

# Principio de legalidad y mandato de certeza \*

Luis de la Barreda Solórzano

## 1. Nullum crimen sine lege certa

No podrá cumplir con su misión el principio de legalidad sin el mandato de certeza: *nullum crimen sine lege certa* <sup>(1)</sup>. Se puede afirmar que las prohibiciones de aplicar la analogía y la costumbre *in malam partem* resultarían totalmente inútiles si los preceptos penales no permitieran conocer qué proceder humanos quedan abarcados en ellos. En otras palabras: el principio de legalidad resulta nugatorio si los textos legales no permiten identificar, sin duda alguna, cuáles son las conductas vedadas penalmente. La dificultad de redactar tipos penales con precisión, en los que se eviten los conceptos indeterminados, se impongan consecuencias jurídicas inequívocas y se contengan marcos legales de extensión limitada, radica en una deficiente técnica legislativa y constituye un problema de comunicación <sup>(2)</sup>. En ocasiones el texto legislativo es incierto porque la descripción vaga del suceso permite que éste pueda ser abarcado omnilateralmente. Si la figura delictiva no es perfectamente inteligible, se pueden ampliar las

dimensiones del *iuspuniendi* tornándose más densa la red penal. Elaborar una ley *certa* equivale principalmente a identificar con precisión el evento punible. Ahora bien, toda figura típica es, fundamentalmente (aunque no sólo), descripción de una conducta considerada antisocial (dentro de determinadas circunstancias). "Tanto en los delitos dolosos como en los culposos, en los activos como en los omisivos, lo que la ley prohíbe (en los tipos) es una conducta final. <sup>(3)</sup>"

Los riesgos de una ley penal indeterminada son, principalmente, riesgos políticos <sup>(4)</sup>. La ominosa fórmula del III Reich: "Será castigado quien cometa un hecho que la ley declare punible o que sea merecedor de pena conforme a la idea básica de una ley penal y al sano sentimiento del pueblo", permite cualquier exceso. La expresión "conforme al sano sentimiento del pueblo" posibilita la invención de cualquier conducta como delictuosa, aun cuando su antisocialidad sea ficticia. El "sano sentimiento del pueblo" deviene en la voluntad de los dirigentes nazis, quienes así deciden el vaivén del *iuspuniendi*, determinando en cada caso a quién conviene castigar.

En México, las figuras de disolución social, que sancionaban al que "en forma hablada o escrita o en cualquier otra forma, realice propaganda política difundiendo ideas, programas o normas de acción de

\* Trabajo de ingreso, como miembro de número, a la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

1 Cíaus Roxin enuncia cuatro consecuencias prácticas del principio de legalidad: la prohibición de la analogía; la prohibición de re troactividad; la prohibición de fundamentar la responsabilidad penal a través del derecho consuetudinario, y el mandato de certeza. *Iniciación al derecho penal de hoy*, traducción de Francisco Muñoz Conde y Diego Manuel Luzón Peña, Universidad de Sevilla, 1981, pp. 105 a 114.

2 Se emplea aquí el concepto de comunicación tal como lo entiende Susan Stebbing en *Introducción moderna a la lógica*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1965, p. 32.

3 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal, Parte General*, tomo III, Ediar. Buenos Aires, 1981, p. 83.

4 El principio de legalidad limita el poder del Estado y con ello garantiza la libertad del individuo. El Estado sólo puede sancionar penalmente al individuo por su conducta si ésta estaba prevista en la ley penal. El principio de legalidad cumple su función de garantía si y sólo si la descripción del evento típico es precisa.



*Madre e hija.* Angeles Garduño.

cualquier gobierno extranjero", son ejemplos límites de indeterminación, dada la amplitud de los términos usados por el legislador, que no precisan el contenido de todos y cada uno de los elementos del tipo, lo que motivaba que fuera el juez quien tuviera que determinar ese contenido, y abría la puerta, de par en par, a que esas figuras se aplicaran a individuos o grupos que hicieran política de oposición dentro de cauces pacíficos, o, en otras palabras, a que se penaran, como sucedió realmente, discrepancias ideológicas con el grupo gobernante <sup>(5)</sup>.

De ahí que sea compartible el entusiasmo de Antolisei por el principio de legalidad: "...el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es considerado el *paladium* de las libertades políticas, lo cual explica su inclusión en las Cartas Constitucionales y en la mayor parte de los códigos penales de los Estados modernos" <sup>(6)</sup>.

Es legítima la preocupación por evitar en las normas penales el empleo de abstracciones hipostasiadas. No hay sano espíritu popular que supla al principio de legalidad en su función de garantía. La exigencia de determinación o certeza también se basa en que sólo el legislador puede crear el derecho, y cuando el legislador no se expresa

claramente, no sólo se abre la posibilidad a una decisión arbitraria y subjetiva del juez, sino que, en rigor, se sustituye al órgano encargado de crear la norma: es el juez, como en la integración por analogía, el que está creando el derecho.

Pese a que la antisocialidad no la inventa el legislador, sino que es generada por los hombres mediante sus comportamientos en sociedad, la delimitación legal de la antisocialidad sólo es obra del legislador: la figura delictiva, la que define esa antisocialidad, es creación legislativa. Esta creación tiene su punto de partida en los procederes humanos anteriores (fuentes reales), pero no es sino a partir de ese momento que esos procederes humanos adquieren relevancia jurídica (se tornan delitos). Justamente por esto es tan importante precisar en el tipo el contenido de las conductas prohibidas.

## 2. El tipo. Definición. Características. Subconjuntos

La doctrina tradicional excluye al tipo, injustificadamente, del capítulo dedicado al estudio de la ley penal. En el capítulo del delito -ubicándolo así temáticamente le ha concedido insuficiente atención. Sólo situando al tipo adecuadamente -en la ley penal-, puede comprenderse el importantísimo papel que juega con relación al principio de legalidad. El tipo "es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos" <sup>(7)</sup>.

El ámbito de la descripción típica es el de las conductas humanas penalmente relevantes. No se puede prescindir del tipo si se quiere saber qué es un delito. Olga Islas y Elpidio Ramírez enumeran las características del tipo: a) el tipo es una mera descripción general y abstracta; b) su elaboración corresponde exclusivamente al legislador; c) el tipo regula, tan sólo, eventos que tienen la propiedad de ser antisociales; d) el tipo determina que un evento antisocial adquiera relevancia penal; e) para cada clase de eventos antisociales hay un, y sólo un, tipo legal; f) cada tipo legal describe una, y sólo una, clase de eventos antisociales; g) la necesidad y la suficiencia especifican la clase de eventos antisociales descrita; h) el tipo delimita, con toda precisión, el ámbito de lo punible y, como consecuencia, permite conocer, con toda certeza, lo que no es punible; i) el tipo tiene como función la protección de uno o más bienes jurídicos" <sup>(8)</sup>. Olga Islas agrega: "Sin la existencia previa de un tipo, no hay delito" <sup>(9)</sup>.

5 La derogación de las figuras de disolución social fue una de las demandas del Movimiento Estudiantil de 1968. La Academia Mexicana de Ciencias Penales realizó un formidable análisis en el que demostró la anticonstitucionalidad de las mismas.

6 Antolisei, Francisco, *Manuale di DirUio Penale*, 3a. edición, Milano, 1954, pp. 43 y 44.

7 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, "Nullum crimen, nulla poena sine lege", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo VI, Universidad Autónoma de México, 1984, p. 279.

8 Loe. cit

9 Islas, Olga, "Principio de legalidad y derechos humanos", en *Memoria del Tercer Congreso Mexicano de Derecho Penal*, publicada por *Revista Mexicana de Justicia*, de la Procuraduría General de la República, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y

Es conveniente resaltar, ya que el tipo es fundamentalmente descripción de conducta, la importancia que en la formulación típica juega el *verbo* empicado por el legislador. Las conductas se expresan en el lenguaje a través de verbos. Es, por tanto, imprescindible que el tipo contenga al menos un verbo. Este verbo debe formar parte de una definición <sup>(10)</sup>. Así, por ejemplo, en un código no se dice: "será sancionado el que *viole a otro*", sino "será sancionado el que, *por medio de la violencia física o moral*, copule con otro". En el ejemplo la expresión *tenga cópula* sería equivalente del verbo *copular*, al que podría sustituir sin que se alterase el contenido semántico del texto legislativo.

Ahora bien, el tipo describe centralmente conductas, pero no describe sólo conductas. De manera exhaustiva enumera Olga Islas los subconjuntos y elementos del tipo (definición estructural) <sup>(11)</sup>:

1. Deber jurídico penal.
2. Bien jurídico.
3. Sujeto activo:
  - A) Autoría material;
  - B) Capacidad psíquica;
    - a) Voluntabilidad;
    - b) Imputabilidad;
  - C) Calidad de garante,
  - D) Calidad,
  - E) Pluralidad específica.
4. Sujeto pasivo:
  - A) Calidad específica;
  - B) Pluralidad específica.
5. Objeto material.
6. Kernel<sup>12</sup>:
  - A) Acción:
    - a) Voluntad:
      - aa) Dolo;
      - ab) Culpa;
    - b) Actividad.
  - B) Omisión:
    - a) Voluntad:
      - aa) Dolo;
      - ab) Culpa;
    - b) Inactividad.

- C) Resultado material;
- D) Nexo causal o nexo normativo;
- E) Modalidades:
  - a) Medios;
  - b) Referencia temporal;
  - c) Referencia espacial;
  - d) Referencia ocasional.
7. Lesión o puesta en peligro del bien jurídico:
  - A) Lesión del bien jurídico: consumación;
  - B) Puesta en peligro del bien jurídico: tentativa.

Es de señalarse que, antes de la formulación del Modelo lógico del derecho penal, no se había hecho jamás una enumeración completa de los subconjuntos y elementos del tipo <sup>(13)</sup>.

Dado que los tipos legales *prohíben* conductas, la prohibición significa que el tipo otorga relevancia penal a esas conductas. La prohibición está contenida en el deber jurídico penal. Este deber, entonces, es un elemento tanto descriptivo como valorativo del tipo; los demás elementos son sólo descriptivos.

Asimismo, es de hacerse notar que no todos los elementos del tipo son objetivos. La voluntabilidad, la imputabilidad, la voluntad dolosa (dolo) y la voluntad culposa (culpa) son elementos subjetivos.

La doctrina tradicional ha hablado también de elementos normativos y elementos subjetivos adicionales del tipo <sup>(14)</sup>. Se trata de pseudoconceptos <sup>(15)</sup>. No obstante, los denominados elementos normativos requieren una precisión semántica que permita su adecuada interpretación. Expresa Zaffaroni: "El tipo puede valerse ocasionalmente de otro método que acompañe o complemente a la descripción, que es la remisión valorativa (los elementos normativos). Esta remisión, en razón del sistema político de tipos legales, será restrictiva, en general, pues lo contrario implicaría una quiebra del sistema" <sup>(16)</sup>. A esta preocupación se volverá más adelante.

### 3. Tipo y tipicidad

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. La tipicidad es el encuadramiento de un evento del mundo

el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, octubre-diciembre de 1987, p. 134.

10 Para la eficacia del principio de legalidad es indispensable definir la conducta prohibida en el tipo. La definición es propiamente una correspondencia signo-signo..

11 Islas, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Editorial Trillas, México, 1982, pp. 15 y 16.

12 El vocablo significa *núcleo*, pero su contenido es diverso del que la doctrina ha dado a la expresión *núcleo del tipo*. Para evitar la adhesión a las tesis tradicionales se emplea el término *kernel*. Se habla de kernel en el sentido de conducta típica, entendida tal como la describe el tipo: la sola conducta; o bien, la conducta con el resultado material y, por tanto, también en nexo causal; o la conducta con sus modalidades de medios, referencias temporales, referencias espaciales o referencias a la ocasión; o, por último, la conducta, las modalidades y el resultado material y, por tanto, también el nexo causal.

13 Lo más insólito es que se ha estudiado la conducta *fuera y antes* del tipo, a pesar de que los tipos son precisamente descriptivos de conductas.

14 Respecto de los elementos normativos, se sustentan dos criterios: a) son aquellos cuya determinación requiere una valoración jurídica o cultural; b) son antijuricidad incluida en el tipo. Por otra parte, los elementos subjetivos del tipo son un excedente de subjetividad no perteneciente al dolo.

15 "... los denominados elementos normativos no tienen substancia propia, carecen de autonomía. Si se examinan... se verá que no son más que coloraciones, adjetivaciones alrededor de otro elemento del tipo... En el modelo, la parte subjetiva, cualquiera que sea su extensión, en todos los casos se identifica con el dolo; esto es, solamente hay dolo típico..." Islas, Ortega y Ramírez, Elpidio, *Lógica del tipo en el derecho penal*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1970, pp. 90 a 92.

16 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, pp. 169y 170.

fáctico a la descripción contenida en el tipo legal.

Mientras que el tipo es una creación del legislador que no pertenece al mundo fáctico (es un *constructo* u objeto conceptual) <sup>(17)</sup>, el juicio de tipicidad implica una actividad intelectual orientada a establecer si un suceso real se adecúa o no a ese tipo. Si la respuesta es positiva, se está en presencia de la tipicidad.

La tipicidad no es, como lo han afirmado numerosos autores <sup>(18)</sup>, un elemento del delito. El delito pertenece al mundo fáctico, y es, básicamente, una conducta humana que concreta un tipo culpablemente. La tipicidad no forma parte de esa conducta humana, ni de sus presupuestos ni de sus consecuencias fácticas. El juicio de tipicidad se lleva a cabo *a posteriori* de una conducta posiblemente constitutiva de delito, y justamente para saber si esa conducta es o no encuadrable en el tipo legal. El requerimiento sistemático de tipicidad es *conditio sine qua non* para la tarea jurisprudencial de determinación de verdad, que no es sino determinación de adecuación al tipo conforme a la definición tradicional de verdad: *veritas est adaequatio rei et intellectus*.

#### 4. El tipo sistemático y el tipo garantía

Un sector importante de la doctrina hace la distinción entre *tipo sistemático* y *tipo garantía* <sup>(19)</sup>. El concepto de tipo sistemático no siempre se expone con claridad. Zaffaroni entiende que el tipo sistemático cumple una función lógica imprescindible en la teoría del delito. Le denomina tipo fundamentador: instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza preponderantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes <sup>(20)</sup>. El tipo garantía ha sido entendido como el concepto que abarca los presupuestos de punibilidad requeridos por la ley, y, por ende, corresponde al principio de legalidad <sup>(21)</sup>.

Zaffaroni, después de sostener que ambos conceptos tienen que ser diferentes a partir de la crítica que Goldschmidt formulara a Beling, explica:

"El 'tipo garantía' sería la materialización final del principio de legalidad: no está prohibido con relevancia

17 Son objetos conceptuales los conceptos, proposiciones y teorías independientemente de sus presentaciones lingüísticas, que son objetos concretos (escritos o hablados).

18 Toda la doctrina previa al modelo lógico incide y reincide en ese error por no distinguir niveles de lenguaje. El modelo lógico distingue por primera vez el nivel cognitivo normativo del nivel cognitivo fáctico. Esta es una de las importantes razones -no la única, por cierto que autorizan a considerar al modelo producto de una investigación *revolucionaria*, pues: a) involucra desviaciones radicales en algunos de los componentes de la concepción general o del fondo formal estándar, b) pone en duda algunos resultados generalmente considerados firmes acerca de problemas generales básicos, y c) inaugura nuevos campos de investigación.

19 Véanse, entre otros, Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht, All gemeine Strafrechtslehre, Berlin, 1976, p. 58; y Schultz, Hans, Einführung in den Allgemeine Teildes Strafrechts, Bem, 1973,1, p. 109.

20 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, pp. 167 a 174.

21 *Ibid.*, p. 174.

de delito, lo que la ley no prohíbe. La confusión entre este concepto y el tipo como instrumento legal para determinar la primera característica delictiva de una conducta, es insalubre tanto para el principio de reserva (del que parecería quedar excluida, al menos, la culpabilidad), como para el tipo sistemático (en el que parecería entrar el delito y la punibilidad y la procedibilidad). Ambos conceptos se desdibujan y entran en conflicto.

"El principio de reserva comprende todos los presupuestos que una conducta requiere para ser punida. La disposición constitucional argentina que establece el principio de legalidad no autoriza a que escape de él ninguno de estos requerimientos y, por ende, no hay ninguna razón sistemática valedera para reducirla o retacearla. No sólo se trata de la punibilidad, que hay que añadir al delito, sino también de las condiciones de procedibilidad. Todo ello quedaría comprendido en el tipo garantía, que cumpliría una clara función política. Pero este cometido político-constitucional no es cumplido por el tipo sistemático, porque si bien éste es también uno de los presupuestos de la penalidad (ya que es base angular del concepto de delito) que no es el único, de modo que sólo lo cumple en la estricta medida en que le compete hacerlo dentro de la totalidad de elementos que están todos regidos por el principio de legalidad. Que por imperio de la misma disposición constitucional nuestros tipos sean legales y esté vedado el sistema de tipos judiciales, no significa que allí termine el cometido del *nullum crimen sine lege* que va mucho más lejos aún: abarca no sólo el concepto de delito, sino también la punibilidad y los requisitos de procedibilidad" <sup>(22)</sup>.

La extensa cita de Zaffaroni se justifica porque nadie como el autor argentino, siempre admirablemente lúcido, había emprendido una defensa tan esforzada de la necesidad de diferenciar tipo sistemático de tipo garantía. No sólo debe someterse a crítica, sin embargo, la distinción referida sino aun los conceptos que se derivan de ésta. Contra los artilugios elaborados doctrinariamente, está la evidencia: el tipo es uno de los componentes (el otro es la punibilidad) de la norma jurídica penal, y toca a la doctrina explicarlo funcional y estructuralmente, pero no crearlo, puesto esto corresponde al legislador y no al teórico. No se olvide que la teoría del derecho penal se ubica dentro del conocimiento sintético porque, entre otras cosas, el teórico no inventa su objeto de conocimiento, sino que éste le es dado por un ámbito de la realidad.

Según el supuesto implícito en quienes conciben un tipo sistemático y un tipo garantía, junto a la creación legislativa denominada *tipo* hay otro tipo cuyo concepto corresponde al principio de legalidad.

Contra ese supuesto, hay que advertir que el principio de legalidad no sólo se refiere al tipo, sino también a la punibilidad y a los requisitos de procedibilidad, pero ni

22 *Ibid.*, p. 175.



Gran calavera eléctrica. Posada.

punibilidad ni requisitos de procedibilidad son partes integrantes del tipo. La punibilidad es el otro integrante de la norma jurídico penal sustantiva: tipo y punibilidad son los componentes de las normas jurídico penales. Para que se pueda aplicar a un individuo una sanción penal no sólo se requiere que la conducta que se le imputa haya estado prevista en la ley (tipo), sino que también esté conminada con una pena (punibilidad). Por lo que toca a los requisitos de procedibilidad, éstos pertenecen al campo procesal: son vínculos externos y contingentes a la norma sustantiva, es decir al tipo y a la punibilidad. El tipo es el punto de partida (el fundamento) de la fórmula de legalidad, pero no es toda la fórmula de legalidad. Cuando Zaffaroni, al querer justificar la pareja tipo sistemático y tipo garantía, y refiriéndose a la punibilidad y a las condiciones de procedibilidad, escribe que "hay que añadir(las) al delito", parece olvidarse que éste, por pertenecer al mundo fáctico, no puede formar parte del tipo, que es un ente (un constructo) del mundo normativo. Por otra parte, llevado el argumento de Zaffaroni, según el cual forma parte del tipo garantía todo aquello que hay que añadir al delito para que la conducta pueda ser punida, al extremo, cabría preguntarse: ¿también la sentencia del juez, y específicamente la punición, es parte del tipo garantía?

El tipo no basta para que se aplique una pena, si bien es indispensable su previa existencia. Para la ejecución de una pena se necesita la previa imposición judicial de esa misma sanción penal (punición), y para esta última se requiere la culpable concreción del tipo, esto es, el delito. El enfoque de quienes quieren ver al delito dentro del tipo garantía deja inexplicada la cuestión de los niveles<sup>(23)</sup> (el normativo y el fáctico) y, además, pierde de vista que, como el delito es la concreción culpable de un tipo, aquel

se da después de éste, por lo que no puede formar parte suya. En efecto, al incluir al delito como parte del tipo garantía, el delito deviene simple abstracción, y, en realidad, es una concreción<sup>(24)</sup>.

Si el concepto de tipo garantía corresponde al principio de legalidad, ¿para qué formular un concepto que no sólo deja incumplido su propósito sino que, además, su origen permanece en la más vaga y absoluta indeterminación? Pues ¿dónde está el tipo garantía, diferente al tipo sistemático que crea el legislador? ¿Por qué mejor no decir claramente que el tipo es el vértice del principio de legalidad pero que éste no se agota en aquél? Sólo viene a introducir confusión el aplicar apelativos a conceptos claros en su acepción primigenia. No obstante el pretendido cometido político constitucional del tipo garantía, esa función la cumple destacadamente el principio de legalidad, en definitiva, y no separa ni clasifica artificial e inconsistentemente al tipo, que es una totalidad.

Jiménez Huerta ve con claridad la cuestión: "El tipo es la descripción de conducta que, a virtud del acto legislativo, queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad, y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible"<sup>(25)</sup>.

No se trata de negar, por supuesto, el dato obvio: la figura típica realiza diversas funciones, relacionadas entre sí. Pero de ahí no se sigue que haya más tipo que el creado por el legislador. La diferenciación entre la tarea del legislador y la labor del jurista es condición indispensable para comprender que al juspenalista le es dado su objeto de conocimiento y su trabajo es explicarlo

23 Véase nota 18.

24 El delito ocurre en el mundo fáctico y, por tanto, tiene las características de particularidad, concreción y temporalidad.

25 Jiménez Huerta, Mario, *La tipicidad*, Editorial Porrúa, México, 1955, p. 15.

a través de conceptos, proposiciones y teorías. El juspenalista no crea el tipo, pero debe *recrearlo* teóricamente a través de la sistematización coherente de enunciados fundados y contrastables y de la construcción de imágenes del tipo (su objeto de conocimiento, entre otros) verdaderas e impersonales. Apuntemos lo evidente: no es función del teórico del derecho, situado en el campo del conocimiento sintético, inventar entes que no existen en su universo de estudio, ni tampoco reproducir simplemente los textos legislativos, lo que sería totalmente inútil. Su tarea es la de explicar con profundidad esos textos aventurando conjeturas que les permitan desentrañar sus características más allá de los enunciados explícitos (quedarse en ellos sería encerrarse en un empirismo superficial *a fortiori*), y sometiendo esas conjeturas a contrastación<sup>(26)</sup>.

No resisten una contrastación rigurosa las proposiciones de que hay cosas tales como un tipo sistemático y un tipo garantía entre otros. Sólo existe el tipo que crea el legislador. Es obligación del teórico *descubrir* sus características, su estructura y sus funciones. Para ello no debe recurrir a pseudoconceptos que propician confusión. En vez de hablar de que existen un tipo sistemático y un tipo garantía, ha de aseverarse que *el* tipo cumple, entre otras, dos funciones cruciales: a) una función de garantía, expresada en la fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*, y b) una función fundamentadora, que reside en que toda construcción dogmática deberá tener como soporte al tipo<sup>(27)</sup>.

La afirmación de que él tipo es el fundamento del principio de legalidad, no exime del análisis de todo aquello que este principio comprende (y no se circunscribe al puro tipo). La norma jurídico-penal, compuesta por tipo y punibilidad, ha de preexistir al acto punitivo estatal, que en ella se funda, pero la punición requiere algo más que la norma preexistente: un suceso de la vida real encuadrable en el tipo y el subsecuente proceso real.

## 5. ¿Tipos abiertos?

González Ferrer explica que en los tipos abiertos la ley "describe tan sólo una parte de los caracteres del hecho, limitando sensiblemente el principio de legalidad mediante elementos normativos y cláusulas penales, cuya determinación queda confiada a la valoración que realice el juzgador"<sup>(28)</sup>. Los tipos abiertos son visualizados por Vela Treviño como "el más sutil y por tanto peligroso embate contra el principio de legalidad"<sup>(29)</sup>. Sin embargo, Zaffaroni indica que "el reconocimiento de que estos tipos no son deseables, no pasa de ser un consuelo, pero de

ninguna manera constituye un argumento dogmático, resultando una aspiración legal irrealizable"<sup>(30)</sup>.

¿Obstáculos insuperables, para la cabal eficacia del principio de legalidad, los tipos abiertos? La omisión y la culpa, por ejemplo, ¿necesariamente han de establecerse en tipos abiertos que limiten *sensiblemente* el principio de legalidad y cuya determinación quede confiada "a la valoración que realice el juzgador"? ¿No le es posible al legislador en estos casos construir las hipótesis típicas pertinentes en las que se concilien la generalidad y abstracción, por una parte, y, por otra, la especificidad que evite vaguedades, vacíos, impuntualizaciones, indeterminaciones, inexplicitaciones, casuismo enunciativo?

Welzel explica que en los tipos abiertos o que "necesitan ser complementados", el juez "tiene que completar previamente el tipo mediante el criterio que se deduce de la ley". Ejemplifica con la "posición de garante" y el "cuidado necesario en el tráfico"<sup>(31)</sup>. Rodríguez Mourullo, tras señalar que los tipos abiertos suponen una sensible limitación al principio de legalidad, manifiesta que, por ello, "su número ha de ser reducido exclusivamente a aquellos supuestos en los que la propia naturaleza de las cosas impide determinar legalmente *a priori* todas las características del comportamiento prohibido"<sup>(32)</sup>.

Con vaguedades e imprecisiones en los textos legislativos no hay eficacia plena de principio de legalidad. Esta verdad elemental no debe disimularse. Vela Treviño advierte esta evidencia<sup>(33)</sup>.

Sin embargo, la problemática no es insoluble: se puede salvar la esencia del principio de legalidad aun en los tipos culposos y de omisión o bien haciendo referencia a lo que la doctrina denomina elementos normativos. Hay dos implicaciones decisivas en esta idea: 1) el reconocimiento de que sin delimitación del evento punible el principio de legalidad ve desvanecida su eficacia; 2) el abandono de todo enfoque de resignación, vale decir, el cancelamiento de la tesis de que en ciertos supuestos "la propia naturaleza de las cosas impide determinar legalmente *a priori* todas las características del comportamiento prohibido", lo que equivale a aceptar que hay supuestos fácticos indescriptibles.

Los denominados elementos normativos deben ser explicitados por el legislador y no ser abandonados a la definición jurisprudencial. Cuando el legislador emplea, verbigracia, los vocablos *casta* y *honesto*, debe él mismo definir qué debe entenderse por una y otra cualidad con

26 Véase Bunge, Mario, *La investigación científica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1972

27 Véase Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *Lógica del tipo en el derecho penal* p. 29

28 González Ferrer, Campo Elías, *Tipo e injusto*, Panamá, 1979, p. 17.

29 Vela Treviño, Sergio, "El principio de legalidad y los tipos abiertos", en *Criminalia*, abril-junio de 1978, Editorial Porrúa, México, p. 14.

30 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 182.

31 Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, traducción de José Cerezo Mir, Editorial Ariel, Barcelona, 1964, pp. 59 y 60.

32 Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 286.

33 Vela Treviño, Jorge, *op. cit.*, p. 19.

toda precisión. Al dejar esta tarea a la jurisprudencia, se está propiciando que el juzgador cree el derecho, lo que viola, desde luego, el principio de legalidad, por tratarse de términos que pueden interpretarse multívocamente.

La definición de la culpa no necesariamente ha de ser vaga. La culpa es *sólo uno* de los elementos de un tipo culposo, con el mismo peso específico que el dolo en un tipo doloso. No se puede identificar culpa con tipo culposo en virtud de que: a) la culpa es el elemento subjetivo de la conducta del tipo culposo; b) el tipo culposo es un conjunto de elementos necesarios y suficientes para proteger uno o más bienes jurídicos; c) la culpa es apenas uno de esos elementos. No se trata de justificar las deficiencias legislativas. Carece de sentido decir que el delito puede cometerse por imprudencia o impericia, como suelen hacerlo los legisladores. No hay base alguna para defender una cláusula tan extravagantemente abierta como la referida. Se trata de referir de manera específica la idea de culpa, de determinarla, de distinguirla claramente del dolo (así el directo como el eventual) y del caso fortuito. Ninguna redacción que deje en la indeterminación el concepto de culpa es plausible. Así pues, hay que dar una definición que, en sus características de abstracción y generalidad, abarque, sin excepción posible, reductible mente, los incontables casos de conducta culposa, en todas sus dimensiones. No basta la orientación conceptual: se requiere redactar con precisión la hipótesis culposa. A ello debe contribuir el juspenalista. Entonces estará haciendo ciencia<sup>(34)</sup>.

La definición de Olga Islas va en ese sentido: "Culpa es no proveer el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión típica previsible y provisible, se haya o no previsto"<sup>(35)</sup>.

Similares consideraciones proceden respecto a la inactividad: a) la inactividad es el elemento objetivo de la conducta del tipo de omisión (doloso o culposo); b) el tipo de omisión (y el de comisión por omisión) es un conjunto de elementos necesarios y suficientes para proteger uno o más bienes jurídicos; c) la inactividad es sólo uno de esos elementos. La negativa a identificar *inactividad* con *tipo omisivo* nada tiene que ver con la complacencia ante las insuficiencias de la técnica legislativa. La inactividad no es un elemento irreductible. Pero no basta con decir que el delito se puede cometer por acción u omisión. El principio de legalidad se apoya y descansa en la determinación, en la definición precisa del evento punible. La indefinición de

la inactividad es deudora de una manera inadecuada de legislar y aún más: de la ignorancia de teorías indispensables para construir un código penal adecuadamente. No se puede legislar con acierto al tipificar las conductas omisivas si se desconoce la teoría sobre la calidad de garante, única que permite evitar fórmulas abiertas *ad infinitum*.

Nuevamente es de citarse una plausible definición de Olga Islas: "Inactividad es la no realización del movimiento corporal ordenado en el tipo, idóneo para evitar la lesión del bien y que, en la consumación, no la evita porque no es interferida por ninguna causa opuesta a la lesión y, en la tentativa, no la produce porque es interferida por alguna causa ajena a la voluntad del sujeto activo"<sup>(36)</sup>.

Las dos definiciones transcritas de la juspenalista mexicana muestran que no hay fatalidad alguna: los textos legislativos no tiene por qué ser *a fortiori* vagos e imprecisos. Un tipo abierto es un pseudo-tipo. Tarea básica y trascendental de los teóricos del derecho penal es la de proporcionar al legislador un campo de conocimientos que le permita a este último cumplir su tarea óptimamente, elaborando textos legales que cumplan con todos sus cometidos, entre ellos el de la plena eficacia del principio de legalidad. Ambas definiciones cumplen los requisitos epistemológicos que caracterizan a esas operaciones conceptuales para que contribuyan al progreso del conocimiento científico: a) la introducción formal de un nuevo término en un sistema de signos, y b) la especificación de la significación del término introducido. Y cumplen una función política de primer orden: la defensa efectiva del principio de legalidad.

## 6. Telón

No es fácil evitar la tentación empírico-positivista de hallar en la apariencia de *lo dado* la clave para la comprensión de la cosa misma. Esta tentación es un obstáculo para el desarrollo del conocimiento. En el caso de la investigación jurídico penal se expresa, sobre todo, en la escasa atención que la doctrina le ha brindado a algunos aspectos del *ius poenale*, no obstante la importancia *real* de los mismos. El principio de legalidad es ejemplo de esa desatención: no obstante el reconocimiento generalizado de que constituye uno de los principios más importantes de protección ante el Estado en beneficio de los gobernados, principio eje a partir de la Revolución Francesa -cuyo bicentenario ahora celebramos-, no son muchas las páginas que ha merecido de la pluma (o de la máquina de escribir) de los juspenalistas. Es hora de abandonar ese desdén.

33 El legislador, para realizar adecuadamente su tarea, debe basarse en los conocimientos científicos que le aporte el jurista, cuya labor así tendrá trascendencia social. Contribuirá a lo que algunos autores denominan la ciencia de la técnica legislativa. Véase Jescheck, H., *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, p. 5; y Madrid Conesa, Fulgencio, *La legalidad del delito*, Universidad de Valencia, 1983, p. 248.

34 Islas, Olga, "Contenido de las normas penales", en *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal*, publicada por *Revista Mexicana de Justicia*, enero-marzo de 1983, p. 80.

35 *Ibid.*, p. 80.