

Unidad 7

- Tipicidad

UNIDAD VII

LA TIPICIDAD

CONCEPTO

Nada más adecuado, para servir de introducción a este tema, que citar unas palabras del esclarecido maestro Mariano Jiménez Huerta:

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

El gran jurista termina su exposición afirmando lo siguiente:

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

Frecuentemente, los conceptos de tipicidad y tipo son :manejados. por cierto indebidamente, en forma sinónima o equivalente, cuando en realidad se trata de dos nociones distintas, aunque, eso sí, estrechamente relacionadas.

Así el tipo es una descripción, que hace el legislador, de determinados eventos antisociales, con un contenido suficiente y necesario para proteger uno o más bienes jurídicos. En este sentido lo entiende la profesora Islas, destacando la función garantizadora de uno o más bienes jurídicos y enfatizando que los elementos constitutivos del tipo poseen, además, propiedades muy particulares, que permiten su estructuración agrupada, en lo que la Dra. Islas denomina subconjuntos del tipo legal correspondiente.

Por otra parte, la tipicidad es "la correspondencia unívoca uno a uno entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito: es decir, entiende la Dra. Islas que para cada elemento del tipo tiene que existir una porción del contenido del delito que satisfaga la semántica de aquél y para cada porción de contenido del delito ha de haber un elemento del tipo que requiera su completa concreción. Cuando no quede satisfecho el requisito de la exacta adecuación al tipo legal, aparecerá la atipicidad.

Para dejar clara la situación señalaremos que los presupuestos del delito son, en su aspecto positivo, que es el que nos interesa a los efectos de su aclaración, los siguientes:

Deber jurídico penal.-

- Bien jurídico penal.
- Sujeto activo, con sus elementos constituyentes:
 - Voluntabilidad, - Imputabilidad. - Calidad de garante. - Calidad específica. - Pluralidad específica.
- *Sujeto pasivo, con sus posibles alternancias:*
 - Calidad específica. - Pluralidad específica,
- Objeto material.

Conviene precisar, no obstante, que el sujeto activo del delito, dependiendo del tipo de delito de que se trate, tendrá mayor o menor número de elementos integrantes, aunque eso sí siempre habrá de tener voluntabilidad e imputabilidad, en cuanto que éstas constituyen lo que el profesor Zaffaroni' denomina capacidad psíquica de debito.

Para mayor comprensión de los lectores, a continuación establecemos los conceptos correspondientes a cada uno de los presupuestos del delito señalados, así:

Deber jurídico penal "es la prohibición o el mandato categóricos contenidos en un

tipo legal", como señala la Dra. Islas. En cuanto prohibición, constituye un deber jurídico de abstenerse; en tanto mandato, constituye un deber jurídico de actuar. Es un elemento valorativo del tipo legal, ya que la prohibición o el mandato, ínsitos en el mismo, es una forma cultural valorativa del propio legislador en relación con las conductas prohibidas u ordenadas. En los tipos de omisión, la enunciación del deber jurídico se hará en términos de mandato; por contra en los tipos de acción, en sentido estricto. lo más adecuado es hacerlo en términos de prohibición.

Bien jurídico penal "es el concreto interés individual o colectivo, de rango social, protegido en el particular tipo legal". El bien jurídico es, en nuestra opinión, el elemento esencial del tipo. Dentro de él desempeña las siguientes funciones:

- a) El bien sirve para la creación del tipo penal, no hay razón alguna para crear un tipo legal si no es para proteger un bien. que es estimado por la comunidad social como indispensable para la convivencia,
- b) Sirve para interpretar el tipo penal, pues al detectar el bien o los bienes jurídicamente protegidos, más fácilmente penetraremos en la ratio legis del legislador.
- c) Sirve también para establecer el intervalo de punibilidad, que vendrá determinado por la mayor o menor jerarquización valorativa de la comunidad.

Sujeto activo "es aquella persona física que se encuentra normativamente capacitada para concretar los elementos constituyentes del particular tipo legal". En este sentido solamente el autor material unitario o múltiple, se encuentra en posición de poder ser sujeto activo del delito.

En cuanto a sus elementos constituyentes, hemos de señalar los siguientes:

La voluntabilidad, que es una capacidad de conocer, de querer y de actuar con la finalidad de concretar los elementos objetivos no valorativos del particular tipo penal, en la comisión dolosa, o bien una capacidad de conocer y querer la actividad o la inactividad que, por falta del deber de cuidado, produce la afectación del bien jurídico, en la comisión culposa.

La imputabilidad, la entendemos como una capacidad de conocimiento y como una capacidad de motivación, en otras palabras, una capacidad de comprender los alcances de la conducta concretadora de los elementos objetivos valorativos del particular tipo penal, es decir, el conocimiento de la específica ilicitud de la conducta..

La voluntabilidad y la imputabilidad son constitutivas de la capacidad psíquica del delito o capacidad de delinquir. Dicha capacidad reside en la conciencia, entendida en estricto sentido neurofisiológico. constitutiva de un estado de lucidez o de claridad mental, que capacita al individuo para darse cuenta de sí mismo y de su entorno.

Calidad de garante, "es una relación directa, estrecha y especial que existe entre el sujeto activo del delito y el bien o los bienes jurídicamente protegidos en el mismo". El concepto viene de la mano del profesor Reinhart Maurach, al señalar que deriva del entendimiento de que el derecho penal nos prohíbe causar daño y nos ordena evitar ponernos en situación de causarlo.

Esa calidad de garante, que deriva de la previa posición de garantía, en que se encuentra implicado el posible sujeto activo del delito por el deber frente al resto de los integrantes de la comunidad social, no es solamente un mero deber de acción, sino también, y de manera muy relevante, un deber de evitación del resultado tipificado.

Su origen puede encontrarse en las siguientes categorías Tácticas y circunstanciales de la vida comunitaria, generadoras de la posición de garantía: en otros términos, puede nacer de:

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

Calidad específica, constituida por el conjunto de cualidades caracterizadoras del sujeto activo del delito, señaladas en el tipo, y que acotan las personas a quienes va dirigido el concreto deber jurídico penal. Sería el caso de los delitos cometidos por los servidores públicos.

El legislador, en algunos tipos legales, reduce drásticamente la posibilidad de autoría delictiva, circunscribiéndola a ciertas personas, ya que el deber

jurídico-penal únicamente se dirige a ellas. Estamos en presencia de una especificación de carácter sustancialmente subjetiva, que se encuentra adherida al posible sujeto activo como una esencialidad inevitable para la presencia del mismo.

Pluralidad específica, en otros tipos penales el legislador exige la presencia de una "autoría material necesariamente múltiple". Así: la asociación delictuosa, el crimen organizado, la coalición de servidores públicos, la rebelión, la sedición, el motín, etcétera.

Se trata de tipos penales, en los que el carácter plural del sujeto activo resulta ineludible, necesario y debe de ser legalmente suficiente para concretar la posibilidad de la facticidad de la lesión del bien jurídico. Son perfectamente distinguibles de aquellos otros (robo, fraude, homicidio, violación, etc.), en los que el proceder volitivo descrito en el tipo sólo exige la concurrencia de una persona física, aunque quepa la posibilidad de la intervención de varias en el supuesto material específico y -aquí- nos encontraríamos en presencia de una. "autoría eventualmente múltiple".

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido en el tipo. El contenido semántico del sujeto pasivo se encuentra en directa relación con la propia semántica del bien o de los bienes jurídicamente tutelados y -en algunos tipos concretos- queda puesto de manifiesto a través de la calidad y de la pluralidad específicas. Todo delito constituye una alteración de la convivencia social, pero es precisamente en el sujeto pasivo donde queda específicamente concretada la ofensa inferida a la comunidad.

Hay, pues, una doble alterancia posible:

La calidad específica, entendida como el conjunto de calidades específicas, concretizadoras del sujeto pasivo, en conexión directa con la naturaleza del bien o de los bienes jurídicamente tutelados. Por ejemplo, los sujetos pasivos posibles claramente especificados en el artículo 323 del Código Penal del Distrito Federal y Federal para toda la República.

Y la pluralidad específica, que surge cuando el legislador, en el tipo penal correspondiente, requiere una cierta plurisujetividad pasiva. como en el caso del aborto en el artículo 330 del Código Federal y del DF, segundo supuesto, constitutivo del aborto impuesto a la mujer embarazada, sin su consentimiento, y mediante la violencia física o moral.

En este supuesto, entran en juego tres bienes: la vida del producto de la concepción, cuya titularidad corresponde al propio producto, el derecho a la maternidad, titularizado por la mamá, y la integridad corporal de la mujer, cuya titularidad corresponde a la embarazada. Hay otros tipos, como la extorsión, en que tal situación no se produce, artículo 390.

Finalmente, el objeto material que es el ente corpóreo sobre el que recae la conducta tipificada.

En cuanto a los elementos del delito, se encuentran constituidos por el Kernel o la conducta v son:

- Voluntad dolosa.
- Voluntad culposa.
- Actividad.
- Inactividad.
- Resultado material.
- Medios.
- Referencias temporales.
- Referencias espaciales.
- Referencias de ocasión.

Se puede rematar el edificio de la estructura del delito con la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicamente protegidos en el particular tipo penal. En este sentido, se comprende perfectamente la exigencia de la ira. Islas de la necesidad de entender la tipicidad como una correspondencia, gana a uno, entre los presupuestos del delito v los elementos del mismo.

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

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

El maestro Jiménez Huerta, con la sagacidad que le caracteriza, afirma que la tipicidad es una expresión propia del derecho punitivo. equivalente técnico del apotegma político *nullum crimen sine lege*. Bien con el nombre con que técnicamente ahora se le designa, bien como garantía de libertad consagrada en la parte dogmática de las constituciones políticas, la tipicidad ha sido, desde el comienzo de los regímenes de derecho, el fundamento del hecho punible, Las legislaciones de los países modernos proclaman expresamente este principio y concretamente en el derecho mexicano esta recogido en el artículo 14 de la Constitución y en el artículo 7 del Código Penal al definir el delito.

Se ha afirmado que la función de la tipicidad como concepto, en el derecho penal, se distingue de la función propia que corresponde a los preceptos jurídicos pertenecientes a las demás ramas del derecho. Jiménez Huerta traza semejante afirmación y le atribuye una manifiesta inexactitud, aduciendo dos razones:

Primera. La función descriptiva y concretizadora de la antijuridicidad que -para los efectos sancionadores realiza la tipicidad, el tipo no tiene semejanza o equivalencia alguna con la función constitutiva, que desempeñan los preceptos Jurídicos de las demás ramas jurídicas. La función constitutiva propia de estas ramas jurídicas es abiertamente creadora en oposición a la función del derecho penal, que es restringida, limitada y típicamente encauzada (con exclusión de todo lo que no lo es) en el modelo penal.

Segunda. Hay una diferencia formal evidente entre la antijuridicidad derivada u originaria de los preceptos jurídicos de las diversas ramas del derecho, y la antijuridicidad tipificada en el derecho penal. La primera, la relativa a los preceptos de las otras ramas jurídicas no penales, no está descrita con especificación concreta de los hechos en que ha de plasmar: a su vez, la segunda, la penal, es siempre descrita mediante referencias concretas y fácticas de la conducta.

Para comprender mejor lo anterior Jiménez Huerta da el ejemplo de la comparación de la antijuridicidad referida en el artículo 1910 del Código Civil y la tipificada en el artículo 397 del Código Penal. En el primero, señala el gran maestro, no hay mención de las peculiaridades fácticas, que condicionan la obligación de reparar el daño causado por quien obró ilícitamente o contra las buenas costumbres, pues estas peculiaridades fenoménicas han de ser establecidas por el juez; en contraposición, en el segundo se describen específica y taxativamente las particularidades fácticas de la antijuridicidad en él recogida, sin que el juez pueda ampliar dichas particularidades a otros fenómenos de igual o semejante intensidad y dimensión. En cita del italiano Cicala, Jiménez Huerta

señala que típico es todo el derecho penal, entendido como orgánico ordenamiento jurídico sustancial, preceptivo y sancionador, y también, por este carácter, el derecho penal se contrapone a las otras ramas del derecho público y del derecho privado (administrativo, financiero, civil), en los cuales es admitida la atipicidad de los hechos y de las relaciones jurídicas, así como la atipicidad de los correlativos hechos ilícitos.

Esta sección se puede terminar, siguiendo el criterio de Jiménez de Asúa, señalando que la vida diaria suele presentar una serie de hechos contrarios a la norma, y que al dañar la convivencia social se sancionan con una pena. El código o las leyes los definen, los concretan, para poder castigarlos. El afamado maestro entiende que el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho, que se cataloga en la ley como delito.

En resumen: la narración o descripción legal, despojada de todo carácter valorativo.

2. EVOLUCIÓN DEL TIPO

El vocablo tipicidad toma su esencia del sustantivo tipo, que proviene de latín tipos; estima el maestro Jiménez Huerta que, en su acepción trascendental para el derecho penal, significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que proporciona fisonomía propia. Lo caracterizado como tipo se unifica y reconoce por el conjunto de sus rasgos fundamentales. Típico es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella.

La raíz histórica del tipo se encuentra en el concepto de corpus delicti, contenido en viejas leyes, vertido después, con la denominación de Tatbestand, a la lengua alemana (concretamente en el siglo xviii), como acredita La ordenanza criminal prusiana de 1805 (parágrafo 133) que aún perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos. El tatbestand fue entonces el hecho del delito, el contenido real. en oposición al puro concepto ('degriff'), lo que Jiménez Huerta, en su primera acepción del cuerpo del delito, entiende como acción punible, como el hecho objetivo."

La teoría del delito, basada -entre otras características- en el tipo o tipicidad, penetró en el ámbito del derecho penal de la mano de Ernest Beling en 1906. El

ilustre profesor de Munich dio al tipo *d tatbestand* > un sentido distinto del que tenía en las obras de Stübel (1805), Luden (1840). Geyer (1862), Kärcher y Schaper (1873), para quienes el tipo era figura de delito específica, en la que se conjuntan la totalidad de sus caracteres externos e internos (incluidos el dolo y la culpa). Entendiéndolo con criterio formal, el tipo penal describe en abstracto los elementos materiales necesarios, que caracterizan a cada especie de delito."

En la evolución del concepto del tipo cabe señalar las fases siguientes:

a) Fase de la independencia.-

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

Tipicidad y antijuridicidad son conceptos distintos.-

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

También ha de separarse la tipicidad de la culpabilidad, ya que la determinación de la tipicidad de un acto no reside en la determinación del dolo ni de la negligencia, pues el tipo con el que se relaciona la acción cometida (sea dolosa o culposamente) debe tener, por necesidad lógica, el mismo contenido." El maestro Jiménez de Asúa, en su comentario a estas últimas frases de Beling, indica que

las mismas demuestran no sólo la separación, sino también la superior unidad de todos los caracteres del delito, encuadrados en el tipo legal, señalando que éste sirve para clasificar las infracciones, para, establecer el concepto de tentativa, para decidir el concurso aparente de leves, para aclarar la unidad del acto en las acciones complejas, para el concurso de delincuentes y la codelincuencia etcétera.

La teoría de Beling al ser expuesta en 1906, fue acogida con grandes reservas por los tratadistas alemanes, incluso el maestro Binding llegó a atacarla con gran dureza y, como fue ignorada en el extranjero, tuvo que venir la extraordinaria aportación de Max Ernesto Mayer para evitar su olvido.

b) Fase de carácter indiciario.-

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

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

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

c) Fase de la ratio essendi de la antijuridicidad.

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

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

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

En la concepción de Mezger, la tipicidad es mucho más que indicio, mucho más que ratio cognoscendi de la antijuridicidad; constituye la base real de ésta, su ratio essendi. El tratadista alemán señala que la antijuridicidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo; ya que pueden existir acciones que no son antijurídicas, pero es esencial a la antijuridicidad la tipificación. Lógicamente, esta tesis desemboca inevitablemente, como expresa Jiménez de Asúa, en la creación de una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general. El propio Mezger trata de defenderse contra las consecuencias derivadas de su doctrina y pretende acreditar que sus ideas no originan una antijuridicidad penal específica. Empero termina su comentario Jiménez de Asúa- por grande que sea su habilidad, sus razonamientos no son convincentes, ya que esta tercera fase dota a la tipicidad de una función desproporcionada, que debe rechazarse.

d) Fase defensiva: la figura rectora de Beling.-

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

Continúa diciendo Jiménez Huerta:

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

La adecuación de la conducta al tipo (idea inserta en la noción de tipicidad) ha de ser adecuación no a la especie delictiva, sino a lo que es imagen rectora, figura rectora, o cuadro dominante de cada una de ella. Jiménez Huerta agrega: Con su nueva concepción del tipo, como imagen rectora o cuadro dominante de cada especie delictiva, Beling pretendía solucionar algunos problemas que, en su primera formulación de la doctrina, quedaban sin resolver, tales como el de la tentativa y el de la complicidad, habida cuenta de que la conducta intentada y la de los participantes no eran subsumibles en el concepto descriptivo del tipo. Efectivamente, con esta nueva concepción, el problema encuentra su solución, ya que la acción intentada y la de los participantes entran dentro de la imagen rectora o cuadro dominante, que rige la especie delictiva Jiménez de Asúa, en acertado resumen de la nomenclatura y distintos elementos y conceptos que se mueven en torno al tipo, según la nueva formulación de la doctrina de Beling expuesta en 1939, sintetiza lo siguiente:

1. Tipo de delito (deliktstypus). Se trata de la figura de delito, como se diría en español, o también la vieja acepción que dio Stubel a la tipicidad. Se procura sólo destacar especies.

2. Tipo de lo injusto (unrechtstypus). Se trata de la conducta antijurídica de determinada especie. Para el intérprete, es una valoración, ya que se trata de imágenes normativas.

3. Tipo de culpabilidad. Este tipo también es interno y consiste en el dolo que se exige en cada caso. Con un tipo de culpabilidad de estafa, por ejemplo, no se califica la muerte.

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

5. Adecuación típica (tatbestandmassigkeit). Realmente, el tipo o figura rectora no es, en esta concepción de Beling, parte del tipo de delito (deliktstypus). Si éste se

desmembra, parece que debería surgir la imagen rectora; pero no es así. La figura rectora es independiente en absoluto y tiene su contenido, mejor dicho lo espera, puesto que está vacía; por ejemplo, matar a un hombre es la imagen rectora del homicidio, abstracción hecha de todos los acontecimientos reales que corresponden a la acción; peor la primera característica del tipo de delito de homicidio no es la figura rectora, matar a un hombre, sino la acción de matar. Esta es la adecuación típica, la relación entre el hecho concreto y real y el tipo de delito (deliktstypus), la acción que da contenido al tatbestand legal, al tipo legal.

6. Tipicidad stricto sensu (typicitat). En estricto sentido, la tipicidad sería un elemento esencial del delito: la descripción hecha por el legislador. Las imágenes rectoras están como colgando de una cuerda o, por decirlo mejor, están en el Código Penal como un libro de figuras. Sólo el legislador puede añadir una nueva, ya que no hay delito sin tipicidad, y la analogía, ya se ha dicho, es rechazada en el derecho penal. La ley penal ha de establecer, con todo rigor, los delitos en tipos perfectamente concretados, mas no en definiciones amplias y vagas."

Jiménez de Asúa termina señalando que esta forzada concepción de Beling es elogiada en cuanto considera al tipo stricto sensu o la imagen rectora como representación: pero el intento de crear una figura directriz, rectora, no parece conseguirlo, ya que en aquellos países donde, por ejemplo, el parricidio constituye un tipo independiente, el hecho de matar al padre sin saberlo no podría servir para vincular a todos los elementos internos de la figura delictiva en una imagen, que sería externamente de parricidio e internamente de homicidio.

e) Fase destructiva..-

Tanto la doctrina de la tipicidad del tipo, como la teoría objetiva de la antijuridicidad, son radicalmente incompatibles con las extremas concepciones del nacionalsocialismo (nazismo hitleriano) que, al ser aplicados al ámbito del derecho penal, producen una lógica desorganización en el armazón liberal de la ciencia punitiva. Cuando en 1933 se inició la reforma penal en Alemania, se estableció la afirmación de que la pena ya no depende de la producción de un resultado: el nuevo derecho penal tiene como meta la voluntad, mas no la acción: el delito se convierte en el reproche de la culpabilidad ante un resultado posible; y el punto de partida no es ya el resultado lesivo. sino la conducta peligrosa del agente.

Precisamente Georg Dahm, extremista exaltado, se aplicó a la tarea de destruir la noción de la tipicidad. Comenzó por atacar la distinción entre antijuridicidad y tipicidad, arguyendo que esa diferenciación y la posterior de la culpabilidad

atentan contra la idea misma del derecho penal (todo ello tras elogiar a Beling).

Para Dahm, sólo debe apreciarse el acto individual en sus relaciones con la comunidad v. más concretamente aún, con la comunidad de raza. El derecho es el orden concreto, en tanto que el delito es el desorden. El hecho de matar a un hombre, por ejemplo, sólo será castigado como asesinato si la comunidad ha sufrido, o está en riesgo de sufrir, un perjuicio por ese acto; todos los demás criterios que supongan la noción de valor deben ser rechazados. Los seguidores de esa doctrina deben inspirarse no en las nociones jurídicas provenientes de una realidad empírica, sino en las provenientes de un orden moral, que surge del pueblo y de la raza. Por consiguiente, el papel del juez consistirá en interpretar ese orden moral, y la misión de la pena consistirá en sancionar esas violaciones.

El derecho penal nacionalsocialista sólo considera la voluntad criminal y no tiene en cuenta el resultado. Pero esto no es todo; para juzgar, es preciso poner en la balanza al individuo culpable y a la colectividad ultrajada. Con esta elemental y primitiva comparación, Dahm, según Jiménez de Asúa (a quien venimos siguiendo, rechaza toda diferencia entre acto típico antijurídico y acto culpable, en el sentido de la doctrina que pudiera llamarse clásica en la materia. Conforme a estas reglas debe ser interpretada la ley. que es la expresión obligatoria de dicho orden moral. El intérprete habrá de librarse de la presión de los conceptos puramente formales e inspirarse en las ideas expuestas. Naturalmente, las concepciones penales liberales, basadas en el principio *nullum crimen nulla pena sine lege*, desaparecen con este particular punto de vista del nazismo."

Jiménez de Asúa sigue diciendo que tanto la Alemania de Hitler como la antigua URSS. al construir sus derechos autoritarios, destruyeron, obviamente, los principios fundamentales del liberalismo penal. Todo lo que suponga limitación de las facultades del Estado, y la tipicidad objetiva evidentemente las limita, supone una posible debilidad de aquél ante un eventual ataque a su orden jurídico-político; de ahí que se pueden sancionar las intenciones. los propósitos de los hombres aun antes de tener una manifestación externa.

Naturalmente, durante la época nazi, los profesores alemanes más distinguidos se vieron obligados a acatar- esas doctrinas que patrocinaban los penalistas nazis y, momentáneamente al menos, tuvieron que retractarse de cuanto habían dicho en sus mejores años de labor científica. Jiménez de Asúa indica que esto ocurrió a Mezger, el gran maestro alemán, quien había edificado su teoría del delito con base en la acción típicamente jurídica, en la antijuridicidad objetiva y en un sagaz y bien razonado concepto de la culpabilidad, de tal suerte que se vio constreñido -por la fuerza de las circunstancias- a renunciar a su construcción de la

antijuridicidad objetiva y a reducir la tipicidad a la mera función de medio auxiliar técnico, aunque más tarde volvió a sostener su primitivo criterio de destacar la importancia del tipo dentro de lo injusto. Esta larga cita del profesor Jiménez de Asúa se termina al señalar que el insigne maestro concretiza su opinión respecto de la tipicidad de la forma siguiente: su función es predominantemente descriptiva, lo que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal. y además tiene mecanismo indiciario de su existencia." Con ello, respecto del momento actual, puede afirmarse la necesidad del mantenimiento de la tipicidad, de la antijuridicidad objetiva y de la culpabilidad como características funcionales del delito, aunque sin olvidar que, en última instancia, forman el todo conceptual denominado delito, no obstante su capacidad de ser distinguidos separadamente, visto que cada una tiene función propia en la diversidad armónica del conjunto.

3. ELEMENTOS DEL TIPO

Fernando Castellanos formula la consideración de que no debe confundirse al tipo con la tipicidad. El tipo -afirma el autor citado- es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales, en tanto que la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

Si el delito -en definitiva- es una forma de conducta, un comportamiento humano, esta conducta de la persona es tan amplia, tiene tantas posibilidades en la realidad, que presenta, frente a toda descripción la configuración de algo infinito. Las normas, que pretenden captar esa conducta, sólo pueden proceder mediante esquemas que recojan diversas notas, porque la captación absoluta de la realidad, con su variadísima gama de datos, es imposible de encajar en la descripción de una norma.

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

a) Elementos descriptivos o de descripción objetiva

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

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

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

En cuanto al sujeto pasivo, el tipo legal demanda determinada calidad en el mencionado sujeto; por ejemplo, el artículo 342 requiere, en la exposición de infante, el que éste sea menor de siete años; en el parricidio, el artículo 323 exige el ser ascendiente del autor, en tanto que el artículo 336 requiere que, en los deberes de asistencia, el sujeto pasivo del delito sea hijo o cónyuge del sujeto activo.

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

habitados o destinados para habitación.

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

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

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

b) Elementos normativos

A veces, como indica Jiménez Huerta, en las figuras típicas, respecto de su contemplación, las cosas no acontecen con tanta sencillez, de suerte que esas figuras contienen otros elementos más complejos que los estrictamente descriptivos. El gran penalista añade que ello es debido, frecuentemente, a exigencias de técnica legislativa, pues hay ocasiones en que, para tipificar una conducta, es necesario incluir en su descripción elementos que implican juicios normativos sobre el hecho y que obligan al intérprete a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada.

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

Mezger dice que los elementos normativos son presupuestos del injusto típico, que sólo pueden determinarse mediante una especial valoración de la situación de

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

Sin embargo, Jiménez Huerta señala que los elementos típicos normativo - no pueden admitirse en la forma concebida por Mezger, pues ello supondría aceptar la concepción de Erik Wolf, para quien todos los elementos del tipo tienen carácter normativo por la inevitable transformación sufrida por cualquier concepto al entrar en contacto con la norma jurídica. e incluso la de Ernesto Beling al negar la existencia de estos elementos normativos, y que todos los elementos del tipo son descriptivos. En cuanto a los conceptos jurídicos que implican los tipos, carecen de esencia normativa y se presentan simplemente como materia de reglamentación. Según Jiménez Huerta, Wolf tendría razón, ya que toda expresión gramatical implica una idea y presupone, en su sentido y en su interpretación, un valor cultural. Asimismo, Beling también tendría razón, pues las expresiones gramaticales, en cuanto contienen ideas y presuponen un valor cultural, se representan siempre como objetos de reglamentación jurídica. En consecuencia, añade Jiménez Huerta, estimar o no determinada expresión como normativa dependería de la complejidad, rareza o especialización del concepto que la misma implicase, lo cual. si bien presupone un mayor esfuerzo valorativo del juez, conceptualmente no representa nada diverso de las demás valoraciones que suele hacer para fundar su conocimiento y juicio."

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

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

c) Elementos subjetivos.-

Hay numerosos casos en que el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se agregan a ella otros elementos, referentes a estados anímicos del agente en orden a lo injusto. Se trata de los elementos típicos subjetivos de lo injusto, valorados de muy distinto modo. A partir de 167. Merkel y von Ihering aludieron a problemas estrechamente relacionados con estos elementos subjetivos de la antijuridicidad, cuando empezó su difusión. Desde esa fecha se refirieron a ellos, con mayor o menor propiedad.

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

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

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

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

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

Jiménez Huerta señala que como el tipo tiene como fin delimitar y describir conductas antijurídicas, el legislador, al confeccionar los tipos penales, algunas veces hace (también por razones técnicas), una especial referencia a determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta, como reflejo de un estado de conciencia, para dejar claramente sentado que la conducta, que tipifica, es sólo aquella que está presidida por dicha finalidad o estado, y para evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo. Así, por ejemplo, hacer uso de un documento falso es una conducta antijurídica, pero sólo adquiere relevancia típica (de acuerdo con la fracción II del artículo 246 del Código Penal mexicano) cuando el sujeto activo del delito hace uso a sabiendas del documento. Cuando el legislador tipifica conductas que sólo son delictivas si se tiene en cuenta la situación anímica del sujeto actuante, ha de hacer referencia (en forma explícita o implícita) a dichos elementos subjetivos, que desde el momento en que dejan su impronta en la estructura del tipo- se convierten en verdaderos elementos del mismo.

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

Como ejemplo de tipos que expresamente contienen elementos subjetivos, pueden señalarse: el artículo 235, fracción III, correspondiente al uso de moneda falsa o alterada; el artículo 387, fracción II, que se refiere al que por título oneroso enajene alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella; y el artículo 409, fracción V, que habla de quien no procure por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que van a cometerse. En cuanto a tipos delictivos en los que, si bien no hay mención expresa de elementos subjetivos su interpretación descubre la existencia tácita de los mismos, entre otros el artículo 269 (ejecución de un acto sexual) en que depende de la intención que el agente ponga en sus actos (tocamiento de un médico o de un sátiro). Por su parte, el artículo 361, referido al robo, establece que en el apoderamiento el agente tenga el ánimo de aprobación.

Por último, Jiménez Huerta destaca la singular importancia de estos elementos subjetivos del tipo, ya que -además de considerar la posible aplicación de la figura típica- sirve para excluir a priori las configuraciones basadas en los contornos y

perfiles del actuar culposos. Únicamente los tipos delictivos que no contengan referencias, expresas o tácitas, a dichos elementos subjetivos son susceptibles de entrar en juego, con base en la realización del hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen según el párrafo segundo (reforma del 13 de enero de 1984, en vigor desde el 12 de abril del propio año). Diario Oficial de la Federación de 13 enero de 1984, según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 9 del Código Penal (reformado el 13 de enero de 1984, en vigor desde el 12 de abril del propio año).

Aparte de Jiménez Huerta, cabe señalar en México, respecto de su postura en cuanto a los elementos subjetivos del tipo, a: Pavón Vasconcelos, 52 quien entiende deben estudiarse dentro de la teoría del tipo y de la tipicidad, teniendo en cuenta el estudio de cada tipo en particular: Ignacio Villalobos quien reconoce dentro de la concepción objetiva de la antijuridicidad la existencia de algunos elementos subjetivos (constitutivos, excepcionalmente: de la antijuridicidad de determinadas conductas), y que hay necesidad de incluirlos en la valoración objetiva del acto que -con ellos- resulta antisocial o contrario al orden jurídico (las injurias -dice el maestro Villalobos-- no tendrían el desvalor de un atentado si las palabras dichas no tuvieran el propósito de ofender- y Ricardo Franco Guzmán,--' quien afirma que los elementos subjetivos de la ilicitud no se asocian a la culpabilidad., sino que sirven solamente al juicio de tono antijurídico de la acción.

Especial posición adopta el argentino Ricardo C. N. Núñez ;para quien los elementos subjetivos del tipo no deben confundirse con la antijuridicidad ni con la culpabilidad, sino que forman parte de la acción, porque concurren a estructurar la descripción legal.

Por su parte, el maestro argentino Sebastián Soler sostiene postura similar a la de Núñez.

Las clases de tipos penales han sido establecidas por los distintos autores en muy diversa forma, desde diferentes puntos de vista. Al respecto Zimmerl Lange Mezger y entre los de habla hispana Jimenez de Asua Huerta y Celestino Porte Petit han formulado clasificaciones completas y de acusada seriedad científica. Obviamente, no es posible de conformidad con el propósito de este libro, siquiera examinar de modo breve las variadas clasificaciones empero parece muy adecuada, para los fines que se persiguen, la que hace Fernando Castellanos quien los agrupa de la manera siguiente:

Por su composición:

a) normales, que se limitan a realizar una descripción objetiva, por ejemplo, el homicidio, y

b) anormales, que, además de incluir factores objetivos, contienen elementos subjetivos o normativos que requieren una valoración jurídica o cultural, por ejemplo en el estupro, además de la cópula (elemento objetivo), se requiere que la mujer sea casta y honesta. ;elementos normativos, que necesitan una valoración) e incluso referencias al estado anímico del sujeto, como el engaño en el fraude (elemento subjetivo).

Por su ordenación metodológica:

a) fundamentales o básicos que constituyen la esencia o fundamento de otros tipos (como en el homicidio).

b) especiales que se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, como en el parricidio), y

c) complementados, que se constituyen con uno básico y una circunstancia o peculiaridad distinta (como en el homicidio calificado, Tanto los especiales como los complementados pueden ser, a su vez, agravados o privilegiados, según resulte o no delito de mayor entidad.

Especial agravado es el parricidio y especial privilegiado es el Infanticidio, penalidad más severa en el primero y más atenuada en el segundo. Complementado agravado es el homicidio cualificado por alevosía, ya complementado privilegiado es el homicidio en duelo.

En función de su autonomía o independencia:

a) autónomos o independientes aquellos que tienen -vida propia, sin depender e ningún otro tipo (correo robo simple) ,y

b) subordinados aquellos que dependen de otro tipo (como el homicidio en riña)

Por su formulación:

a) casuísticos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino

varias formas de ejecutarlo, los cuales a su vez se subdividen en alternativos, aquellos en los que se prevén dos o más hipótesis comisivas colmándose el tipo con cualquiera de ellas (por ejemplo, la tipificación en el adulterio es que este se realice en el domicilio conyugal o con escándalo, según lo dispone el artículo 273), y acumulativos aquellos que requieren la conjunción de todas las hipótesis (por ejemplo, vagancia y malvivencia conforme lo establece el artículo 25 en que el tipo exige dos circunstancias: no dedicarse a un trabajo honesto y tener además malos antecedentes y

b) amplios aquellos que describen una hipótesis única (como el dolo, que puede ejecutarse por cualquier resultado: en los que el tipo protege como la disminución o destrucción del bien (como el homicidio o el fraude) de peligro, aquellos en que la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado (por ejemplo la omisión de auxilio o el disparo de arma de fuego).

5. - TRASCENDENCIA DE LA TIPICIDAD.

Cualquiera que sea el papel asignado a la tipicidad no puede negarse (e incluso lo reconocen quienes, como Mezger no creen en la independencia de la característica típica) su decisiva significación en la teoría general del delito. La importancia de la teoría del tipo es tan grande que puede concebirse, aun dentro del derecho, consuetudinario y en la misma analogía que es rechazable en el derecho penal pues este repudiable procedimiento analógico exige para que un hecho no tipificado expresamente sea castigado, que exista un tipo rigurosamente análogo. Incluso en la nefasta época del tercer Reich alemán el propio Mezger en su fase de sometimiento a la ideología nazi, consideró a la tipicidad útil auxiliar técnico como la tipicidad es no solo un medio técnico, sino también (como dice Jiménez de Asúa), en tanto que secuela del principio de legalidad tantas veces repetido, auténtica garantía de libertad.

6. AUSENCIA DE TIPICIDAD

En este punto, cabe distinguir entre ausencia del tipo legal y ausencia de tipicidad. En cuanto a la ausencia del tipo, ésta se produce cuando el legislador, por defecto técnico o deliberadamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debía haber sido definida y fijada en los preceptos penales, dejando sin protección punitiva a los intereses violados. La ausencia del tipo debe ser tratada, en cada caso, examinando cuidadosamente el articulado de la parte especial de los códigos -o las leyes especiales y las complementarias- para comprobar si el hecho está o no tipificado. Como no hay delito sin ley que lo defina (consecuencia del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*), no puede sancionarse

criminally un acto que no haya sido definido como delito en la ley.

Por lo que hace a la ausencia de tipicidad, ésta puede darse en dos supuestos: a) cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo, son distintas también las hipótesis que pueden concebirse (atipicidad propiamente dicha); b) cuando la ley penal no ha descrito la conducta, que en realidad se nos presenta con característica antijurídica (ausencia de tipicidad en sentido estricto) o lo que viene a ser lo mismo, carencia de tipo legal.

Con gran claridad, Fernando Castellanos señala que hay ausencia de tipo (ausencia de tipicidad en sentido estricto para Jiménez de Asúa) cuando el legislador no describe la conducta, y hay ausencia de tipicidad (atipicidad propiamente dicha) cuando hay tipo legal pero la conducta no se amolda a él. Además -añade el penalista mexicano en realidad en toda atipicidad hay falta de tipo, pues si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley. respecto de él no existe tipo.

La atipicidad, considerada específicamente, puede provenir de la falta de exigida referencia a las condiciones siguientes:

1. Ausencia de adecuación por falta de calidad en el sujeto activo.-

Cuando el código, para la existencia de delitos, exige la concurrencia de determinada calidad en el sujeto activo-, por ejemplo: en el ejercicio abusivo de funciones que menciona el artículo 20 del Código Penal exigencia del carácter de servidor público.

II. Ausencia de adecuación por falta de calidad en el sujeto pasivo.-

Igualmente se exige en el tipo determinada calidad en el sujeto pasivo: por ejemplo: infanticidio de 325, recién nacido hasta las 72 horas siguientes.

III.- Ausencia de adecuación en cuanto al objeto.

Cuando se exige en el mismo determinada condición (a veces valorativa expresamente recogida en el tipo: por ejemplo, cosa mueble ajena en el robo, en el caso del artículo 367 del Código Penal.

IV, Ausencia de adecuación en cuanto al tiempo.

A veces el tipo hace expresa referencia a circunstancias temporales; por ejemplo,

traición a la patria. declarada la guerra o rotas las hostilidades, en el caso del artículo 123, fracción XV.

V. Ausencia de adecuación en cuanto al lugar.

En otras ocasiones hay referencias en el tipo en relación con las circunstancias tópicas (es decir de lugar); por ejemplo, en despoblados o en paraje solitario, en el caso del artículo 286.

IV. Ausencia de adecuación en cuanto a los medios de comisión.

Lo mismo ocurre con respecto a la exigencia de loan medio comisivo especialmente previsto; por ejemplo, violencia física o moral, en el caso del artículo 265.

VII. Ausencia de adecuación referente a los elementos subjetivos del injusto.

Se trata de referencias a la voluntad del agente (a su ánimo) o al fin perseguido; por ejemplo, animus difamandi en el caso del artículo 350.

VIII. Ausencia de adecuación referente a los elementos normativos, o antijuridicidad especial.

Esta se da en los tipos que delimitan especiales condiciones perfectamente reseñadas en la descripción: Jiménez de Asúa, por ejemplo: sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos permitidos por la ley en el caso del allanamiento de morada, regulado por el artículo 285.

7. LA TIPICIDAD EN EL DERECHO MEXICANO

La profunda transformación que produjo la reforma constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de septiembre de 193, afectó, en gran manera, al anterior concepto del cuerpo del delito y a la presunción de responsabilidad derivada del mismo.

En este sentido, el párrafo segundo del artículo 16 constitucional señala:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley, señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Por otra parte, el artículo 19 de la forma Fundamental, después de la citada reformar en su párrafo primero y en lo conducente- estableció:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparecen datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste.

La aceptación y consagración constitucional, del principio de legalidad, (nullum crimen sine lege), supone que no puede haber delito si no se produce la correspondencia unívoca, es decir uno a uno, entre los presupuestos del delito y los elementos del delito, y de esta forma se encuentra recogido en el párrafo tercero del artículo 14 de la Ley Fundamental, que preceptúa:

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

De esta manera, quiere decirse que hay que establecer la oportuna diferencia entre el cuerpo del delito y los elementos del tipo, ya que se trata de conceptualizaciones dogmáticas distintas. Así, el cuerpo del delito se encuentra afiliado a la primera formulación de la teoría general del tipo, -realizada por el maestro Ernest Beling y que se concreta en el entendimiento del mismo como el conjunto de todos los elementos materiales integrantes de cada especie delictiva.

Aclarando lo anterior el profesor Jiménez Huerta señala que el corpus delicti o cuerpo del delito fue entendido en tres sentidos distintos:

Primero, como el hecho objetivo (tanto permanente como transitorio), insito en cada delito, o en otras palabras la acción punible descrita abstractamente en cada infracción, por ejemplo un incendio, un homicidio, un fraude, una violación etc (sentido dado a la expresión corpus por la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, Semanario Judicial de la Federación, apéndice al tomo XM)

En segundo lugar, como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración (por ejemplo un cadáver, un edificio incendiado, una puerta rota, etc. y tercero, como cualquier huella o vestigio de naturaleza real que se conserve como reliquia o rastro de la acción material realizada; por ejemplo un puñal, una joya un frasco con residuos venenosos, etc.

Por consiguiente, el alcance conceptual del cuerpo del delito abarca los tres elementos anteriormente señalados. Por ser contra, el finalismo, legado al Código Penal para el Distrito Federal en materia común y en materia federal para toda la República, supone la aparición de una noción del tipo penal y, de sus elementos. que se amplía a los elementos subjetivos y a las modalidades. En tal sentido, los elementos del tipo penal están señalados en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales que afirma. literalmente lo siguiente:

El Ministerio público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial. a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos, Dichos elementos son los siguientes:

I. La existencia de las correspondientes acción y omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido.

II La forma de intervención de los sujetos activos; y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo se acreditarán, si el tipo lo requiere: a las calidades del sujeto activo del pasivo:

a) el resultado,

b) su atribubilidad a la acción u omisión

c) el objeto material

d) los medios utilizados;

e) las circunstancias del lugar, tiempo modo y ocasión;

f) los elementos normativos;

g) los elementos subjetivos específicos y

h) las demás; circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si n o existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar- su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

El contenido del artículo 122 del Código -de Procedimientos Penales para el Distrito Federal reproduce literalmente el artículo 168 del Código Federal y, en algunos estados de la República, se utiliza idéntica redacción. Así, el Código de Procedimientos Penales del estado de Sinaloa, en su artículo 170, recoge también idéntico contenido.

Desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal, el tenor de los artículos indicados señala, sin duda, su evidente afiliación al finalísimo. Pero además reproduce con notoria exactitud, los elementos del tipo penal del modelo lógico matemático del derecho penal. Los creadores de este modelo el maestro Elpidio Ramírez y la Dra. Islas de González Mariscal ven recompensados Sus esfuerzos con la consagración positiva -va de sus afirmaciones. Razón por ja cual; sus ya no pocos seguidores nos sentimos muy satisfechos.

Sin necesidad de grandes insistencias, resulta claro que la pretendida homologación conceptual del cuerpo del delito y los elementos del tipo no es factible, ya que como la propia ley positiva acredita con sobrada contundencia sus diferencias son más que notables y las conclusiones derivadas de ellas marcar, un nuevo entendimiento de la sistemática, penalista.

Quizá el matiz diferenciador más claro se encuentre en la recepción de las afirmaciones de la doctrina científica alemana. particularmente de la finalista, respecto de los elementos subjetivos del tipo que constituyen una clara indicación de que la acción penal no es un mero acontecer causal, sino un proceso material orientado finalmente desde el principio, v en que los elementos subjetivos típicos ruegan un papel de excepcional importancia.

Cabe cerrar todo lo relativo al tema que hemos estado tratando de señalar que por utilizar el lenguaje del profesor Jiménez Huerta, las figuras típicas poseen un triple

valor ante el universo del derecho público. En el derecho constitucional integran el principio de legalidad como garantía de libertad para el justiciable. En el derecho penal son recursos técnicos concretadores y particularizadores del contenido de las conductas típicas del ser humano. Y en el derecho procesal comportan las fuerzas que desencadenan la dinámica del proceso penal.