

# El tipo penal, un mito inconcluso

Marco Vinicio Padilla Arceo<sup>1</sup>

*'Nada está perdido si se tiene el valor  
de proclamar que todo está perdido  
y hay que empezar de nuevo.*

Julio Cortázar<sup>2</sup>

SUMARIO: I. *Advertencia*; II. *Introducción*; III. *La mitificación del tipo*; IV. *La interpretación como estandarte*; V. *Conclusiones*; VI. *Bibliografía*.

continuar, le suplico lea si, y sólo si está dispuesto a desintoxicarse de la única cara de dicho concepto (columna vertebral de la teoría general del delito) que la historia nos ha tendido, la de la aplicación estricta conforme a la letra de la ley, y ya entonces, percatarse que existen otras aristas de este prejuicio jurídico.

Asimismo, mi propuesta no pretende de ninguna manera borrar el tipo penal del mapa del Derecho escrito, lo que sí garantiza, por el contrario, es hacer reflexionar a aquéllos que durante toda su vida profesional como juristas, como abogados, han pensado que el tipo penal no está sujeto a una pizca de interpretación.

## II. Introducción

Pocas manifestaciones tan pétreas ha tenido la rama del Derecho Penal desde la usanza romana clásica como lo es la tipicidad, esa correspondencia del hecho humano ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley como delito. Desde mi punto de vista, la teoría del tipo es uno de los

---

<sup>1</sup> Oficial administrativo adscrito al Juzgado Decimoquinto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal. Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>2</sup> Cortázar, Julio, *Rayuela*, México, Alfaguara, 2013, Capítulo 71.

paradigmas más acendrados no sólo del Derecho Penal, sino de la ciencia jurídica en general. Al momento de yo escribir estas líneas, cualquier jurista podría dar por sentado el hecho de que el tipo penal es la contraseña que da acceso a punir una conducta específica. Moldeado en palabras de Tamayo y Salmorán,<sup>3</sup> no es una proposición invocativa, persuasiva, patética, escénica ni dramática; por el contrario, el paradigma del tipo es un enunciado declarativo, verificable (y por ello, añade, falsificable), que no está sujeto a interpretación alguna, máxima elevada incluso al cariz constitucional, espina dorsal de la tipicidad misma.

El presente artículo tiene la firme intención de demostrar que ese perjuicio tan enraizado, tan vuelto dogma por esta abstracción del orden social que conocemos como Derecho, es en realidad tan sujeto a la interpretación como cualquier otro enunciado impositivo que devenga de cualquiera de las fuentes formales del Derecho cuyo cariz sea el romano canónico, cuyo disfraz sea la norma escrita. Este trabajo tiene el propósito de confirmar que la espina dorsal del Derecho Penal, *id est*, el tipo, no es una aplicación tajante de lo que el legislador plasmó luego de un proceso constitucional para la creación de una norma. No, estas letras buscarán convencerle, lector, que dentro de ese gran árbol cuyas ramificaciones tienen adjetivos tales como civil, administrativo, laboral, constitucional, fiscal, e incluso penal, se hallan normas escritas que están sujetas a la interpretación humana. Ninguna de tales ramas, y enfatizo, ninguna, está exenta a esa interpretación, muy a pesar de que la Carta Magna diga algo distinto.

Para lograr el cometido planteado, comienzo mi estudio exponiendo cómo los ‘clásicos’ hicieron lo posible por mitificar el enunciado penal como infranqueable ante la interpretación. Posteriormente expongo mi propuesta, erradicando la idea de que la tipicidad está exenta a la interpretación de quien juzga, llámese juez, magistrado o ministro, valiéndome de principios básicos de argumentación jurídica. Ya en el ocaso de este artículo, concluyo invocando la sapiencia de los juristas, sobre todo de aquéllos a quienes les está conferido el decidir en materia penal, para que mediten sobre el ejercicio siempre estricto de interpretar normas escritas, dejando a un lado la supuesta aplicación tajante que siempre ha pretendido la teoría típica.

---

<sup>3</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica, el paradigma de la racionalidad y la ciencia del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 37.

### III. La mitificación del tipo

Jiménez de Azúa,<sup>4</sup> junto con otros penalistas del siglo que precede, hizo lo imposible por afirmar que el tipo penal es una especie de contenedor de letras cerrado con candado, y para cuya apertura sólo puede utilizarse una llave. Nada más inexacto, pues olvidó que las llaves pueden ser sustituidas por desarmadores que nuestro sistema llama jurisprudencia, o por una fuerza superior, que a nuestra legislación le gusta nombrar órgano de alzada. Ya el siguiente apartado se encargará de clarificar mi dicho.

Por consiguiente, penalistas como Jiménez de Azúa, a quien se le debe una de las frases más sublimes de la doctrina,<sup>5</sup> partió de un prejuicio para desarrollar toda una teoría, desde luego ya moldeada por tantos otros autores que también tocaron el mismo tópico en la teoría general del Derecho Penal. Así entonces, fue como distinguió entre un sujeto activo, un bien jurídico tutelado, y una conducta punible, manifestándose el primero como el autor del delito, ese pronombre impersonal que es conocido en la jerga de la materia como ‘el que..’, ‘quien...’, ‘aquél que...’; describiendo al segundo como el valor fundamental para que una sociedad determinada preserve el orden entre sus integrantes; y explicando la tercera como el comportamiento del hombre, hecho jurídico en sentido estricto de acuerdo a la teoría civilista, por el que una persona infringe la norma escrita que tutela el concepto mencionado con antelación.

En este trabajo no abundaré sobre las razones por las que un legislador tuvo a bien etiquetar los valores primordiales de una sociedad, por qué incluyó unos en el cuerpo normativo y por qué excluyó a otros. Ya en otras propuestas indagaré sobre el particular, que desde luego se acerca más a la Filosofía del Derecho que a una rama en específico, porque, dicho sea de paso, lo que el legislador determina como correcto o incorrecto no sólo se da en el ámbito criminal, sino en el resto de la miríada de materias de esta nuestra ciencia jurídica. Así entonces, podría incluso cuestionarse el por qué ‘esos’ legisladores, ‘esas’ personas y no otras, decidieron por una sociedad entera, para lo cual habría que criticar también cómo es que acceden a esa posición redactora.

---

<sup>4</sup> Jiménez de Azúa, Luis, *Principios del Derecho Penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, Abeledo, 2005.

<sup>5</sup> ‘El homicidio es la estrella más negra de la constelación penal.’ Jiménez de Azúa, *idem*.

Dejando los sofismas en otro tintero y esperando haber logrado la reflexión en el lector sobre el origen del contenido de la norma, acudo nuevamente al prejuicio del tipo. Varias son las influencias que ha tenido la tipicidad tal y como la concebimos hoy. Los alemanes diseñaron hacia finales del siglo XIX cuatro grandes universos para la comprensión del delito, esto es, el sistema clásico, el sistema funcionalista, el sistema neoclásico y el sistema finalista. Todos ellos pueden sustentar caminos diversos, no obstante, sin excepción, todos parten del mismo paradigma falaz del que partió Jiménez de Azúa,<sup>6</sup> el delito como conducta típica, dotada de antijuricidad,<sup>7</sup> y culpable.

Verbigracia, Ernst Ludwig von Beling, discípulo y eventual sucesor de Alfred Schultze, es uno de los principales responsables de que el tipo penal sea tan vanagloriado por la dogmática jurídica contemporánea. Beling<sup>8</sup> sostuvo durante toda su vida profesional que el *tatbestand*<sup>9</sup> es ese resquicio entre la conducta humana y la antijuricidad; es decir, para el polaco de nacimiento, alemán por adopción histórica, ese comportamiento humano, ese hecho jurídico en sentido estricto, es la puerta de entrada a la sala donde se viste de un traje que se adapta a la letra de la norma, para posteriormente salir por otra puerta, ya denostada, a la que los clásicos denominaron antijuricidad.

Uno de los principales objetivos de Von Beling fue dotar al enunciado penal de objetividad, y paralelamente, eliminar cualquier óptica valorativa humana en el entendido que, sin importar los prejuicios o la historia de vida de quien aplicase la norma, ésta sería moldeable al comportamiento humano según la circunstancia, delimitando así la punibilidad al hecho especificado estrictamente por el legislador. Falso otra vez, y añadiría ahora, iluso. Ya el siguiente apartado, insisto, se encargará de clarificar mi dicho. Empero, un eminente profesor de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Sergi Cardenal Motraveta, publica en defensa del autor citado una obra en la que desvirtúa el segundo trabajo de Von Beling arguyendo que el primero no llegó al habla hispana por carencia de traducción, y que representaba

---

<sup>6</sup> Después claro, de haber leído a los alemanes.

<sup>7</sup> Lo que desde mi punto de vista siempre me ha parecido una característica sobremanera obvia.

<sup>8</sup> Von Beling, Ernst Ludwig, *El rector de los tipos de delito*, Madrid, Reus, 1936.

<sup>9</sup> Traducido del alemán, 'tipo penal', 'supuesto de hecho'. *Vid.* www.wordreference.com Wörterbuch Englisch-Deutsch © Wordreference.com 2012

la verdadera concepción de su teoría típica, distinta a la que ha llegado a nuestros días. Luego de una minuciosa lectura a lo expuesto por Cardenal, me sigue pareciendo exactamente igual la propuesta más clásica del tipo penal en una y otra tesis.

Lo que Cardenal estatuye es que los elementos subjetivos del tipo, explicando lo que Von Beling quiso decir, son esa frontera inquebrantable por la que ninguna conducta puede ser interpretada. En otras palabras, la letra de la ley es *una teoría purificada de elementos típicos*.<sup>10</sup> Insiste en afirmar que el Derecho Penal se quedó atorado en el positivismo acendrado perteneciente al segundo tercio del siglo XIX, cuando debió seguir la corriente de las demás ramas del Derecho, esto es, el *neokantismo*. Sea como fuere, Von Beling nunca propuso teoría alguna de carácter interpretativo por la que quien juzga pueda rebasar los límites irrestrictos de la norma estricta, muy a pesar de que Cardenal defienda una postura sólo de manera descriptiva.

Este argumento falaz por el que la teoría arquetípica fue tomando fuerza a principios del siglo XX, no sólo en el Derecho romano canónico de Europa presente en Alemania, Italia, Portugal, Francia y España, sino en toda Latinoamérica, sostuvo desde un inicio que la simple apreciación de los sentidos sería suficiente para encuadrar una conducta en la norma preestablecida. Inexacto nuevamente. Cuantimás, esta teoría alentó un punto garantista a su favor, es decir, en las nacientes democracias del siglo XX, ésta, mi tan criticada teoría del tipo, garantizaba que sólo sería sancionado aquel hecho jurídico descrito por el Derecho Positivo,<sup>11</sup> por lo que no debía haber temor por la imposición de un criterio arbitrario para castigar a los criminales, miedo fundado en los salientes dogmas que marcaban al gobernante como el impartidor de justicia.

En la teoría neoclásica de la tipicidad, Max Ernst Mayer<sup>12</sup> abrió una brecha similar a lo que propongo en este artículo, no obstante, el positivismo lo obcecó. Mayer argüía que en aquella sala llamada tipo penal, que se encontraba entre dos puertas, una de entrada denominada conducta y otra de salida llamada antijuridicidad, había una ventana de cariz subjetivo que permitía esgrimir una sentencia en lo referente a la punibilidad del hecho. Lo que Mayer no previó fue que este juicio valorativo años después también

---

<sup>10</sup> Cardenal Motraveta, Sergi, *El tipo penal en Beling y los neokantianos*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2002.

<sup>11</sup> Criterio enraizado en la máxima romana *nullum crimen nulla poena sine lege*.

sería permeado por la norma misma en otro compendio de leyes, por lo menos en el Derecho de corte romano canónico; a saber, *exempli gratia*, que ‘comete el delito de peculado todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado’,<sup>13</sup> ergo, el juzgador debe ‘valorar’, en palabras de Mayer, quién es “servidor público”. Ante esta aparente problemática que el principio del siglo XX traía consigo, el Derecho no hizo más que convertir sus leyes en diccionarios y dotarlos de significados para que ya entonces, el responsable de ‘valorar’ no tuviese que interpretar un concepto pues ya estaría dado por remisión a otra ley. Esta nada apreciable costumbre de escribir significados en las leyes fue emulada por otras materias precisamente para evitar el carácter valorativo de la norma, y ese noble fin del Derecho por regular el orden social incluyó también uno de carácter léxico, pues la ambigüedad asustó al juzgador. Si lo duda, lector, puede leer el artículo segundo de la mayoría de las leyes mexicanas para confirmar lo que asevero.

En este punto es en el que me gustaría controvertir la concepción de subjetividad en la dogmática del tipo penal. Es sumamente claro que esa calidad que tanto defendió Mezger<sup>14</sup> a principios del siglo pasado como vitrina de la teoría causalista valorativa de corte neoclásica, no alude al sujeto que aplica la norma, sino a aquél que lleva a cabo el hecho antijurídico. Así entonces, puede hablarse que quien delinque pensó una u otra cosa al momento de realizar el ilícito tipificado, y por ende, el *animus* se vuelve parte del entramado de las puertas y las ventanas de la teoría criticada en este artículo. Así entonces, el nacido en Basilea arguye que quien roba tiene siempre el ánimo de empoderamiento, mientras que el que defrauda lo tiene de lucro. Una vez más insisto que esta nueva cara en la evolución de la doctrina es fútil y sólo llena huecos en un prejuicio falaz.

La postura de Mezger trajo consigo una influencia preponderante en la parte general de todos los códigos de América Latina y de la Europa romanizada, al grado que al día de hoy se sigue apreciando a la subjetividad

---

<sup>12</sup> Ernst Mayer, Max, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, BdeF, 2007.

<sup>13</sup> Artículo 223 del vigente Código Penal Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce de agosto de mil novecientos treinta y uno.

<sup>14</sup> Mezger, Edmund, *La culpabilidad en el moderno Derecho Penal*, Valladolid, 1956.

como un fenómeno que viene de aquél que infringe, y absolutamente nada se ha dicho sobre aquél que tiene la responsabilidad de interpretar la norma para aplicar la sanción cuyo origen es el tipo.

Ahora bien, ante este meollo en el que los doctrinarios se incrustaron al esgrimir la imputabilidad, nunca pensaron en una figura por demás presente en esta vasta rama del Derecho, esto es, la tentativa. Piense, lector, que aquello que los eruditos afirmaron sobre la subjetividad es la panacea del tipo penal. En ese tenor, quien dispara un arma de fuego y no logra su objetivo comete un delito en grado de tentativa, mas lo que los teóricos no alcanzaron a vislumbrar es que el disparar el arma, verbigracia, podría bien ser para cometer un homicidio, para lesionar, para amenazar, o para causar un motín. No, el ala subjetiva de la teoría del tipo dejó a un lado la tentativa para sólo enfocarse en el texto de la norma y no en el contexto que la envuelve.

José Arturo Rodríguez Muñoz,<sup>15</sup> ávido lector de Hans Welzel, forma parte de un grupo de intelectuales del Derecho Criminal que optaron por ponerle la cereza al pastel de la teoría del tipo. Se hicieron llamar defensores de la teoría finalista e introdujeron una bipartición en la subjetividad planteada con antelación por los neoclásicos, un poco tratando de minimizar la crítica que entró por el agujero de la tentativa. Los finalistas establecieron que el dolo y la culpa son extremadamente importantes para comprender el hecho antijurídico de quien delinque. Así pues, el dolo representa, hasta nuestros días, el elemento subjetivo que está permeado por la voluntad de aquél que comete el delito. La culpa, *contrario sensu*, es ese delinquir involuntario, mas delinquir al fin y al cabo. Con la introducción de la culpa también se tranquilizaron aquéllos que espetaban que el tipo penal no contemplaba la involuntariedad, sino simplemente se limitaba a describir la conducta punible. Mataron, aparentemente, dos pájaros de un tiro. Mientras por un lado le daban forma al *animus* con el dolo para abarcar incluso a la tentativa, y por el otro hacían parte de este juego a aquéllos que delinquen sin querer hacerlo.

Es pesimista decirlo pero nuevamente los doctrinarios pensaron en quien comete la conducta imputable y no así en quien se encarga de interpretarla.

---

<sup>15</sup> Rodríguez Muñoz, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*, Valencia, Universidad de Valencia, 1978.

La subjetividad se subsumió más y más pero sólo del lado del autor de lo antijurídico, no del juzgador.

Como colofón de este apartado, me gustaría recalcar que los treinta y tres códigos penales que México tiene se caracterizan por estar influidos por las doctrinas planteadas en las páginas precedentes. Para muestra el botón del Código Penal para el Distrito Federal, antes Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en el que en su libro primero, ‘disposiciones generales’, y su consecuente título preliminar, ‘de los principios y garantías penales’, sostiene lo siguiente en sus seis primeros artículos:

*“...ARTÍCULO 1 (Principio de legalidad). A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta.*

*ARTÍCULO 2 (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate. Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica o por mayoría de razón, de la ley penal en perjuicio de persona alguna.*

*La ley penal sólo tendrá efecto retroactivo si favorece al inculpado, cualquiera que sea la etapa del procedimiento, incluyendo la ejecución de la sanción. En caso de duda, se aplicará la ley más favorable.*

*ARTÍCULO 3 (Prohibición de la responsabilidad objetiva). Para que la acción o la omisión sean penalmente relevantes, deben realizarse dolosa o culposamente.*

*ARTÍCULO 4 (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.*

*ARTÍCULO 5 (Principio de culpabilidad). No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste.*

*Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, y su duración estará en relación directa con el grado de aquélla. Para la imposición de las otras medidas penales será necesaria la existencia, al menos, de un hecho antijurídico, siempre que de acuerdo con las condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquéllas pudieran alcanzarse.*

*ARTÍCULO 6 (Principio de la jurisdiccionalidad). Sólo podrán imponerse pena o medida de seguridad por resolución de autoridad judicial competente, mediante procedimiento seguido ante los tribunales previamente establecidos... ”<sup>16</sup>*

Nótese que los paréntesis en la apertura de cada artículo son parte de lo publicado por el legislador, lo que nos hace suponer que la *ratio iuris* fue no sólo definir el tipo penal y ordenar que ése fuera el cauce de nuestro Derecho Criminal, sino también lo fue darnos una cátedra doctrinal, resumida claro, de la teoría general del tipo. No obstante, es claro que, aunque se utiliza el vocablo ‘aplicación’ en más de uno de los artículos citados, nada se dice de la argumentación que debe esgrimir un juez, magistrado o ministro al momento de tomar la determinación sobre tal o cual tipo penal.

Ahora bien, en materia adjetiva no cambia mucho el panorama. Los dos primeros artículos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal antes Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, a la letra dicen:

---

<sup>16</sup> Código Penal para el Distrito Federal vigente, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el martes dieciséis de julio de dos mil dos.

*TITULO PRELIMINAR*

*“...ARTICULO 1º.- Corresponde exclusivamente a los tribunales penales del Distrito Federal:*

*I.- Declarar, en la forma y términos que esta ley establece, cuándo un hecho ejecutado en las entidades mencionadas es o no delito;*

*II.- Declarar la responsabilidad o la irresponsabilidad de las personas acusadas ante ellos; y*

*III.- Aplicar las sanciones que señalen las leyes.*

*Sólo estas declaraciones se tendrán como verdad legal.*

*ARTICULO 2º.- Al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto:*

*I.- Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales;*

*II.- Pedir la libertad de los procesados, en la forma y términos que previene la ley;*

*III.- Pedir la reparación del daño, en los términos especificados en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal<sup>17</sup>.*

Aunque reformado en mil novecientos setenta y cuatro y mínimamente a principios de este siglo, los dos primeros artículos procesales no mencionan absolutamente nada sobre la forma en que quien juzga debe argumentar las resoluciones que prolijamente sí describen en materia sustantiva. Son más de ochenta años en los que se ha creído que el tipo penal no requiere interpretación alguna, corta de tajo la mayoría de razón y la analogía. Sirva el siguiente apartado para dilucidar el yerro que nuestras normas más generales tienen.

---

<sup>17</sup> Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal vigente, publicado en el Diario Oficial de la Federación el sábado veintinueve de agosto de mil novecientos treinta y uno.

#### IV. La interpretación como estandarte

El Derecho, concebido a la usanza coetánea, es un conjunto de normas que regulan el orden social, ramificado en varias materias para su mejor y especial aplicación. Esta seguridad, traída desde el siglo de las luces con un positivismo acendrado, hizo pensar a los juristas que la norma escrita era la panacea de la ciencia jurídica, pues el legislador podría prever todo cuanto aconteciese para que quien tuviera en sus manos la responsabilidad de juzgar, sólo tomara lo escrito y lo aplicara.

Como se dijo en el apartado anterior, el tipo penal siempre se ha nutrido con la característica de ser aplicado a rajatabla, sin ángulo de maniobra interpretativa, a la letra de la ley. Investigador por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Imer Flores<sup>18</sup> explica con mucho sentido y con lo que estoy plenamente de acuerdo, las funciones de los jueces<sup>19</sup> de la siguiente manera:<sup>20</sup>

*“...Los jueces, inevitablemente, tienen que asumir...su función primaria y propia...”*

- a) *Interpretar* la ley o la norma para atribuirle un sentido o significado o *ius dicere*.
- b) *Integrar* –ante las llamadas “lagunas”- la ley o la norma aplicable a un caso no previsto a partir de analogías con otras leyes o normas –*analogia legis*-, caracterizada como *integratio legis*, y a falta de éstas con los principios generales del derecho –*analogia iuris*-, conocida como *integratio iuris*.
- c) *Argumentar*, *i.e.*, dar razones a favor o en contra de una u otra interpretación o integración no sólo para justificar su decisión sino

---

<sup>18</sup> Flores Mendoza, Imer Benjamín, *Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México, Marcial Pons, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

<sup>19</sup> En adelante, entiéndase ‘juez’ como cualquier servidor público dotado de la facultad para dirimir una controversia penal, cualquiera que sea su nombre en el sistema jurídico, *exempli gratia*, magistrado, ministro, juez, árbitro, *in fine*.

<sup>20</sup> El uso discrecional de cursivas es criterio del autor citado.

también para convencer o persuadir sobre su corrección formal y material...”<sup>21</sup>

Flores se vale de la postura de Hart<sup>22</sup> para establecer que esa textura del lenguaje es invariablemente interpretada cuando está plasmada en una norma, independientemente la materia de la que se trate. De tal modo, ni para Hart ni para Flores Mendoza, el tipo penal, tal y como está regulado en nuestro sistema jurídico, coincide con la responsabilidad prístina del juez que aplica la sanción consecuente.

Así entonces, la columna vertebral del postulado de este artículo es argüir que la teoría del tipo sólo está analizada desde el terreno de quien delinque, mas no así desde aquél de quien aplica la norma que sanciona al que delinque. Dos siglos no han bastado para que a algún legislador mexicano se le ocurra romper la barrera del paradigma que estatuye que la ley penal debe aplicarse conforme a la letra de la ley. Ese paradigma aparentemente veraz, es falso.

Si el juez no interpretase la norma, ¿por qué hay mínimos y máximos de privación de la libertad en razón de la sanción?, ¿por qué los hay también en tratándose de la fijación de la pena pecuniaria? Analicemos el siguiente texto del Código Penal para el Distrito Federal:

“...TRÁFICO DE MENORES

*ARTÍCULO 169. Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, lo entregue ilegalmente a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le impondrán de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa.*

*Las mismas penas a que se refieren el párrafo anterior, se impondrán a los que a cambio de un beneficio económico, otorguen el consentimiento al tercero que reciba al menor o al ascendiente que, sin intervención de intermediario, incurra en la conducta señalada en el párrafo anterior.*

---

<sup>21</sup> Flores Mendoza, Imer Benjamín, ‘Apuntes para una teoría –y práctica- del derecho judicial: algunas reflexiones críticas sobre técnica jurídica’, *Reforma Judicial*, en *Revista Mexicana de Justicia*, México, número 7, enero-junio de 2006, pp. 3-25.

<sup>22</sup> Hart, Herbert, *The concept of Law*, London, Oxford University Press, 1961.

*Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo primero, las penas se aumentarán en un tanto más de la prevista en aquél.*

*Si el menor es trasladado fuera del territorio del Distrito Federal, las sanciones se incrementarán en un tercio.*

*Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entrega será de uno a tres años de prisión.*

*Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, se reducirá en una mitad la pena prevista en el párrafo anterior.*

*Además de las penas señaladas los responsables de los delitos perderán los derechos que tengan en relación con el menor, incluidos los de carácter sucesorio...’’<sup>23</sup>*

De acuerdo al primer párrafo del artículo en cita, ¿interpretar no es determinar la pena privativa de libertad entre los dos y nueve años de prisión? ¿Y en tratándose de la sanción pecuniaria, no interpreta tampoco al decidir entre los doscientos y quinientos días de multa? Me anticipo a las críticas de la respuesta que dichos cuestionamientos puedan originar. Habrá quien asuma que el tipo penal llega hasta donde se describe la conducta, en nuestro caso, hasta las palabras ‘beneficio económico’. Ante ello yo respondería que la aplicación de la pena no va por cuerda separada. La aplicación del tipo no es un hecho de sí o no, pues el juez no termina su función jurisdiccional ahí, ya que debe determinar qué pena sufrirá el infractor de la norma. ¿Cómo lo hace? ¿Qué criterio utiliza? Supongamos, lector, que basa su resolución en la edad del menor. No discute sobre la definición de ‘menor’ porque eso lo hace ya el artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal interpretado *a contrario sensu*, ergo, la subjetividad aparente está superada como lo previeron los neoclásicos. Empero, ¿a qué edad del menor sustraído aplica la mínima pena y a qué edad la máxima? Por un ejercicio aritmético simple, diecisiete años no es susceptible de ser dividido entre siete años de pena privativa de libertad. Entonces, ¿el juez hace un total de los días que abarca la máxima pena y la divide entre

---

<sup>23</sup> Código Penal para el Distrito Federal, *op. cit.*

siete? ¿Hace lo mismo con la sanción pecuniaria? Si eso no es interpretar, ¿entonces qué es? El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (idioma en el que está redactado nuestro Código Penal para el Distrito Federal y por ende sujeto a sus cánones) da siete definiciones al verbo ‘interpretar’. La primera y la cuarta son las más significativas para mi objeto de estudio, que respectivamente dicen: ‘1. Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto’, y ‘4. Concebir, ordenar o expresar de un modo personal la realidad’.<sup>24</sup> Ante ello, es evidente que el juez interpreta. Le duela a la doctrina que le duela.

En el entendido que hemos admitido que el juez penal también interpreta, ahora habría que saber si lo hace por mayoría de razón o por analogía, lo cual está estrictamente prohibido por nuestro texto magno y por las legislaciones penales estatales y federal. Ante ello pregunto, ¿en el segundo párrafo del artículo en cita el juez debe entender a cualquier ascendiente para aplicar la norma? Usted y yo sabemos que no será así. Sabemos que aunque la norma no lo diga, el juez hará remisión al mismo Código para saber cuál es el grado de parentesco por ascendencia al que le deberá aplicar lo previsto en el segundo párrafo. Sólo siete artículos del Código Penal para el Distrito Federal<sup>25</sup> delimitan al tipo hasta el cuarto grado de parentesco, en línea recta y colateral. ¿Está usted seguro que si el delito lo comete el primo del padre, el juez no eximirá al delincuente por no hallarse hasta ese famoso cuarto grado que por analogía del mismo Código se aplica en otros tipos penales?

Así como ese segundo párrafo, la lista de las potenciales interpretaciones por analogía es larga. En el tercer párrafo, ¿qué es un tanto? ¿Un día más, o nueve años más? En el último párrafo, ¿la pérdida de derechos de carácter sucesorio implica también la pena de no poder testar en favor del menor a quien se sustrajo, violando así la *libre testament factio*?

Por ende, lector, puede usted darse a la tarea de encontrar estos ejercicios interpretativos a los que un juez está diariamente en contacto muy a pesar de lo que la legislación le ordena. Los siguientes artículos son ingentemente representativos de lo que aduzco:

“...ARTÍCULO 343 BIS. Se le impondrán de tres a nueve años de prisión y de 1,000 a 5,000 días multa, a quien dolosamente haga un uso distinto al

<sup>24</sup> Disponible en [www.lemma.rae.es](http://www.lemma.rae.es).

<sup>25</sup> *Vid.* artículos 157 bis, 173, 191, 200, 209, 268 y 321.

*permitido del uso de suelo u obtenga un beneficio económico derivado de éstas conductas.*

*Las penas previstas en el párrafo anterior se aumentarán en una tercera parte, cuando la conducta se lleve a cabo en, o afecte cualquiera de los siguientes lugares:*

*I.- Un área natural protegida o área de valor ambiental de competencia del Distrito Federal, de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables;*

*II.- El suelo de conservación en términos de lo establecido en el programa o programas de ordenamiento ecológico del Distrito Federal aplicables, así como lo establecido en el Programa o Programas de Desarrollo Urbano aplicables;*

*III.- Una barranca; o*

*IV.- Un área verde en suelo urbano.*

*Las penas previstas en este artículo se disminuirán en una mitad cuando, las actividades realizadas, aún siendo diferentes a las previstas en el uso de suelo correspondiente, se encuentren previstas en el programa o programas de ordenamiento ecológico del Distrito Federal, o en el Programa o Programas de Desarrollo Urbano aplicables.*

*No se considerará violatorio del uso de suelo el supuesto establecido en el artículo 37 de la Ley de Establecimientos Mercantiles.*

*ARTÍCULO 344. Se le impondrán de 1 a 5 años de prisión y de 300 a 1,500 días multa, a quien descargue o deposite hasta un metro cúbico de residuos sólidos de la industria de la construcción en algún lugar no autorizado.*

*Se le impondrán de 3 a 9 años de prisión y de 1,000 a 5,000 días multa, a quien descargue o deposite más de un metro cúbico de residuos sólidos de la industria de la construcción en algún lugar no autorizado.*

*Las mismas penas señaladas en el presente artículo se aplicarán a quien transporte residuos de la industria de la construcción, sin contar con el pago de derechos respectivo o sin la documentación comprobatoria que*

*acredite su disposición final o reciclaje en un lugar autorizado por las autoridades competentes.*

*Cuando una o más de las conductas descritas en el presente artículo resulte cometida a nombre, bajo el amparo o a beneficio de una persona moral o jurídica, a ésta se le impondrá la consecuencia jurídica accesoria consistente en la prohibición de realizar determinados negocios u operaciones hasta por 5 años, multa hasta por quinientos días multa, debiendo reparar el daño que en su caso se hubiere provocado, independientemente de la responsabilidad en que hubieren incurrido las personas físicas por el delito cometido.<sup>26</sup>*

En este entendido, el juez penal incluso debe interpretar otras materias, en el caso la ambiental, para poder aplicar lo que el tipo le ordena. ¿El beneficio económico debe ser siempre pecuniario o puede serlo en especie? ¿La industria de la construcción incluye a los fabricantes de pinturas y óleos o eso es sólo decoración? Si la persona moral de la que habla el último párrafo del segundo artículo citado ya se disolvió y está en liquidación, ¿por mayoría de razón aplico subsidiariamente la pena a los socios en tratándose de una sociedad mercantil? Si la persona jurídica es una institución de asistencia privada o una asociación civil, ¿la pena no se aplica porque su naturaleza jurídica les impide hacer negocios?

No, el tipo penal es sólo la antesala a un mar interpretativo. El juez penal no debe sentirse ajeno a este ejercicio que todos sus pares hacen cuando aplican la norma. Ese paradigma debe dejar de ser pétreo para cambiar a un criterio argumentativo. Es decir, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debe sustituir el postulado de la no interpretación y aplicación estricta de la ley por uno de cariz argumentativo. Razones tienen de sobra para exponer los motivos de ello. El ejemplo más claro son los tribunales de alzada. ¿Por qué existen órganos de alzada si supuestamente el juez de menor jerarquía aplicó la norma conforme a la letra de la ley? Nada entonces habría que ser revisado. El problema es que este sistema tiene un disfraz garantista que presume nula valoración de quien aplica la ley.

---

<sup>26</sup> Código Penal para el Distrito Federal, *op. cit.*

¿No es también la jurisprudencia un ejercicio de interpretación? Ya sea por reiteración o por contradicción de tesis, si la postura del tipo penal fuese cierta, la jurisprudencia penal no tendría cabida en nuestro sistema, no habría, insisto, ninguna plana que enmendarle al legislador, quien dicho sea de paso, no puede prever todo el universo de comportamientos y conductas para tener un tipo por cada movimiento del ser humano. No debe perderse de vista que la finalidad de la jurisprudencia es lograr un sentido de uniformidad en la aplicación e interpretación del Derecho, la economía procesal, la predicción de las decisiones judiciales, y la seguridad o certeza jurídica.<sup>27</sup>

En materia probatoria, ¿la interpretación por mayoría de razón también queda a un lado? Es evidente que el juez siempre tiene pruebas que se confrontan en una controversia. ¿Cómo aplica el tipo desde la plataforma de la prueba si le está restringido valorar? Imposible.

Debe hacerse una revisión meticulosa de estos cien años de doctrinas pétreas en tratándose del tipo penal. El elemento subjetivo que tanto pregonaron los neoclásicos y los finalistas debe también abarcar al responsable de aplicar la ley penal. Un juez, acéptese o no, posee también una historia de vida que lo hará valorar y decidir independientemente de que exista un tipo penal que aparentemente está cerrado con candado para que nadie haga uso de juicios de valor. La evolución del Derecho Penal debe apuntar a la regulación de esta valoración.

## V. Conclusiones

De lo que el ser humano no puede estar seguro es que sus creaciones son perfectas. Por el contrario, debe asumir todo lo que diseña como perfectible. Nada es perpetuo y por ende, todo está sujeto a yerros, a mejoras. La tarea de identificar los errores y mejorar lo establecido queda a los intelectuales, a los letrados e incluso, a los que con el pragma detectan su existencia. En materia jurídica no es distinto. Compete a los juristas subrayar las lagunas e insuficiencias de la ley.

---

<sup>27</sup> Cfr. Aamio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, 1.2.2.1 Enunciados normativos como predicciones, trad. De Ernesto Garzón Valdéz, 1ª. Ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 217-232, citado por Rosales Guerrero, Emmanuel Guadalupe, en Estudio Sistemático de la Jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005 pp. 379-380.

Mi artículo desnuda lo insuficiente que es la teoría del tipo penal, lo corto que se ha quedado este pensamiento en razón de su aplicación. La interpretación ha tenido, frente al Derecho Criminal, fama de injusta, de carente de garantías. Eso es tan falso como el hecho de que quien aplica la norma penal no la interpreta en menor o mayor medida.

El legislador debe poner énfasis en la argumentación del juzgador, hacerla parte del tipo penal. La doctrina *per se* no es inadecuada. Desde mi punto de vista la teoría típica es una de las grandes ideas que el Derecho le ha proporcionado al hombre en aras de regular el orden social para evitar los extremos, verbigracia, el del Talión. Sin embargo, es una teoría inconclusa. Constitucionalmente debe dársele un peso específico a los argumentos que el juez utiliza para dictar sentencias. El quid del tipo penal está en el argumento. Si argumentar se vuelve la prioridad para quien juzga, entonces la preparación de los jueces no estribará en la letra, sino en el pensar en el contexto de la letra.

## VI. Bibliografía

- Aamio, Aulis. *Loracional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, 1.2.2.1 Enunciados normativos como predicciones, trad. De Ernesto Garzón Valdéz, 1ª. Ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 217-232, citado por Rosales Guerrero, Emmanuel Guadalupe, en Estudio Sistemático de la Jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005 pp. 379-380.
- Cardenal Motraveta, Sergi. *El tipo penal en Beling y los neokantianos*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2002.
- Cortázar, Julio. *Rayuela*, México, Alfaguara, 2013, Capítulo 71.
- Ernst Mayer, Max. *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, BdeF, 2007.
- Flores Mendoza, Imer Benjamín. *Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México, Marcial Pons, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

- Hart, Herbert. *The concept of Law*, London, Oxford University Press, 1961.
- Jiménez de Azúa, Luis. *Principios del Derecho Penal. La ley y el delito*, Buenos Aires, Abeledo, 2005.
- Mezger, Edmund. *La culpabilidad en el moderno Derecho Penal*, Valladolid, 1956.
- Rodríguez Muñoz, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*, Valencia, Universidad de Valencia, 1978.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica, el paradigma de la racionalidad y la ciencia del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 37.
- Von Beling, Ernst Ludwig. *El rector de los tipos de delito*, Madrid, Reus, 1936.

### Hemerográficas

- Flores Mendoza, Imer Benjamín, ‘*Apuntes para una teoría –y práctica– del derecho judicial: algunas reflexiones críticas sobre técnica jurídica*’, Reforma Judicial, en Revista Mexicana de Justicia, México, , número 7, enero-junio de 2006, pp. 3-25.

### Electrónicas

- [www.lemma.rae.es](http://www.lemma.rae.es)
- [www.wordreference.com](http://www.wordreference.com)

### Legislativas

- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal vigente, publicado en el Diario Oficial de la Federación el sábado veintinueve de agosto de mil novecientos treinta y uno.