

## CAPÍTULO SEXTO

### LOS FUNDAMENTOS Y LÍMITES DEL TIPO PENAL

— I —

#### No hay delito sin tipo penal ni lesión

Del artículo 14 Constitucional —así como de los artículos 16 y 19 de la misma carta fundamental— se deriva el principio de *no hay delito sin tipo penal*.<sup>532</sup> Por el que procede que la potestad punitiva se exprese siempre en la ley en varias vertientes: **1)** Por un lado, por la que se precise siempre la o las conductas «específicas» punibles para cada delito. Lo que ya de por sí se deriva de la exigencia legal del artículo 9° del CPF en el sentido de que sólo se puede punir el hecho si se parte de una acción u omisión, por las que quedan excluidos los modos de ser o los estados de las personas. (Pero lo cual va mucho más allá, porque aquella exigencia apareja que no cualquier acción u omisión son penalmente relevantes, sino sólo las que engarcen con alguna de las que prevean las figuras típicas de los delitos en particular que señale la ley a través de las diversas formas típicas de intervención en el delito y se amolden, además, a las exigencias que establezca la misma ley para el tipo penal o se deriven de éste.) **2)** Por el otro, en la que en cada delito se especifique de manera clara el marco objetivo verificable —«materia de prohibición»— donde se concretan aquellas conductas. **3)** Finalmente, el que la realización de una conducta típica punible sólo se concibe si ella daña o pone en peligro (lesivamente) a un bien jurídico. De aquí que en México se pueda decir:

El tipo penal es el supuesto legal de un hecho punible —conducta realizada en cierto marco de prohibición delimitado— que involucra un daño o peligro (lesivos) a uno o más bienes jurídicos.

El aludido principio, en el plano de «estricta legalidad» se dirige al poder legislativo y se traduce en la regla de «no hay delito sin tipo penal» que cumpla las tres vertientes. Mas en el plano de «mera legalidad» se dirige al poder judicial y consiste en que para punir la conducta, es necesario que el juez previamente determine con base en prueba que aquella se ajustó a todos los elementos del tipo penal de un delito —es decir, que hubo tipicidad— entre otras condiciones. Así pues, el tipo penal en sentido estricto realiza una función de concreción del injusto y a través de él se debiera cumplir con el principio de certeza de la ley en los delitos, cual es la claridad específica del ámbito prohibido en un tipo cerrado. El tipo penal funge —o debiese fungir— como un supuesto legal del hecho punible que limita la potestad punitiva estatal a marcos de los que el juzgador no se puede salir sin quebrantar el principio de legalidad en los delitos. Sólo pueden ser punibles las conductas que cumplan con todos los elementos del tipo penal de un delito, sin que sea admisible la analogía o mayoría de razón. Y asimismo, si el tipo penal ha de describir un hecho que concrete una conducta lesiva prohibida penalmente, por consecuencia, el hecho que se consigne en el tipo penal debe hacer referencia concreta a las particularidades fácticas del mismo. Lo cual no sucede cuando los tipos penales se formulan de manera tan amplia que prácticamente hacen nugatorio el principio de certeza legal. Eso también sucede con frecuencia cuando en el tipo penal se insertan elementos normativos de base indeterminada y a los cuales el Ministerio

---

<sup>532</sup> El porqué los artículos 16 y 19 C fundamentan también el principio de no hay delito sin tipo penal, se comprende mejor si se lee el CAPÍTULO SÉPTIMO, en especial los núms. I, III, IV y V.

312 627

TH  
K1  
FD4C  
2003  
.B4  
J.3



FONDO  
TESIS

Público y el juzgador luego les enlazan cualquier norma secundaria ajena a la ley (con trasgresión de la exigencia de ley escrita del artículo 14 C.) Ya no se diga cuando sin que exista reenvío por el propio tipo o por la ley penal, al tipo se le vinculan normas reglamentarias faltándose a la referida garantía de ley escrita, al recurrirse a normas ajenas a la ley para completar o llenar el tipo penal de un delito lo que controvierte el principio constitucional de que nada más la ley puede ser fuente de las normas penales; sino incluso recurriéndose a normas de inferior jerarquía a los reglamentos como pueden serlo manuales, circulares, lineamientos, etc. En síntesis, escudándose en cualquier cosa que pueda llamársele "normatividad". Pero si el tipo penal no remite a otras normas de menor jerarquía, técnica legal que de por sí es cuestionable en materia penal constitucional a la luz de la garantía de ley penal escrita, es más inadmisibles una exégesis judicial de aquella naturaleza acerca de expresiones normativas o tipos penales abiertos. Pues esa interpretación obviamente extiende el poder punitivo de manera desmesurada con violación del principio de legalidad en los delitos. Ya que por lo amplio de la interpretación, cualquier violación a la normatividad se puede convertir en conducta penalmente prohibida. Con lo cual se da pie a un Derecho Penal de intervención máxima y normalmente autoritario por su arbitrariedad y que trasgrede francamente el párrafo tercero del artículo 14 C.

Se debe mencionar el hecho de que es a Beiling<sup>533</sup> a quien se debe el que ahora se reconozca de manera unánime en la doctrina y la jurisprudencia la necesidad de acuñar a los delitos en tipos penales y no en definiciones genéricas y vagas. Ya que al deslindarse con precisión las conductas y los hechos prohibidos, el destinatario de la norma podrá apreciar cuáles son las verdaderas y concretas materias de prohibición. En tal sentido, la función concretizadora de la antijuridicidad que realiza el tipo penal es útil no tan sólo para reafirmar el principio "*nullum crimen sine lege*", al describir en forma específica la conducta y el hecho que se sancionan penalmente; sino, además, dicha concreción contribuye a enmarcar, determinar y guiar al arbitrio judicial en la aplicación de la ley penal al caso concreto. Pues sin el tipo penal, los jueces no podrían establecer de manera uniforme que es lo que legalmente se prohíbe para los efectos penales. Sin el tipo penal, en suma, quedaría tan sólo el arbitrio judicial para calificar lo antijurídico con relevancia penal. Se originaría así, ante la amplitud de valoraciones individuales, un insoportable estado de incertidumbre en la aplicación del Derecho Penal.

## — II —

### **El «bien jurídico» como presupuesto —y no elemento— del tipo penal**

Los elementos materiales y, en su caso, los elementos normativos expresos y los subjetivos que se contienen en las figuras típicas y sus dispositivos amplificadores no agotan por lo general la noción del tipo penal. Ni por ende, el juicio de tipicidad. Porque de entrada, el tipo penal no es —o no debiere entenderse— sólo como el supuesto legal que describe de manera expresa y clara una conducta que se realiza en cierto ámbito de prohibición delimitado por la misma la ley, en tanto que las figuras típicas que informan a los tipos penales se encuentran inmersas en un sistema más o menos ordenado de normas para proteger determinados bienes o intereses jurídicos. Los bienes jurídicos que por la forma en que se les ataca, el legislador estima se deben salvaguardar de la forma más enérgica, mediante la amenaza de la sanción penal. En tal sentido el tipo penal

---

<sup>533</sup> Cit. por Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal...*, op. cit., T I, p. 26.

obedece a prevenir lesiones al bien jurídico que protege. De tal suerte que el daño o peligro (lesivos) al bien jurídico —que sí son elementos del tipo penal— sólo pueden darse si en el caso concreto existe el bien jurídico. Las figuras típicas deben así su creación y existencia a los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger conminando con penas a las conductas de quienes los lesionen en el marco de prohibición que especifique en la ley. A tal grado —afirma Bettiol— (...) que no hay norma penal incriminadora que no esté destinada a la tutela de un valor y que no tenga por fin la protección de un bien jurídico. Así, la norma que incrimina el homicidio, tutela la vida. Aquélla que incrimina el robo, la propiedad. La que incrimina la bigamia, el orden familiar, etc.<sup>534</sup> Ya se vio como el principio del bien jurídico tiene el trascendental papel de servir de base sustancial para el Derecho Penal de intervención mínima. En virtud del cual el legislador sólo debe prohibir penalmente la conducta si ella lesiona a un bien jurídico. Y sólo si se trata de los bienes jurídicos más importantes y con motivo de los ataques más graves contra ellos. A tal grado que de esa idea surge la necesidad de despenalizar o penalizar ciertas y determinadas conductas.<sup>535</sup> El Dr. Moisés Moreno apunta que incluso: (...) el proceso de descriminalización y despenalización también puede darse cuando con relación a ciertos problemas específicos se adopta un criterio limitador, como es el del «*numerus clausus*» para el problema de la tentativa, de los delitos culposos y de los delitos de omisión impropia, en la medida en que ellos sólo en determinados casos serán punibles. De esta manera se limita también la intervención del Derecho Penal.<sup>536</sup> Los artículos 4° del CPDF y 16 y 41 del CPC reconocen expresamente a la lesión del bien jurídico como condición esencial para que se dé el tipo penal.

En el anterior orden de ideas, el marco de prohibición en que se formula el supuesto penal del hecho dentro del cual se ha de realizar la conducta lesiva de un bien jurídico, informa a la noción del tipo penal. Y ese marco es un cerco jurídico que protege al gobernado de los excesos o desvíos del poder punitivo del Estado. Y el cual se debe expresar en cuanto se ejerza para salvaguardar ciertos bienes jurídicos de su grave lesión que se dé en cierto entorno legal de una conducta desaprobada, denominado tipo penal. De aquí pues que sin la existencia del bien jurídico que se trata de proteger mediante la erección del supuesto típico-penal, éste carecería de razón de ser. Y querer pensar que el tipo penal se configura tan sólo con las locuciones que se contienen de manera expresa en los supuestos legales que se conocen como —las figuras típicas de— los delitos en particular cuando ellas no aludan de modo expreso a la lesión o al peligro del bien jurídico, es desconocer la razón misma del Derecho Penal y parte de su inmediata teleología. Pues implicarla privar al delito de su unidad de sentido y que sólo surge cuando se afecta lesivamente el o los bienes jurídicos que la norma prohibitiva tutela. Bástenos hojear la Parte Especial de los códigos penales y podremos fácilmente advertir —con más claridad en los nuevos CPDF y CPC— que el legislador sistematiza los supuestos punibles en orden a determinados bienes jurídicos que pretende proteger. Respecto de los cuales, sin duda, debe existir siempre un titular en el caso concreto, sin el cual resultaría absurdo hablar de que ahí existe el bien jurídico que se protege. Cuando se tutela la vida, es porque se pretende proteger al ser humano vivo como su titular. Cuando se protege al patrimonio, es porque se quiere salvaguardar la relación de disponibilidad que las personas

---

<sup>534</sup> Bettiol, *Problemas Penales*, p. 92, citado por Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 77.

<sup>535</sup> Ver *Infra*, Primera Parte, Capítulo Tercero, núm. III.

<sup>536</sup> Moisés Moreno Hernández, "Penalización y despenalización en la reforma penal: Importancia del principio del bien jurídico en la creación de los tipos penales", *Criminología*, año LIX, N° 2, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa S. A., México, D. F., mayo-agosto 1993, p. 70.

tienen con los bienes que aquellas ostentan bajo el título de propiedad, crédito, uso o posesión. Ahora bien, el hecho de que el bien jurídico tutelado informe a la noción del tipo penal, en cuanto constituye su "presupuesto", tiene su innegable trascendencia en aquél y en el correspondiente juicio de tipicidad. Pues ésta sólo se puede afirmar cuando —además de darse en el mundo de relación todos los elementos expresos de la figura típica— se dañe o concretamente se ponga en peligro el o los bienes jurídicos que aquélla tutela penalmente. Así, el daño o peligro (lesivos) al bien jurídico protegido se erigen, asimismo, en elementos del tipo penal. De aquí que no se tipifique el delito de violación cuando con violencia se yace con una persona adulta que libremente consiente tal menester. Pues en este caso el consentimiento de esa persona —amén de eliminar la antijuridicidad del hecho— impide su integración típica. Y ello porque el bien jurídico de la libertad sexual del violentado no se lesiona por el autor de la impropia conducta.<sup>537</sup> Asimismo, es frecuente observar que en las causas penales de despojo de inmueble se afirma que falta el delito al acreditarse que quien se dice ofendido no se encontraba en posesión del predio ilegítimamente ocupado. Pues se estima que en esos casos está ausente el daño al disfrute de la «posesión» de quien se ostenta como titular de la misma. También resulta irrelevante penalmente, por ausencia de lesión jurídica, el que una persona ejecute una conducta que debería producir la privación de la vida del agredido, si éste ya está muerto. Pues la inexistencia concreta del bien protegido, cual es la vida, impide desde antes que a ésta se le pueda dañar.

En tales extremos, el bien jurídico tutelado se reconoce en México como presupuesto o elemento del tipo penal por Porte Petit<sup>538</sup>, Jiménez Huerta<sup>539</sup>, Pavón Vasconcelos<sup>540</sup>, Villalobos<sup>541</sup>, Carrancá y Trujillo<sup>542</sup> y Moisés Moreno Hernández<sup>543</sup>, entre otros. Y su trascendencia es tal, que se puede lícitamente afirmar que no hay delito sin el previo y concreto daño o peligro de daño (lesivos) al bien jurídico que tutela el tipo penal. De tal suerte que tratándose de tentativa, cuando el delito se inconsuma por la inexistencia del titular del bien que el tipo protege, aquélla no se puede reputar como punible. La SCJN también se ha ocupado de emitir su criterio respecto al concepto del tipo penal. Así ha sostenido que: (...) *El tipo delictivo, de acuerdo a la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los supuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena.*<sup>544</sup> También la SCJN ha expresado: (...) *Bien sabido es que el tipo en el propio sentido jurídico-penal, significa mas bien el «injusto» descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos a cuya realización va ligada la sanción penal. De donde se sigue que una acción, por el hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de sus presupuestos, es inconcuso que el tipo penal no se llega a configurar.*<sup>545</sup> Como se puede observar, dos aspectos destacan de las ejecutorias antes transcritas con relación al tema que nos ocupa. El primero —de acuerdo con la primera tesis—, es el hecho de que al tipo penal se le concibe como "la suma de todos los presupuestos a cuya existencia va ligada la pena". Es decir, la Suprema Corte estimó que el tipo penal se forma no sólo con todos los elementos que se integran de manera expresa en

<sup>537</sup> La violación tampoco se tipificaría cuando la copula se realizase ejerciendo violencia

<sup>538</sup> Celestino Porte Petit, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, p. 45.

<sup>539</sup> Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., pp. 77 a 96.

<sup>540</sup> Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, op. cit., p. 89.

<sup>541</sup> Ignacio Villalobos, *Derecho Penal Mexicano*, 4ª Editorial, Editorial Porrúa S. A., México, 1983, pp. 201 a 222.

<sup>542</sup> Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa S. A., México, 1982, pp. 174 y ss.

<sup>543</sup> Moisés Moreno Hernández, "Penalización y despenalización en la reforma penal: Importancia del principio del bien jurídico en la creación de los tipos penales", *Criminalia*, pp. 70 y ss.

<sup>544</sup> S. J. F., Tomo CXIX, p. 2887, y S. J. F., Tomo XVI, p. 257; Sexta Época, Segunda Parte

<sup>545</sup> S. J. F., Tomo CXIX, p. 884, y S. J. F. Tomo XVI, p. 257; Sexta Época, Segunda Parte

la figura típica. Sino, además, con la preexistencia del bien jurídico y luego con el daño o peligro de daño lesivos a ese bien jurídico que aquél tutela —y que se concreta a través del injusto—. El segundo —conforme la segunda tesis—, mediante el cual se pone de relieve la función concretizadora que de lo antijurídico realiza el tipo penal. Adhiriéndose así, básicamente, al concepto de tipo penal de Mezger como “*el injusto descrito en la ley penal*”.<sup>546</sup>

Lo hasta aquí dicho nos lleva también a destacar que la antijuridicidad —entendida como el «previo y abstracto juicio de desvalor que hace el legislador de una conducta determinada que ataca bienes jurídicos para sancionarla con una pena»— es «*razón esencial*» del tipo penal. Éste se crea precisamente y en virtud del previo juicio legislativo de desvalor del supuesto de hecho al cual el legislador le asigna pena.

### — III —

#### **La función del tipo penal como concretizador de lo antijurídico**

Hoy se admite de consuno que el tipo penal permite concretar el injusto. Es decir, que para los efectos penales el tipo penal delimita el hecho que el legislador podrá estimar como antijurídico bajo ciertas condiciones. Así las cosas, el Estado crea los tipos penales para salvaguardar ciertos bienes jurídicos de ser lesionados a través de determinadas formas de grave ataque y cuando erige una figura delictiva es porque considera que el hecho que en ella se describe es socialmente dañoso y de gravedad tal que —al afectar determinados bienes y a sus titulares— es necesario formular respecto de él la conminación penal. El legislador pues, realiza previamente un abstracto juicio de desvalor respecto a esos hechos. Y al estimar aquél —mediante ese juicio axiológico— que es tan intensa la antijuridicidad de dichos hechos, determina que para impedirlos se hace necesaria prohibir penalmente la conducta que los realiza. En consecuencia, los describe —o los debería describir— con precisión en los correspondientes supuestos de hecho jurídico-penales con los que intenta motivar la conducta de las personas de evitar incurrir en su realización. De aquí que me arraigue en la convicción de que:

Una función fundamental de los tipos penales es la de delimitar la conductas indiciariamente injustas que se prohíben con pena.

Cuando el legislador crea el tipo penal de homicidio no da nacimiento meramente a una norma, sino a una norma cuyo asiento es la lesión jurídica al bien de la vida. Como tampoco crea tan sólo una norma cuando erige los tipos penales de los delitos contra el patrimonio. Lo que el legislador hace en ambos supuestos, es reconocer el hecho incuestionable que esa clase de conductas lesiona seriamente intereses jurídicos; esto es, daña la convivencia y el disfrute de los derechos individuales en que aquélla se sustenta. Por lo que trata de protegerlos de la forma más enérgica: por la vía penal. Por ello, por la antijuridicidad del hecho, es que el legislador formula la norma penal que prohíbe la conducta que le realiza. A lo mucho, podrían surgir juntos el injusto y el tipo penal. Cual es el ejemplo que Jiménez de Asúa expone: (...) Del caso de guerra o de rebelión: en que el mando militar prohíbe el paso por un puente o lugar estratégico bajo pena severísima. Pues nos ofrece prueba de la hipótesis que ahora examinamos. Sería falso, a nuestro juicio, decir que en ese supuesto

---

<sup>546</sup> Edmundo Mezger, *Derecho Penal. Parte General*, Cárdenas, Editor y Distribuidor, Tijuana, 1985, p. 143 y ss.

no hay antijuridicidad, pero sí tipicidad. Lo que acontece es que el instante en que circunstancialmente se produce lo antijurídico de una conducta, se describe conceptualmente el tipo legal al que se asocia el castigo.<sup>547</sup> Y respecto al ejemplo anterior, como certeramente puntualiza su homólogo español, Jiménez Huerta: (...) Sin disentir del pensamiento del ilustre maestro, nos permitimos tan sólo subrayar, que aun en esta hipótesis la antijuridicidad es 'ratio essendi' de la tipicidad. Pues si se tipifica la conducta indicada es porque quien legisla ha percibido instantes antes su antijuridicidad.<sup>548</sup>

Se ha dicho, además, contra lo que parece, que no hay contradicción si se sostiene que la antijuridicidad es «razón esencial» del tipo penal y que la tipicidad es «fundamento de cognición» de la antijuridicidad. Pues, según ello, los dos asertos tienen pleno valor y no se contraponen en cuanto se expresan en momentos y planos diferentes. En el momento legislativo de creación de la hipótesis penal es válido decir que la «antijuridicidad» es «razón esencial» del tipo penal. Pues el fundamento para que el legislador erija el tipo penal de un delito, es el previo juicio de desvalor intenso que aquél hace de la conducta o hecho que tipifica penalmente por dañar o poner en peligro de manera lesiva algún bien jurídico en cierto marco fáctico de prohibición. En cambio, cuando se aduce que la tipicidad —y no ya el tipo penal— es «ratio cognoscendi» de la antijuridicidad, si se sigue a Mayer —para quien la tipicidad es indicio o fundamento de cognición de la antijuridicidad—<sup>549</sup>: ya se está en el momento de una concreta y fáctica conducta que se da en el mundo de relación, que al adecuarse a un tipo penal se «presume» que es específicamente antijurídica por la misma razón de que el tipo describe lo penalmente injusto. Pero que esto último no es así de manera necesaria. Pues la conducta podrá ser típica y, sin embargo, conforme a Derecho. Piénsese en el homicidio en legítima defensa, por ejemplo, así como en la ejecución de la orden judicial de cateo que sí "lesiona" la morada y, sin embargo, en vez de contrariar al Derecho lo confirma. En todos esos casos la conducta es típica y, aún así, no es antijurídica, se afirma.

De esa manera, como se confirmará luego, se ha estimado que el tipo penal no agota a la antijuridicidad. Y ello es obvio si se piensa que están fuera de aquél las causas de permisión —o de justificación— que excluyen a aquélla. Sin que suceda lo mismo con la "lesión jurídica" como elemento común al tipo penal y a la antijuridicidad. Y ello es como se indica, porque dentro del tipo no sólo se examina un simple daño o el peligro de carácter naturalístico para los bienes jurídicos, sino que en aquél siempre debe resolverse una auténtica «lesión jurídica» en virtud de la cual se afecta la relación de disponibilidad del sujeto con el bien objeto de tutela. Ésta se da de ordinario a través del mero daño o peligro al bien jurídico cuando éste es indisponible por otro, pero no sucede así cuando el titular dispone del bien, porque en tal caso es preciso que tal daño o peligro se ocasione en demérito del ejercicio de libertad que el titular tiene para disponer del bien porque no hay consentimiento válido de aquél. En otras palabras, el tipo penal en sentido estricto abarca a los elementos normativos específicos de desvalor cuando el supuesto legal los contemple expresamente; como también capta en cualquier caso, al daño o el peligro al que se expone al bien o los bienes jurídicos tutelados por la figura típica, daño o peligro que deben aparejar una lesión jurídica. Pero el tipo penal en sentido estricto no

<sup>547</sup> Luis Jiménez de Asúa, *Treatado de Derecho Penal*, Tomo I, Editorial Losadas, Buenos Aires, Argentina. p. 680.

<sup>548</sup> Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., p. 29.

<sup>549</sup> Max Ernesto Mayer, citado por Mariano Jiménez Huerta, *La antijuridicidad*, Imprenta Universitaria, México, D. F., pp. 61 y 62.

incluye a la conducta que «ofende al Derecho» como un todo. En tal sentido, el tipo penal en sentido estricto y el injusto serían pues nociones diferentes. Ello adquiere fuerza si se considera que la lesión jurídica es tan el daño o peligro a un bien indisponible por otro aun con consentimiento de su titular, como el daño o peligro a un bien disponible sin consentimiento válido de su titular o sólo para dañar a terceros. Por lo tanto, el simple daño o peligro a un bien jurídico es del todo insuficiente para sostener que hay la lesión jurídica como elemento común del tipo penal y del injusto, sino es que respecto de aquél daño o peligro se afecta, además, la relación de disponibilidad del sujeto con el bien que es objeto de protección. Más fuera de tal elemento común, es claro que el tipo penal no capta a la ofensa al Derecho como segundo elemento del injusto. Misma que se da cuando existiendo la lesión jurídica —y no nada más el daño o el peligro— falta causa que justifique la conducta.<sup>560</sup> Por ello —en el contexto actual de la opinión dominante— en el Derecho Penal Mexicano se rechaza la concepción de un tipo penal que englobe a la antijuridicidad. Tal como lo considera cierta corriente doctrinal que estima que el tipo penal comprende aquella.<sup>561</sup> Y la razón estaría más allá de estimar que la tesis de un tipo conglobante de la antijuridicidad condiciona ésta al tipo penal, pues se sabe de las razones que se dan para negar que así sea y, además, coincidir con la mayoría de la doctrina que la antijuridicidad es una sola para todo el Derecho. Sino que el motivo estriba en que el tipo penal de ordinario solo capta al daño o al peligro de daño (lesivos) como un elemento de aquél. Mismo que, a la vez, es un elemento de la antijuridicidad, pero que no configura a ésta que también requiere de la ofensa al Derecho. Igualmente, el tipo penal incluye a los elementos normativos de desvalor expresos que se contengan en aquél, pero que por igual razón no capta a la antijuridicidad en toda su extensión, a menos que tal elemento normativo específico del tipo precisamente la involucre de manera necesaria.

Sin embargo, ¿qué acaso todo ello tiene que ser así? Porque cabe preguntarse, ¿cómo es posible que cuando la razón fundamental para la creación del tipo penal es la valoración del carácter antijurídico de la conducta que realiza el hecho —y que el legislador describe en el supuesto penal— y luego, que en sede del mundo de relación se pretenda vedar esa consideración? Y no sólo respecto al aspecto subjetivo de la conducta típica, sino, además, ¿cómo es posible que se niegue que la tipicidad del hecho ya involucre el juicio de su antijuridicidad? Porque nada habría de antinómico en que el juicio de tipicidad —y antes de él, que el mismo tipo penal como formulación legal contextual— aparejara a la antijuridicidad de la conducta. Y porque más bien, la aporía parecería ser al revés. Ya que por más que se diga que la antijuridicidad es una categoría diversa a la tipicidad: Nada hay de irresoluble en el hecho de que la antijuridicidad se involucre en el tipo y aún así siga siendo unitaria en el campo del Derecho. Pues la conducta puede ser atípica por muchos motivos distintos a la ausencia de su antijuridicidad. Y así como la conducta puede ser antijurídica y, sin embargo, atípica: El tipo penal y la tipicidad también pueden abarcar a la antijuridicidad de la conducta y el hecho descritos en el supuesto legal punible.

---

<sup>560</sup> Ver el Capítulo DÉCIMO QUINTO, relativo a la antijuridicidad como límite al poder punitivo.

<sup>561</sup> Adalid de esa tesis pareció ser Claus Roxin, en su obra *Teoría del Tipo Penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, traducción Dr. Enrique Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979, en especial, pp. 178 a 192. Sin embargo, Roxin aclara su postura en su obra posterior *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...* op. cit. pp. 286 y ss., adoptando la tesis que se explica en este apartado. Un expositor destacado de la teoría de los elementos negativos del tipo, la cual se emparenta con la corriente bipartita de los elementos del delito: injusto y culpabilidad, en vez de tipo, antijuridicidad y culpabilidad, que representa a la corriente tripartita del concepto de delito —y de los cuales me ocupo en este apartado— lo es en España Nicolás García Rivas, *El poder punitivo en el estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, España, 1996, pp. 82 y ss.



Ello también sería así, porque desde el descubrimiento de los elementos «normativos» del tipo, la afirmación de que el tipo penal es puramente «neutro» dejó de ser inobjetable. Más aún cuando el carácter antijurídico de la conducta ya se involucra en el tipo de muchos delitos a través de las expresiones normativas de desvalor que ellos contienen, tales como “ilegalmente” en la privación ilegal de la libertad. Por lo que si se ha de ser congruente con la razón de ser del tipo penal en el momento de su creación legislativa —en cuanto que el legislador erige al supuesto punible porque considera que la conducta que en él describe revela la antijuridicidad con una intensidad tal, que se hace preciso sancionarla con pena—: no se estaría más que cumpliendo con esa consideración al incluir dentro del tipo penal y para el juicio de la conducta típica, el que ella haya sido antijurídica y sus circunstancias se hayan captado por el sujeto. Por lo demás, desde hace tiempo se puso en evidencia que el tipo penal apareja siempre la descripción de un suceso con especial significación social de desvalor. El tipo penal no es mera descripción de un evento cualquiera, que nada más se le deba apreciar en su significación naturalística o manifestación material; ni siquiera es solo la descripción de cualquier conducta que al legislador se le antoja conveniente prohibir con pena; sino que es la descripción de una conducta que el legislador conmina con pena porque conlleva un ataque a un bien jurídico de forma tal, que se hace necesario prohibirla de esa manera. En tal sentido, la acción típica de matar a otro está lejos de residir en el mero dato naturalístico de —por ejemplo— accionar un arma de fuego que causa la muerte de alguien. Pues “la acción de matar a otro” que describe el tipo penal de homicidio conlleva un significado de trascendencia social que por lo general se juzga como socialmente desvaliosa en sí y por el contenido final de una acción que afecta un bien jurídico. Es ese significado de desvalor social —que legislativamente se caracteriza por la acción de lesión a un bien jurídico— el que tiñe la valoración de todo tipo penal, por lo que si a éste se le enfoca en su sentido contextual con las demás normas de los códigos penales, en especial con las causas de justificación, se puede concluir que ese desvalor debe traducirse en un injusto. Mismo significado que debería dejar su impronta en la tipicidad. De aquí que el mero dato externo o los meros detalles naturalísticos de índole material y subjetiva sean del todo insuficientes para apreciar a una conducta como típica. Ya que se debe tener presente que en todo juicio de tipicidad también se está frente a normas prohibitivas de conductas que lesionan un bien jurídico y que al correlacionarlas con las causas de justificación, apareja la falta de las mismas. Porque la norma no prohíbe simplemente matar a otro, sino matarlo sin causa que justifique su conducta.

Ahora bien, para lograr una base de entendimiento entre los dos puntos de vista ya considerados, es conveniente recordar la distinción entre tipo penal en sentido estricto y tipo penal global o injusto. El tipo penal en sentido estricto, como figura delictiva permite identificar la clase de delito de que se trata y su núcleo rector se halla en cada uno de los supuestos legales de hechos punibles (figuras típicas) que en su mayoría se contienen en la Parte Especial de los códigos penales y otras leyes —conocidos o llamados como “delitos en particular”—. Respecto de ellos, es claro que describen una acción que siempre implica normativamente un daño o peligro de daño (lesivos) a un bien jurídico —y, por tanto, aparejan una evento socialmente desvalioso a primera impresión— que prohíbe la norma ínsita en el tipo. En tal sentido es atípica la operación de cirugía estética que «daña» la salud de la persona pero que no «lesiona» a ésta en virtud de su consentimiento válido

para la disponibilidad de su bien (y en atención a que aquélla no ocasiona un demérito de la función social de la persona —que no permitiese a otro el daño aun con el consentimiento de su titular—.) Como igual es atípica la destrucción de una cosa mueble con consentimiento de su dueño y sin irrogar perjuicio a tercero, pues si bien hay daño material a la propiedad del titular, falta la lesión jurídica por la válida disponibilidad del mismo por aquél. La lesión jurídica es pues el gozne entre la acción típica y el injusto.

Pero también es igualmente nítido que no toda acción típica tiene que ser injusta, en cuanto que —dada la previsión legal de las causas de justificación— la acción típica puede a la vez amoldarse a tales excluyentes de delito. Así pues, es admisible que quepa hablar de acción típica, sin que necesariamente ella tenga que ser antijurídica. Y si por otra parte se toma en cuenta que los códigos penales no son simplemente un catálogo de descripción de sucesos humanos punibles, sino que —precisamente por eso y en su función política-criminal— son enunciados de normas prohibitivas de conducta. Las cuales sólo tienen sentido cuando las conductas que se prohíben ofenden al Derecho como un todo, esto es, cuando son antijurídicas, lo que nada más se puede resolver de esa manera si la conducta típica es a la vez antijurídica, entonces se puede arribar a una concepción más amplia del tipo: la del tipo global. Misma que encierra a la conducta típica que se realiza sin causa legal que la justifique, De lo cual deviene el injusto. El injusto y el tipo penal global aparejan la misma idea conceptual.

Sentado lo anterior, también es dable tener presente que el presupuesto legal de hecho de la norma penal encierra no solo un juicio "provisional" de desvalor acerca de la conducta descrita en el supuesto legal del hecho punible —tipo penal (en sentido estricto)—, mismo que se da porque aquella apareja una conducta desaprobada que lesiona o pone en peligro al bien jurídico que la figura típica protege y que por ello indica que está prohibida jurídico-penalmente. Sino que esa norma prohibitiva, al desglosarse en una de determinación-valoración —y que vale para todos— y en otra de motivación —que solo vale para quien esté en un contexto de comunicación con la norma—, siempre implica que para la contrariedad con la norma de determinación-valoración que encierra la norma prohibitiva no ha de concurrir causa legal que la justifique —tipo global—. Lo que a su vez permite sostener el "injusto". Y el cual apareja *un juicio del desvalor social de la conducta penalmente prohibida que realiza una persona sin causa que justifique su conducta.*

Sin embargo, las causas de justificación también valen para todos y se dan en un marco mucho más amplio que el de los tipos penales; en tanto aquellas se realizan en el marco del ejercicio del derecho general de libertad de acción, respecto del cual se recorta la prohibición específica de ciertas conductas descritas en el tipo penal cuando lesionan gravemente un bien jurídico. *Así pues, en tal sentido se tiene toda la razón en sostener que la conducta que se subsume en un tipo penal solo permite «presumir» o «indicar» que la conducta típica sea antijurídica. Pues esa forma de razonar lejos de divorciar sin causa al mundo normativo del mundo fenoménico en el cual aquél se debe manifestar, parte del hecho de que las causas de justificación obedecen al amplio universo del ejercicio de nuestros derechos que sólo por excepción expresa se recorta en la ley a través de tipos penales y que aún así las conductas típicas todavía tienen que soportar el filtro de no ajustarse a una causa justificante para que se puedan considerar antijurídicas.* Porque la conducta que

fenoménicamente engarce en la de la figura típica y sus dispositivos amplificadores puede ser que no ofenda al Derecho concretamente. Como en el caso ya repetido del homicidio en legítima defensa. O antes de ello, porque puede no lesionar realmente al bien jurídico, aun dañándolo, si es que aquel es disponible y hay consentimiento válido del titular para ese efecto. Como en el caso de la cirugía estética. Mas en tales eventos no se está ya ante la contradicción con la norma de determinación, sino ante la confirmación de una conducta conforme a Derecho.

Por ello es importante evitar la confusión de la supuesta disociación entre las razones legislativas del tipo penal y las razones metodológicas al concebir la tipicidad y el injusto. Porque si se hace esa distinción, ya no valen las razones de una incongruencia sistemática entre la ratio del tipo y el objeto que regulan por un lado el tipo y por el otro el mismo tipo y la falta de causas de justificación: cual es la propia conducta típica-penal por una parte y por la otra, el injusto en el que se manifiesta el tipo global. Es decir, la razón del tipo penal es la valoración legislativa del carácter injusto del hecho que se consigna en el supuesto legal al añadirle ciertas notas que lo toman precisamente en un injusto. Esa ratio conlleva entonces a sostener que la concreción en el mundo de relación de ese hecho típico debe por igual revelar su carácter antijurídico sólo y nada más si falta causa de justificación, ya que es el mismo legislador quien consigna a tales supuestos de permisión. Con ello en realidad hay congruencia cuando se afirma que la tipicidad es «*ratio cognoscendi*» pero no es «*ratio essendi*» de la antijuridicidad. La cual, por su parte, sí es razón fundamental del tipo penal. Porque esa paradoja se resuelve cuando se separa al tipo penal en sentido estricto del injusto o tipo global. En tanto el tipo penal —o tipicidad— en sentido estricto solo comprende el hecho contenido en el supuesto legal punible que lesiona los bienes jurídicos que aquel protege, mientras que el tipo global o “injusto” capta tan la conducta típica en sentido estricto, como la inexistencia de causas de justificación; esto es, el tipo global es el injusto y éste sí apareja una conducta típica y antijurídica.

Pero por otra parte, las implicaciones de esos razonamientos no se quedan tan solo en el terreno esbozado. Ellas van mucho más lejos, en cuanto alcanzan a los contenidos del dolo y a los límites que se imponen al poder punitivo en un estado de derecho.<sup>562</sup> Las consecuencias y las implicaciones metodológicas que se derivan de ello son las que me incrementan las dudas acerca de la bondad de una tesis que pretendiera incluir sin más a la antijuridicidad en el juicio de tipicidad. Y las que —en mi opinión— solo se pueden salvar satisfactoriamente si se hace la distinción entre tipo penal en sentido estricto e injusto, en vez de fundir a éste en el mismo tipo penal.<sup>563</sup> En efecto, la tesis de un tipo penal que siempre abarque a la antijuridicidad conlleva a una teoría sistemática bipartita del delito. En tanto que la tesis que sostiene que para los efectos sistemáticos se ha de separar la conducta, el tipo penal y el injusto o el tipo penal y la antijuridicidad como categorías diversas, aunque íntimamente vinculadas entre sí, conduce a la teoría tripartita y a la teoría tetrapartita del delito. En las posturas bipartita y tripartita se parte de la idea que la conducta es la base sobre la cual descansan las demás categorías del delito, pero que ella no forma una categoría que por sí tenga

---

<sup>562</sup> Ver en los Capítulos NOVENO y DECIMOTERCERO, los temas referentes al dolo, al error de tipo, a la culpabilidad y al error de prohibición.

<sup>563</sup> Idem, nota anterior.

significación jurídico penal; ya que ésta se da cuando a la conducta se le conecta con los demás elementos del delito. (La tesis tripartita es sostenida por Roxin.)<sup>554</sup> Y en la teoría tetrapartita (que aquí se sostiene a partir del capítulo inmediato anterior dedicado a la "conducta" en este trabajo), se afirma que aquella forma en sí es una categoría aparte al recoger de la realidad sus datos constantes que tienen sentido dentro del Derecho Penal, aunque, al igual que las otras teorías, concibe a la conducta como el soporte al cual se han de conectar las restantes categorías que configuran la noción del delito.

De acuerdo con tales premisas, la teoría bipartita del delito postula que el estudio del delito se debe hacer con base en el injusto y la culpabilidad. El injusto es la conducta típica en sí y que ya encierra a la antijuridicidad. Y la culpabilidad es la reprochabilidad al autor por esa conducta. En ese contexto encuentra acomodo la teoría de los elementos negativos del tipo, misma que cobra cada vez más fuerza en otros lares. Así, bajo la proposición que carece de sentido afirmar que la prohibición legal alcanza a todos los casos en que se dé la figura típica. Por ejemplo, que alguien prive de la vida a otra persona—. Porque esa afirmación contrastaría con los eventos en los que la misma ley permite la acción —matar en legítima defensa por ejemplo—. De aquí también que de ello se derive —según esa teoría— que el tipo penal no se agota con el mero supuesto legal del hecho punible que ataca uno o más bienes jurídicos, sino que aquél comprende lo antijurídico del hecho. Con base en ello, la teoría de los elementos negativos del tipo sostiene que uno de los elementos de dicho tipo es el carácter antijurídico de la conducta. Mismo que sería un elemento de índole positiva del tipo penal. A los que se le sumarían los de carácter negativo que se integrarían por las causas de justificación. De aquí entonces —según esta teoría— que las causas de justificación se conciben como excluyentes ya no de la antijuridicidad, sino del mismo tipo. De esta manera el tipo ya se tendría que representar como una versión desligada de todas las incidencias de la versión legal del supuesto del hecho punible —tipo penal en sentido estricto— porque solo de aquél modo sería posible hablar de que el tipo y la tipicidad serían razón esencial de la antijuridicidad. Otra consecuencia metodológica de tal postura es que los errores de prohibición basados en la falsa creencia de que concurre una causa de justificación serían errores de tipo y, por lo tanto, aquellos merecerían el mismo tratamiento que a estos se les da.

Ahora bien, cabe preguntar, ¿sería correcto que dentro del tipo se subsuma al mismo injusto como uno de sus elementos? ¿Y lo sería, que las causas de justificación también se consideren como elementos negativos del tipo? Las razones que apuntan a una respuesta negativa a esas interrogantes son las siguientes: **1)** El juicio de injusto se puede formular con relación a cualquier hecho que lesione un bien jurídico y ofenda al Derecho. Mientras que las circunstancias que caracterizan a cada uno de los tipos penales según el delito de que se trate, fundamentan el merecimiento de pena precisamente para esa clase de delito. Por lo tanto, el tipo penal tiene una función delimitadora de qué conductas y bajo qué condiciones se pueden estimar punibles, lo cual se decide con relación a cada figura típica y sus dispositivos amplificadores. Situación que no acontece con el juicio del injusto, porque éste se puede fundamentar en otras materias del Derecho diversas a la materia penal. **2)** Lo mismo se puede decir respecto de la naturaleza de las causas de justificación, en tanto que las causas

---

<sup>554</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...* op. cit. pp. 284 y ss.

de justificación se refieren a todos los tipos penales de delitos, pero van más allá de la clase de delito de que se trate. Pues la mayor parte de ellas se rigen por los principios ordenadores de todo el Derecho y no sólo por los que gobiernan al Derecho Penal. **3)** Como consecuencia de lo anterior, la función preventiva general de los tipos penales se acota con los principios que se derivan de la garantía de legalidad en el delito. Y ello apareja que el tipo penal se rige por los criterios estrictos de interpretación literal ajustada al contexto de los límites del estado de derecho. En tal sentido, el tipo penal es «cerrado», sin que puedan caber dentro de él otros criterios de interpretación diversos a los apuntados. Situación que es distinta en las causas de justificación, porque aunque es cierto que solo caben las causas de justificación que la ley señala, igual lo es, que la fuente jurídica de la causa de justificación puede tan provenir del mismo Derecho Penal como de otras materias del Derecho, en las que rijan criterios de interpretación más amplios como la analogía y la mayoría de razón y según los principios ordenadores del Derecho mismo. **4)** Por otra parte, una situación atípica no está necesariamente permitida y, por lo tanto, si ella es antijurídica no tiene porque soportarla el afectado, mientras que las conductas justificadas son conductas permitidas y por ello aquél debe tolerarlas. **5)** Porque según se verá más adelante, para los efectos del error la teoría de los elementos negativos del tipo estima como errores de tipo a los errores de prohibición, no obstante que unos y otros se fundamentan y producen consecuencias jurídico-penales diferentes en el Derecho Penal Mexicano. **6)** En suma, las diferencias entre la conducta típica y la antijuridicidad, que van desde su contenido hasta su estructura, la aplicación del principio de legalidad, los reglas de interpretación y las diversas consecuencias jurídicas, tienden a quedar niveladas desde la perspectiva de la teoría bipartita, al grado de considerar como atípica toda conducta justificada.

Todo ello lleva a la conclusión de que tipo e injusto o antijuridicidad se deben ver como categorías distintas, aunque por su íntima conexión nada obsta para que se pueda hablar luego de un injusto en particular que comprenda a la conducta típica y a la antijuridicidad de esa conducta.

Sentado lo anterior, ahora es indispensable estudiar los elementos que pueden conformar al tipo penal en el Derecho mexicano, el cual a la vez tiene íntima relación con dos categorías básicas en el proceso penal mexicano: el cuerpo del delito y la responsabilidad penal. Lo que, además, permite estudiar de paso la noción de “causa probable” de esa responsabilidad penal. Primero me ocupo de esas categorías, para luego ver los elementos del tipo penal en particular.