nótese que los presupuestos del delito toman la misma denominación que los elementos del tipo a los cuales se han de adecuar; por otro lado, guardan similitud en el contenido, aunque, obviamente, se encuentran situados en distintos niveles de lenguaje. Y es esto último, precisamente, lo que va a permitir que se establezca la tipicidad o la atipicidad. Si un supuesto —particular, concreto y temporal— satisface la semántica del correspondiente elemento típico —general, abstracto y permanente—, estaremos en presencia de la tipicidad; si no la satisface, hay atipicidad.

Por su parte, los elementos del delito adecuados al tipo son, en rigor lógico, subconjuntos del delito en los cuales se concretiza la semántica de los subconjuntos del tipo del mismo nombre, y a los cuales se asocia el subconjunto “culpabilidad” para constituir el conjunto denominado “delito”.

Ahora bien: si se establecen relaciones conceptuales entre

3 La culpabilidad es el único subconjunto del delito que no se adecúa, en caso alguno, al tipo.

los subconjuntos del delito, se obtienen las siguientes consecuencias:

a) Dados el kernel y la lesión del bien jurídico, la lesión del bien implica al kernel, mas el kernel no implica a la lesión: la lesión del bien jurídico siempre requiere un kernel.

$$K \text{ —/—} \rangle W$$
$$W \text{ —} \rangle K$$

Por tanto, el kernel se sitúa, en el delito, antes que la lesión del bien.

d) Dados el kernel y la violación del deber jurídico penal, la violación del deber implica al kernel, pero éste no implica a aquélla: la violación del deber jurídico penal sólo es posible a través del kernel.

$$K \text{ —/—} \rangle V$$
$$V \text{ —} \rangle K$$

En consecuencia, el kernel se ubica antes que la violación.

c) Dados el kernel y la culpabilidad, la culpabilidad implica al kernel, pero éste no implica a aquélla: la reprochabilidad lo es siempre respecto a un kernel.

$$K \text{ —/—} \rangle C$$
$$C \text{ —} \rangle K$$

Por ende, el lugar estructural del kernel es anterior al lugar de la culpabilidad.

d) Dadas la lesión del bien jurídico y la violación del deber jurídico penal, la violación del deber jurídico penal implica a la lesión, pero la lesión no implica a la violación: la violación del deber requiere necesariamente la lesión del bien.

W —/—» V

V —» W

Consecuentemente, la violación ubícase después de la lesión.

e) Dadas la lesión del bien jurídico y la culpabilidad, la culpabilidad implica a la lesión, pero ésta no implica a aquélla: no puede haber reprochabilidad si no se lesiona (o se pone en peligro, al menos) al bien.

W —/—» C

C —» W

Por tanto, el lugar de la culpabilidad, en la estructura del delito, es posterior al de la lesión.

f) Dadas la violación del deber jurídico penal y la culpabilidad, no toda violación es reprochable, aunque el reproche se da siempre en relación a una violación: la culpabilidad implica a la violación, pero ésta no implica a la culpabilidad.

V —/—» C

C —» V

Por lo cual, la violación es previa a la culpabilidad.

De las tres primeras relaciones podemos deducir, válidamente, que el primer elemento del delito es el kernel.

De las relaciones d) y e) se infiere que la lesión o puesta en peligro ocupa el segundo lugar en la estructura del delito.

De f) se desprende que la violación debe colocarse en tercer lugar, y la culpabilidad en cuarto.

Ahora bien: si la violación implica a la lesión y ésta implica al kernel, la violación implica tanto a la lesión como al

kernel.⁴ Por ende, en la definición del delito son prescindibles el kernel y la lesión: delito es la culpable violación del deber jurídico penal.

2.—Presupuestos (tipicidad y atipicidad).

A) **El deber jurídico penal.**—Este supuesto se configura cuando, en el caso concreto, el sujeto activo tiene a su cargo el deber.

Ejemplo: en los tipos legales de lesiones, existe el deber jurídico de “abstenerse de dañar la salud de otro” a cargo del sujeto, puesto que nadie está exento de ese deber; no acontece lo mismo en el estupro, pues el deber de “abstenerse de tener cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, por medio de la seducción o el engaño”, se dirige a todos los hombres excepto a los casados con respecto a su cónyuge. Aquí hay una causa de atipicidad en razón de que el hombre no tiene a su cargo, con respecto a su esposa, el deber jurídico penal.

B) **El bien jurídico.**—Es menester, para la configuración de la tipicidad, que exista un bien jurídico en el caso concreto. De no existir tal, estaremos en presencia de una causa de atipicidad.

Una de las causas de atipicidad por falta del bien jurídico es el consentimiento del titular de éste, cuando tal consentimiento trae como consecuencia la extinción del bien.

C) **El sujeto activo.**—En este supuesto se manejan cuatro subconceptos: capacidad psíquica de delito, calidad de garante, calidades específicas, número específico; de donde la integración de la tipicidad puede resultar sumamente compleja.

Así, la ausencia de capacidad psíquica de delito es una causa que da nacimiento a la atipicidad; lo mismo puede decirse de las respectivas ausencias de la calidad de garante, de las calidades específicas y del número específico.

4 Principio lógico de la transitividad.

D) **El sujeto pasivo.**—También en este presupuesto la tipicidad presenta diversas variantes. No concretizándose, en las hipótesis idóneas, la calidad específica o el número específico, surge la atipicidad. Lo mismo ha de decirse cuando el tipo no exige calidad ni número pero no existe, en el caso concreto, sujeto pasivo (ejemplo: se dispara, con dolo de matar, sobre un cadáver).

E) **El objeto material.**—La inexistencia de este presupuesto genera atipicidad, bien sea porque falte totalmente un objeto material, o bien sea porque, existiendo uno, no satisfaga completamente las características descritas en el tipo.

3.—Elementos (tipicidad y atipicidad).

A) **El kernel.**—El kernel del delito ha de llenar todas las exigencias que para el kernel señale el particular tipo legal, para que pueda hablarse de tipicidad. Si el kernel no se concretiza, total o parcialmente (según consumación o tentativa), hay atipicidad.

Las hipótesis de tipicidad —o, en su caso, de atipicidad— son tantas como elementos del kernel incluya el tipo.

Tomando en cuenta la fórmula general del tipo, se dan estos casos de tipicidad:

1) Tipicidad por concurrencia de la voluntad dolosa o, al menos, voluntad culposa (cuando la naturaleza de los tipos la acepte).

2) Tipicidad por la realización de la actividad o de la inactividad, según el caso.

3) Tipicidad por la producción del resultado material (cuando el tipo lo exige).

4) Tipicidad por la presencia del nexo causal (cuando el tipo describa un resultado material).

5) Tipicidad por la concreción de los medios, o de las referencias temporales, o de las referencias espaciales, o de las referencias de ocasión, cuando el tipo los señale.

Si en un caso concreto no se realiza alguno de los elementos típicos del kernel, no hay concreción de dicho kernel, y, consecuentemente, no hay delito. En ese caso, hay que señalar la causa que dio origen a la correspondiente atipicidad. Pueden darse los siguientes casos:

1) Atipicidad por falta de la voluntad dolosa o de la voluntad culposa. Las causas que impiden la configuración del dolo son: el error, la vis absoluta, la vis maior y los movimientos reflejos. La ausencia del dolo se traduce en atipicidad por falta de la voluntad dolosa, que origina una atipicidad por falta de la conducta dolosa, con lo cual estamos en presencia de una atipicidad por ausencia del kernel doloso, y, en último término, inexistencia de delito doloso. La atipicidad por falta de la voluntad culposa se presenta cuando el sujeto provee el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión típica previsible y provisible; o cuando no hay previsibilidad, o no hay provisióbilidad: en las tres hipótesis hay caso fortuito.

2) Atipicidad por falta de la actividad típica o de la inactividad típica.

3) Atipicidad por ausencia del resultado material (atipicidad respecto al delito de lesión, pero tipicidad en cuanto al delito de puesta en peligro).

4) Atipicidad por falta del nexo causal.

5) Atipicidad por ausencia de los medios, o de las referencias temporales, o de las referencias espaciales, o de las referencias a la ocasión, exigidas en el particular tipo legal.

B) **La lesión o puesta en peligro del bien jurídico.**—Si en el caso concreto la lesión se ha producido, hay tipicidad de delito consumado; si no se produce la lesión, pero se da la puesta en peligro, hay tipicidad de delito en grado de tentativa. Cuando en el caso concreto no hay lesión ni peligro, surge la atipicidad por ausencia de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Una causa que da nacimiento a esta atipicidad, es el

consentimiento del titular del bien jurídico, cuando tal consentimiento no genera la extinción del bien, sino tan sólo impide la lesión del mismo.

C) **La violación del deber jurídico penal.**—Cuando en el hecho concreto no concurre alguna de las causas de licitud, se configura la violación del deber jurídico penal. En caso contrario, el hecho no es violatorio del deber, y se está ante una atipicidad por falta de la violación del deber jurídico penal. Las causas de licitud que generan esta atipicidad son: la legítima defensa, el estado de necesidad en el que se salva un bien de mayor valor que el sacrificado, el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber y el impedimento legítimo.

D) **La culpabilidad.**—La culpabilidad está construida sobre la base de la libertad psicológica.

Cuando hay un deber jurídico, existen dos posibilidades: o cumplimos con él o lo violamos.

En el marco de los tipos legales, nos interesa la hipótesis de una conducta violatoria de un deber.

Hay que distinguir entre la libertad psicológica (connatural al sujeto) y el ejercicio de la misma (que se advierte en cada conducta del sujeto).

Si un sujeto realiza un kernel, lesiona o pone en peligro un bien y viola un deber, ejercitando su libertad psicológica, se puede formular un juicio de reproche.

Pero debemos tomar en consideración ciertas circunstancias que juegan un papel muy importante en el ejercicio de la libertad: los reductores de tal ejercicio, reductores que restringen el ejercicio de la libertad, y que son: el error y la no exigibilidad de la conducta adecuada al deber.

Si ningún reductor opera en el ejercicio de la libertad, el juicio de reproche es pleno (el sujeto es plenamente culpable).

Pero cuando operan, los reductores disminuyen el ejerci-

cio de la libertad, y, por ende, el juicio de reproche. En ocasiones, incluso, los reductores aniquilan el ejercicio de la libertad, y, por tanto, el juicio de reproche.

Dada una conducta antijurídica de un sujeto imputable, hay reproche pleno por no existir reductores del ejercicio de la libertad; o, habiéndolos, disminuye el grado de reproche; o no se da el reproche porque los reductores destruyen ese ejercicio.

La culpabilidad se construye partiendo de la ilicitud (\bar{L}) combinada con los demás elementos (ejercicio de la libertad, reductores del ejercicio de la libertad, juicio de reproche) afirmados o negados. De ello resultan ocho hipótesis, de las cuales cinco son puramente sintácticas y tres son tanto sintácticas como semánticas. Simbólicamente.

Sean \bar{L} :	ilicitud.
B o \bar{B}	ejercicio de la libertad afirmado (en un amplio umbral o en un bajo umbral) o negado.
R o \bar{R}	reductores del ejercicio de la libertad, afirmados o negados según concurren o no en el caso concreto.
H o \bar{H}	reproche, según se afirme en cualquiera de sus grados, o se niegue.
$\bar{L} B R H$	culpabilidad atenuada.
$\bar{L} B R \bar{H}$	posibilidad puramente sintáctica.
$\bar{L} B \bar{R} H$	culpabilidad plena.
$\bar{L} B \bar{R} \bar{H}$	posibilidad puramente sintáctica.

$\bar{L} \bar{B} R H$ posibilidad puramente sintáctica.

$\bar{L} \bar{B} R \bar{H}$ inculpabilidad.

$\bar{L} \bar{B} \bar{R} H$ posibilidad puramente sintáctica.

$\bar{L} \bar{B} \bar{R} H$ posibilidad puramente sintáctica.

El error que afecta a la culpabilidad es un reductor del ejercicio de la libertad psicológica, y recae sobre los presupuestos y elementos del delito adecuados a la parte objetiva valorativa del tipo o sobre la exigibilidad del deber jurídico penal. Hay, pues, tres tipos de error:

a) El error sobre el deber jurídico penal, que se presenta cuando el sujeto yerra acerca del deber, de su propio deber: supone que en el caso particular el deber jurídico no existe frente a él. Cuando el deber jurídico penal tiene un fuerte contenido ético, no es admisible el error, y, consecuentemente, existe plena culpabilidad; cuando el deber, en cambio, tiene escaso contenido ético o carece de él, el error sí afecta la culpabilidad.

b) El error sobre la violación del deber jurídico penal, que se da cuando el sujeto sabe que frente a él existe un deber jurídico penal, pero supone que no lo está violando (defensa putativa, estado de necesidad putativo, ejercicio de un derecho putativo, cumplimiento de un deber putativo, impedimento putativo).

c) El error sobre la exigibilidad del deber jurídico penal ocurre cuando el sujeto tiene a su cargo el deber jurídico y sabe que lo tiene; lo está violando con su conducta y también lo sabe; el deber le es exigible; pero debido a las circunstancias que, según él, han concurrido, cree que no se le va a exigir el cumplimiento del deber (estado de necesidad putativo, vis compulsiva putativa, etcétera).

Si el error es invencible, no surge la culpabilidad; si es

vencible, tan sólo atenúa la culpabilidad.

Se habla de exigibilidad cuando, en el caso concreto, las circunstancias del mismo nos permiten decir que al sujeto le era exigible la conducta adecuada al deber; se habla de no exigibilidad en el caso contrario. Las causas de no exigibilidad son la vis compulsiva, el estado de necesidad cuando los bienes son de igual valor, y otros casos particulares.

CAPITULO III

LOS PRESUPUESTOS

1.—Introducción.

La teoría de los presupuestos nace con Vincenzo Manzini, en Italia; y, salvo pocas excepciones, únicamente los juristas italianos han estudiado y desarrollado el tema.

Sobre los presupuestos no han llegado a un acuerdo los autores. Prácticamente, cada autor ha expuesto ideas distintas. Todas las exposiciones, sin embargo, confluyen en un común denominador: la falta de sistemática, que se traduce en incongruencias insuperables. Justo es aclarar, no obstante, que algunos autores, como Delitala y Riccio, realizan aportaciones muy importantes.

Los presupuestos, como tales, no son un pseudoproblema; esto es: tiene sentido —y, además, es necesario— estudiar los presupuestos del delito.

Los presupuestos constituyen un pseudoproblema cuando son estudiados a nivel normativo y clasificados como lo han venido haciendo los juristas. Esto será demostrado en las críticas que formularé a las distintas tesis sobre los presupuestos.

2.—Tesis de Manzini.

A) Exposición.

El padre de la teoría de los presupuestos es Vincenzo

Manzini.

Este autor distingue entre presupuestos del delito y presupuestos del hecho. Afirma que "tanto el delito como el hecho que lo constituye, pueden presuponer algunos elementos, positivos o negativos, o algunas circunstancias que constituyen el antecedente necesario de su noción".⁵ Manzini define los presupuestos del delito como "... aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho, positivos o negativos, a la existencia o inexistencia de los cuales está condicionada la existencia del título delictivo de que se trata".⁶ Y añade: "La falta de ellos no excluye la existencia del hecho, como previsto por la norma incriminadora, ni la existencia del delito; solamente transfiere el hecho bajo diverso título delictivo".⁷ Asevera Manzini que es presupuesto genérico de todo delito la condición negativa de no estar el hecho previsto específicamente por otra norma incriminadora. De estar el hecho previsto por otra norma incriminadora, específicamente, ello daría lugar —continúa diciendo Manzini— a la inexistencia de la referida condición negativa, lo que determinaría la transferencia del hecho a otro título delictivo diverso. Manzini puntualiza que el elemento fundamental para diferenciar el concepto de presupuesto del delito, radica en que no excluye la incriminación, sino que el mismo hecho adquiere diversa significación jurídica, siendo incriminada por otro título delictivo diverso.

Por otra parte, los presupuestos del hecho son, para Manzini, "... aquellos elementos jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya delito. Si faltan, el

5. Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal, Primera Parte, Teorías Generales*, V. II, Buenos Aires, 1948, p. 37.

6. Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal, Primera Parte, Teorías Generales*, V. II, Buenos Aires, 1948, p. 37.

7. Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal, Primera Parte, Teorías Generales*, V. II, Buenos Aires, 1948, p. 37.

hecho, como tal, no es punible por ningún tipo de delito”;⁸

Los presupuestos del hecho son clasificados por Manzini en jurídicos y materiales. Por jurídicos entiende: “Las normas de derecho y otros actos jurídicos, de los que la norma incriminadora presupone la preexistencia para que el delito exista”.⁹ A los presupuestos materiales del hecho los define de la siguiente manera: “Las condiciones reales preexistentes en las cuales debe iniciarse y cumplirse la ejecución del hecho. Estos presupuestos materiales pueden derivar de actos jurídicos, o bien ser concretados por meras situaciones de hecho, subjetivas u objetivas”.¹⁰

B) Crítica.

Al definir Manzini los presupuestos del delito como “elementos jurídicos”, no toma en cuenta que, por pertenecer el delito al mundo fáctico, sus presupuestos han de pertenecer, precisa y necesariamente, a este mismo mundo, por lo cual no podemos considerarlos “elementos jurídicos”. Es cierto que los presupuestos del delito han de adecuarse a un tipo; pero precisamente por ello no son elementos jurídicos.

En la misma definición, Manzini dice que de la existencia de tales elementos, anteriores al hecho, positivos o negativos, depende la existencia del título delictivo de que se trata. Esto sólo sería aceptable de suponerse que los presupuestos son, efectivamente, elementos jurídicos, y, por ende, que pertenecen al mundo normativo. En tal caso, serían **elementos** del “título delictivo” (tipo legal). Pero ya no serían presupuestos del delito. He aquí la incongruencia: al hablarse de los presu-

8 Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal, Primera Parte, Teorías Generales*, V. II, Buenos Aires, 1948, p. 38.

9 Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal, Primera Parte, Teorías Generales*, V. II, Buenos Aires, 1948, p. 39.

10 Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal, Primera Parte, Teorías Generales*, V. II, Buenos Aires, 1948, p. 39.

puestos del delito, tal parece que se está hablando de los elementos del tipo, lo que resulta absurdo. Es obvio que no puede estar condicionada la existencia de un "título delictivo" a la existencia o inexistencia de un presupuesto del delito. La existencia de un "título delictivo" únicamente está condicionada al proceso legislativo. No hay —no puede haber— relación de dependencia entre un presupuesto del delito y un título delictivo. En este punto desbarra Manzini en virtud de que no distingue el nivel normativo del lenguaje (en el que se encuentra el "título delictivo") del nivel fáctico (en el que se hallan los presupuestos).

El padre de la teoría de los presupuestos yerra nuevamente al referirse a los "presupuestos genéricos" y a las "condiciones negativas". No es correcto afirmar que la "condición negativa" consiste en no estar el **hecho** específicamente previsto en otra norma. No tiene interés alguno para el derecho penal que un **hecho** no esté previsto en normas. El **hecho** le interesa al derecho penal únicamente en cuanto se adecúa a un tipo legal. Si ese **hecho** no se adecúa a un determinado tipo legal, resulta irrelevante para el derecho penal. Ciertamente, hay que analizar cada **hecho** en particular; si no hay adecuación a un tipo legal, estaremos en presencia de la atipicidad. Pero de lo anterior no se sigue que la no adecuación de un **hecho** a un tipo (atipicidad), sea un presupuesto del delito.

Tampoco tiene base la afirmación del reputado jurista en el sentido de que la inexistencia de la referida condición negativa (o sea: que el hecho esté "específicamente previsto" en otra norma) determina la transferencia del hecho a otro título delictivo diverso. En rigor, no tiene sentido hablar de una "transferencia del hecho". Un **hecho** puede no encuadrar en un determinado tipo legal, pero, simultáneamente, puede encuadrar en otro. En este caso, no hay transferencia alguna del **hecho**: hay atipicidad con respecto a un tipo legal, y tipicidad con respecto a otro. Dado un presupuesto, que se caracteriza por ser particular, concreto y temporal, hay que analizar, en ese caso, si satisface la semántica del elemento típico corres-

pondiente. Si así es, habrá tipicidad con respecto a ese elemento típico.

Al definir Manzini los presupuestos del hecho, vuelve injustificadamente a usar la expresión "elementos jurídicos". Habla también de "elementos materiales". Su lenguaje es, por lo menos, oscuro. El error principal del maestro italiano consiste en haber distinguido entre presupuestos del delito y presupuestos del hecho. No hay razón para tal distinción, pues el **hecho** (en terminología correcta: conducta) forma parte del kernel, que es uno de los **elementos del delito**. Así pues, es una y la misma cosa el presupuesto del delito y el presupuesto del **hecho** (presupuesto de la conducta). En otras palabras: el antecedente del subconjunto es, necesariamente, antecedente del conjunto, y carece de sentido hacer distinciones.

Por último: carece también de sentido clasificar, como lo hace Manzini, a los presupuestos del **hecho** en jurídicos y materiales.

En cuanto a los "presupuestos jurídicos del **hecho**", ellos no pueden ser presupuestos de hecho alguno, pues pertenecen a otro universo (el normativo).

Manzini vuelve a ser oscuro al referirse a los presupuestos materiales del **hecho**. Los ejemplos que ofrece no dan fundamento para hablar de tales presupuestos materiales: la existencia del matrimonio, en algunos delitos contra la familia; la relación de compraventa, en el delito previsto en el artículo 515 del Código Penal Italiano; el proceso de gestación, en el delito de aborto. Con estos ejemplos, Manzini, sin advertirlo, está haciendo referencia a calidades específicas que deben reunirse, a nivel fáctico, el sujeto activo o el sujeto pasivo (presupuestos, éstos sí, del delito), por exigirlos así el tipo legal correspondiente: la calidad de cónyuge; la calidad de comprador o vendedor; la calidad de mujer embarazada, o de producto de la concepción no nacido.

3.—Tesis de Massari.

A) Exposición.

Este doctrinario no hace la distinción entre presupuestos del delito y presupuestos del hecho; distingue, sin embargo, los presupuestos generales de los especiales. Aquéllos se refieren a todas las figuras delictivas; éstos, sólo a algunas de ellas.

Señala Massari que los presupuestos generales del delito son: a) La existencia de un precepto penalmente sancionado; b) La existencia de una sanción penal.

Subraya este autor: "Si la norma incluye un elemento sancionador y un elemento preceptivo, no podemos pensar que un hecho pueda surgir como delito, si falta la sanción".¹¹

B) Crítica.

Massari hace bien al abstenerse de distinguir entre presupuestos del delito y presupuestos del hecho. Mejor hubiera procedido si se abstiene, también, de distinguir los presupuestos generales de los presupuestos especiales. Apunta que los generales se refieren a todas las conductas delictivas, y los especiales, sólo a algunas de ellas. Señala dos presupuestos generales: la existencia de un precepto penalmente sancionado y la existencia de una sanción penal.

No nos detendremos en la crítica gramatical, a la que, por redundante, se hace merecedor Massari: al hablar de un precepto penalmente sancionado, es ya innecesario que hable de una sanción penal, pues aquél implica a ésta.

Vayamos, mejor, a las observaciones que interesan al derecho penal.

¹¹ Massari, Eduardo, *Le dottrine generali del Diritto Penale*, Spoleto, 1928, p. 65.

En primer lugar, no hay más que una clase de presupuestos del delito. Lo que Massari llama "presupuestos especiales" no son más que características específicas de ciertos presupuestos, características adecuadas a un tipo legal (por ejemplo: la calidad de poseedor originario del sujeto pasivo en el abuso de confianza).

En segundo lugar, los presupuestos generales que señala Massari no son tales. El precepto y la sanción son los elementos integrantes de la norma jurídica. Ciertamente, sin ésta, en virtud del principio "**nullum crimen, nulla poena sine lege**", no puede hablarse de delito. Sin norma jurídica, ni siquiera puede hablarse de derecho penal ni de derecho en general. Sin la norma jurídica no existiría el derecho, y, por ende, tampoco la ciencia del derecho. Pero no así se plantea el tema de los presupuestos. Siendo los presupuestos del delito los antecedentes de éste, adecuados a un tipo, necesarios para la existencia del delito, han de manejarse a nivel fáctico.¹²

4.—Tesis de Marsich.

A) Exposición.

Este penalista ve, ya, una diferencia entre los elementos constitutivos y los presupuestos del delito.

Señala como presupuestos del delito: a) el sujeto activo; b) la norma (derecho objetivo); c) el bien lesionable; d) el titular del bien (sujeto pasivo); e) el derecho objetivo al cual está inherente el bien; f) el derecho subjetivo del Estado para castigar.

Según Marsich, hay que considerar al delito no sólo como ente substancial atomizable, sino también como fenómeno entre los fenómenos. Marsich repara en las condiciones subjeti-

12 Los presupuestos del delito, como los elementos de éste, son particulares, concretos y temporales.

vas y objetivas necesarias para la verificación del fenómeno delictivo.

B) Crítica.

Marsich está en lo justo al diferenciar entre elementos constitutivos y presupuestos del delito. Pero no corre con la misma fortuna al enumerar los presupuestos del delito. Ya hemos visto por qué la norma no puede ser considerada presupuesto del delito. En cuanto al "derecho objetivo al cual está inherente el bien", no hay diferencia alguna entre tal derecho y la norma, pues son las normas jurídicas, precisamente, las que forman el derecho objetivo. Por lo que toca al "derecho subjetivo del Estado para castigar", es inexplicable cómo Marsich lo llegó a considerar presupuesto del delito. Tal consideración carece de toda coherencia esquemática. No puede ser el derecho un antecedente **necesario** para que se **produzca** el hecho. Y no se comprende cómo puede "el derecho subjetivo del Estado para castigar" —truculenta expresión— ser un presupuesto del delito.

5.—Tesis de Riccio.

A) Exposición.

Steffano Riccio rechaza la distinción entre presupuestos del delito y presupuestos del hecho: "La distinción entre presupuestos del delito y presupuestos del hecho, no se tiene en pie, porque mientras por una parte la falta de un presupuesto del hecho no implica sólo la inaplicabilidad de la sanción, sino que produce la inexistencia del hecho mismo, por otra, el presupuesto del delito no cae solamente sobre el título delictuoso particular, sino ante todo sobre la existencia del hecho como previsto en el título del delito".¹³

¹³ Riccio, Steffano, "Los presupuestos del delito. Concepto y determinación", Revista Jurídica Veracruzana, T. XII No. 3, p. 149.

“Ninguna diferencia nocional, ni real, existe entre los presupuestos del hecho y los presupuestos del delito, los cuales son una misma cosa y representan los antecedentes indispensables para la existencia de un determinado hecho delictuoso”.¹⁴

Riccio define los presupuestos del hecho y del delito como “los antecedentes necesarios al hecho y al delito, que hacen posible la realización de éstos”.¹⁵

Riccio llega más lejos aún: “En conclusión, el hecho prescinde de la culpabilidad y de la antijuricidad y su noción debe ser fijada con referencia a la realidad objetiva y en relación a los elementos materiales del delito; y, si el delito es la acción antijurídica y culpable, el “hecho” es el conjunto de elementos materiales del delito, como están descritos en la figura legal, en tanto que la antijuricidad y la culpabilidad son la consecuencia del modo de ser de los elementos mismos del hecho, y por ende, son requisitos del delito”.¹⁶

En opinión de Riccio, los presupuestos del hecho son: el sujeto activo, el sujeto pasivo, el bien lesionable y la norma descriptiva de la figura legal.

Riccio objeta la distinción entre presupuestos generales y especiales, ya que: “Lo que se define como presupuesto especial, no es sino modificación o del sujeto activo o del objeto del delito, o del sujeto pasivo o del bien lesionable”.¹⁷

B) Crítica.

Tiene razón Riccio cuando rechaza la distinción entre pre-

14 Riccio, Steffano, “Los presupuestos del delito. Concepto y determinación”, Revista Jurídica Veracruzana, T. XII, No. 3, p. 149.

15 Riccio, Steffano, “Los presupuestos del delito. Concepto y determinación”, Revista Jurídica Veracruzana, T. XII, No. 3, p. 157.

16 Riccio, Steffano, “Los presupuestos del delito. Concepto y determinación”, Revista Jurídica Veracruzana, T. XII, No. 3, pp. 156 y 157.

17 Riccio, Steffano, “Los presupuestos del delito. Concepto y determinación”, Revista Jurídica Veracruzana, T. XII, No. 3, p. 163.

supuestos del delito y presupuestos del hecho. Es exacta y fundamentada su afirmación de que no hay diferencia alguna entre los presupuestos del hecho y los presupuestos del delito, los cuales son una misma cosa y representan los antecedentes indispensables para la existencia de un determinado delito. Válidos igualmente son sus asertos de que no habiendo presupuesto del hecho, no puede haber hecho, y de que no habiendo presupuesto del delito, no puede existir el hecho previsto en el título del delito. Aun cuando falta precisión terminológica, la idea es correcta: por "título del delito" debemos entender "tipo legal". Imprecisiones terminológicas aparte, también acierta Riccio al definir los presupuestos, y al hablar de las relaciones entre el "hecho", la culpabilidad y la "antijuricidad". Asimismo, Riccio tuvo buena visión al objetar la distinción entre presupuestos generales y especiales. Como se ve, Riccio supera muchas deficiencias de sus colegas. No está, sin embargo, exento de errores. Si bien es cierto que señala con justeza como presupuesto del hecho al sujeto activo, al sujeto pasivo y al bien lesionable, es cierto, también, que, además de omitir otros presupuestos, señala, indebidamente, a la "norma descriptiva de la figura legal" como presupuesto del delito. La "norma descriptiva de la figura legal" —tipo— pertenece al mundo normativo, y, por ende, no puede ser presupuesto del delito, que pertenece al mundo fáctico. El tipo es, en rigor, el fundamento del delito. Un hecho no es delictuoso si no está previsto en una norma. Pero mientras el tipo pertenece al universo general y abstracto, el delito pertenece al particular y concreto. En un universo general y abstracto, no es válido incluir elementos particulares y concretos, y a la inversa. Los presupuestos del delito han de pertenecer al mismo universo del delito, es decir, han de ser particulares y concretos.

6.—Tesis de Delitala.

A) Exposición.

Giacomo Delitala sostiene: "Si se piensa en el delito como

un ente de hecho, ninguna relación existe entre el mismo y la norma, mientras que si se piensa en el delito como ente jurídico, éste más bien que presuponer la norma es por así decir, creado por la norma".¹⁸ Delitala aclara que lo que depende de la norma es la valoración jurídica del hecho, y que lo que depende de los presupuestos es el hecho mismo. Afirma la identidad entre presupuestos del delito y presupuestos del hecho. Señala que todos los presupuestos condicionan la existencia del hecho, relacionándose con el autor del hecho o con el objeto del mismo. Distingue entre presupuestos generales —referibles a todo delito— y presupuestos especiales —referibles a una determinada figura delictiva—.

B) Crítica.

Delitala tiene el gran mérito de ubicar a los presupuestos del delito en su nivel adecuado. Son importantísimas sus afirmaciones en el sentido de que el delito como hecho no guarda relación alguna con la norma, de que el delito como ente jurídico es creado por la norma ("por así decir", precisa), de que lo que depende de la norma es la valoración jurídica del hecho y de que lo que depende de los presupuestos es el hecho mismo. Delitala ya no cae en el error de considerar a la norma como presupuesto del delito. Se equivoca, sin embargo, al distinguir entre presupuestos generales y presupuestos especiales. Tomando en cuenta que los presupuestos son comunes a todos los delitos, podría hablarse de presupuestos generales. Pero esto podría prestarse a confusión: habiendo una sola clase de presupuestos, hay que hablar, simplemente, de presupuestos del delito. Los "presupuestos especiales" —referibles a una determinada figura delictiva— son, en realidad, características específicas de ciertos presupuestos, las cuales se adecúan a un tipo legal (ejemplo: todos los delitos necesitan del presupuesto "sujeto activo", pero sólo el presupuesto "sujeto

18 Delitala, Giacomo, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, pp. 184 y 185.

activo" del delito de "revelación de secretos" requiere la calidad de **ser o haber sido funcionario público**).

7.—Tesis de Petrocelli.

A) Exposición.

A Petrocelli le parece que no se puede explicar conceptualmente la categoría de los presupuestos, en virtud de la variedad de elementos que pueden incluirse en ella; cree, además, que, al determinarse los presupuestos, yendo a los remotos se podría llegar al infinito, en tanto que yendo a la inversa, hacia el hecho delictivo, cualquier presupuesto se funde con el análisis de los elementos del hecho. Acepta, no obstante, que el delito tiene antecedentes necesarios, como cualquier hecho.

Petrocelli clasifica a los presupuestos desde dos puntos de vista: desde uno de ellos, en presupuestos normativos y presupuestos del hecho; desde el otro, en presupuestos generales y presupuestos especiales.

Como presupuesto normativo, únicamente reconoce la existencia previa de la norma. Sostiene que los elementos de hecho, que pueden consistir en hechos materiales o en actos y situaciones jurídicas, "...son aquellos elementos cuya preexistencia es indispensable para que pueda surgir el hecho como ha sido establecido por la norma".¹⁹ Al hablar de los presupuestos generales y especiales, no difiere en mucho de los juristas que sobre tales "presupuestos" han disertado: "Son presupuestos generales los comunes a todos los delitos: la norma penal; el sujeto activo capaz; el sujeto pasivo; el bien tutelado. Presupuestos especiales son los propios de cada una de las figuras delictivas".²⁰

19 Petrocelli, *Principi di Diritto Penale*, V. I, Napoli, 1955, p. 232.

20 Petrocelli, *Principi di Diritto Penale*, V. I, Napoli, 1955, p. 232.

B) Crítica.

Petrocelli hace críticas válidas a sus compatriotas. Efectivamente, los juristas italianos no precisan los **elementos** que han de incluirse en la categoría de los presupuestos; es cierto, también, que, al no ponerse de acuerdo los juristas sobre cuáles son precisamente los presupuestos del delito, no es posible saber en dónde termina y en dónde empieza la cadena de antecedentes necesarios del delito. Petrocelli, no obstante la justeza de sus críticas, no resuelve las confusiones que él mismo señala. Hace caso omiso de que un conjunto tiene un número cierto, preciso de subconjuntos. Para determinar, con exactitud, cuáles son los presupuestos del delito, hay que tomar en cuenta solamente aquellos antecedentes fácticos del delito adecuados a un tipo legal. Los presupuestos del delito son: el deber jurídico penal, el bien jurídico, el sujeto activo, el sujeto pasivo y el objeto material. Precizando que los presupuestos son los antecedentes del delito adecuados a un tipo legal, no se corre el riesgo de no poder **precisar conceptualmente la categoría de los presupuestos**, ni de, al determinarlos, **llegar al infinito o fundirlos con el análisis de los elementos del hecho**. Por lo demás, las clasificaciones de Petrocelli son inocuas. Como ya vimos, es insostenible considerar a la norma como presupuesto del delito; en consecuencia, no tiene sentido hablar de presupuestos normativos. Ya también se explicó la improcedencia de la clasificación de los presupuestos en generales y especiales.

8.—Tesis de Ranieri.

A) Exposición.

Silvio Ranieri no cree en los presupuestos: considera que no son sino elementos constitutivos del delito.

Para Ranieri, la norma penal no es presupuesto del delito, porque éste nace con aquélla. Añade que los llamados presupuestos generales del delito "...son elementos no extraños al

tipo de relevancia jurídico penal...”, y “...no pueden ser considerados como antecedentes o presupuestos del delito, en cuanto son elementos que entran en la composición de la misma figura criminal”.²¹ Agrega que ni la imputabilidad ni la capacidad penal del agente son presupuestos generales del delito, sino requisitos del agente.

Respecto a los presupuestos especiales, Ranieri sostiene que no son tales, sino elementos constitutivos que determinan la figura delictiva.

Por último, afirma que los llamados presupuestos de hecho, si bien son anteriores a la conducta, entran siempre en la estructura del delito, como elementos constitutivos.

B) Crítica.

Al no precisar los juristas a qué se refieren al hablar de los presupuestos; al no precisar en qué nivel de lenguaje se están ubicando; al no delimitar con justeza cuántos y cuáles son los presupuestos, sus tesis son sumamente confusas. Por ello se comprende que Ranieri niegue la existencia de los presupuestos del delito, y sólo admita los elementos constitutivos de éste. Sin embargo, aunque la advierte, Ranieri no supera la confusión.

Como casi la unanimidad de los tradicionalistas, Ranieri no sabe distinguir la diferencia entre el mundo normativo y el mundo fenoménico. Sólo así se explican sus afirmaciones respecto a los presupuestos generales y especiales del delito: los presupuestos generales no son sino elementos que componen la “figura criminal”; y los especiales, elementos que determinan la figura legal. Nótese que el jurista italiano coloca a los presupuestos del delito, desacertadamente, en un nivel normativo. Ya se explicó que los presupuestos del delito pertenecen al mundo fáctico, pues el delito pertenece también a este mun-

21 Danieri, Silvio, *Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 1945, p. 163.

do. Resulta absurdo afirmar que un elemento pertenece a un mundo determinado, y sus antecedentes a otro.

Además, Ranieri hace radicar la diferencia entre presupuestos generales y presupuestos especiales en que aquéllos "componen" y éstos "determinan" la figura legal. Pero dentro de este contexto, no hay diferencia alguna entre "componer" y "determinar", pues los elementos de la "figura legal", al componerla, la determinan, obviamente.

Por otra parte, Ranieri dice que debe hablarse de requisitos del agente y no de presupuestos, sin advertir que los presupuestos son requisitos, antecedentes necesarios, precisamente.

También hay confusión en Ranieri cuando sostiene que los llamados presupuestos del hecho, aunque anteriores a la conducta, entran en la estructura del delito como elementos constitutivos. Siendo el kernel el elemento primero y nuclear del delito, sus antecedentes no pueden ser elementos **constitutivos** de éste, sino, precisamente, presupuestos.

9.—Tesis de Porte Petit.

A) Exposición.

Celestino Porte Petit escribe que "...podríamos definir los presupuestos del delito, suponiendo su aceptación, diciendo que son aquellos antecedentes jurídicos, previos a la realización de la conducta o hecho descritos por el tipo, y de cuya existencia depende el título o denominación del delito respectivo"²²

Acepta la clasificación de los presupuestos en generales y especiales —aquéllos, los comunes al delito en general, y éstos, los propios de cada delito en particular—.

22 Porte Petit, Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", I, Editorial Jurídica Mexicana, México, D. F., 1969, p. 258.

Apunta que "como presupuestos del delito generales se señalan": la norma penal, comprendidos el precepto y la sanción; "el sujeto activo y pasivo" (sic); la imputabilidad; el bien tutelado; el instrumento del delito.²³

Asevera que es "indudable que la ausencia de la norma penal, de la imputabilidad, o de cualquier otro presupuesto general, originan según el caso, la ausencia de tipo o la inexistencia del delito, dándose como es lógico según los casos, diversos aspectos negativos del mismo"; y observa que la ausencia de un presupuesto especial tan sólo implica la variación del tipo delictivo. "Por ejemplo —escribe—, la calidad de funcionario público es un presupuesto del delito de peculado, y de faltar, el hecho realizado encaja en el abuso de confianza".²⁴

Otra clasificación que acepta Porte Petit (en este caso, implícitamente) es la que divide a los presupuestos en materiales y jurídicos.

Refiriéndose a la distinción que hacen varios autores entre presupuestos de la conducta o del hecho y presupuestos del delito, Porte Petit considera —siguiendo la tesis de Riccio— que sólo existen los presupuestos de la conducta o del hecho, pues —dice— en los denominados presupuestos del delito, si falta el presupuesto de carácter jurídico, en realidad no hay tal variación del tipo, como se afirma, sino que se da, en todo caso, otro delito.

Cita como requisitos del presupuesto de la conducta o hecho, los siguientes: a) Un antecedente jurídico o material; b) Previo a la realización de la conducta o hecho; c) Necesario para la existencia de la conducta o hecho, descritos por el tipo.

23 Porte Petit, Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", I, Editorial Jurídica Mexicana, México, D. F., 1969, p. 259.

24 Porte Petit, Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", I, Editorial Jurídica Mexicana, México, D. F., 1969, p. 260.

Finalmente, veintenas de páginas más adelante, varios capítulos después, Porte Petit sostiene que "en primer lugar forma parte del tipo, el presupuesto de la conducta o del hecho, originando su ausencia, una atipicidad".²⁵

B) Crítica.

Quiero referirme, en primer término, al esquema que maneja Porte Petit. Si bien es cierto que en un párrafo de su obra "Apuntamientos...", apunta que sólo existen los presupuestos de la conducta o del hecho y no los denominados presupuestos del delito, lo cierto es que en otros muchos párrafos se refiere a los presupuestos del delito, los define, los clasifica, etcétera.

Acepta la clasificación de los presupuestos en generales y especiales, y dentro de aquéllos señala los siguientes: la norma penal, comprendiendo precepto y sanción, o sea tipo y punibilidad; "el sujeto activo y pasivo";²⁶ la imputabilidad; el bien tutelado; el instrumento del delito.

Nótese que coloca, como presupuestos generales, junto a la norma penal, al "sujeto activo y pasivo", al bien jurídico y al objeto material. Nótese, asimismo, que dentro de la norma penal sitúa al precepto y a la sanción. Sabemos que el sujeto activo, el sujeto pasivo, el bien jurídico y el objeto material son elementos del tipo (precepto), por lo cual es incorrecto colocarlos como presupuestos junto a la norma penal.

Por otra parte, y esto es lo más grave, Porte Petit sostiene²⁷ que el presupuesto de la conducta o del hecho forma

25 Porte Petit, Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", I, Editorial Jurídica Mexicana, México, D. F., 1969, p. 431.

26 Por la redacción, tal parece que Porte Petit se refiere a un sujeto que es, a la vez, sujeto activo y sujeto pasivo; pero es obvio que no existe un adefesio así en todo el universo del Derecho Penal.

27. Porte Petit, Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", I, Editorial Jurídica Mexicana, México, D. F., 1969, p. 431.

parte del tipo (precepto). De acuerdo a esto y a lo que había apuntado anteriormente el jurista mexicano, se llega a la conclusión absurda de que los presupuestos de la conducta o hecho se encuentran dentro de los presupuestos generales del delito; además, siendo presupuestos de la conducta (nivel fáctico), según Porte Petit forman parte del precepto (nivel normativo): conclusión igualmente absurda.

Analizado ya el esquema del catedrático mexicano, pasemos a otras observaciones.

Porte Petit dice que “podríamos definir” a los presupuestos “suponiendo su aceptación”, y luego los define. En la definición se advierten varias fallas. El prestigiado maestro mexicano cree que los presupuestos son “antecedentes jurídicos”, idea insostenible si se toma en cuenta que el presupuesto del delito se encuentra en el mundo fáctico, mientras que el antecedente jurídico (cuyo concepto, por cierto, no aclara Porte Petit) no puede hallarse en ese mundo. Ya dijimos que no puede ser antecedente del delito algo que no pertenezca al mundo del delito.

Nótese, además, que la parte final de la definición es confusa, si no es que ininteligible. ¿Cómo se puede sostener que de la existencia de los presupuestos (“antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o hecho descritos por el tipo”, según Porte Petit) depende el título o denominación del delito respectivo? ¿Cómo puede sostenerse que la denominación (o título) de un delito depende de los presupuestos de ese delito, que son concretos, particulares, temporales? ¿Cómo puede aseverarse que la denominación de un delito depende de antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o hecho descritos por el tipo? De aceptar tal afirmación, tendríamos que aceptar que si, por ejemplo, en un caso concreto, no se presentaran los presupuestos del delito de homicidio (“homicidio”: título o denominación del delito), este delito dejaría de llamarse “homicidio”, pues su denominación dependería de la existencia de los presupuestos (de los ante-

cedentes necesarios para la realización de un homicidio).

Después de definir los presupuestos del delito, Porte Petit señala que dichos presupuestos han sido divididos en generales y especiales, y se adhiere a esta distinción. Vuelve a equivocarse. Ya se demostró, durante el análisis de las ideas de Massari, lo insostenible de esta clasificación. Porte Petit trata de convencernos de la existencia de los presupuestos especiales con un ejemplo: "...la calidad de funcionario público es un presupuesto del delito de peculado, y de faltar, el hecho realizado encaja en el abuso de confianza". Con estas líneas, Porte Petit trata de probar que de faltar el "presupuesto especial", no se configura un delito determinado sino **otro**. Aun haciendo concesiones terminológicas y suponiendo la existencia de los "presupuestos especiales" no podemos aceptar el razonamiento, pues la aseveración de que si falta el "presupuesto especial" no se configura un delito determinado sino **otro**, es válida sólo en ciertos casos. No es válida, por ejemplo, en el caso de quien copula con una mujer que no sea casta y honesta o no sea menor de dieciocho años: quien lo haga, no cometerá delito **alguno**, aunque se valga de la seducción o del engaño. Faltando tales "presupuestos especiales" en este caso (calidades específicas del sujeto pasivo, para usar términos correctos), no se configura el delito de estupro **ni ningún otro**.

Ya hicimos también la crítica de la clasificación —aceptada implícitamente por Porte Petit— de los presupuestos en materiales y jurídicos.

Acierta, en cambio, el autor de los "Apuntamientos..." al rechazar la clasificación de los presupuestos en presupuestos del hecho y presupuestos del delito. Desgraciadamente, su rechazo no es del todo feliz, pues, en lugar de declarar que la clasificación aludida carece de sentido ya que sólo hay una clase de presupuestos, niega la existencia de los presupuestos del delito y acepta únicamente la de los presupuestos de la conducta o hecho. No advierte que, siendo la conducta un elemento del delito, los presupuestos de la conducta son, también, presupuestos del delito. Esto, debido a que los antece-

dentes necesarios de un subconjunto son, a la vez, los antecedentes necesarios del conjunto respectivo, puesto que para que exista un conjunto determinado, han de existir **todos** sus subconjuntos.

Por último: Porte Petit enumera los “requisitos del presupuesto de la conducta o hecho”, sin antes haber aclarado qué entiende por “requisitos del presupuesto...”. ¿Se refiere, acaso, al antecedente necesario del antecedente necesario? Su enumeración, por otro lado, no tiene sentido, pues, aun cuando la hace en tres incisos, solamente señala un “requisito del presupuesto”: un antecedente jurídico o material, previo a la realización de la conducta o del hecho, necesario para la existencia de la conducta o hecho, descritos por el tipo. Ya señalamos la incongruencia de hablar, en este caso, de “antecedente jurídico”. Por lo demás, es impreciso hablar de “antecedente material”. La confusión surge, principalmente, al no distinguir el nivel normativo del nivel fáctico. Ello hace que se tenga que hablar de “antecedente material”. En rigor, los presupuestos del delito sólo son de una clase, y pertenecen únicamente a un universo: el fáctico.

CAPITULO IV

CLASIFICACIONES DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

1.—Introducción.

Ya se habló —en el Capítulo II de este trabajo— de los elementos del delito. Ha quedado claro que los elementos, como tales, no constituyen un pseudoproblema. En cambio, sí es un falso problema el de sus clasificaciones: los juristas —atropellando la sistemática y la conceptualización— hacen múltiples clasificaciones de los elementos del delito, todas ellas carentes de fundamentos estructurales lógicos.

2.—Elementos “esenciales” y elementos “accidentales”.

A) Exposición.

Los elementos del delito son clasificados por varios doctrinarios en esenciales o constitutivos e inesenciales o accidentales.²⁸

Elemento esencial es aquel elemento indispensable para constituir cualquier delito.²⁹

Los elementos accidentales “son aquellos elementos cuya

28 Antolisei, “Manuale di Diritto Penale”, 3a. ed., Milano, 1955, p. 144.

29 Ranieri, “Diritto Penale, Parte Generale”, Milano, 1965, p. 161.

presencia o ausencia no influye sobre la existencia del delito o de un determinado delito, sino sobre su gravedad y más en general sobre la entidad de la pena".³⁰ Estos elementos son los que se ha dado en llamar "circunstancias", las cuales —se dice— dan lugar a los tipos "complementados", "circunstanciados" o "subordinados", que pueden ser "cualificados" o "privilegiados", según que aumenten o disminuyan la pena, respectivamente.

B) Crítica.

La clasificación de los elementos del delito en "esenciales" y "accidentales" no resiste un análisis lógico.

Todo elemento —del latín *elementum*: parte constitutiva de un todo— es, por definición, esencial.

Aciertan, pues, los doctrinarios, al aseverar que elemento esencial es el elemento indispensable para constituir cualquier delito. Aciertan, aunque redundan, pues todo elemento es esencial. Pero su redundancia no es en modo alguno gratuita: usan la palabra "esencial" para luego poder hablar de los "elementos inesenciales o accidentales".

Nótese que cuando los juristas hablan de los elementos inesenciales o accidentales, recurren a una duplicidad de conceptos: pasan —inadvertidamente, hay que suponer— del nivel conceptual en el que se sitúa el delito, al nivel conceptual en el que se encuentra el tipo. Afirman que los elementos accidentales dan lugar a los llamados tipos complementados. Adviértase el absurdo: ¿cómo puede sostenerse que un elemento de cierto delito da lugar a un tipo? Por todos es aceptado que los elementos del delito son subconjuntos del conjunto delito en los que se concretiza la semántica de los subconjuntos del tipo del mismo nombre. Por ejemplo: el elemento "lesión del bien jurídico" en el delito de homicidio —privación de la

30 Antolisei, "Manuale di Diritto Penale", 3a. ed., Milano, 1955, p. 144.

vida— no es sino una concreción de la semántica del elemento “lesión del bien jurídico” dado en el tipo. Sin embargo, los tratadistas han elaborado proposiciones aberrantes debido a que por carencia de sistemática han colocado al tipo y a la punibilidad en la teoría del delito, con lo cual dejan sin su materia de estudio correspondiente —lógicamente adecuada— a la teoría de la ley penal.

Una vez demostrada la ligereza con que los tratadistas manejan dos distintos niveles como si fuera uno solo, analizaré su definición de “elementos accidentales o inesenciales”. Aseveran que tales elementos son aquellos cuya presencia o ausencia no influye sobre la existencia “del delito o de un determinado delito”, sino sobre la gravedad del mismo y sobre la entidad de la pena; agregan que estos elementos, que han sido llamados “circunstancias”, dan lugar a los tipos “complementados”, que pueden ser “cualificados” si aumentan la pena, o “privilegiados” si la disminuyen. Tal parece que se hace referencia no a elementos del delito sino a elementos del tipo. Pero en cualquiera de los dos casos, el error es notable. Por principio de cuentas, es contradictorio hablar de elementos que no influyen sobre la existencia del todo que constituyen. Los subconjuntos del tipo, considerados en su totalidad, incluyen todos los elementos de cualquier figura legal; es esto, precisamente, lo que les confiere validez universal, y, por ende, carácter científico. Los elementos del delito, por su parte, son, en rigor lógico, subconjuntos del delito en los que se concreta la semántica de los subconjuntos del tipo del mismo nombre; **faltando uno de tales elementos, evidentemente no habrá delito.**

Ya quedó claro, renglones arriba, que un elemento del delito a ningún tipo puede dar lugar. Si consideramos que los juristas emplean una duplicidad de conceptos, podemos suponer que, en este punto, no se están refiriendo al delito, aunque así lo llamen, sino al tipo. Aun aceptando tal suposición, los juristas no se libran del absurdo. La concreción de la semántica de los elementos de un tipo determinado puede dar

lugar, solamente, al delito del mismo nombre. Si no se concretizan esos elementos, no existirá ese delito; **si acaso, otro.** Además, todos los elementos del tipo fundamentan la punibilidad respectiva, y no la aumentan ni la disminuyen; es decir, a cada tipo corresponde una y sólo una punibilidad.

Aclararé con un ejemplo: el parricidio y el homicidio (tanto a nivel normativo como a nivel fáctico) tienen todos los elementos del tipo (nivel normativo) o del delito (nivel fáctico); pero esos elementos cambian de uno a otro tipo o de uno a otro delito. Vistos como tipos, cada uno de ellos fundamenta una punibilidad diferente; considerados como delitos, cada uno de ellos da lugar a una pena distinta. El sujeto activo que tiene la calidad específica de descendiente con respecto al sujeto pasivo, comete, si concretiza todos los elementos típicos del respectivo tipo legal, el delito de parricidio —ningún otro—. Tal calidad específica es una característica del elemento “sujeto activo” del tipo o del delito de parricidio, y, por tanto, a nivel normativo fundamenta la punibilidad del tipo de parricidio, o, a nivel fáctico, da lugar a la pena correspondiente al delito de parricidio. Pero no agrava ni atenúa el delito de homicidio —tampoco aumenta ni disminuye su pena correspondiente—, pues **no estamos en presencia de este delito, sino de otro distinto.**

En síntesis: carece de sentido distinguir los elementos en esenciales e inesenciales, pues todos los elementos, considerados en su tipo o delito respectivo, son esenciales. Lógicamente son impensables los elementos inesenciales; por tanto, es redundante el calificativo “esenciales”. Dígase únicamente: a nivel normativo, elementos del tipo, y a nivel fáctico, elementos del delito.

3.—Elementos “esenciales generales” y elementos “esenciales especiales”.

A) Exposición.

Los elementos esenciales son divididos, a su vez, en gene-

rales (o genéricos) y especiales (o específicos).

Por elementos esenciales generales o genéricos se entienden aquellos componentes indispensables para integrar "el delito en general", y son subdivididos generalmente en tres:

- a) Elemento esencial general material (conducta);
- b) Elemento esencial general valorativo (antijuridicidad);
- c) Elemento esencial general psíquico (culpabilidad).

Por elementos esenciales especiales se han entendido aquellos componentes que requiere la particular figura delictiva; elementos que cambian de una a otra figura de delito, imprimiéndole su sello particular. Han sido subdivididos en:

- a) Elementos esenciales especiales materiales u objetivos (conducta);
- b) Elemento esencial especial valorativo (antijuridicidad especial, tipificada);
- c) Elemento esencial especial normativo (jurídico, cultural);
- d) Elemento esencial especial psíquico o subjetivo (una determinada dirección subjetiva de la voluntad o la existencia de motivos determinantes);
- e) Elemento esencial especial subjetivo del injusto.⁸¹

B) Crítica.

Independientemente de las críticas que se formularán en los párrafos siguientes, cabe señalar que la clasificación de los elementos en "esenciales generales" y "esenciales especiales"—transcrita en los "Apuntamientos..." de Porte Petit—, está situada dentro del causalismo, y, específicamente, dentro de

31 Porte Petit, Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", I, Editorial Jurídica Mexicana, México, D. F., 1969, pp. 271 a 273.

la teoría psicológica de la culpabilidad, surgida durante el siglo pasado y derrumbada totalmente por el jurista alemán Frank en 1907. Los autores de la teoría psicológica decían que la culpabilidad consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y su conducta; que se puede presentar como dolo o como culpa. En los delitos dolosos es dolo y en los delitos culposos es culpa: el dolo y la culpa son las dos especies de la culpabilidad. Reinhard Frank —teoría normativa, también causalista— ya no habla de la culpabilidad como un nexo entre el sujeto y su conducta, sino como un juicio de reproche al sujeto que actúa contrariamente al deber pudiendo haber cumplido con éste. Todo lo anterior es superado por la teoría normativa de la culpabilidad elaborada por los finalistas. Ya, desde Frank, primer normativista, la culpabilidad no se consideraba un elemento psíquico, sino valorativo. A partir de esto, el finalismo coloca al aspecto psíquico (conocer y querer los hechos) dentro de la conducta, con lo cual ésta adquiere un contenido inequívoco: conducta para un fin determinado: conducta finalista. La culpabilidad, elemento valorativo, queda integrada por la exigibilidad, la imputabilidad y el conocimiento de la ilicitud. Queda claro cómo los finalistas varían —superan— todo el esquema elaborado por los causalistas.

Una vez hechas estas aclaraciones, me ocuparé, concretamente, de la clasificación que de los 'elementos esenciales' hacen los seguidores de la llamada teoría psicológica de la culpabilidad.

Situados los psicólogos en el campo de los elementos esenciales —únicos de los que tiene sentido hablar, aun cuando es recomendable suprimir cualquier adjetivo con el que se les quiera calificar, según se explicó líneas arriba—, los clasifican en generales y especiales.

Definen a los elementos esenciales generales como los componentes indispensables para integrar el delito "en general". Esto es metafísica: existen delitos concretos, y no el delito "en general"; en todo caso lo que existe es un concepto

del delito. El error se deriva de confundir al objeto de la ciencia con la ciencia misma. En este caso, se confunde al delito (objeto de la ciencia) con la teoría del delito (ciencia). Cabe aclarar que lo que existe son delitos concretos: robo, homicidio, violación, etcétera. De cada uno de éstos, se puede hacer una teoría: teoría del robo, teoría del homicidio, teoría de la violación, etcétera. También es correcto hacer una **teoría del delito**, que necesariamente ha de contener los conceptos válidos para todos y cada uno de los delitos concretos. Pero la expresión "delito en general" es metafísica: vacía semánticamente desde el punto de vista científico. Ahora bien: un delito, para serlo, ha de reunir **todos** los elementos de cualquier otro delito. Esto es: no hay una clase determinada de elementos del delito que sean "indispensables", pues todos ellos lo son.

Apuntan que los elementos esenciales especiales son los que cambian de una a otra figura de delito. Nuevo yerro. En primer lugar, ya se demostró que sólo tiene sentido hablar de "elementos" ("elementos esenciales", si se quiere ser redundante). En segundo lugar, la afirmación de que los elementos esenciales especiales son los que cambian de uno a otro delito es válida no para los supuestos "elementos esenciales especiales", sino para todos los elementos. Obviamente, éstos varían de uno a otro delito (y, si nos situamos en un nivel normativo, de uno a otro tipo). Así, por ejemplo, en el homicidio se viola el deber jurídico de abstenerse de matar, mientras que en la violación se viola el deber jurídico de abstenerse de copular con otra persona por medio de la violencia física o moral. Esto es: el mismo elemento existe en ambos delitos (ha de existir, necesariamente, para que sean tales); pero varía de uno a otro en su contenido. En términos lógicos, hay, entre los elementos de uno a otro delito, identidad sintáctica y diferencia semántica.

CAPITULO V

LOS ELEMENTOS NORMATIVOS Y LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS

1.—Nota aclaratoria.

Incluyo aquí el presente capítulo en atención a que el tema que le da nombre constituye un pseudoproblema muy importante de aclarar, y no podía faltar en un trabajo que versa, precisamente, sobre pseudoproblemas. Sin embargo, los elementos normativos y subjetivos ya han sido criticados —excelentemente— por Olga Islas y Elpidio Ramírez en su “Lógica del Tipo”. Por estar completamente de acuerdo con las críticas que formulan, y no teniendo otras que agregar, me limito, en este capítulo, a reproducirlas, no sin hacer una breve exposición de lo que los juristas han dicho sobre los elementos normativos y los elementos subjetivos.

2.—Elementos normativos.

A) Exposición.

Se han señalado dos criterios en relación a los elementos normativos:

a) Los elementos normativos se determinan por una valoración jurídica o cultural.

Mezger —situado en esta corriente— sostiene que los elementos típicos normativos son presupuestos del injusto típico que únicamente se determinan mediante una especial valoración de la situación de hecho. En ellos el juez ha de captar su verdadero sentido en los delitos de exteriorización (injurias, amenazas, etcétera). Además, son elementos típicos normativos todos los elementos con una valoración jurídica, “que hallamos atravesando en todas las direcciones los tipos penales” (sic), como la cosa ajena, el tutor, el funcionario, el documento público, etcétera.³² “Frente a ellos encontramos —continúa diciendo Mezger— los ‘elementos con valoración cultural’, en los que el proceso valorativo (del Juez) ha de realizarse con arreglo a determinadas normas y concepciones vigentes que no pertenecen, sin embargo, a la esfera misma del derecho. Ejemplos nos los suministran la acción ‘impúdica’, la ‘honestidad’, el ‘maltratar’, el ‘desprecio’, etcétera’.”³³

De la misma opinión es Sauer. Este autor apunta que los “caracteres” especiales normativos “pueden ser añadidos a todo carácter fáctico (descriptivo) y ser inferidos de todas las materias de Derecho y de los diversos ámbitos de la Cultura. por ejemplo cosa ajena, patrimonio ajeno, funcionario competente...”³⁴

b) Los elementos normativos son antijuridicidad incluida en el tipo.

Según Jiménez de Asúa, los elementos normativos sólo por impaciencia del legislador se formulan en los tipos: “Se expresan —ejemplifica— con los calificativos de ‘ilegítimo’ o ‘ilegítimamente’, ‘indebidamente’, ‘sin autorización del Gobier-

32 Mezger, “Tratado de Derecho Penal”, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 388 a 389.

33 Mezger, “Tratado de Derecho Penal”, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 390.

34 Sauer, “Derecho Penal, Parte General”, Editorial Bosch, Barcelona, 1956, p. 121.

no', 'sin estar autorizado 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 razón legal, sin el consentimiento o licencia de su dueño, matar un animal ajeno, 'sin necesidad', etcétera".³⁵

B) Crítica.

"Respecto a los denominados elementos 'normativos', bien conocidos son los dos criterios que se sustentan: a) Son aquellos cuya determinación requiere una valoración jurídica o cultural; b) Son antijuridicidad incluida en el tipo. Ambas concepciones son inconsistentes, y lo son porque los denominados elementos normativos no tienen sustancia propia, carecen de autonomía. Si se examinan, considerándolos dentro de la primera corriente, se verá que no son más que coloraciones, adjetivaciones alrededor de otro elemento del tipo. Analizando algunas expresiones consideradas como elementos normativos, por ejemplo la "ajenidad" de la cosa, se advierte que se trata, en realidad, del objeto material; en la expresión 'funcionario público' se está aludiendo a la calidad del sujeto, sea activo, sea pasivo, etc. En estos ejemplos, de inmediato se percibe cuáles sí son efectivamente elementos típicos y cuáles son meras coloraciones de esos elementos. No teniendo contenido propio, autónomo, no puede seriamente afirmarse, según este primer criterio, que el tipo contenga elementos de esta clase.

"Conforme al otro criterio, tampoco es verdad que el tipo incluya elementos con esta denominación. Las expresiones 'ilícitamente', 'indebidamente', 'sin derecho', etc.; por ser constitutivas de antijuridicidad, carecen de contenido propio, de contenido autónomo; y siendo la antijuridicidad un elemento típico, no existe base alguna para defender la presencia, en el

35 Jiménez de Asúa, Luis, "La ley y el delito", 2a. ed., Editorial Hermes, Buenos Aires, 1954, p. 278.

tipo, de estos supuestos elementos".³⁶

3.—Elementos Subjetivos.

A) Exposición.

De los elementos subjetivos, Jiménez de Asúa ha dicho que "entroncan más con la antijuridicidad que con la culpabilidad, aunque sean uno de los signos de la orgánica unidad del delito".³⁷

Mezger señala que los elementos subjetivos del injusto —a los que define como características subjetivas situadas en el alma del autor— se encuentran, entre otros, en los "delitos de intención", en los "delitos de tendencia" y en los "delitos de expresión".³⁸

Porte Petit apunta que "nuestro Código Penal nos suministra numerosos casos en que el tipo requiere estos elementos, como en los atentados al pudor (art. 260) y el rapto (art. 267)".³⁹

B) Crítica.

"Los llamados 'elementos subjetivos' también son pseudo-conceptos. Por tal razón, han sido eliminados. En el modelo, en cuanto se sitúa el dolo en el tipo, hay coincidencia con la teoría finalista de la acción; se difiere, en cambio, en la extensión del contenido del dolo. Para el finalismo, la parte subjetiva del tipo puede consistir en el dolo únicamente, o bien, en el dolo más un excedente de subjetividad; esto dependerá del

36 Islas, Olga, y Ramírez, Elpidio, "Lógica del tipo en el Derecho Penal", Editorial Jurídica Mexicana, México, 1970, pp. 90 y 91.

37 Jiménez de Asúa, Luis, "Tratado de Derecho Penal", Editorial Losada, Buenos Aires, 1958, p. 820.

38 Mezger, "Tratado de Derecho Penal", I, Madrid, 1946, p. 373.

39 Porte Petit Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", I, Editorial Jurídica Mexicana, México, D. F., 1969, pp. 271 a 273.

tipo de que se trate. En el modelo, la parte subjetiva del tipo, cualquiera que sea su extensión, en todos los casos se identifica con el dolo; esto es, solamente hay dolo típico, de manera que si, por ejemplo, en el parricidio no se da esa dirección específica de la voluntad, no se integra el dolo típico de este delito: no hay parricidio. La subjetividad que el finalismo considera como excedente de lo que denomina dolo natural, también es parte integrante del dolo. Se elimina, así, además, la distinción que se hace del dolo en genérico y específico, y termina la confusión que de ella se deriva".⁴⁰

40 Islas, Olga, y Ramírez, Elpidio, "Lógica del tipo en el Derecho Penal", Editorial Jurídica Mexicana, México, 1970, pp. 91 y 92.

CAPITULO VI

LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO

1.—Introducción.

Defecto derivado, también, de la errónea ubicación del tipo y la punibilidad, en particular, y de la defectuosa sistemática, en general, que han trazado los tradicionalistas, es otro de los pseudoproblemas en la teoría del delito: el de las llamadas "circunstancias del delito".

2.—Exposición.

Sobre las circunstancias escribe Porte Petit:

"Una vez estudiados los presupuestos del delito y de la conducta o hecho, así como los elementos del delito, es llegado el momento de hacer referencia a las circunstancias del delito.

"Las circunstancias se dividen en generales y específicas.

"La circunstancia general pertenece a la Parte General del Código Penal y funciona con respecto a todos los delitos que la admitan, ya sea para agravar o atenuar la pena, y la circunstancia específica es aquella que contiene el tipo, o bien, se agrega al mismo, aumentando o disminuyendo la sanción, dando lugar a una clasificación en orden al tipo, denominándose tipos especiales cualificados o privilegiados cuando la circunstancia la contiene el tipo, para aumentar o disminuir la

pena, respectivamente, o complementados, subordinados o circunstanciados, cualificados o privilegiados, cuando la circunstancia se agrega al tipo fundamental o básico, para aumentar o atenuar la pena.

“Respecto a nuestros ordenamientos penales, anotaremos que los códigos anteriores al de 1931, reglamentaban las circunstancias agravantes y atenuantes. Así el Código Penal de 1871, para el Distrito y Territorios Federales, se refiere a circunstancias agravantes y atenuantes, en los artículos 39 a 43 y 44 a 47, respectivamente, incluyendo además un capítulo que trata de las ‘prevenciones comunes a las circunstancias atenuantes y agravantes’ (artículos 35-38). El Código Penal de 1929, igualmente, hace mención a las agravantes y atenuantes, respectivamente en los artículos 60 a 63 y 56 a 59, conteniendo, en la misma forma que el de 71, un capítulo referente a ‘prevenciones comunes a las circunstancias atenuantes y agravantes’ (artículos 47 a 55).

“El Código Penal de 1931 acaba con el sistema de agravantes y atenuantes, substituyéndolo por el arbitrio judicial a que aluden los artículos 51 y 52 del mencionado ordenamiento”.⁴¹

Por su parte, Antolisei anota:

“Circunstancia del delito (de *circum stat*) es, en general, aquello que está en torno al delito. Implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura. Por ello se distingue la circunstancia de los elementos esenciales, que son indispensables para la existencia del delito. Mientras la falta de un elemento esencial hace que un hecho no pueda considerarse delito, la ausencia de una circunstancia no influye sobre la existencia del delito o de un determinado delito. La circunstancia puede existir o no, sin que el

41 Porte Petit, Celestino, “Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal”, I, Editorial Jurídica Mexicana, México, D. F., 1969, pp. 275 y 276.

delito desaparezca en su forma normal, teniendo por ello carácter eventual (accidentalia delicti).

“Pero lo que caracteriza a la circunstancia en sentido técnico es el hecho de que determina normalmente una mayor o menor gravedad del delito, y, en todo caso, una modificación de la pena (agravación o atenuación)”.⁴²

3.—Crítica.

Porte Petit no define propiamente qué son las circunstancias del delito. Dice, sí, que la circunstancia general pertenece a la Parte General del Código Penal, y funciona con respecto “a los delitos que la admitan” (sic) para agravar o atenuar la pena; dice, también, que la circunstancia específica es aquella que contiene el tipo o que se agrega al mismo, aumentando o disminuyendo la sanción.

Nótese que no hay definiciones en el párrafo anterior: decir dónde se encuentran las circunstancias no es definir las.

Pero lo grave es la extralógica mezcla de niveles de lenguaje que realiza el profesor mexicano.

En efecto: Porte Petit cree estar hablando de **circunstancias del delito** (delito: ente del mundo fáctico), y, sin embargo, las coloca, a las generales en la Parte General del Código Penal (mundo normativo), y a las específicas en el tipo o agregadas al mismo (mundo normativo, nuevamente). Nótese, en este punto, que Porte Petit —por tener en mente la clasificación que de los tipos se ha hecho distinguiendo los fundamentales de los complementados— habla de circunstancias contenidas en el tipo y circunstancias que se agregan al mismo. Esto es incorrecto: la circunstancia no se agrega, sino que está contenida en el tipo, independientemente de que dicho tipo sea de los que se han clasificado como complementados. En un marco

42 Antolisei, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, Ed. Uteha, Buenos Aires, 1960, pp. 319 y 320.

típico, todo está contenido en el tipo, obviamente.

Si se está pensando en tipos fundamentales, carece de sentido hablar de circunstancias. De éstas se habla únicamente en los tipos complementados. Pero, aun en este último caso, las llamadas "circunstancias" no son sino elementos de tales tipos complementados. Aunque sin las llamadas "circunstancias" no hay tipo complementado.

No hay que hablar, pues, de circunstancias, sino de elementos. Ello, en el mundo normativo. En el mundo fáctico, en virtud de la exigencia de tipicidad, se trata, necesariamente, de presupuestos o de elementos del delito. No hay una tercera posibilidad.

Pero hay más: apunta Porte Petit que las circunstancias generales agravan o atenúan la pena, y que las circunstancias específicas aumentan o disminuyen la sanción. Aquí ha aumentado la confusión del magistrado mexicano. Primero pasó del nivel fáctico al nivel normativo. Ahora da un paso inverso, pues afirma que las circunstancias —contenidas en la parte general del Código o en los tipos: mundo normativo— dan lugar a que se agrave, se aumente, se atenúe o se disminuya la pena (pena: ente del mundo fáctico). En rigor, no hay tales circunstancias que aumenten o disminuyan la pena, sino que se trata, a nivel normativo, de elementos —del tipo— que fundamentan una punibilidad, y a nivel fáctico, de presupuestos o elementos —del delito— que dan lugar a una pena. Ciertamente, al introducirse un nuevo elemento en el tipo, como reflejo se modifica la punibilidad. **Pero ya no estamos, entonces, en presencia del mismo tipo, sino de otro distinto.** Por lo demás, Porte Petit utiliza, erróneamente, los términos "sanción" y "pena" como sinónimos. El término "sanción" ha sido usado, por los juristas de las distintas ramas del Derecho, como "amenaza de castigo" (conminación en la norma) y como concreción de ese castigo, indistintamente. En Derecho Penal, pena es concreción de punibilidad. Para evitar confusiones, hay que utilizar el lenguaje específico de nuestra materia, que ha superado, felizmente, los equívocos del lenguaje de otras materias.

Ahora bien: ¿qué nos quiere decir el prestigiado profesor al hablar de las "circunstancias"? La lectura cuidadosa de todo el capítulo relativo nos ayuda a esclarecer el problema.

En efecto, en el inciso 2, Porte Petit nos narra que tanto el Código Penal de 1871 como el Código Penal de 1929 contenían sendos capítulos referentes a "prevenciones comunes a las circunstancias atenuantes o agravantes". En el inciso 3, Porte Petit escribe que "el Código Penal de 1931 acaba con el sistema de agravantes y atenuantes, substituyéndolo por el arbitrio judicial a que aluden los artículos 51 y 52 del mencionado ordenamiento".⁴³

Es de suponerse que Porte Petit, si pretende ser científico, ha de hacer ciencia sobre el Derecho Penal vigente. De otra suerte, si pretendiera hacer historia del Derecho Penal mexicano, o si pretendiera teorizar sobre Derecho Penal comparado, debería aclararlo. En ningún momento encontramos tal aclaración. Sin embargo, en el capítulo que dedica a las "circunstancias del delito" nos habla de entes que no existen en el Código Penal vigente ni se desprenden de él. De acuerdo con el catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM, las circunstancias generales se encuentran en la Parte General del Código Penal, y las circunstancias específicas se hallan contenidas en los tipos o agregadas a éstos. Revísese toda la Parte General del Código Penal, y no se hallará circunstancia alguna. El mismo académico mexicano lo reconoce cuando escribe que "el Código Penal de 1931 acaba con el sistema de agravantes y atenuantes, substituyéndolo por el arbitrio judicial a que aluden los artículos 51 y 52 del mencionado ordenamiento". ¿Por qué, entonces, habla de tales circunstancias? ¿Son producto de su imaginación? No precisamente, pues las "circunstancias" se encontraban en los códigos penales mexicanos derogados. Pero, no obstante, Porte Petit comete un error gigantesco. Efectivamente, está haciendo alusión a elementos ex-

43 Porte Petit, Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", I, Editorial Jurídica Mexicana, México, D. F., 1969, p. 276.

traños al Código vigente, sobre el cual versan —o, al menos, deben versar— sus “Apuntamientos”. Y, al clasificar a las “circunstancias” en generales y específicas, carece por completo de base de sustentación, pues toma a las “circunstancias generales” de los códigos derogados, y no aclara que habla **exclusivamente** de esos códigos al proponer su clasificación. En otras palabras: Porte Petit clasifica con base en por lo menos dos marcos teóricos distintos. En el marco teórico al que debería referirse —el Código Penal vigente, el de 1931—, no hay base alguna para clasificar a las circunstancias: sencillamente en el Código Penal de 1931 no encontramos a las llamadas “circunstancias generales”.

Antolisei, en cambio, aunque no les da el tratamiento adecuado, no incurre en el increíble error de Porte Petit, pues el jurista italiano sí tiene base de sustentación en el Código Penal italiano **vigente** al hacer todos y cada uno de sus juicios descriptivos sobre las circunstancias.

Ahora bien: no es inútil aclarar que los códigos penales mexicanos hoy derogados se refieren a una serie de condiciones —o **circunstancias**— en las cuales se pudiere cometer un delito. En este sentido, podemos aceptar la definición de Antolisei. Ni duda cabe, por supuesto, que tales condiciones deben normar el criterio del juez al evaluar los hechos para dictar sentencia. Sin embargo, esas condiciones, o son elementos típicos, o simplemente coloran, matizan tales elementos. En ambos casos, carece de sentido dedicarles un capítulo especial.

A nivel normativo, las llamadas circunstancias deben estudiarse al estudiar los elementos típicos; a nivel fáctico, su estudio debe realizarse simultáneamente al de los presupuestos y elementos del delito.

No debe olvidarse, por otra parte, que la culpabilidad —que no es sino un elemento del delito— es el juicio de reproche que merece el sujeto activo de un delito con base en su grado de responsabilidad. El hecho de que a mayor o me-

nor culpabilidad corresponda mayor o menor pena, no nos autorizaría a hablar de la culpabilidad fuera de los elementos del delito.

BIBLIOGRAFIA

I. Jurídica

- Antolisei, **"Manuale di Diritto Penale"**, 3a. ed., Milano, 1955.
- Antolisei, **"Manual de Derecho Penal"**, Parte General, ed. Uteha, Buenos Aires, 1960.
- Delitala, Giacomo, **"Il fatto nella teoria generale del reato"**, Cedam, Padova.
- Islas, Olga, y Ramírez, Elpidio, **"Lógica del tipo en el Derecho Penal"**, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1970.
- Jiménez de Asúa, Luis, **"La ley y el delito"**, 2a. ed., Editorial Hermes, Buenos Aires, 1954.
- Jiménez de Asúa, Luis, **"Tratado de Derecho Penal"**, II, Editorial Losada, Buenos Aires, 1958.
- Manzini, Vincenzo, **"Tratado de Derecho Penal, Primera Parte, Teorías Generales"**, V. II, Buenos Aires, 1948.
- Massari, Eduardo, **"Le dottrine generali del Diritto Penale"**, Spoleto, 1928.
- Maurach, Reinhart, **"Tratado de Derecho Penal"**, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.
- Mezger, **"Tratado de Derecho Penal"**, I, Madrid, 1946.
- Mezger, **"Tratado de Derecho Penal"**, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

- Petrocelli, **"Principi di Diritto Penale"**, V. I, Napoli, 1955.
- Porte Petit, Celestino, **"Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal"**, I, Editorial Jurídica Mexicana, México, D. F., 1969.
- Ranieri, Silvio, **"Diritto Penale, Parte Generale"**, Milano, 1945.
- Ranieri, Silvio, **"Diritto Penale, Parte Generale"**, Milano, 1965.
- Revista **Derecho Penal Contemporáneo**, todos los números publicados.
- Revista Jurídica** de la Escuela de Derecho de la U. J. A. T., Número I, Villahermosa, Tabasco, 1971.
- Riccio, Steffano, **"Los presupuestos del delito. Concepto y determinación"**, Revista Jurídica Veracruzana, T. XII, No. 3.
- Sauer, **"Derecho Penal, Parte General"**, Editorial Bosch, Barcelona, 1956.
- Welzel, Hans, **"El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista"**, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

II. Lógica

- Ambrose-Lazerowitz, **"Fundamentos de lógica simbólica"**, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1968.
- Carnap, Rudolf, **"Filosofía y sintaxis lógica"**, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.
- Deaño, Alfredo, **"Introducción a la lógica formal"**, Alianza Universidad, Madrid, 1974.
- Ferrater Mora, José, y Leblanc, Hugues, **"Lógica Matemática"**, Fondo de Cultura Económica, México, 1962.
- Salazar Resines, Javier, **"Introducción a la lógica deductiva y**

teoría de los conjuntos", Textos Programados, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

Stebbing, L. Susan, "Introducción moderna a la lógica", Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.

I N D I C E

CAPITULO I

E L T I P O

	Pág.
1. Los niveles de conceptualización del tipo	19
2. Clasificación de los elementos del tipo	22
3. El deber jurídico penal	23
4. El bien jurídico	24
5. El sujeto activo	24
6. El sujeto pasivo	29
7. El objeto material	29
8. El kernel	29
9. La lesión o puesta en peligro del bien jurídico	31
10. La violación del deber jurídico penal	32

CAPITULO II

E L D E L I T O

1. Aspectos generales	33
2. Presupuestos (tipicidad y atipicidad)	38
A) El deber jurídico penal	38
B) El bien jurídico	38
C) El sujeto activo	38
D) El sujeto pasivo	39
E) El objeto material	39

	Pág.
3. Elementos (tipicidad y atipicidad)	39
A) El kernel	39
B) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico ...	40
C) La violación del deber jurídico penal	41
D) La culpabilidad	41

CAPITULO III

LOS PRESUPUESTOS

1. Introducción	45
2. Tesis de Manzini	45
A) Exposición	45
B) Crítica	47
3. Tesis de Massari	50
A) Exposición	50
B) Crítica	50
4. Tesis de Marsich	51
A) Exposición	51
B) Crítica	52
5. Tesis de Riccio	52
A) Exposición	52
B) Crítica	53
6. Tesis de Delitala	54
A) Exposición	54
B) Crítica	55
7. Tesis de Petrocelli	56
A) Exposición	56
B) Crítica	57
8. Tesis de Ranieri	57
A) Exposición	57
B) Crítica	58
9. Tesis de Porte Petit	59
A) Exposición	59
B) Crítica	61

CAPITULO IV

**CLASIFICACIONES DE LOS ELEMENTOS
DEL DELITO**

1.	Introducción	65
2.	Elementos "esenciales" y elementos "accidentales" ...	65
	A) Exposición	65
	B) Crítica	66
3.	Elementos "esenciales generales" y elementos "esenciales especiales"	68
	A) Exposición	68
	B) Crítica	69

CAPITULO V

**LOS ELEMENTOS NORMATIVOS Y LOS
ELEMENTOS SUBJETIVOS**

1.	Nota aclaratoria	73
2.	Elementos normativos	73
	A) Exposición	73
	B) Crítica	75
3.	Elementos subjetivos	76
	A) Exposición	76
	B) Crítica	76

CAPITULO VI

LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO

1.	Introducción	79
2.	Exposición	79
3.	Crítica	81
	Bibliografía	87