

RAYMUNDO SANCHEZ COLIN

**EL DOLO EN EL DERECHO
PENAL MEXICANO**

MEXICO

1973



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

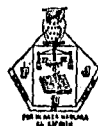
EL DOLO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

*À la memoria de mi madre,
Constanza Colín Becerril y
a la de mis abuelitos: Ro-
drigo Colín y Gregoria Be-
cerril con el reconocimiento
y recuerdo imperecederos.*

*Al C. Maestro y Licenciado
Enrique Abrego Ortega, con
el afecto sincero de amigo y
consejero.*



*Al Grupo, Partido Democrático
de Jurisprudencia, con el deseo
ferviente de que, todos y cada
uno de sus miembros lleguen a
la cúspide y unidos alcancemos
las metas propuestas.*

CAPÍTULO I

EVOLUCION CONCEPTUAL DEL DOLO

TEMARIO: 1. *El dolo, su etimología y contenido.* 2. *Breves datos históricos del dolo:* A) *Derecho Romano;* B) *Derecho Germánico.* 3. *Ubicación del dolo:* A) *Teorías Causalistas:* a) *Teoría psicológica de la culpabilidad;* b) *Teoría normativa de la culpabilidad;* B) *Teoría finalista.* 4. *Principales teorías sobre la esencia del dolo:* A) *Teoría de la voluntad;* B) *Teoría de la representación;* C) *Teoría de la conjunción.* 5. *Los elementos del dolo y su concepto en la teoría tradicional.*

1. EL DOLO, SU ETIMOLOGIA Y CONTENIDO.

Con el fin de facilitar el desarrollo y comprensión del tema y llegar a las conclusiones deseadas dando las fórmulas procedentes, ubicándonos en el problema central, hemos trazado una secuencia lógica, tratando de seguir paso a paso el camino recorrido por la teoría general y nuestra legislación en particular.

Según la Real Academia Española de la Lengua, la palabra "*dolo* se deriva del latín *dolus* m. que significa: *engaño, fraude, simulación*".¹

Escriche define el dolo como "toda especie de astucia, trampa, maquinación o artificio que se emplea para engañar a otro; o el propósito de dañar a otra persona injustamente".²

Por otra parte, la Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana, proporciona datos más precisos. Dice que su etimología proviene del latín *dolus*, o del griego *dolos* m. y tiene varias acepciones, tales como: engaño, fraude, simulación, mentira, superchería; en los delitos, plena deliberación y advertencia; en los contratos y otras acciones, intención astuta y maliciosa con que se ejecutan. La misma Enciclopedia se refiere al Derecho Romano, donde se trata el dolo en su doble aspecto: dolo bueno y dolo malo, pero inclinándose a ver los problemas que

1 Diccionario. 18a. ed., Madrid, 1956.

2 Véase Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1874.

presentaba en su época el Derecho Civil. La misma obra nos indica que el dolo también fue plasmado en la Ley de las VII Partidas: en la Ley 1a., título XVI, partida VII, y en la Ley 57, título V, de la partida V, con el mismo carácter que lo trata el Derecho Romano.³

Jiménez de Asúa, por su parte, al referirse a la etimología del *dolo*, afirma que éste proviene del griego y significa *engaño*. Asimismo, se suma a las obras que se citan anteriormente, para decirnos que equivalió a *artificio, astucia, fraude*; este último, es el primordial sentido que le da el Derecho Civil; y agrega que en el derecho romano, en el canónico, en el medieval y hasta en textos y obras del pasado siglo se adjetivó el dolo de *malo*, en contraposición a *bueno*, según que el artificio fuera dirigido a fines buenos o perversos.⁴

2. BREVES DATOS HISTORICOS DEL DOLO.

A) *Derecho Romano*. En los remotos tiempos del Derecho Romano, los delitos no se juzgaban atendiendo a la voluntad dolosa o culposa del sujeto activo, sino, por el contrario, a una responsabilidad material. Así, Luden afirma que "en los orígenes del derecho romano hubo una época de responsabilidad material objetiva —como la que existió en el derecho germánico—, en la que sólo valía el resultado sin hacer indagaciones sobre la intención del agente".⁵

Sin embargo, es probable que en el delito de homicidio sí haya tenido enorme influjo el elemento subjetivo del autor; esto se deduce de la más antigua definición que se encuentra en los anales del derecho romano, en la cual aparece el dolo como elemento esencial: "*Si qui liberum hominem dolo sciens morti duit parricida est*".⁶

"Lo que no puede dudarse —dice Jiménez de Asúa— es que después de las XII tablas comenzó a señalar el elemento subjetivo o *factum internum*, cuya evolución jurídica alcanza su más alto nivel en la época imperial"; y continúa diciendo el autor: más exactamente puede afirmarse que el dolo se exigía en los delitos castigados con pena pública, y en los delitos privados bastaba la culpa.⁷

Como dejamos dicho, en el antiguo Derecho Privado Romano se empleó la palabra *dolus* como *engaño artificioso*, en contraposición a *Vis*, que significaba *fuera violenta*. A medida que el

3 Cfr. XVIII, Ed. Hijos de J. Espasa, Barcelona, 1874.

4 *Tratado de derecho penal*. V, pp. 305-306, Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.

5 Citado por Jiménez de Asúa, Luis *Tratado de derecho penal*. V. p. 315, Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.

6 Cfr. Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal*. V, p. 315, Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.

7 *Tratado de derecho penal*. V, p. 309, Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.

tiempo pasó, el término *dolus* tomó el significado genérico de toda intención encaminada a la realización de un delito.⁸

B) *Derecho Germánico*. Los datos históricos aportados por los acuciosos de la investigación en relación con el dolo, resultan muy incompletos. Los pocos que se localizan, sirven sólo para tener una ligera idea de los antecedentes de este elemento, que, todavía hoy, la mayoría de los tratadistas ubican como la principal forma de la culpabilidad.

En el Derecho Germánico, como en el Derecho Romano, ocurrió lo mismo. Los delitos se juzgaban por la producción del resultado, especialmente en aquellos delitos de resultado material, como el homicidio y las lesiones. Veamos lo que Jiménez de Asúa dice al respecto: "En el antiguo derecho germánico se comete delito por la producción antijurídica de un mal. La responsabilidad es, por ende, responsabilidad por el resultado, responsabilidad meramente causal".⁹ Comenta que His opina que, cuando se producía un resultado dañoso, presumíase fundamentalmente la intención lesiva.¹⁰

Observamos, pues, que desde estos lejanos tiempos se viene heredando la presunción dolosa consagrada en nuestra legislación vigente.

Bruner dice que "en los tiempos francos el factor intencional gana terreno sucesivamente en la apreciación de los delitos";¹¹ sólo que en los delitos más graves, como en el homicidio y las lesiones, sigue imperando el viejo principio causal de que «el acto mataba al hombre; ahora bien, cuando la adecuada intención falta en ciertos casos típicos, son considerados como casos fortuitos. Ejemplos, cuando se produce la muerte de un hombre por la caída de un árbol, por caer en la trampa, dispuesta para un animal, por caer al suelo un arma, etc.».

Obsérvese, dice Bruner, cómo en el antiguo Derecho Germánico no se distinguían los delitos culposos de los dolosos o de los casos fortuitos; es hasta la baja edad media cuando se aprecia la distinción entre delitos dolosos, hechos fortuitos y aquellos hechos perpetrados por negligencia, según aseveración del autor.¹²

El lenguaje jurídico se enriquece en esta época, para designar el elemento dolo. Daremos en seguida algunos de los vocablos o términos usados entonces, en los que predomina el térmi-

8 Cfr. Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal*. V, p. 316, Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.

9 Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal*. V, p. 317, Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.

10 Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal*. V, p. 317, Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.

11 *Historia del Derecho Germánico*. Traducción del compendio sobre la 8a. ed., p. 78, Labor, Barcelona, 1936.

12 *Historia del Derecho Germánico*. Traducción del compendio sobre la 8a. ed., p. 78, Labor, Barcelona, 1936.

no voluntad: *von willen* (de voluntad), *mit willender Hant* (con voluntaria mano), *Mutwillen*, *mutwilling* (ánimo voluntario), y otros muchos.¹³

3. UBICACION DEL DOLO.

A) Teorías causalistas:

a) *Teoría psicológica de la culpabilidad.* Nuestro tema de estudio no es la culpabilidad. No obstante, haremos algunos apuntes sobre la misma, en razón de que la teoría tradicional ha situado el dolo precisamente en la culpabilidad.

Acerca de la culpabilidad se han elaborado varias teorías, siendo tres las más conocidas: a) Teoría psicológica; b) Teoría normativa; c) Teoría finalista. En nuestros días, ha surgido en México una teoría nueva del Derecho Penal, que, obviamente, abarca el tema de la culpabilidad.

Hasta antes del siglo XX, los estudiosos del Derecho penal no habían configurado la culpabilidad como elemento del delito; en cambio, sí se avocaron al análisis, aunque breve, del dolo y de la culpa. En el siglo XIX aparecen autores como Berner, Von Bar y Schütze, quienes defendían esta tesis.

La teoría psicológica de la culpabilidad afirma que la culpabilidad consiste en un nexo psicológico entre el sujeto activo y su conducta; es decir, los psicólogos entienden la culpabilidad como un nexo psíquico entre el autor y la acción delictiva ejecutada por éste.

Entendida así la culpabilidad, se presentará como un dolo o una culpa, consideradas éstas, especies mediante las cuales se concretiza la culpabilidad.

Conforme a esta teoría, el dolo es un querer el hecho, querer la conducta, querer el resultado. La culpa se subdivide en culpa consciente o con previsión (del resultado, con la esperanza de que éste no ocurra) e inconsciente o sin previsión (no prever el resultado, siendo previsible).

Veamos textualmente las definiciones que acerca de la culpabilidad nos dan algunos psicólogos. En Alemania, Franz Von Liszt considera que la culpabilidad es sólo la "relación subjetiva entre el acto y el autor".¹⁴

En Italia, donde esta doctrina encontró su mayor acogida, y, por tanto, predomina, tenemos una serie de autores. Entre otros citaremos a Antolisei, quien, siendo psicólogo, mezcla aspectos de normativismo y vincula íntimamente el elemento subjetivo del delito con la culpabilidad, afirmando que es más acertado hablar de "voluntad culpable". "El elemento subjetivo del delito —dice— es un hecho de orden natural, y más particu-

13 Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal.* V, pp. 318-319, Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.

14 *Tratado de derecho penal.* II, pp. 375-376, 2a. ed., Reus, Madrid, 1929.

larmente, un fenómeno psicológico, que, como tal, se añade al elemento objetivo o material (del delito)... Consiste el mismo, en todo caso, en un comportamiento psíquico, en una *actividad de voluntad del agente*... la culpabilidad puede definirse como la actividad contraria al deber de la voluntad que ha dado origen al hecho material requerido para la existencia del delito".¹⁵

En Argentina, diversos juristas se inclinan abiertamente por la corriente psicologista, aunque con matices del normativismo; entre otros, Fontán Balestra, Sebastián Soler, Ricardo C. Núñez. Este último define la culpabilidad como "el comportamiento psíquico que la Ley exige en el autor material de un delito para que responda por él".¹⁶

Existen críticas que dejan insostenible esta vieja teoría. Nosotros, por nuestra parte, estamos convencidos de estas críticas que se enderezan contra el psicologismo, y, por tanto, nos sumamos a ellas.

a) "Si la culpabilidad es un nexo psíquico entre el hecho y su autor, entonces siempre que exista esa relación subjetiva debe afirmarse la presencia de la culpabilidad. La realidad, sin embargo, demuestra lo contrario. Existen hechos dolosos que no son culpables por funcionar el estado de necesidad con bienes de igual valor. Aquí hay el nexo psicológico y, a pesar de ello, no se da la culpabilidad. En otras palabras: no es verdad que la culpabilidad resida en esa relación subjetiva que sostienen los psicologistas".¹⁷

b) "En los delitos de pura conducta, ninguna diferencia existe entre la voluntariedad (elemento de la conducta) y el dolo; en consecuencia, el dolo es lo mismo que la voluntariedad y, por ende, pasa a ser elemento de la acción o de la omisión, con lo cual desaparece la culpabilidad, pues se transforma en el elemento interno de la conducta. Los delitos de mera conducta serán, en rigor, delitos sin culpabilidad, en razón de quedar vacío este elemento".¹⁸

c) "La culpa inconsciente no tiene explicación. O no es admisible la culpa inconsciente —tesis que propuso Kohlrauch en un intento de salvar al psicologismo— o es falsa la teoría del nexo psicológico; esto último debido a que en la culpa sin previsión no existe ese dato psíquico que relacione al autor con su acto ilícito".

15 *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 242, U T E H A, Buenos Aires, 1960.

16 *La culpabilidad en el Código Penal*. p. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946.

17 Crítica de Reinhard Frank, expuesta por Olga Islas y Elpidio Ramírez. "El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal". *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, Núm. 38, p. 25, U.N.A.M., Facultad de Derecho, mayo y junio, 1970.

18 Expuesta por Olga Islas y Elpidio Ramírez, "El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal", *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, Núm. 38, p. 25, U.N.A.M., Facultad de Derecho, mayo y junio, 1970.

d) "No es posible construir una teoría general de la culpabilidad sobre la base de la intención y la negligencia".¹⁹

b) *Teoría normativa de la culpabilidad*. En contraposición al psicologismo, apareció en Alemania, en 1907, la teoría normativa de la culpabilidad, siendo su creador Reinhard Frank, quien la define como reprochabilidad. Este término quiere decir "juicio de reprobación que recae sobre el sujeto activo, por el hecho cometido". Más tarde, en otra edición, Frank define la culpabilidad como "reprochabilidad de una conducta antijurídica según libertad, fin y significado conocido o cognoscible".²⁰

Para Frank, los elementos que integran el reproche son: la imputabilidad, el dolo o la culpa, y el estado de normalidad de las circunstancias bajo las cuales obra el autor; a este último elemento le da el nombre de "motivación normal". Frank, para llegar a estas conclusiones, parte del derecho positivo. Para demostrar que existen acciones dolosas que no son culpables, se refiere al parágrafo 54 del Código penal alemán, el cual señala un estado de necesidad en el que colisionan bienes de igual valor. En consecuencia, la culpabilidad no es un nexo psicológico entre el mundo afectivo del sujeto activo y el resultado típico, sino, por el contrario, un juicio en el que el sujeto ha desatado una conducta que es contraria al *deber* que le impone la Ley. Por lo tanto, el juicio de reproche nace tanto en las acciones dolosas como en las culposas. En las acciones dolosas se le reprocha al autor el haber violado el deber que el derecho penal le impone, a sabiendas de que está actuando en sentido negativo. En las culposas, por haber infringido el precepto penal, por falta de cuidado.²¹

Por su parte, James Goldschmidt, en 1913, contribuye al perfeccionamiento de la teoría iniciada por Frank. A diferencia de Frank, considera que la imputabilidad, el dolo o la culpa, así como el elemento de normal motivación, no son elementos de la culpabilidad, sino presupuestos de hecho de la misma; por tanto —dice Goldschmidt—, no deben incluirse en el concepto, puesto que culpabilidad es un "juicio de reproche". Este juicio lo apoya en dos puntos que le sirven de pilares: la norma de derecho, que es el fundamento del injusto, y la "norma subjetiva de determinación", que se deriva de la norma de derecho y sirve de base a la culpabilidad. La norma de derecho ordena o prohíbe a todo sujeto un determinado comportamiento al exteriorizar su conducta; por otra parte, subjetivamente, la norma

19 Expuesta por Olga Islas y Elpidio Ramírez, "El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal", Revista de Derecho Penal Contemporáneo, Núm. 38, p. 25, U.N.A.M., Facultad de Derecho, mayo y junio, 1970.

20 Véase James Goldschmidt, *La concepción normativa de la Culpabilidad*, pp. 4 y 5, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1943.

21 Véase James Goldschmidt, *La concepción normativa de la culpabilidad*, p. 6, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1943.

de *deber* le exige al sujeto circunscribir su conducta interna al ordenamiento de la norma de derecho con relación a su conducta exterior.²²

Bertheld Freudenthal, en 1922, unifica su criterio con el de Frank y Goldschmidt al ocuparse de la culpabilidad. Acepta los elementos que señala Frank, pero al elemento de "normal motivación" le da el nombre de *causas de exculpación*. El mérito de este autor reside en que trató de unificar todos los casos en los que, a pesar de la existencia del dolo o de la culpa, se suprime el reproche de culpabilidad. De esta manera introduce la tesis de la "no exigibilidad del actuar de acuerdo a derecho".²³

Mezger es otro de los autores alemanes que se destaca como decidido partidario de la teoría normativa de la culpabilidad. La exigibilidad de la conducta adecuada a la norma; esta última es culpabilidad —dice— es una característica del delito compuesta de diversos elementos: la imputabilidad, el dolo o la culpa y la no presencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad. Define la culpabilidad como "el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece, por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente".²⁴

En resumen: la teoría normativa de la culpabilidad representa una superación del psicologismo. Sus partidarios entienden la culpabilidad ya no como nexos psíquico entre el sujeto y el "hecho" realizado, sino como un juicio de reproche. Este juicio se funda en la presencia de la imputabilidad, el dolo o la culpa, y la ausencia de especiales causas de exclusión de la culpabilidad. Por lo tanto, ya la culpabilidad no es solamente dolo (en los delitos dolosos), o exclusivamente culpa (en los delitos culposos), y no lo es porque el dolo y la culpa no agotan el contenido de la culpabilidad; ésta, ciertamente, requiere un dolo o una culpa, pero, además, son necesarias la imputabilidad y la ausencia de especiales causas de exclusión de la culpabilidad.

Como se observa, las teorías que anteceden ubican el dolo y la culpa en la culpabilidad, como especies de la misma (psicologismo) o como elementos o formas (normativismo). Sea de una o de otra manera, lo cierto es que tanto al dolo como a la culpa les habían asignado un lugar equivocado. Esto lo desarrollaremos con detalle en el segundo capítulo de este trabajo.

22 Véase James Goldschmidt, *La concepción normativa de la culpabilidad*, pp. 6 y ss. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1943.

23 Véase James Goldschmidt, *La concepción normativa de la culpabilidad*, pp. 6 y ss. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1943.

24 *Tratado de derecho penal*. II. pp. 9-11, Ed. Revista de Derecho Privado, 3a. ed., Madrid, 1957.

B) *Teoría finalista*. Por considerar que esta teoría ha contribuido decisivamente al progreso de la ciencia del derecho penal, hemos tenido a bien dedicarle un capítulo especial en este estudio.

4. PRINCIPALES TEORIAS SOBRE LA ESENCIA DEL DOLO.

A) *Teoría de la voluntad*. Esta teoría es la más antigua que se conoce en la vida del derecho penal. Es, por ello, que muchos autores la adjetivan de clásica o tradicional. Sus más destacados representantes son: A. Feuerbach, A. Merkel, K. Binding, R. von Hippel, Carmignani y su brillante discípulo Francisco Carrara, así como Enrique Pessina.²⁵

La esencia del dolo radica en la "intención" más o menos perfecta de causar un mal, de quebrantar la ley, de dañar o poner en peligro un bien jurídico. La teoría de la voluntad se caracteriza por su acentuada exigencia de querer lo previsto; por tanto, sólo cuando algo se ha querido puede afirmarse que hay dolo.

Ahora bien, Francisco Carrara, por su parte, textualmente define el dolo como "la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe es contrario a la ley".²⁶

Carmignani, quien fue maestro de Carrara y auténtico representante de la escuela clásica, al ocuparse de la teoría de la voluntad, nos dice: "dolo es la intención más o menos perfecta proyectada a violar la ley objetivada en signos externos".²⁷

Cabe advertir que las dos definiciones dadas, la primera por Carrara y la segunda por Carmignani, son muy semejantes. La diferencia radica en que Carmignani, sostiene que la *intención* va proyectada a violar la ley; en cambio, Carrara dice que esa *intención* va encaminada a la realización o consumación de un acto, del cual el autor sabe que contraría el ordenamiento de la Ley. De esto se desprende que Carrara da una definición mejor, puesto que al autor, en sí no le interesa violar la ley, ya que en la mayoría de los casos no la conoce, y sólo sabe que su conducta a realizar, o consumada, está prohibida por ésta; lo que le interesa es lograr el fin propuesto. Así, el sujeto que quiere apoderarse de una cosa ajena, no sólo se quiere apropiarse de ella, sino quisiera que ya le perteneciera; la mujer embarazada, como tal, quiere tomar su abortivo para deshacerse del producto de la concepción, no obstante que conoce las circunstancias del hecho y la prohibición de la ley; etc.

25 Cfr. Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal*. V, p. 390, Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.

26 *Programa de Derecho Criminal. Parte general*, I, pp. 135-136, parágrafo 69, 10a. ed. 1929.

27 Citado por Carrara, Francisco. *Programa de Derecho Criminal. Parte general*, p. 136, 10a. ed., 1929.

La teoría de la voluntad, pese a su denominación, en el fondo va encaminada al logro de un resultado. Esa es la finalidad que el agente se ha propuesto. Por ello, algunos penalistas, teniendo en cuenta que la voluntad no puede ser simplemente dirigida a disparar el arma de fuego sino a matar con el disparo, le dan la calificación de "voluntad del resultado".

Por los razonamientos que anteceden, la teoría de la voluntad resulta inconsistente, porque no resuelve todos los problemas que se nos presentan. Sin embargo, no la rechazamos definitivamente, porque más adelante, en este estudio, la asociaremos con la de la representación para formar una sola, y así estar en condiciones de poder determinar la esencia del dolo.

B) *Teoría de la representación.* Esta teoría tuvo su nacimiento en Alemania, donde fue desarrollada en su más auténtico sentido antes que en Italia. Al decir de Reinhard Frank, Almendingen fue el genuino fundador y más brillante representante de ella, y Nettelbladt su precursor. Roberto von Hippel niega categóricamente esta afirmación de Frank. Por otra parte, se afirma que, en 1859, E. I. Bekker fue quien la expuso y la dio a conocer en su obra "*Theorie des deutschen Strafrechts*".

Más tarde, en 1879, Zitelmann, privatista, la expone en su obra "*Irrtum uñ Rechtsgeschäft*". No debemos olvidar, sin embargo, que su constructor moderno fue Frank Von Liszt; y su más brillante exponente, sin duda, Reinhard Frank.²⁸

Esta doctrina se caracteriza por ver la esencia del dolo en la representación del resultado, o previsión de dicho resultado, sustituyendo así la voluntad del agente.

Jiménez de Asúa, por su parte, comenta que Bekker, fundador de la teoría de la representación, estima, en su obra antes citada, que existe identificación entre la representación concebida como "previsión" y "consciencia", y la voluntad. A continuación transcribe dos párrafos textualmente del autor: "Quien quiere una acción y prevé su resultado, aprueba en todo caso, también el resultado; si no lo aprobase, no querría la acción, que él ve condicionada al resultado; como a pesar de ello obra, expresa realmente su aprobación". En seguida, y en relación con esto, hace la siguiente afirmación: "Es punible por dolo aquel que ha obrado a pesar de que una previsión de un ciudadano bueno y leal le hubiese hecho abstenerse de la acción".²⁹

Franz von Liszt es uno de los primeros en adoptar esta doctrina como estructura del dolo, y también uno de sus principa-

28 Véase Jiménez de Asúa. Tratado de derecho penal. V, pp. 398 y ss., Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.

29 Jiménez de Asúa. Tratado de derecho penal. V, p. 399, Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.

les defensores. Este autor dice que "*el dolo debe definirse, en primer término, como la representación del resultado, que acompaña a la manifestación de voluntad*". En nota hace resaltar: "La representación, por tanto, no la volición del resultado". En seguida desglosa Franz von Liszt su definición como sigue: "El concepto del dolo comprende, por tanto: a) La representación del *acto voluntario mismo*, así como *de las circunstancias en que fue ejecutado*. b) La previsión del *resultado*, c) En los delitos de comisión, la representación de la *causalidad del acto*; en los delitos de omisión, la representación del no *impedimento* del resultado. En esta conciencia reside la distinción del dolo, del deseo y de la esperanza; en estos últimos es necesaria la intervención de circunstancias exteriores, que el autor no puede dominar, ni esperar con seguridad".³⁰

Reinhard Frank define el dolo como "la previsión (la conciencia) del resultado de una acción, ligada al conocimiento de las circunstancias que la hacen punible". En sus "comentarios" al Código penal alemán, Frank reafirma su teoría de la representación al decir que "el dolo es el conocimiento (representación), que acompaña a la actividad voluntaria, de las circunstancias fácticas pertenecientes al tipo legal del delito o que aumentan su penalidad". Años después, Frank abiertamente sostiene que entre la teoría de la voluntad y la de la representación no existe una oposición fundamental, y que sólo por un equívoco se ha podido pensar que la teoría de la representación tenía la finalidad de eliminar la voluntad, del derecho penal.³¹

c) *Teoría de la conjunción*. Esta teoría de carácter ecléctico, trata de conciliar la teoría de la voluntad con la de la representación. Los autores le han dado diferentes nombres. Unos le llaman teoría del asentimiento; otros, del acogimiento, de la motivación, mixta, etc. Nosotros aceptamos llamarle de la conjunción.

Como hemos visto, al analizar las dos corrientes, cada una resulta insuficiente para encontrar la esencia del dolo. Es necesario, pues, vincular los dos elementos: el *volitivo* y el *intelectivo*, para lograr la constitución del dolo. Debe tenerse en cuenta la representación de las circunstancias del hecho; pero no es suficiente que el agente haya previsto estas circunstancias, sino que es fundamental el *querer* ejecutar la acción y aceptar el resultado, ya sea *el daño*, ya sea la puesta en peligro del bien jurídico protegido por la Ley. El sujeto no sólo debe querer o bien conocer, sino que debe reunir los dos elementos: saber o conocer, y querer obrar.

30 Liszt von Franz. Tratado de derecho penal. II, pp. 409-411, Reus, Madrid, 1927.

31 Citado por Jiménez de Asúa. Tratado de derecho penal. V, pp. 400 y 405, Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.

5. LOS ELEMENTOS DEL DOLO Y SU CONCEPTO EN LA TEORIA TRADICIONAL.

Cada uno de los autores trata de localizar los elementos contenidos en el dolo. Unos consideran que son dos; otros, le atribuyen tres. Veamos algunas opiniones:

Francisco Antolisei, refiriéndose al derecho positivo italiano, invoca el artículo 43 del Código penal, que a la letra dice: «el delito es doloso, o conforme a la intención, cuando el resultado de la acción u omisión de que la Ley hace depender la existencia del delito, es previsto y querido por el agente como consecuencia de la propia acción u omisión».³²

De esta regulación del Código penal italiano, Antolisei deduce que, para constituir el dolo, es necesario contar con dos elementos:

“1) La representación, o sea la visión anticipada del hecho que constituye el delito (momento cognoscitivo o intelectual).

2) La voluntad del hecho mismo (momento volitivo o emocional)”³³

Como es de observarse, el Código penal italiano adopta, correctamente, la teoría de la conjunción.

Cuello Calón, al tratar el tema de la culpabilidad, toca el dolo como forma de aquélla, atribuyéndole dos elementos:

a) El volitivo, concretado en la voluntad de ejecutar el hecho; y

b) La previsión o conocimiento del hecho.

Sostiene Cuello Calón que “la representación o conocimiento del hecho abarca: A) La representación o conocimiento de los elementos objetivos integrantes del delito; B) el conocimiento de la significación del hecho; C) el conocimiento del cambio que la acción o la omisión ha de producir, o puede producir, en el mundo exterior, es decir, conocimiento o representación del resultado. Sin este conocimiento previo no puede hablarse de voluntad consciente, pues sólo puede considerarse como querido por el agente aquello que por él fue previsto, al menos como posible, sin previsión no se concibe intención”.³⁴

Jiménez de Asúa, por su parte, al abordar el mismo problema, concibe el dolo con dos elementos:

a) El elemento intelectual, y

b) El elemento afectivo.

Dentro del elemento intelectual sitúa como temática:

a) El conocimiento de los hechos;

b) El conocimiento de la significación causal de los hechos;

c) La consciencia del significado material del acto.

32 Manual de derecho penal. Parte general. p. 254, U T E H A, 1960.

33 Manual de derecho penal. Parte general, p. 254, U T E H A, 1960

34 Derecho Penal. I, pp. 371-372, 9a. ed., Ed. Nacional, México, 1961.

Dentro del segundo elemento, el afectivo, encuadra los siguientes temas:

- a) La voluntad, intención, deseo y designio.
- b) Lo que debe abarcar la volición.³⁵

Tanto Cuello Calón como Jiménez de Asúa aplican el mismo criterio respecto a los elementos que contiene el dolo; con más o menos palabras, pero en resumen afirman lo mismo.

Mezger, al analizar los elementos del dolo, rechaza la teoría de la representación para declararse partidario de la teoría de la voluntad. No obstante, su definición de dolo encierra elementos de una y de otra corriente.

Apoyado el autor en el párrafo 59, párrafo primero, del Código penal alemán, que a la letra dice: «Si alguien, al cometer una acción punible, no conocía la existencia de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal, no le serán imputadas estas circunstancias», afirma que, para la existencia del dolo, se requiere el conocimiento de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal (elemento intelectual del dolo), y la referencia de este conocimiento a la voluntad de la acción (elemento emocional del dolo).

En su análisis subraya que "el conocimiento que el dolo exige (el llamado elemento intelectual del dolo) es conocimiento de los hechos y conocimiento de la significación (de estos hechos)".³⁶

De esto se desprende que el conocimiento abarca dos aspectos: a) conocimiento de los hechos; y b) conocimiento de su significación.

a) *El conocimiento de los hechos.* En el desarrollo de este punto, Mezger señala cuatro categorías distintas: I) El conocimiento de los hechos fundamentadores de la pena; II) El conocimiento de los hechos que agravan la pena; III) La suposición errónea de hechos que excluyen la pena; IV) La suposición errónea de hechos que atenúan la pena.

I) *El conocimiento de los hechos fundamentadores de la pena.* Conforme al párrafo 59, párrafo primero, del Código penal, se deduce que no habrá dolo cuando el autor, al realizar su acción punible, no conozca la existencia de las circunstancias de hecho pertenecientes al tipo legal.

Los hechos —refiere Mezger— fundamentadores de la pena deben quedar comprendidos dentro del dolo, y serán, en primer lugar, los hechos actuales, esto es, los hechos descritos en el tipo que, no siendo causados por el agente, son independientes de su voluntad y ya existen en el momento de ejecutar la acción. Ejemplos: el sujeto debe saber que su disparo es contra un hombre (párrafo 211); que la cosa se halla en posesión o tenencia aje-

35 Tratado de derecho penal. V, pp. 422 y ss., Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.

36 Tratado de derecho penal. II, p. 103, Ed. Revista de Derecho Privado, 2a. ed., Madrid, 1957.

na (parágrafo 242); que el niño todavía no ha cumplido 14 años (parágrafo 176); etc.

Por otra parte, el sujeto debe prever los hechos futuros constitutivos del resultado, producidos por la acción de su autor y ligados a ésta por un nexo causal. Ejemplo: el sujeto debe saber que su disparo sobre un hombre, le causará la muerte (parágrafo 211); etc.

Asimismo, para la existencia del dolo, es necesaria la previsión de la relación de causalidad, porque es una circunstancia de hecho que pertenece al tipo legal. Mezger hace resaltar lo siguiente: el proceso causal *representado* y el proceso causal *real* nunca son equivalentes, por dos razones: a) el sujeto activo nunca se representa el nexo causal en forma integral; y b) nadie puede prever detalladamente un acontecimiento causal futuro. Por esto, cuando el proceso causal real se desvía del proceso causal representado, se debe "tener en cuenta dos situaciones: si la desviación es inesencial, habrá dolo; en caso contrario, si la desviación es esencial, se excluye el dolo. En tales casos sólo queda un delito doloso en grado de tentativa con el que, según las circunstancias, puede concurrir, en concurso ideal, un delito culposamente consumado".³⁷

Olga Islas y Elpidio Ramírez no concuerdan con este criterio, y manifiestan que existe, por parte de Mezger, un defecto en su exposición, el cual consiste en plantear a la inversa lo subjetivo y lo objetivo, lo que hace confuso el pensamiento mezgeriano. "El punto de partida —afirman— ha de ser no el curso causal representado, sino el curso realmente producido. A este nexo causal realmente producido ha de referirse el conocimiento. Por tanto, para resolver correctamente el problema del conocimiento o desconocimiento de la relación causal, es necesario distinguir tres supuestos:

"1) La actividad desplegada por el sujeto activo produce el resultado material.

"2) El resultado material deriva no de la actividad del sujeto activo, sino de una causa extraña y autónoma.

"3) Por desviación, la actividad del sujeto activo produce un resultado material diferente.

"En el primer supuesto hay relación de causalidad y, por lo mismo, cabe plantear el problema del conocimiento a ella referido.

"En la segunda hipótesis no hay relación de causalidad, y, por tanto, carece de sentido hablar del conocimiento o del error. El problema de la tentativa, que es cosa diferente, debe resolverse no en base a una relación causal inexistente, sino tomando en cuenta el dolo.

37 *Tratado de derecho penal*. II, pp. 115-116, Ed. Revista de Derecho Privado, 2a. ed., Madrid, 1957.

“En el último supuesto hay relación de causalidad; por ende, es pertinente verificar si hubo o no conocimiento a ella referidos”.³⁸

A nosotros nos parece acertada la crítica, y por ello nos sumamos a sus consideraciones.

II) *Conocimiento de los hechos que agravan la pena.* Al conocimiento de los hechos fundamentadores de la pena, se agrega el conocimiento de los hechos que agravan la pena, para la existencia del dolo. Se exceptúan los llamados delitos calificados por el resultado, en lo que concierne a la previsión del resultado que aumenta la penalidad. Para imponer la pena más grave es necesario conocer, por ejemplo, la cualidad de ascendiente (parágrafo 215); la cualidad de funcionario (parágrafo 340);³⁹ etc.

También en este punto surge la crítica de Olga Islas y Elpidio Ramírez, quienes dicen: “Al hablar Mezger de circunstancias de hecho que elevan la penalidad, en realidad está aludiendo a los elementos que, agregados al tipo fundamental o básico, hacen surgir el tipo especial cualificado o el tipo complementado cualificado. Estas impropriamente denominadas «circunstancias», que no tienen vida autónoma, únicamente adquiriendo relevancia dentro del marco del tipo especial o del complementado, como elementos de estos tipos. Si se les considera en relación al tipo fundamental, es indudable que no son sus elementos; pero se olvida, al hacerlo, que carece de sentido poner en juego al tipo básico. Si, en cambio, se les analiza en función del tipo especial o del complementado, no puede negarse que son sus elementos y que sin ellos no hay tipo especial ni complementado. En consecuencia, son elementos que, por pertenecer al tipo legal (especial o complementado), no agravan sino fundamentan la penalidad. En resumen: es inadecuado distinguir entre elementos y circunstancias, ya que en ambos casos se trata de elementos; asimismo, es incorrecto diferenciar entre fundamentación de la penalidad y agravación de ésta, pues los elementos del tipo especial o del complementado no agravan la penalidad de estos tipos, sino que la fundamentan. Debe hablarse, pues, en todos los casos, de *elementos* del tipo legal que *fundamentan* la penalidad”.⁴⁰

III) *La suposición errónea de hechos que excluyen la pena.* No existe dolo —sostiene Mezger— en el supuesto de que el autor admita erróneamente hechos que excluyen la pena. “El autor es exculpado, en lo que concierne a una responsabilidad a causa de

38 “El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal”, Revista de Derecho Penal Contemporáneo, Núm. 38, p. 34, mayo y junio, U.N.A.M., Facultad de Derecho, 1970.

39 Edmundo Mezger. Tratado de derecho penal, II, pp. 126 y 127, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.

40 “El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal”. Revista de Derecho Penal Contemporáneo, Núm. 38, pp. 34-35, mayo y junio, U.N.A.M., Facultad de Derecho, 1970.

un actuar doloso, cuando supone —incluso culpablemente, es decir, culposamente— la existencia de hechos que, de darse en realidad, producirían la consecuencia de excluir la pena... El dolo del autor aparece excluido exactamente lo mismo cuando el sujeto cree, por error, en la existencia de presupuestos de hecho concernientes a las *causas de exclusión del injusto*..., que cuando dichos presupuestos de hecho, que erróneamente admite, conciernen a las causas de exclusión de la culpabilidad".⁴¹

IV) *la suposición errónea de hechos que atenúan la pena*. Termina Mezger este capítulo del "conocimiento de los hechos" sosteniendo que la responsabilidad del autor que actúa con dolo, se circunscribe al precepto penal atenuado en los casos de suposición errónea de hechos que atenúan la pena. Por lo que, si el autor cree erróneamente en la existencia de una causa de atenuación, deberá aplicársele la ley más favorable. Cita como ejemplos el homicidio con demanda expresa del que desea morir (parágrafo 216); el infanticidio (parágrafo 217); etc.⁴²

b) *El conocimiento de la significación de los hechos*. Al abordar Mezger este segundo elemento del dolo, lo divide en dos categorías distintas: I) El conocimiento de la significación de los elementos normativos del tipo; y II) El conocimiento de la significación antijurídica de la acción.

I) *El conocimiento de la significación de los elementos normativos del tipo*. El actuar doloso —opina Mezger— exige conocimiento de la significación de los elementos normativos del tipo. Si los elementos típicos normativos son circunstancias de hecho que pertenecen también al tipo legal y cuya esencia reside en que su comprobación amerita un juicio valorativo del Juez, en consecuencia, el conocimiento de los elementos normativos requiere, además un conocimiento de la significación.⁴³

Olga Islas y Elpidio Ramírez sostienen que Mezger planteó un pseudo problema: "Si se piensa en la *castidad y honestidad* de la mujer, es una calidad del sujeto pasivo que existe o no existe como un hecho, al margen de que su conocimiento por el Juez se logre sólo mediante una valoración de índole cultural; y siendo un elemento de hecho, su conocimiento por el sujeto activo del delito no es conocimiento de la significación, sino conocimiento de los hechos fundadores de la pena".⁴⁴

41 Tratado de derecho penal. II, p. 136, Ed. Revista de Derecho Privado, 2a. ed., Madrid, 1957.

42 Tratado de derecho penal. II, p. 140, Ed. Revista de Derecho Privado, 2a. ed., Madrid, 1957.

43 Tratado de derecho penal. II, p. 109 y ss., Ed. Revista de Derecho Privado, 2a. ed., Madrid, 1957.

44 "El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal", Revista de Derecho Penal Contemporáneo, Núm. 38, pp. 36-37, mayo y junio, U.N.A.M., Facultad de Derecho, 1970.

II) *El conocimiento de la significación antijurídica de la acción.* En este punto sí trata el conocimiento de la significación antijurídica de la acción. La antijuridicidad es una característica del delito, que el sujeto debe conocer en el momento en que acciona dolosamente.

Este conocimiento de la significación ha de entenderse —dice Mezger— como una valuación paralela del sujeto en la esfera del profano. Mediante ella se caracteriza la acción como antijurídica. Por tanto, para la configuración del dolo, necesita el autor saber que hace algo prohibido.⁴⁵

Ahora bien, Cuello Calón, después de comentar las teorías de la voluntad y de la representación, explica que no es posible construir la noción del dolo con los conceptos de una u otra teoría, en forma aislada (voluntad o querer; representación o conocimiento), porque puede darse la voluntad sin la representación, así como la representación sin la voluntad. Por tanto, es necesario vincular los dos conceptos para obtener la noción del dolo. Así es como nos dice que dolo es “*la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito*”.⁴⁶

Dolo —dice Jiménez de Asúa— es “*la producción de un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica*”.⁴⁷

Edmundo Mezger, pensador destacado y sistematizador de los nuevos horizontes del derecho penal que anteceden al finalismo, define el dolo de la siguiente manera: “*Actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado*”.⁴⁸

45 *Tratado de derecho penal.* II, p. 155, Ed. Revista de Derecho Privado, 2a. ed., Madrid, 1957.

46 *Derecho Penal. Parte general,* I, p. 371, Editorial Nacional, 9a. Ed., 1961.

47 *La ley y el delito.* p. 365, 3a. ed., Ed Hermes, México, Buenos Aires, 1959.

48 *Tratado de derecho penal.* II, p. 102, Ed. Revista de Derecho Privado, 2a. ed., Madrid, 1957.

CAPITULO II

EL DELITO EN LA TEORIA DE LA ACCION FINALISTA

TEMARIO: 1) *La acción finalista.* 2) *Elementos de la acción:* a) *La voluntad finalista;* b) *La actividad o la inactividad.* 3) *El tipo:* A) *La parte objetiva;* B) *La parte subjetiva:* a) *El dolo;* b) *La culpa;* c) *Especiales elementos subjetivos.* 4) *La antijuridicidad.* 5) *La culpabilidad.*

1. LA ACCION FINALISTA.

A manera de ensayo en el presente estudio, nos limitaremos a exponer los lineamientos más elementales de la estructura de esta nueva corriente doctrinal.

Esta teoría descansa en cuatro conceptos fundamentales: la acción, el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad.¹

“La acción humana —afirma Hans Welzel— es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer «final» y no solamente «causal». «La finalidad», o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente. Actividad final es una actividad dirigida

1 La Teoría de la acción finalista, en el Derecho Penal, se inicia en el año de 1931, en Bonn Alemania. Su fundador, Hans Welzel, la expuso por primera vez en un artículo que denominó: *Kausalität und Handlung (Causalidad y acción)*. Más tarde, publicó un pequeño folleto: “La acción finalista”, que fué traducido al español, en 1951 en Argentina, por Carlos Fontán Balestra en colaboración con Eduardo Friker. La teoría aparece, también en su obra “*Derecho penal, Parte general*”, traducida y publicada en 1956, en Buenos Aires, Argentina, por Fontán Balestra. Otra obra importante publicó en Bonn, Alemania: “*El nuevo sistema del Derecho Penal*”, versión al castellano y notas por José Cerezo Mir; este último, discípulo del propio autor. Tiene Welzel otras obras, pero no son conocidas en México.

conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento".²

El hombre estructura su vida social dentro de la comunidad, mediante acciones finalistas. Estas toman dos direcciones: las que de algún modo benefician a la colectividad; por ejemplo: la construcción de edificios, carreteras, máquinas, etc. Estas son valoradas positivamente, pues el hombre, en estos casos, actúa meritoriamente; en consecuencia, sus acciones son "adecuadas a derecho". Las otras, son aquellas que lesionan los intereses de la comunidad (los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal), y son valoradas como "contrarias a derecho". Tales acciones son las que le interesan y son objeto de estudio del Derecho penal. Pero "el hombre no es únicamente un ser que actúa finalmente, sino también un ser moralmente responsable de sus acciones. El no puede, simplemente, proponerse fines arbitrarios y concretarlos en forma planeada, sino que también debe elegir antes estos fines, de acuerdo con su sentido y valor social".³

Se advierte que la acción final está fundamentada en la voluntad, consciente del fin y rectora del acontecer causal. La voluntad, en consecuencia, es el factor direccional que se encarga de configurar el *sucedere causal* externo, convirtiéndolo, por tanto, en una acción dirigida a la realización de un fin previamente concebido en la esfera del pensamiento.

Si la voluntad faltara en la acción, ésta quedaría destruida en su estructura —dice Welzel— y sería rebajada a un proceso causal ciego.

Ahora bien, la dirección final de la acción, al realizarse, se divide en dos fases: una, transcurre en el ámbito interno (el pensamiento), y la otra, en el medio externo (mundo real).

La primera se inicia con la anticipación del fin que el autor se propone realizar. Una vez trazado el fin por el autor, éste efectúa una operación de retroceso desde el objetivo final, de acuerdo con su saber causal, para seleccionar los medios idóneos (factores causales) para el logro del fin propuesto. Por otra parte, también debe tener en cuenta los efectos concomitantes que siempre van unidos a los factores causales previamente seleccionados para la consecución del fin que se propone realizar. La segunda fase consiste en la ejecución de la acción en el mundo *real*, conforme a un plan debidamente trazado. Si no consuma el fin propuesto en el mundo real, por cualquier circunstancia, la acción final sólo quedó intentada.

2 El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 25, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

3 Hans Welzel, Derecho penal. Parte general, pp. 35-36, Roque Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1956.

Las consecuencias *finalmente* producidas, son aquellas encuadradas dentro de la voluntad de realización. Los efectos concomitantes se realizan de una manera meramente causal.

Con base en la acción final, la teoría del delito ha cambiado no sólo en lo conceptual, sino en su estructura fundamental. La voluntad, como elemento rector de la acción final, abarca el dolo y la culpa; por tanto, ya no se define como el querer el movimiento corporal, sino, por el contrario, en los delitos dolosos es *querer apoderarse* de algo, *querer lesionar* o *privar* de la vida, etc. Consecuentemente, el dolo y la culpa se trasladan de la culpabilidad al lugar sistemático que precisamente les corresponde: a la acción.

De esta manera, la acción queda liberada, también, del *resultado material* y el *nexo causal*, elementos éstos con que los autores causalistas la habían gravado.

La culpabilidad, en consecuencia, deja de ser elemento subjetivo del delito, para convertirse justamente en un mero juicio de reproche personal (concepto valorativo).

2. ELEMENTOS DE LA ACCION.

a) *La voluntad finalista.*

Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever —asevera Hans Welzel—, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y dirigir, por consiguiente, éste, conforme a un plan, a la consecución del fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal.

Se advierte claramente que la voluntad consciente del fin, es el elemento fundamental e indispensable de la acción para la consecución del fin, preconcebido en la esfera del pensamiento del autor. La acción, sin el factor de la voluntad, dejará de ser acción final, para convertirse en un proceso causal ciego; por tanto, la acción, ni sería tal, ni sería final.⁴

En consecuencia, quedaría carente de sentido para el Derecho penal. Es, por ello, que la voluntad final es elemento constante e invariable de la acción. De esto se deduce que Hans Welzel tiene razón cuando afirma categóricamente que la finalidad es "vidente" y la causalidad "ciega".

Para probar su afirmación, cita su clásico ejemplo, estableciendo la diferencia entre un asesinato, por un lado, y un rayo mortal, por otro. En el asesinato —dice Welzel—, todos los actos están dirigidos en función del fin prefijado: la compra del arma,

4 El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, pp. 25-26, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

el acechar, apuntar, apretar el gatillo, etc.; mientras que en el rayo el resultado de muerte es la resultante ciega de los elementos causales existentes.⁵

La acción está constituida por dos elementos: el objetivo, integrado por factores causales externos, y el subjetivo, formado por la *voluntad*. Esta es el factor de dirección que determina el suceder causal externo, para transformarlo en acción dirigida al logro del fin preconcebido y planeado previamente en el mundo del pensamiento. Existe marcada diferencia entre finalidad y voluntariedad. *Voluntariedad* significa que los movimientos corpóreomusculares del autor no se dirigen a un fin típico. En cambio la *finalidad* va relacionada directamente con un resultado querido y, por tanto, planeado previamente.⁶ No hay acciones en sí, o en absoluto —dice Welzel—, sino sólo en relación con las consecuencias comprendidas por la voluntad de realización. Dicha relación tiene que ver con determinadas consecuencias producidas finalmente. Esto es lo que caracteriza a una acción final; por ejemplo: construir, escribir, matar, herir, etc.⁷

b) *La actividad o la inactividad.*

La acción es la base común a todas las formas delictivas —sostiene Reinhar Maurach—, porque todo delito es *acción*. . . Cubre tanto el delito comisivo como el omisivo, tanto los hechos punibles dolosos como los culposos. Por tanto, abarca el hacer corporal como el no hacer; y sirve de base al delito de comisión y al de omisión.⁸

Desde luego, la voluntad es el elemento rector de los factores causales que se ponen en movimiento dirigidos hacia un fin. Para lograr ese fin es necesario desplegar una *actividad*, o, en caso contrario, una *inactividad*. La dirección final de una acción no se ve, por otra parte, menoscabada, sino, al contrario, favorecida, por las circunstancias de que muchos de nuestros movimien-

5 Cfr. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 25, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

6 "La enfermera que sin sospechar nada, pone una inyección de morfina demasiado fuerte, de consecuencias mortales, realiza, sin duda, una acción final de inyectar, pero no una acción final de matar. —El que para ejercitarse, dispara contra un árbol, detrás del cual se encuentra un hombre— al que no vé —y mata a este hombre, hace sin duda un disparo final de entrenamiento, pero no realiza una acción final de matar. —Esta es la voluntariedad— en ambos casos, aclara Welzel, la consecuencia ulterior, no querida (la muerte), ha sido producida de un modo causal, ciego, por la acción final" (El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 28, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964).

7 Cfr. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, pp. 28-29, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

8 Cfr. Reinhar Maurach. Tratado de Derecho Penal, I, pp. 171 y 182, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

tos corporales se hayan hecho automáticos por su constante ejercicio.⁹

La acción, como base del delito, se compone de una voluntad y una manifestación de voluntad. La manifestación de voluntad se nos presenta, en el campo del derecho penal, en dos líneas: mediante actividad (movimientos corporales) dirigidos por la voluntad, o por una inactividad (reposo corporal). Valorativamente, la voluntad de acción es neutra, porque se trata de un mero proceso psicológico. Este es el fundamento para incluir en la acción todas aquellas conductas cuya actividad sea desplegada por el sujeto sin la dirección *libre* de su voluntad: hechos dolosos o culposos, ya sea por acción (conductas prohibidas), o por omisión «inactividad» (conductas ordenadas).

3. EL TIPO.

El tipo es una acción antijurídica, contenida en una figura legal, vinculada con el resultado. En su estructura contiene una parte objetiva. Hans Welzel lo define como "la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido, o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual".¹⁰

A) La parte objetiva.

La parte objetiva del «tipo», se basa en la descripción exhaustiva de la conducta prohibida en una disposición penal. Tanto en la norma como en el mismo tipo, el núcleo es el "bien jurídico", teniendo en cuenta que todo delito lesiona o pone en peligro de lesión al bien.

Ahora bien, en la estructura del delito, a la acción se le considera como presupuesto; en cambio, desde el punto de vista dogmático, el tipo ocupa la posición central de dicha estructura, por su función definidora de lo punible.¹¹

Tipo —afirma Maurach— «es la terminante descripción de una determinada conducta humana antijurídica. El tipo es, por lo tanto, en primer lugar, *acción* tipificada por la Ley en una figura legal. Debe comprender pues las características integrantes de la esencia de la acción: *voluntad* dirigida en una determinada dirección, y *manifestación de esta voluntad*».¹²

Es oportuno señalar que para localizar el injusto penal de una acción, es necesario considerar el resultado, cuyo lugar está

9 Hans Welzel. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, p. 29, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

10 *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, p. 47, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

11 Reinhart Maurach. *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 249, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

12 *Tratado de Derecho Penal*. I, p. 267, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

en el tipo. Asimismo, el nexo causal es el límite entre la acción y el resultado, es decir, es el puente que sirve de unión a la acción con el resultado. Se advierte que este es uno de los avances que dio el finalismo en relación con las teorías causalistas, las cuales, tanto al resultado como al nexo causal los ubicaron en la acción.

Maurach nos dice, con razón, que es la Constitución la que nos da la fundamentación para la creación de los tipos penales; por ello, se encuentra aquélla íntimamente vinculada con éste (el tipo). En consecuencia, el tipo cumple dos funciones: representa, por un lado, la limitación del poder punitivo del Estado (función de garantía), y, por otro, la base del delito (función fundamentadora). Agrega Maurach que "el tipo es siempre «tipo legal»; ... tan sólo la Ley escrita es fuente del tipo. El tipo es, a la vez, la *lex* del principio *nulla poena sine lege*".¹³

En otro apartado, refiriéndose específicamente a la *función fundamentadora del tipo*, señala que "el tipo legal es punto de partida del examen judicial del caso. Este examen se lleva a cabo según un proceso, gracias al tipo, sumario, dotado a la vez de todas las garantías de seguridad jurídica. El tipo comprensivo de acciones antijurídicas permite separar el injusto punible. Desde el punto de vista positivo, permite formular un juicio, en todo caso sólo provisional, de la antijuricidad del proceso. Proporciona, como se dice tradicionalmente, un indicio, una presunción *juris tantum* de la antijuricidad".¹⁴

Sin duda, el autor vincula el tipo a la Constitución, como Ley fundamental que limita al Estado en determinado marco para legislar en materia penal; es decir, el Estado no puede ni debe legislar a su arbitrio; es lo que denomina función de garantía. Por otra parte, es el tipo el que describe y precisa en cada figura delictiva la conducta *prohibida* o *exigida*, por que si no hay tipo tampoco puede haber conducta delictiva.

B) La parte subjetiva.

La parte subjetiva del tipo se integra por el dolo, la culpa y los especiales elementos subjetivos. Cada uno de ellos situado en su propio campo. En esta nueva corriente doctrinal, el dolo es trasladado de la culpabilidad a la acción y al tipo. Por tanto, deja de ser objeto de valoración más la valoración, como los autores causalistas lo habían considerado, ubicándolo en la culpabilidad. Ahora, es únicamente objeto de valoración.

¹³ Tratado de Derecho Penal. I, p. 265, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

¹⁴ Reinhart Maurach. Tratado de Derecho Penal. I, p. 265, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

a) *El dolo.*

Como se advierte, el tipo no se limita sólo a describir la conducta típica (manifestación de voluntad y resultado) "objetiva", perceptible en el mundo exterior, sino que abarca la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución del tipo del delito.¹⁵

Es evidente que el delito doloso es el punto de partida y pilar fundamental del delito. Con base en aquél, la tentativa no es más que el propósito doloso frustrado del autor, el cual no se consumó por causas ajenas a su voluntad finalista; sin embargo, el hecho no deja de ser delito, en grado de tentativa. Por otra parte, el hecho punible culposo —dice Maurach— es una variedad del delito, punible algunas veces por razón de su injusto.

Ahora bien, la parte objetiva del tipo no es más que la objetivización de la voluntad integrante del dolo, consciente de las características del producir interno del autor. Es, pues, la acción la que constituye el presupuesto común a delitos dolosos y culposos, ya que la acción humana —dice Welzel— es ejercicio de actividad final; por tanto, acción es suceso «final» y no precisamente causal.

El dolo, como elemento básico de la parte subjetiva, se integra por la finalidad proyectada a la realización del tipo objetivo. Es por eso que el dolo será una especie de finalidad. Aquí se advierte que la finalidad corresponde a la estructura de la acción; en consecuencia, como el tipo configura acciones, será en éste donde se incluya el dolo. Este es el razonamiento obtenido por los finalistas para excluir el dolo de la culpabilidad, trasladándolo al tipo.

Juan Córdoba Roda, a este respecto, expone el finalismo así: "la identidad del concepto de acción en las conductas dolosas y en las culposas, es evidente. Tanto el comportamiento doloso como el imprudente presuponen una acción. El delito culposo se aparta del doloso en el ámbito del tipo. Mientras que el tipo objetivo integrado por el suceso externo causal, es idéntico en toda clase de delitos, en el sector subjetivo la situación se presenta de modo distinto. En los hechos dolosos la finalidad de la acción se dirige al resultado típico, pasando a recibir la denominación de «dolo»; en los culposos, la finalidad apunta a un resultado determinado, pero no tipificado. Del hecho de que el autor haya llevado a cabo una acción arriesgada causante de un resultado típico, no cabe extraer a un juicio de reproche alguno".¹⁶

El mismo autor, al examinar la finalidad y el dolo, los equipara, afirmando que lo único que los distingue es la tipificación

15 Cfr. Reinhart Maurach. *Tratado de Derecho Penal*. I, p. 268, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

16 *Una nueva concepción del delito*. La doctrina finalista, pp. 49-50, Ediciones Ariel, Barcelona, 1963.

del resultado a que tiende; *intrinsecamente* —dice— *dolo y finalidad coinciden*.¹⁷

Los finalistas construyen su concepto de dolo con dos elementos: el intelectual (conocer) y el volitivo (querer). El conocimiento de la ilicitud, por ser de naturaleza valorativa, no pertenece al tipo. Es, por ello, que si el dolo es de naturaleza puramente psíquica, los elementos que lo han de integrar son psíquicos. De acuerdo con lo examinado, Welzel nos define el dolo como "*el conocimiento y querer de la concreción del tipo*".¹⁸ Reinhart Maurach, por su parte, nos da la siguiente definición: "*el dolo, conforme a la fórmula más universal, es el querer, regido por el conocimiento, de la realización del tipo objetivo*".¹⁹ Este autor, al referirse al dolo, hace hincapié en que el dolo es la parte subjetiva del tipo, pero al mismo tiempo señala que pueden concurrir otras características subjetivas de acuerdo con la estructura del tipo de la particular infracción. A continuación, tomando como base el dolo relaciona la acción con la parte objetiva del tipo, y nos dice: "la parte objetiva del tipo no es más que el enlace de una acción, determinada por la Ley, a un resultado determinado asimismo por la ley; el dolo se presentará, referido a la teoría de la acción, como la *voluntad de la acción dirigida al resultado*, sustentadora de esa acción. En el delito doloso, voluntad de acción y dolo son idénticos; el dolo no es más que la *finalidad* dirigida a la realización del tipo objetivo".²⁰

Teniendo en cuenta este elemento subjetivo, determinante para el derecho penal, las normas no pueden tener otro objeto que la regulación de la conducta final, ya que el derecho no puede ordenar o prohibir meros procesos causales. La función esencial de la resolución de la voluntad es la dirección y configuración en el tipo; así, el dolo será factor configurador de la acción, y con ello, del tipo objetivo. De tal suerte que estaremos frente a una tentativa, cuando la resolución de la voluntad del autor dirija una acción a la producción de un resultado delictivo; entendida así la tentativa, llevaría consigo la necesidad de la inclusión del dolo en el tipo de injusto de los delitos dolosos. Nos bastará citar un ejemplo para que se vea más clara la idea: A quiere matar a B, pero en el momento de hacer el disparo le pega en una región del cuerpo que sólo le produce lesiones. En este caso, el Ministerio Público no acusará del delito de lesiones, si sabe que A lo que quería era matar a B, sólo que los factores causales fueron mal dirigidos; por tanto, el delito representado no se consumó. Sin embargo, estamos frente al dolo de homicidio.

17 Juan Córdoba Roda. *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, p. 78, Ediciones Ariel, Barcelona, 1963.

18 *Derecho Penal. Parte general*, p. 74, Ed. Roque Depalma, Buenos Aires, 1956.

19 *Tratado de Derecho Penal*. I, p. 302, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

20 Reinhart Maurach. *Tratado de Derecho Penal*. I, pp. 302-303, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

El Ministerio Público debe consignar por el delito de homicidio en grado de tentativa. Los causalistas dirían, atendiendo al nexo causal y al resultado, que se trata del delito de lesiones, porque no sólo se olvidan del contenido de la voluntad, sino que la destruyen según dicen los finalistas. Esta es una de las ventajas que aporta la teoría de la «acción final», en tanto que atiende al actuar doloso que precede al hecho para determinar su magnitud.

Para evitar confusiones, Maurach señala que “el dolo no comprende el conocimiento de la antijuricidad. El carácter doloso del actuar no resultará influido por la circunstancia de que el autor no haya conocido la prohibición de la norma. El actuar continúa siendo doloso aun cuando el sujeto, por el correspondiente esfuerzo de su conciencia, hubiera podido conocer lo ilícito de su hacer”.²¹

Al referirse a la composición del dolo, Maurach categóricamente nos dice: “puesto que *dolo y voluntad de acción* son equivalentes, para la composición del dolo rige lo mismo que para el proceso de formación de la voluntad. Una conducta sin el soporte de la *voluntad de acción* no constituye conducta dolosa alguna. movimientos reflejos, conductas llevadas a cabo en estado de total inconsciencia, así como el comportamiento corporal obtenido de modo mecánico por la *vis absoluta*, no son acciones. En estos movimientos y conductas no se plantea pues la cuestión referente al dolo”.²²

En otro apartado, Maurach se ocupa de examinar su propia definición de dolo, y al referirse al primer elemento (*querer*), expone que “el dolo, según la definición más universal, es el querer del resultado típico. Este *querer* no es ni un proceso sin presupuestos, ni un proceso uniforme. Un querer carente de presupuestos constituye, no dolo, sino instinto. *Querer* presupone, en cierta medida, *conocer*. Si el autor quiere realizar un perjurio debe conocer el hecho verdadero, derivándose el querer del conocer. Quien roba sabe que toma una cosa ajena. El dolo presupone pues un cierto grado de conocimiento real”.²³

El mismo autor completa su exposición diciendo que, en sentido estricto, el dolo no constituye un concepto uniforme. Afirmar que el conocer se identifica con el querer, resultaría absurdo. Ejemplo: el ladrón sabe que la cosa es ajena; él no quiere que sea ajena; preferiría que fuera propia, para empeñarla. Ello conduce, dice Maurach, a reconocer que no todo lo que el autor acoge en su dolo y realiza, es querido por él. Cita otro ejemplo: el autor de un robo quiere obtener el dinero: el pensamiento de que debe matar al propietario le es del todo penoso; «en su representación se mezcla conjuntamente lo grato, lo indi-

21 Tratado de Derecho Penal. I, p. 306, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

22 Tratado de Derecho Penal. I, pp. 308-309, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

23 Tratado de Derecho Penal. I, p. 311, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

ferente y lo ingrato». Está, sin embargo, dice Maurach, justificado hablar, también en estos casos —que integran la inmensa mayoría de los hechos punibles dolosos—, de un querer, esto es, de un dolo...²⁴

b) *La culpa.*

La culpa es otro de los elementos subjetivos del tipo, que por mucho tiempo estuvo situado junto con el dolo en la culpabilidad. Son los finalistas los que se encargan de trasladarlo al tipo subjetivo. Hans Welzel, padre de la teoría, fundamenta la culpa en *el desvalor de la acción*. Explica, en relación con la teoría de la acción causalista, que “el elemento esencial de lo injusto de los delitos culposos no consisten en el resultado causado, sino en la forma de ejecución de la acción emprendida; ... *con el desvalor de la acción queda fundamentado ya completamente lo injusto material de los delitos culposos*, mientras que el resultado producido lleva a cabo solamente una «selección» dentro de él, en relación con su punibilidad...”.²⁵ “La estructura concreta de la acción —agrega— pasa a ocupar también con ello, el centro de la relevancia jurídica en los delitos culposos. Así como en los delitos dolosos la tentativa fue el escollo en que fracasó la doctrina de la acción causal, en los delitos culposos

24 Cfr. *Tratado de Derecho Penal*. I, p. 311, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

25 “Welzel acentúa aquí excesivamente, la importancia del desvalor de la acción. Con éste queda ya constituido, según él, lo injusto de los delitos culposos. El resultado causado pertenece al tipo de lo injusto, pero cumple sólo una función de selección dentro de las conductas antijurídicas desde el punto de vista de la punibilidad. Esta restricción de la punibilidad puede obedecer, según Welzel, a razones de practicabilidad y sobre todo al sentimiento irracional «de que la cosa no era tan grave, cuando todo ha terminado bien»... No cabe duda de que con la falta de observancia del cuidado objetivamente debido queda infringida ya plenamente la norma de los delitos culposos. Esta norma no puede ser una prohibición de causar un determinado resultado, sino un mandato de observar el cuidado necesario en el tráfico para evitar la lesión del bien jurídico. Toda conducta que infrinja este mandato es ya, sin duda, antijurídica, pero con ello no ha quedado todavía constituido plenamente lo injusto material del delito culposo. Si lo injusto material de los delitos culposos quedara ya plenamente constituido con el desvalor de la acción, no se explicaría por qué se exige que la lesión del bien jurídico sea precisamente consecuencia de la falta de observancia del cuidado objetivamente debido. Debería bastar con que existiera un vínculo causal entre el resultado y la acción antijurídica. El resultado aparecería entonces como una condición objetiva de punibilidad y no pertenecería al tipo. La exigencia de que la lesión del bien jurídico sea consecuencia de la inobservancia de la norma, no sólo justifica la inclusión del resultado en el tipo de lo injusto, ... sino que es, una prueba de que sólo cuando se añade al desvalor de la acción el desvalor del resultado queda plenamente **constituido lo injusto de los delitos culposos**” (Hans Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, p. 18, nota de pie de página, de Juan Cerezo Mir, Ediciones Ariel, Barcelona, 1984).

fracasa en el *desvalor de la acción*, que se determina en función del cuidado objetivo".²⁶

Se advierte, con lo anterior, que al concepto del injusto, en la culpa, los finalistas lo enfocan precisamente al desvalor de la acción. Este desvalor deriva de la acción desplegada por el autor con un fin atípico, no habiendo *observado* el cuidado objetivo necesario, materializándose en la lesión o destrucción del bien jurídico.

Welzel, al iniciar el capítulo de los delitos culposos, expone que "los delitos culposos se basan también en que la acción humana es una obra: la voluntad que partiendo del fin, selecciona los medios de la acción, necesarios para la consecución del mismo, tiene que atender también en la selección y utilización de los medios a las consecuencias que éstos puedan producir, junto al fin o en su lugar. En este punto interviene el ordenamiento jurídico y *ordena* que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia (no querida) la lesión de un bien jurídico, se observe «el cuidado necesario en el tráfico» para evitar dichas consecuencias. El contenido decisivo de lo injusto de los delitos culposos consiste, por ello, en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico. Consiste, sobre todo, en el *desvalor de la acción*, mientras que el desvalor del resultado producido (la lesión o el peligro de un bien jurídico) tiene sólo una significación restrictiva, delimitadora, al destacar entre las conductas que no responden al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el Derecho penal".²⁷ Juan Cerezo Mir, a este respecto, comenta: "El desvalor de la acción es, sin duda, el desvalor esencial del delito culposo, pues la causación del resultado es sólo antijurídica si se produce como consecuencia de la falta de observancia del cuidado debido. El resultado (lesión o peligro del bien jurídico) no es, sin embargo, a mi juicio, un elemento meramente adicional o restrictivo, sino *constitutivo* de lo injusto de los delitos culposos".²⁸

Toda acción que no responde al cuidado debido —dice Welzel—, infringe, sin duda, la norma, independientemente de que se materialice o no en un resultado, pero sólo al materializarse en resultado adquiere relevancia para el derecho penal.

La producción del resultado —asevera Welzel— tiene que ser consecuencia necesaria de la *falta de observancia* del cuidado debido. El tipo exige una relación de la producción del resultado

26 El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, pp. 18-19, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

27 El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 69, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

28 Hans Welzel. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 35, nota de pie de página de Juan Cerezo Mir, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

y la falta de observancia del cuidado debido. De esto se deduce que no todas las acciones que realiza el hombre están prohibidas, sino únicamente aquellas en que el derecho *ordena la observancia* del cuidado objetivo debido. En caso de la *no observancia*, se estará frente a una violación de deber jurídico-penal; en consecuencia, estaremos en presencia de un delito culposo.²⁹

Adviértase que los causalistas contemplan el injusto penal en el desvalor del resultado (la lesión o destrucción del bien); muy diferente a los finalistas, que lo incorporan, con lógico proceder, en el *desvalor de la acción*.

c) *Especiales elementos subjetivos.*

El tipo abarca, en su parte subjetiva, el dolo como elemento sustancial, dirigido a la realización de la parte objetiva de éste, vinculando las **características objetivas** del mismo; además, comprende los especiales motivos, tendencias e intenciones del autor que caracterizan el hecho.³⁰

Los especiales elementos subjetivos del autor, se incluyen en el tipo como elementos subjetivos del injusto o características objetivas del tipo —escribe Maurach—. Estas características no se presentan en todos los delitos, sino en algunas familias, especialmente en los llamados delitos de motivo, tendencia e intención. No se puede formar el tipo —dice Maurach— si se renuncia a la función constitutiva de las características subjetivas.

Estas características se presentan especialmente en las familias de los delitos sexuales, de los que citaremos, entre los más comunes, el aborto e infanticidio con móviles de honor. En estos delitos, además de querer abortar y de querer matar al infante, existen especiales motivos subjetivos en la madre que la impulsan a configurar el tipo, esto es, la honra, el pudor, etc.

4. LA ANTIJURICIDAD.

El tipo, la norma y la antijuricidad, dada su ubicación, forman una zona común en el tipo.

“El tipo en una figura *conceptual*, que describe formas *posibles* de conducta humana. La *norma* prohíbe la realización de estas normas de conducta. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibida (por ejemplo, la acción de matar a un hombre), esta conducta real entra en

29 Véase *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, p. 76, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

30 Cfr. Reinhart Maurach. *Tratado de Derecho Penal. I*, pp. 268-269. Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva «el carácter contrario a la norma» de la conducta”.³¹

No podemos perder de vista que toda realización del tipo de una norma prohibitiva es contraria a la norma, pero no es siempre *antijurídica*; pues el ordenamiento jurídico no se compone sólo de *normas*, sino también de *preceptos permisivos* (“autorizaciones”). Ejemplo: A que mata a B, en legítima defensa o en caso de guerra. La interferencia del precepto permisivo impide que la norma general (abstracta) se convierta en deber jurídico concreto para su autor. En este caso, como en muchos otros análogos, la realización del tipo de una norma prohibitiva es jurídica.³²

De lo anterior se desprende que la antijuridicidad es “la contradicción de la realización de un tipo con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no sólo con una norma aislada)”.³³

Welzel, con mucho acierto, afirma que “no hay tipos antijurídicos, sino sólo realizaciones antijurídicas del tipo”.³⁴

Cuando se dice que la antijuridicidad es un “juicio desvalorativo” de la conducta típica, se está usando una expresión que encierra un contenido metafórico —dice Welzel—, porque el sujeto de este juicio, no puede ser ningún individuo (ni siquiera el juez), sino el propio ordenamiento jurídico. El juez, lo más que podría hacer sería repetir el juicio desvalorativo de la antijuridicidad del ordenamiento jurídico. Este concepto constituye una unidad de elementos del mundo externo (aspecto objetivo) y anímicos (subjetivos).³⁵

Es frecuente que antijuridicidad e injusto se usen como sinónimos; en general, no es perjudicial, comenta Welzel. Sin embargo, precisa aclarar esto, para evitar confusiones. Cada una de las conductas prohibidas, al realizarse en forma unitaria, configuran el tipo (esa conducta antijurídica es el injusto). En cambio, la antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta, y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico.

5. LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad, en los postulados de la teoría finalista, debe ser un concepto psicológico para convertirse en un juicio valorativo. El dolo y la culpa, conceptuados por mucho tiempo

31 Hans Welzel. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 46, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

32 Cfr. Hans Welzel. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, pp. 46-47, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

33 Hans Welzel. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 47, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

34 El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 47, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

35 Cfr. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, pp. 47-48, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

por los teóricos causalistas como especies o formas de la culpabilidad, son situados por los finalistas en la acción y en el tipo como elementos subjetivos. En la culpabilidad se ubican la *imputabilidad*, la *posibilidad del conocimiento del injusto* y la *conducta adecuada a la norma*, considerados como elementos valorativos. La culpabilidad sólo es reproche. Hans Welzel y Reinhart Maurach son los encargados de abordar el tema. El primero, lo plantea y resuelve de manera incompleta; el segundo, con mayor visión profundiza y le da un enfoque de mayor amplitud.

La culpabilidad, como elemento superior del delito, presupone a los anteriores en el orden escalonado en que están colocados; así tenemos la antijuricidad, el tipo, y la acción; esta última como presupuesto del delito. Esto obedece a que sólo una acción típica y antijurídica puede ser culpable.

Culpabilidad —dice Hans Welzel— es reprochabilidad de la resolución de la voluntad, porque la realización de la voluntad no es como espera objetivamente el Derecho que sean las acciones en el ámbito social. El autor habría podido adoptar, en lugar de la resolución de la voluntad antijurídica —tanto si va dirigida dolosamente a la realización del tipo, como si no responde a la medida mínima exigida de dirección final (culposamente)— una resolución de voluntad *conforme con la norma*.

La culpabilidad, pues, encierra una doble relación: la acción del autor, que no es como la exige el Derecho, aunque el autor podía haberla realizado de acuerdo con la norma. “En esta doble relación, del no *deber* ser jurídica por *poder* ser jurídica, consiste el carácter específico de reproche de la culpabilidad. Si la antijuridicidad es el simple juicio desvalorativo de que la acción no es como debía haber sido de acuerdo con el Derecho, sin tener en cuenta si el autor habría *podido* satisfacer las exigencias jurídicas, el juicio desvalorativo de la culpabilidad va aún más allá y hace al autor el reproche personal de no haber actuado correctamente a pesar de haber *podido* obrar conforme a la norma. Y al ser sobre todo la *voluntad* de la acción, aquello por lo que el autor hubiera podido dirigir su conducta de acuerdo con la norma, el objeto primario de la reprochabilidad será la voluntad y sólo a través de ella también la totalidad de la acción”.³⁶ Por tanto, culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad, porque sólo aquello que depende de la voluntad del hombre puede serle reprochado como culpable. La culpabilidad es, por ende, un concepto *valorativo* negativo y, por tanto, un concepto graduable. Esto es, que la voluntad tiene una culpabilidad mayor o menor, más o menos *culpable*; pero ella misma no es la culpabilidad.

36 Hans Welzel. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. p. 79, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

La ciencia y la jurisprudencia alemanas están de acuerdo —asevera Reinhart Maurach— en que la *esencia* de la culpabilidad es un *reproche*. Las diferencias aparecen cuando se ocupan del *contenido*. Esencialmente, afirma el autor, “culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al autor el que no ha actuado conforme a Derecho, el que se ha decidido en favor del injusto, aun cuando podía comportarse en favor del Derecho”.³⁷

Se advierte que la primera auténtica estructura normativa de la culpabilidad es la de los finalistas, que desplazan al dolo de la culpabilidad, para situarlo en el tipo. Esto da lugar a que en el campo del tipo, los delitos dolosos se diferencien de los culposos. En consecuencia, permite estructurar la culpabilidad de los delitos culposos de manera distinta a la de los delitos dolosos.

La culpabilidad, para constituir reproche personal de una acción *antijurídica*, necesita de tres elementos: a) la *imputabilidad*: capacidad de autodeterminación libre, para actuar conforme a sentido. Este elemento es considerado como presupuesto del juicio de reproche; b) la posibilidad del conocimiento del *injusto*, el cual, a su vez, se forma con elementos intelectuales: a) la posibilidad de que el autor haya conocido o podido conocer circunstancias pertenecientes al tipo, b) la posibilidad de conocer, también, la *antijuridicidad*; c) la *exigibilidad* de la conducta adecuada a la norma. Este último necesita del elemento volitivo; es decir, el contenido de la reprochabilidad consiste en que el autor debía y podía adoptar una resolución de voluntad conforme con el Derecho en lugar de la resolución de voluntad *antijurídica*.

La diferencia fundamental entre la realización *dolosa* y la no *dolosa* del tipo, que se acusa ya en la tipicidad y en lo injusto de las dos clases de delitos, se mantiene en el plano superior del concepto del delito, es decir, en la culpabilidad. Los elementos de la reprochabilidad son también fundamentalmente diversos según que se trate de una realización dolosa o no dolosa, contraria al cuidado debido, del tipo.³⁸

En los delitos *dolosos* el dolo es un elemento del tipo subjetivo y queda, por ello, constatado una vez que se conoce la tipicidad de la acción. En la culpabilidad se examina la medida de la *reprochabilidad personal* del dolo y de los demás elementos subjetivos del tipo (intenciones, etc.). ¿Hasta qué punto le puede ser reprochado personalmente al autor el dolo? Esta pregunta no afecta sólo a los elementos subjetivos de un hecho descritos en un *tipo legal*, sino a todas las circunstancias que han influido

37 Tratado de Derecho Penal. II, p. 14, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

38 Hans Welzel. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, pp. 100 y 101, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

en la adopción de esta decisión; en esta situación, por consiguiente a todas las circunstancias externas e internas que han influido en la decisión concreta, en el momento concreto.³⁹

“Sólo cuando se advierte que no es el dolo, como tal, sino la reprochabilidad del dolo, la que plantea el problema decisivo de la culpabilidad, es posible delimitar correctamente y comprender cuan grande es el número de los criterios decisivos para la culpabilidad. Mientras se considere, al contrario, como hacen los defensores de la doctrina de la acción causal, que el dolo es «el» elemento subjetivo de la culpabilidad, tiene que existir una laguna entre el concepto dogmático de la culpabilidad, como carácter del delito, y el concepto de la culpabilidad de la medición de la pena: mientras que el concepto dogmático de la culpabilidad queda reducido al dolo en la medición de la pena surgen, de repente, elementos de la culpabilidad que no pertenecen al dolo”.⁴⁰

Hans Welzel, al referirse a la teoría tradicional, en relación con el dolo, nos dice que “la teoría del dolo no advierte que el dolo no es una *parte integrante*, sino el *objeto* del reproche de la culpabilidad y que, por ello, pertenece ya a la acción y al tipo de lo injusto, mientras que la conciencia de la antijuridicidad es sólo un elemento de la reprochabilidad. La conciencia de la antijuridicidad no es algo que se le reproche al autor, sino la razón por la que se le reprocha el dolo. Al autor se le reprocha su resolución de voluntad *antijurídica* porque podía conocer su antijuridicidad y, por consiguiente, omitirla. De ahí se deduce que el conocimiento de lo injusto no es un elemento del dolo, sino sólo de la reprochabilidad. Al autor se le ha de reprochar el dolo en la medida en que podía actualizar la conciencia de la antijuridicidad y convertirla en un contramotivo determinante del sentido”.⁴¹

En seguida, haciendo referencia al mismo punto, dice que “la teoría del dolo desconoce que el hombre tiene la responsabilidad de la corrección de su decisión, en la medida de su capacidad de conocimiento ético-social. Por ello se le ha de reprochar su resolución de voluntad antijurídica no sólo cuando conocía su antijuridicidad, sino también cuando podía conocerla... La teoría del dolo restringe este concepto de la culpabilidad: la mera creencia subjetiva del autor en la juridicidad de su conducta debe liberarle de toda culpabilidad (mientras no esté sancionada con pena la comisión culposa del hecho). La teoría de la culpabilidad se basa en el *principio de la responsabilidad*, según el cual el hombre es responsable de la juridicidad de sus decisio-

39 Hans Welzel. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 101, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

40 Hans Welzel. El nuevo sistema del derecho penal, Una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 102, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

41 El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 107, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

nes, dentro de los límites de su capacidad de conocimiento ético-social; la teoría del dolo se basa, en cambio, en el *principio del conocimiento*, según el cual sólo le puede ser reprochado al hombre el contenido antijurídico de su decisión, si conoce su antijuridicidad".⁴²

Ahora bien, la teoría de la culpabilidad define a ésta, de una manera unitaria, como reprochabilidad y no como evitabilidad; atendiendo, desde luego, a la ubicación del dolo en la propia culpabilidad. Los causalistas, de ahí deducen su teoría del error, como *error de hecho*. En cambio, la teoría de la acción finalista, de un modo dual enfoca el error al tipo y a la culpabilidad, como error de tipo y error de prohibición respectivamente. En el primero excluye el dolo, dando lugar a una atipicidad; en la segunda se excluye la culpabilidad.

42 Hans Welzel. El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, p. 108, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

CAPITULO III

EL TIPO EN EL MODELO LOGICO DEL DERECHO PENAL

TEMARIO: 1. *Esquema de la ciencia del derecho penal:* A) *Teoría de la ley penal;* B) *Teoría del delito;* C) *Teoría de la pena.* 2. *El tipo:* A) *Su conceptualización;* B) *Clasificación de sus elementos.* 3. *Elementos del tipo:* A) *El deber jurídico penal;* B) *El bien jurídico;* C) *El sujeto activo;* D) *El sujeto pasivo;* E) *El objeto material;* F) *El Kernel;* G) *La lesión o puesta en peligro del bien jurídico;* H) *La violación del deber jurídico penal.*

1. ESQUEMA DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL.

Son conceptos jurídicos fundamentales, comunes a todas las ramas del Derecho: el *precepto*, la *sanción* y la *responsabilidad*. Al situarnos en el campo de la disciplina jurídico-penal, elevada a la categoría de ciencia, a esos conceptos les aplicamos un proceso de especificación semántica, para convertirlos en: *tipo*, *punibilidad* y *culpabilidad*. La relación íntima e invariable que mantienen estos conceptos, permite derivar de ellos diversas proposiciones lógico-jurídicas; y de estas últimas, finalmente, se obtiene el esquema de la ciencia del derecho punitivo. Este esquema se integra con la teoría de la ley penal, la teoría del delito y la teoría de la pena y medidas de seguridad.

A) *Teoría de la ley penal.*

De acuerdo con los postulados de esta novísima investigación, la teoría de la ley penal tiene como componentes el tipo y la punibilidad.¹ Es, por ello, que será en este lugar donde expondremos ambos conceptos.

La norma jurídico penal, del mismo modo que otras normas jurídicas, está dotada de las características de generalidad, abstracción y permanencia.

¹ Véase Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho penal*, pp. 15 y ss., Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

Adviértase que el tipo y la punibilidad se localizan indisolublemente vinculados, integrando la teoría de la ley penal; por lo mismo, ambos conceptos poseen los mismos caracteres de la ley penal.

Cabe señalar la diferencia entre la teoría de la ley penal y la norma jurídico-penal. Una, forma un capítulo de la *ciencia* del derecho penal; la otra, es el *objeto* que aquélla estudia. La norma contiene las características ya anotadas; la teoría de la ley responde a las propiedades de *Universalidad y Validez*.²

B) *Teoría del delito.*

La estructura lógica cerrada del modelo que estudiamos, revela que la unión del *tipo* y la *culpabilidad* nos ubica en la teoría del delito, cuyo objeto de estudio es el *delito* en ambos aspectos: positivo y negativo. La diferencia entre los dos universos conceptuales: delito y teoría del delito es obvia. El delito es un hecho, que se traduce en un concepto particular, concreto y temporal, cuya estructura está integrada por elementos del mundo fáctico encuadrados en el tipo, así como un específico grado de culpabilidad determinado por el ejercicio de la libertad y los reductores de ésta. La teoría del delito es un capítulo de la *ciencia* del derecho punitivo, y sus caracteres son iguales a los de la teoría de la ley penal: *universalidad y validez*. Por tanto, resulta incongruente e inoperante mezclar los elementos del tipo con los elementos del delito.³

C) *Teoría de la pena.*

La unión de punibilidad y culpabilidad nos dá precisamente la teoría de la pena, la cual forma un capítulo de la ciencia del derecho penal; por lo tanto, debe satisfacer las propiedades de universalidad y validez. Su objeto de estudio es la *pena*, cuyo aspecto negativo son las excusas absolutorias. La pena tiene como propiedades la concreción, la particularidad y temporalidad, que la distinguen de la punibilidad.

2. *EL TIPO*

A) *Su conceptualización.*

El tipo es un concepto constante e invariable, que genera información para construir la *teoría de la ley* y la *teoría del delito*, y ubicarlas en la estructura del derecho penal. Este concepto desempeña dos funciones fundamentales:

2 Véase Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, pp. 21-22, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

3 Véase Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 22, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

a) Una función de garantía: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*; y

b) Una función fundamentadora: la dogmática jurídico penal deberá tener como soporte al tipo.

Esta nueva estructura incluye tres niveles de conceptualización del tipo: a) El tipo; b) El Tipo de Tipo; c) El Tipo típico.

a) El *Tipo* es uno de los tres predicados invariantes del derecho penal.

b) El *Tipo de Tipo* es un concepto que corresponde a cada una de las estructuras derivadas del tipo.

Aclaran los autores que "estas estructuras han de incluir, obviamente, todos los subconjuntos considerados en el tipo, aunque, por definición, tales subconjuntos varíen de uno a otro tipo de tipo".⁴

c) El *Tipo típico* es la figura legal descrita por el legislador y plasmada en alguna parte del Código penal; por tanto, es un concepto de derecho positivo.

Funcionalmente, tipo es una clase de subconjuntos, necesarios y suficientes, que garantizan al bien jurídico.⁵

Estructuralmente, el tipo es una clase definida en el derecho penal y caracterizada por los siguientes subconjuntos:

- a) El deber jurídico;
- b) El bien jurídico;
- c) El sujeto activo;
- d) El sujeto pasivo;
- e) El objeto material;
- f) El Kernel;
- g) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico;
- h) La violación del deber jurídico.

Añaden sus autores: "Estos subconjuntos, considerados en su totalidad (o sea el tipo), incluyen todos los elementos de cualquier figura legal establecida en cualquier ordenamiento penal; en consecuencia, su validez no está limitada en el marco del tiempo o del espacio. Dicho de otro modo: tiene validez universal".⁶

B) *Clasificación de sus elementos.*

Los elementos que integran el tipo se clasifican en *descriptivos*, así como *descriptivos y valorativos*.

4 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 33 Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

5 Véase Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 30, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

6 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, pp. 30-31, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

Los descriptivos son aquellos que constituyen el objeto de valoración dada típicamente por el legislador, y son los siguientes:

- a) El bien jurídico;
- b) El sujeto activo;
- c) El sujeto pasivo;
- d) El objeto material;
- e) El Kernel, integrado por:
 - a') La voluntad dolosa o la voluntad culposa;
 - b') La actividad o la inactividad;
 - c') El resultado material (por tanto, también, el nexo causal);
 - d') Los medios;
 - e') Las referencias temporales;
 - f') Las referencias especiales;
 - g') Las referencias de ocasión;
 - f) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Los valorativos son dos:

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

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

- a) Subjetivos; y
- b) Objetivos.

Los subjetivos son: la voluntad dolosa y la voluntad culposa. Todos los restantes corresponden a los objetivos.⁷

3. ELEMENTOS DEL TIPO.

A) *El deber jurídico penal.*

El deber jurídico es el primer elemento valorativo del tipo. Se enuncia como un imperativo de prohibición o de mandato. El deber exige un hacer o un dejar de hacer. En los delitos por acción se prohíbe una actuación (acción) y se ordena una abstención (omisión); en los delitos por omisión se prohíbe una abstención (omisión) y se ordena una actuación (acción).⁸

Cabe señalar que el deber jurídico penal figura en el tipo, como elemento, por primera vez en la teoría del Derecho penal. En la teoría tradicional sólo se enuncia en la teoría del delito, pero no se le asigna ninguna función específica en el tipo legal ni en el delito.

7 Véase Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, pp. 34-35, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

8 Véase Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 37, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

Los autores de esta nueva teoría lo definen diciendo que "es la prohibición o el mandato categóricos contenidos en el tipo".

B) *El bien jurídico.*

El bien jurídico es elemento del tipo, y precisamente el que motiva la creación de éste, así como del derecho penal en general. Es el bien jurídico el que determina la creación de la norma jurídica penal. Si el bien es lesionado o puesto en peligro, la consecuencia inmediata es la concreción de la punibilidad. Es el concepto básico en la estructura del tipo. Sin éste, la estructura del derecho penal se derrumbaría.

Si el interés de la comunidad se desvanece en relación con determinado bien (lo desvalora), su consecuencia debe ser la eliminación del tipo por el legislador.

El bien jurídico, según estos autores, es "el concreto interés social, individual o colectivo, protegido en el tipo".⁹

C) *El sujeto activo.*

Para definir al sujeto activo en el "modelo lógico del tipo" se aplica la semántica de los elementos típicos: "sujeto activo es la persona que concretiza el específico contenido semántico de cada uno de los elementos incluidos en el particular tipo típico".¹⁰

De acuerdo con esta definición, únicamente la persona física puede concretizar el contenido semántico de los elementos del particular tipo típico.¹¹ Las personas morales no tienen la posibilidad de concretizar los elementos de la conducta típica, por carecer de voluntad.

La teoría tradicional, al abordar el tema, no lo explora en su profundidad, pues sólo le dedica algunas líneas; aunque, al ocuparse del problema de la "autoría y participación", señala cinco formas de intervención del sujeto en la realización del delito: autor material, coautor, autor mediato, autor intelectual y cómplice. En rigor, únicamente satisfacen el contenido semántico de los elementos del tipo: el autor material unitario y el múltiple, o sea el autor material y coautores en la teoría tradicional. Todos los demás quedan fuera del concepto, por la imposibili-

9 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 40, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

10 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 44, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

11 Concretizar el contenido semántico de los elementos del tipo típico quiere decir adecuarse, en el caso concreto, a cada elemento de la figura legal con el significado que le corresponde de acuerdo con la propia figura legal; en otros términos: se concretiza el contenido semántico de los elementos típicos cuando en el caso particular hay tipicidad (Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 45, Ed. Jurídica Mexicana, 1970).

dad de concretizar el contenido semántico de los elementos del tipo.¹²

Esta problemática, en nuestra legislación penal, se relaciona en cada tipo típico con el artículo 13.¹³

La semántica del sujeto activo varía según el particular tipo típico de que se trate. Su problemática se resuelve con los siguientes conceptos:

- a) Capacidad psíquica de delito;
- b) Calidad de garante;
- c) Calidades específicas;
- d) Número específico.

a) *La capacidad psíquica de delito.* Es un problema del sujeto activo, que se manifiesta en dos aspectos: a) La voluntabilidad; b) la imputabilidad. La primera se relaciona con el kernel y se finca en la consciencia del agente, independientemente de que la consciencia esté o no perturbada. Dicho en otra forma: es una capacidad, en abstracto, de conocer y querer el hecho (capacidad de voluntad). La segunda se orienta a la culpabilidad, y consiste en la capacidad de comprender la ilicitud del hecho concreto (capacidad de culpabilidad).

En lo negativo, si la consciencia está anulada, no hay voluntabilidad; si la consciencia está solamente perturbada, no hay imputabilidad, pero sí voluntabilidad.¹⁴

b) *Calidad de garante.* "No todos los tipos típicos pueden ser concretizados por todos los sujetos. Un sector considerable limita, según variados criterios, la esfera del sujeto a cuyo cargo se pone el cumplimiento del deber.

Destacan los tipos en los que es necesaria, en el autor, la denominada «posición de garantía»".¹⁵

Posición de garantía es la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien. En el fondo, se trata de una calidad adquirida por el sujeto y regulada por el derecho penal.

12 El autor material es el único que puede concretar el tipo: a él se dirige el deber jurídico; es él quien actualiza el bien y da realidad a los conceptos de sujeto activo y pasivo; es él quien, al realizar el kernel, lesiona el bien y viola el deber (Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 45, Ed. Jurídica Mexicana, 1970).

13 Véase Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, pp. 46 y ss., Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

14 Véase Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 51, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

15 Maurach, la ubica fuera del tipo. Al respecto dice: "La situación sistemática de la función de garantía en la estructura de los impropios delitos de omisión, es discutida. La teoría dominante la reputa característica no descrita del tipo objetivo. Este criterio es defectuoso desde el punto de vista constructivo, y desacertado desde el político criminal. La posición garantizadora (mejor dicho: la obligación de garantía) del autor de la omisión es una característica del delito, libre de dolo, situada fuera del tipo" (*Tratado de derecho penal*, II, p. 281, Eds. Ariel, Barcelona, 1962).

En los tipos de omisión, la postura de garantía se introduce por la necesidad de una característica que haga posible, de una parte, aprehender espacial y temporalmente la conducta omisiva, y, de otra, determinar al sujeto que la realizó.¹⁶

c) *Calidades específicas*. "Otra limitación de la esfera del sujeto activo se fundamenta en especiales calidades en algunos tipos típicos. Como ejemplos, pueden señalarse: el parricidio (descendiente consanguíneo en línea recta), el abuso de confianza (poseedor derivado de la cosa mueble ajena), el incesto (ascendiente, descendiente o hermano), el abuso de autoridad (funcionario público, agente del gobierno o comisionado del gobierno), etc. En estos tipos, sólo puede ser autor quien reúne la calidad exigida, ya que el deber jurídico se dirige no indistintamente a todo sujeto, sino únicamente a los que pertenecen a la clase limitada por la calidad".¹⁷

d) *Número específico*. Por último, "existen tipos que exigen un cierto número de sujetos; por ejemplo: la asociación delictuosa, el incesto, el aborto consentido, la conspiración, la rebelión, la sedición, etc. El número es incluido en el tipo como característica *necesaria* del sujeto, por lo que debe distinguirse de la autoría *eventualmente* múltiple (impropiamente denominada coautoría).

"En conclusión: el autor material, por concretizar el específico contenido semántico del particular tipo típico incluido el «sujeto activo», sí pertenece a este concepto".¹⁸

D) *El sujeto pasivo*.

Frente al sujeto activo, que es el que lesiona el bien jurídico, existe una persona, individual o colectiva, que sufre los efectos de la conducta desplegada por el sujeto activo. A esa persona, individual o colectiva, se le denomina *sujeto pasivo*, y es precisamente el titular del bien jurídico tutelado por la norma penal. Es un elemento del tipo, en quien se particulariza la ofensa inferida a la sociedad y concretada en la violación del deber jurídico penal.

Se define como "el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro en el caso particular".¹⁹

Su semántica se resume en dos conceptos fundamentales y determinantes:

- a) Calidades específicas; y
- b) Número específico.

16 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 52, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

17 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 54, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

18 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 55, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

19 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 56, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

a) De la misma manera que el sujeto activo requiere, a veces, de ciertas calidades, el sujeto pasivo tiene señaladas, en algunos tipos, también determinadas calidades. Ejemplo: el parricidio (sujeto pasivo: el ascendiente consanguíneo en línea recta), etc.

b) La segunda característica es el número, consistente en la unicidad o pluralidad de los miembros que integren el concepto, siendo determinante el bien jurídico tutelado.²⁰

E) *El objeto material.*

El objeto material es el ente corpóreo sobre el que recae directamente la acción típica, y se encuentra íntimamente ligado con el bien jurídico.

Olga Islas y Elpidio Ramírez exponen que "los tipos de omisión carecen de objeto material, ya que el no hacer algo no recae materialmente, sobre ente corpóreo alguno".²¹

F) *El kernel.*

El kernel²² es otro de los elementos típicos en el "modelo lógico del tipo", y es precisamente el elemento nuclear cuya definición es la siguiente: "kernel es el conjunto de elementos típicos necesarios para producir la lesión del bien jurídico".²³

El kernel, en ciertos tipos, queda limitado a la conducta; ejemplos: atentados al pudor (artículo 260 párrafo primero). En otros, incluye conducta y resultado material; ejemplos: homicidio (art. 302), abuso de confianza (art. 382), fraude (art.

20 Véase Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, pp. 56-57, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

21 *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 58, Ed. Jurídica Mexicana 1970.

22 Es una palabra tomada del alemán, cuyo significado es «núcleo». Islas y Ramírez aclaran que su contenido es diverso del que la doctrina ha dado a la expresión «núcleo» del tipo. Continúan diciendo: "Según opinión de algunos autores, «núcleo típico» es el verbo de los tipos, como, por ejemplo, «copular», «apoderarse», «disponer», etc. De conformidad con otra corriente, el solo verbo nada significa, y es, por tanto, irrelevante en algunos tipos; así ocurre, por ejemplo, en la violación, cuyo verbo «copular» no integra conducta delictiva salvo si se unen a dicho verbo los medios tal como lo describe el tipo. Concretando ambas tesis, para unos tratadistas el núcleo es el puro verbo, mientras que para otros es el verbo y algo más. "Para evitar la adhesión a cualquiera de las posiciones aquí descritas, no se emplea la palabra «núcleo». 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 el nexo causal; o la conducta con sus modalidades de medios, referencias temporales, referencias especiales o referencias a la ocasión; o, por último, la conducta, las modalidades y el resultado material y nexo causal" (*Lógica del tipo en el Derecho Penal*. pp. 59-60, nota de pie de página, Ed. Jurídica Mexicana, 1970).

23 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 59, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

386), infanticidio (arts. 325 y 327), etc. Existen algunos más que requieren la conducta y modalidades de medios, referencias temporales, referencias espaciales o referencias a la ocasión; ejemplos: variación del nombre (art. 249, fracciones I y III), adulterio (art. 273), allanamiento de morada (art. 285), etc. Para concluir, tenemos una cuarta hipótesis en la que el kernel incluye conducta, resultado material y modalidades; ejemplos: homicidio en riña (artículos 302, 303 fracción II y 304), parricidio (artículos 323 y 303 fracción II), lesiones (art. 289), aborto sufrido con violencia (artículos 330 parte final y 329), etc.

a) *La conducta*. La conducta es definida en el modelo como "el proceder finalístico descrito en el tipo".²⁴

b) *La acción*. La acción, en el modelo que seguimos, es definida como "un hacer algo con voluntad".

Se advierte que son dos los elementos que figuran en su concepto: una voluntad finalista legislada y una actividad causal. La primera se compone de un elemento intelectual: «conocer», y otro volitivo: «querer».

El segundo —dicen Olga Islas y Elpidio Ramírez— es un elemento simple en cuanto no presenta complejidad en su contenido; a lo más, puede hablarse de una o varias actividades causales.²⁵

c) *El dolo*. Aquí la voluntad se observa desde un punto de vista típico. En consecuencia, su contenido debe coincidir con el del tipo, y entonces estaremos frente a una voluntad dolosa. Dicho de otra manera: la voluntad finalista legislada de que se habla en el inciso anterior, cuando el fin que el agente se ha propuesto es típico, constituye el dolo.

De acuerdo con esto, advertimos que los autores de esta novísima investigación tomaron en cuenta la parte objetiva no valorativa del tipo, para conformar su definición del dolo: "*dolo es conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo típico*".²⁶

Esta definición corresponde al llamado dolo *directo*; el eventual se forma con la mera aceptación —dicen los autores—, y lo definen así: "dolo eventual es conocer y aceptar la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo típico".

24 "Las definiciones tradicionales varían según la filiación teórica de sus autores. Los partidarios de las teorías causalistas de la acción definen este elemento prescindiendo de toda referencia al contenido de la voluntad. Por el contrario, los afilados a la teoría finalista de la acción consideran en la definición una voluntad plena de contenido" (Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 62, nota de pie de página, Ed. Jurídica Mexicana, 1970).

25 Véase *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 63, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

26 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 66, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

co".²⁷ El de *consecuencias necesarias* —agregan— es un caso particular del dolo directo, y surge cuando el sujeto quiere su actividad y conoce que con ella va a producir necesariamente las consecuencias típicas.²⁸

d) *La culpa*. Para darnos la definición de culpa, antes desarrollan una fórmula lógica denominada tabla de verdad, en donde manejan varios elementos y concluyen diciendo: "Existe culpa —en la acción— cuando, habiéndose propuesto el sujeto un fin atípico, no provee el cuidado posible y adecuado para no producir la lesión típica previsible y provisible, la haya o no previsto".²⁹

e) *La preterintención*. La teoría tradicional ha venido sosteniendo equivocadamente esta forma en el delito, diciendo que es la suma de dolo y culpa: el agente quiere causar un daño menor, y produce culposamente uno mayor. Ejemplo: A quiere causar lesiones a B, pero le produce la muerte culposamente. En este ejemplo, los tradicionalistas dicen que se trata de un delito preterintencional. Lo que en realidad ocurre es un homicidio culposo.

f) *El caso fortuito*. "Si en el caso concreto no existe previsibilidad ni provisiabilidad respecto a la concreción del tipo, se está en presencia del caso fortuito".³⁰

g) *La omisión*. "Omisión es el finalístico dejar de hacer algo descrito en el tipo".³¹ El dolo en la omisión, al igual que en la acción, debe reunir los mismos elementos; por tanto, se define de la misma manera: "*dolo* —en la omisión— es conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo típico".³²

La culpa se presenta en la omisión cuando, "habiéndose propuesto el sujeto un fin atípico, no provee el cuidado posible y adecuado para evitar la lesión típica previsible y provisible, la haya o no previsto".³³

27 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 67, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

28 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 67, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

29 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 69, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

30 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 71, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

31 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 72, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

32 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 73, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

33 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, pp. 73-74, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

h) *El resultado material*. El resultado material "es un elemento que aparece sólo en algunas figuras legales, siendo la relación de medio a «fin» en que se hallan el kernel y la lesión del bien lo que determina su eventual presencia en el tipo. Es necesario —afirman Islas y Ramírez— cuando, y solamente cuando, la lesión del bien resulta imposible de no figurar en el kernel respectivo un resultado material; de ser posible la lesión, el tipo no debe exigirlo. Aquella misma relación de «finalidad» obliga al legislador a seleccionar, de entre todos los efectos naturales de la acción, el que debe incluir en el kernel. Necesidad e idoneidad, respecto de la lesión, es lo determinante para considerar, en el particular tipo típico, un cierto resultado material... El mismo efecto natural típico de la acción ha de tomarse en cuenta para la omisión; pero, advirtiendo: el resultado material no es efecto de la omisión. En rigor, ni siquiera es correcto hablar de resultado material. Se trata de un proceso causal atípico, uno de cuyos efectos coincide con el efecto natural típico de la acción; por esto último, es atribuido a quien, siendo garante de su evitación, no lo ha evitado en el caso concreto".³⁴

Los mismos autores nos dan la siguiente definición de resultado material: "es el típico efecto natural de la acción".³⁵

i) *Acción y resultado material*. La acción es la causa que pone en movimiento la cadena de los factores causales que van a producir el resultado material; por lo tanto, acción y resultado material son los extremos que limitan el *nexo causal*. Este, en consecuencia, ni se inicia antes de la acción ni se extiende más allá del resultado material. Ambos elementos: acción y resultado material, son típicos por estar situados dentro del marco del tipo. El *nexo causal*, al encontrarse limitado por aquellos, también es típico.³⁶

Islas y Ramírez conciben la causa como "la acción del sujeto activo en adecuación a la semántica del verbo típico";³⁷ y el *nexo causal* como "el proceso naturalístico relacionante de todos los efectos consecutivos a la acción, el último de los cuales es el resultado material".³⁸

j) *Omisión y resultado material*. La omisión consiste en dejar de hacer "algo", es decir, abstenerse de ejecutar una acción determinada. Islas y Ramírez señalan que no se trata de un no hacer cualquiera, sino de un no realizar una actividad previamente determinada. Es un no hacer típico.³⁹

34 *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 75, Jurídica Mexicana, 1970.

35 *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 74, Ed. Jurídica Mexicana, 1970

36 Véase Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, pp. 75-76, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

37 *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 77, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

38 *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 77, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

39 Véase *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 74, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

La omisión no es causa del resultado material ⁴⁰ —afirman Islas y Ramírez—. La tesis que sostiene el nexo causal se ve obligada a recurrir a ideas tales como la acción esperada y exigida, el deber de actuar, etc. Precisamente el hecho de fundarse en nociones ajenas al concepto, demuestran que ni sus partidarios consideran causal a la omisión.⁴¹

“La omisión y el resultado material se ligan entre sí no por causalidad, sino por la posición de garantía en que se había colocado el autor para la salvaguarda del bien. Es, por tanto, una relación que se establece desde fuera, es decir, con el auxilio de un operador no perteneciente al kernel”.⁴²

k) *Las modalidades*. Las modalidades son elementos del kernel, que varían según la figura legal. Así, tenemos los siguientes: a) *Los medios*. “Son el instrumento, o la actividad distinta de la conducta, empleados para realizar la conducta o producir el resultado”.⁴³ b) *Referencias temporales*. “Son condiciones de tiempo o lapso dentro del cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado”.⁴⁴ c) *Referencias espaciales*. “Son condiciones de lugar en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado”.⁴⁵ d) *Referencias a la ocasión*. “Son situaciones especiales, generadoras de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado”.⁴⁶

G) *La lesión o puesta en peligro del bien jurídico*.

“Lesión del bien jurídico es la destrucción, disminución o compresión del bien. Peligro de lesión es la medida de probabilidad asociada a la detrucción, disminución o compresión del bien jurídico”.⁴⁷ La definición comprende el tipo de *consumación*, así como el tipo de *tentativa*. Uno excluye al otro, au-

40 “Las dificultades teóricas de los delitos de comisión por omisión yacen en el hecho de que en tales casos se imputa al agente un resultado externo que aparece más allá de los límites de su conducta corporal, y culminan en la siguiente pregunta: ¿cómo es posible que un simple omitir cause tal resultado? ¿cómo puede surgir algo de la nada? Para explicar esto se ha intentado el desesperado esfuerzo de transformar en un algo el nada de la omisión” (Edmundo Mezger. *Tratado de derecho penal*, I, pp. 294-295, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955).

41 *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 77, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

42 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho penal*, p. 78, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

43 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho penal*, p. 78, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

44 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho penal*, p. 78, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

45 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho penal*, p. 78, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

46 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho penal*, p. 78, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

47 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. *Lógica del tipo en el Derecho penal*, p. 81, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

tomáticamente. Los tipos de consumación se consagran en la parte especial del Código penal o leyes penales especiales; en cambio, la tentativa se establece en el código, como regla general, en el artículo 12, cuya punibilidad queda señalada en el artículo 63.

H) *La violación del deber jurídico penal.*

La violación del deber jurídico penal es un elemento valorativo del tipo. Su contenido se halla en la violación del deber jurídico de obrar o de abstenerse consignado en el tipo. A este elemento los juristas lo han llamado (antijuridicidad). O. Islas y E. Ramírez lo definen como: "*la expresión sintáctica derivada de la negación de la forma semántica derivada de la sintaxis del deber jurídico*".⁴⁸

48 *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, p. 85, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.

C A P I T U L O I V .

EL DELITO EN EL MODELO LOGICO DEL DERECHO PENAL.

TEMARIO: 1. *Los presupuestos del delito:* A) *El deber jurídico penal;* B) *El bien jurídico;* C) *El sujeto activo;* D) *El sujeto pasivo;* E) *El objeto material.* 2. *Los elementos del delito:* A) *El kernel;* B) *La lesión o puesta en peligro del bien jurídico;* C) *La violación del deber jurídico penal;* D) *La culpabilidad.*

1. LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO.

El delito, dice Elpidio Ramírez, pertenece al mundo fáctico. En consecuencia, los elementos que lo integran necesariamente son fácticos. Se caracteriza por su particularidad, concreción y temporalidad. Particular, por tratarse de la acción de un determinado sujeto; concreto, porque el hecho consumado es individual; y temporal, porque su realización tiene lugar en un momento determinado.

Por lo anterior advertimos que la norma jurídico penal se ubica en el mundo normativo; en cambio, el delito pertenece al mundo fenoménico.

El delito, tal como lo concibe Elpidio Ramírez, tiene presupuestos y elementos. Los presupuestos son:

- A) El deber jurídico penal;
- B) El bien jurídico;
- C) El sujeto activo;
- D) El sujeto pasivo;
- E) El objeto material.¹

Por presupuestos debemos entender "los antecedentes del delito adecuados a un tipo, necesarios para la existencia del delito".²

El análisis del hecho constitutivo del delito—dice Elpidio Ramírez— pone en evidencia que su contenido debe dividirse

1 **Síntesis taquígráfica**, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

2 Ramírez, Elpidio. **Síntesis taquígráfica**, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

en dos categorías: los presupuestos del delito y los elementos del mismo.

Obsérvese que los presupuestos del delito toman la misma denominación que los elementos del tipo a los cuales han de adecuarse, sólo que se sitúan en un nivel de lenguaje diferente. Además, existe similitud en su contenido y esto es lo que permite hablar de tipicidad o de atipicidad. Los presupuestos pertenecen al mundo de los hechos y, por tanto, se caracterizan por ser de naturaleza particular, concreta y temporal. Deben satisfacer la semántica del elemento típico correspondiente para que haya tipicidad; si no la satisfacen, hay atipicidad.³ Veamos:

A) *El deber jurídico penal.*

“Este presupuesto se configura cuando en el caso concreto el sujeto activo tiene a su cargo, efectivamente, el deber. Se dice, entonces, que hay tipicidad. Ejemplo: en el delito de homicidio siempre existe el deber jurídico de «abstenerse de privar de la vida a otro» a cargo del sujeto, porque nadie está exento de ese deber. En cambio, en el estupro el deber de «abstenerse de tener cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, por medio de la seducción o el engaño», se dirige a todos los hombres excepto a los casados respecto a su cónyuge. Por eso no incurre en delito el marido al realizar la cópula con su virgen esposa, aunque se satisfagan las restantes exigencias típicas. Aquí hay una causa de atipicidad en razón de que el varón no tiene a su cargo, en relación a su esposa, el deber jurídico penal”.⁴

B) *El bien jurídico.*

Para que haya tipicidad, es necesario que exista un bien jurídico tutelado en el caso concreto. Si esto no fuera así, estaríamos frente a una causa de atipicidad, por falta del presupuesto consistente en el bien jurídico. Citemos un ejemplo: la cópula violenta entre cónyuges no constituye violación porque los dos cónyuges carecen de libertad sexual el uno frente al otro; consecuentemente, faltando la libertad sexual, el caso concreto resulta atípico por ausencia del bien jurídico protegido.⁵

C) *El sujeto activo.*

Este presupuesto resulta complejo en razón de que encierra cuatro subconceptos: a) Capacidad psíquica de delito; b)

3 **Síntesis taquigráfica**, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

4 Ramírez, Elpidio. **Síntesis taquigráfica**, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

5 Ramírez, Elpidio. **Síntesis taquigráfica**, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

Calidad de garante; c) Calidad específica; d) Número específico. Si, en el caso concreto, falta alguno de estos subconceptos, estaremos frente a una atipicidad por falta de sujeto activo. En consecuencia, el sujeto activo debe tener necesariamente la *capacidad psíquica* de delito, pues su ausencia revela una atipicidad. Con rigor lógico —agrega el maestro Ramírez—, la ausencia de capacidad psíquica de delito no es una atipicidad, sino una causa que da nacimiento a la atipicidad.

Por lo que respecta a la *calidad de garante*, en aquellos tipos que la requieren, es necesario que el sujeto se haya colocado en la postura de garantía, porque de lo contrario se presentaría una atipicidad.

En cuanto a la *calidad específica*, cuando el tipo la señala, ésta se integrará si el sujeto satisface este presupuesto. Ejemplo: en el parricidio, el sujeto debe reunir la calidad específica de descendiente consanguíneo en línea recta; si esta calidad no se da, estaremos frente a una atipicidad por falta de sujeto activo.

Por último, si el tipo prevé un número específico para el sujeto activo, éste debe integrarse en el caso concreto, porque, de otra manera, la ausencia de tal requisito típico genera una atipicidad por falta de sujeto activo. Ejemplo: la asociación delictuosa.⁶

D) *El sujeto pasivo.*

Este presupuesto, al igual que el anterior, presenta algunas variantes. Se puede dar el caso en que el tipo regule una calidad específica; si se da tal supuesto y el sujeto reúne esa calidad, existirá tipicidad en razón de la concreción de la calidad específica señalada en el tipo. En el caso contrario, surge la atipicidad por falta de sujeto pasivo.

Ocurre lo mismo con el número específico. Si el tipo lo señala y el hecho concreto lo integra, se hablará de tipicidad; a la inversa, si en el caso concreto no se integra el número indicado en el tipo, esto da lugar a la atipicidad correspondiente.

Se puede sostener lo mismo, si el tipo no exige calidad ni número. En el caso, es posible una atipicidad. Ejemplo: se dispara, con dolo de matar, sobre un cadáver. En este caso nos encontraremos frente a una atipicidad por falta de sujeto pasivo.⁷

E) *El objeto material.*

Este presupuesto, al igual que los que le anteceden, genera una tipicidad o una atipicidad según se presente el caso concre-

6 *Síntesis taquigráfica*, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

7 Ramírez, Elpidio. *Síntesis taquigráfica*, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

to. Se produce la primera, en todos los casos de existencia del objeto material en el hecho concreto; la segunda, cuando no se configure la existencia legal.⁸

2. LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

Los elementos del delito son:

- A) El kernel, integrado por:
 - a) La voluntad dolosa o la voluntad culposa;
 - b) La actividad o la inactividad;
 - c) El resultado material;
 - d) El nexa causal;
 - e) Los medios;
 - f) Las referencias temporales;
 - g) Las referencias espaciales;
 - h) Las referencias a la ocasión;
- B) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico;
- C) La violación del deber jurídico penal;
- D) La culpabilidad.⁹

A) El kernel.

Para la existencia del delito es indispensable que el hecho realizado por el sujeto se adecúe exactamente a lo dispuesto en el tipo; por tanto, el hecho ha de reunir todas las características típicas exigidas para el kernel. En consecuencia, si el kernel se concretiza habrá tipicidad; si, por el contrario, no se concretiza, total o parcialmente según consumación o tentativa, se genera la atipicidad.

Las hipótesis de tipicidad o, en su caso, de atipicidad, comenta el maestro Ramírez, son tantas como elementos del kernel incluya el tipo. Teniendo en cuenta la fórmula general del tipo —agrega—, se dan estos casos de tipicidad:

- 1) Tipicidad por concurrencia de la voluntad dolosa o, al menos, voluntad culposa cuando la naturaleza de los tipos la acepte;
- 2) Tipicidad por la realización de la actividad o de la inactividad, según el caso;
- 3) Tipicidad por la producción del resultado material, en los casos en que el tipo lo exige;
- 4) Tipicidad por la presencia del nexa causal, cuando el tipo describa un resultado material;
- 5) Tipicidad por la concreción de los medios, cuando el tipo los señale;

8 Ramírez, Elpidio. *Síntesis taquigráfica*, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

9 Ramírez, Elpidio. *Síntesis taquigráfica*, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

- 6) Tipicidad por la concreción de las referencias temporales, cuando el tipo las prevé;
- 7) Tipicidad por la concreción de las referencias espaciales, si el tipo las menciona;
- 8) Tipicidad por la concreción de las referencias de ocasión, cuando el tipo las incluya.¹⁰

Ahora bien, por lo que respecta a la atipicidad, obvio es que si falta alguno de los elementos del kernel que el tipo requiere expresamente, en cada caso se nos presentará una atipicidad por falta de ese elemento. En este sentido el maestro Ramírez nos dice:

El hecho debe analizarse exhaustivamente para verificar si se concretizaron todos los elementos del kernel; en caso contrario, es menester indicar la causa que dió origen a la correspondiente atipicidad. Las hipótesis que pueden presentarse son:

1) Atipicidad por falta de voluntad dolosa. Si el *dolo* se constituye con un conocer y un querer, no habrá dolo cuando falte el conocer o falte el querer.

El conocer se desplaza en los casos de error del sujeto activo respecto a la concreción de la parte objetiva no valorativa del tipo, es decir, error que recae sobre los presupuestos y elementos del delito adecuados a la parte objetiva no valorativa del tipo.

Este error se divide en dos clases: el error invencible o inevitable, y el error vencible o evitable. El primero surge cuando no hay la posibilidad de conocer la realidad típica objetiva no valorativa, a pesar de ponerse en juego el cuidado posible y adecuado para no caer en el error. El segundo se configura cuando el sujeto, de haber desplegado el cuidado posible y adecuado, hubiera superado el desconocimiento de la concreción típica objetiva no valorativa.

Los efectos de uno y otro son distintos. Si el error es invencible, se destruye completamente la voluntad típica tanto dolosa como culposa. Cuando es vencible, se destruye el dolo, pero subsiste la culpa; y, entonces, el sujeto responderá por delito culposo si la relación sintaxis-semántica del tipo, determinada por sus elementos, admite la concreción culposa.

El querer se elimina en las hipótesis de *vis absoluta* o fuerza física irresistible, *vis maior* o fuerza mayor, y movimientos reflejos. Esta ausencia del *dolo* se traduce en atipicidad por falta de la voluntad dolosa, lo cual da lugar a una atipicidad por falta del kernel doloso; consecuentemente, estaremos frente a la inexistencia de delito doloso.¹¹

2) Atipicidad por falta de la voluntad culposa. Esta se presenta cuando el sujeto provee el cuidado posible y adecua-

10 Síntesis taquigráfica, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

11 Ramírez, Elpidio. Síntesis taquigráfica, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

do para no producir, o evitar, la lesión típica previsible y previsible. Asimismo, cuando no hay previsibilidad, o no hay previsibilidad. En las tres hipótesis se da el caso fortuito.¹²

3) Atipicidad por falta de la actividad típica o de la inactividad típica.¹³

4) Atipicidad por ausencia del resultado material. Esta será una atipicidad respecto del delito consumado, pero tipicidad de delito en grado de tentativa.¹⁴

5) Atipicidad por falta de nexo causal.¹⁵

6) Atipicidad por ausencia de los medios, o de las referencias temporales, o de las referencias espaciales, o de las referencias a la ocasión, respectivamente, exigidas en el tipo.¹⁶

B) *La lesión o puesta en peligro del bien jurídico.*

Con respecto a este elemento del delito deberá verificarse si en el caso concreto se ha producido la lesión del bien jurídico o, por lo menos, la puesta en peligro. Si se ha producido la lesión, existe delito consumado; en cambio, si no se da la lesión; pero sí el peligro el delito queda en grado de tentativa. En los dos supuestos existe tipicidad fundada en la presencia de este elemento: la primera es tipicidad de delito consumado; la segunda, tipicidad en grado de tentativa. La atipicidad surge, obviamente, cuando falten la lesión y el peligro. Por otra parte, la causa que da nacimiento a esta atipicidad es el consentimiento del titular del bien jurídico.¹⁷

C) *La violación del deber jurídico penal.*

Cuando en el hecho concreto no concurre alguna de las causas de licitud señaladas en el Código penal, en su artículo 15, se configura la violación del deber jurídico penal. Si, por el contrario, opera una causa de licitud, el hecho no es violatorio del deber; en consecuencia, se habla de una atipicidad por falta de la violación del deber jurídico penal. Ahora bien, las causas de licitud que dan lugar a esta atipicidad son: la legítima defensa (art. 15 frac. III), el estado de necesidad (art. 15 frac. IV) en el que se salva un bien de mayor valor que el que

12 Ramírez, Elpidio. *Síntesis taquigráfica*, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

13 Ramírez, Elpidio. *Síntesis taquigráfica*, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

14 Ramírez, Elpidio. *Síntesis taquigráfica*, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

15 Ramírez, Elpidio. *Síntesis taquigráfica*, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

16 Ramírez, Elpidio. *Síntesis taquigráfica*, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

17 Ramírez, Elpidio. *Síntesis taquigráfica*, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

se sacrifica, el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho (art. 15 frac. V.), y el impedimento legítimo (art. 15 frac. IX).

Es importante subrayar, dice el maestro Ramírez, que cuando se concretizan todos los elementos del tipo, hay tipicidad total; sin embargo, todavía no puede afirmarse la existencia del delito. Este se configura sólo hasta que aparece la culpabilidad. Así, pues, no es suficiente la presencia de los presupuestos y elementos típicos. Es menester incluir la reprochabilidad.¹⁸

D) *La culpabilidad.*

El núcleo de la culpabilidad —para el maestro Ramírez— radica en el ejercicio de la libertad psicológica, el cual es distinto del ejercicio de la libertad como derecho, esto es, del ejercicio de la libertad como facultad derivada de la norma jurídica. La libertad psicológica y su ejercicio son algo connatural al hombre, algo que no está dado por el orden jurídico. En cambio, el ejercicio de la libertad entendido como facultad, sí deriva del derecho. En el marco de los tipos legales no interesa el ejercicio de la libertad como derecho (ejercicio permitido de la libertad), sino el ejercicio no permitido de la libertad (que da contenido al deber jurídico).

De acuerdo con lo anterior, cuando un hombre, al desplegar el ejercicio no permitido de la libertad, concretiza un tipo legal con ejercicio pleno de su libertad valorada (psicológica), sin más viene el reproche de la culpabilidad. Si, por lo contrario, el ejercicio de la libertad valorada (psicológica) está restringido en el caso concreto, es decir, si el hombre, al ejercitar su libertad psicológica en determinada dirección, lo hace obedeciendo a una serie de motivaciones que lo lleva por un camino y no por otro distinto, la solución es diferente: o no hay reproche o éste se atenúa. Aquí se toman en cuenta precisamente esas diversas causas que reducen las posibilidades de actuar en el caso concreto: los llamados *reductores del ejercicio de la libertad*, y que son: el error y la no exigibilidad de otra conducta. Ahora bien, cuando ningún reductor ha operado, el reproche se da plenamente y el sujeto es culpable. Cuando sí aparecen reductores del ejercicio de la libertad, caben dos posibilidades: que estos reductores aniquilen por completo el reproche, dando lugar a la culpabilidad; o que únicamente disminuyan el grado de reproche, dejando subsistente la culpabilidad.

La definición estructural de la culpabilidad, implicada por los conceptos anteriores, es ésta: "dada una conducta antijurídica de un sujeto imputable, hay reproche pleno por no existir

18 *Síntesis taquigráfica*, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

reductores del ejercicio de la libertad; o, habiéndolos, disminuye el grado de reproche; o no se da el reproche porque los reductores destruyen ese ejercicio".¹⁹

Como se puede observar, en esta novísima doctrina, no tienen cabida las llamadas *formas de culpabilidad*. Dolo y culpa se sitúan sistemáticamente en el primer elemento del delito.

El error que afecta a la culpabilidad es un reductor del ejercicio de la libertad psicológica, y recae sobre los presupuestos y elementos del delito adecuados a la parte objetiva valorativa del tipo (deber jurídico penal y violación del deber jurídico penal) o sobre la exigibilidad del deber jurídico penal.²⁰

El error sobre el deber jurídico penal se presenta cuando el sujeto cree o supone que, en el caso particular, el deber jurídico no existe frente a él.

Es pertinente señalar, afirma el maestro Ramírez, que en orden al contenido ético, existen dos clases de deberes: a) Deber jurídico penal con fuerte contenido ético; y b) Deber jurídico penal con escaso, o sin, contenido ético. En el primer supuesto no es admisible el error; consecuentemente, existe plena culpabilidad. En la segunda hipótesis, por el contrario, el error sí afectará la culpabilidad (la destruirá o, al menos, la atenuará).²¹

Cuando el sujeto cree, o supone, erróneamente que su conducta está amparada por una causa de licitud, en realidad lo que supone es que su conducta no es violatoria del deber jurídico penal. Es decir, el sujeto sabe que frente a él existe un deber jurídico penal, pero cree o supone que no lo está violando. Obsérvese que en esta clase de error el sujeto conoce la existencia del deber, y es necesario tal conocimiento, ya que de otro modo su error sería sobre el deber.

Los casos de error sobre la violación del deber jurídico penal son: la legítima defensa putativa, el estado de necesidad putativo en el que se cree que se está salvando un bien de mayor valor que el sacrificado, el ejercicio de un derecho putativo, el cumplimiento de un deber putativo y el impedimento legítimo putativo.

En el error sobre la exigibilidad del deber jurídico penal el sujeto tiene a su cargo el deber y lo sabe; lo está violando a través de su conducta y también lo sabe; le es exigible el cumplimiento de ese deber, pero desconoce la exigibilidad. Ejemplo: un sujeto supone erróneamente la existencia de un estado de necesidad en el que los bienes en conflicto son de igual

19 Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *El error en el Modelo lógico del Derecho Penal*, Revista de Derecho Penal Contemporáneo, Núm. 38, p. 60, U.N.A.M., 1970.

20 Ramírez, Elpidio, *Síntesis taquigráfica*, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

21 *Síntesis taquigráfica*, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

valor, y por salvar su vida sacrifica al otro (estado de necesidad putativo), o falsa creencia de que se actúa por una vis compulsiva (vis compulsiva putativa), etc.

Este error que afecta a la culpabilidad, a semejanza del que afecta a la tipicidad, o es vencible o es invencible.

El primero, como ya se dejó dicho antes, es un reductor del ejercicio de la libertad psicológica que no elimina la culpabilidad sino tan sólo atenúa el grado de reproche; o sea, da lugar a la culpabilidad atenuada. El segundo, es un reductor que destruye plenamente el reproche y, por tanto, se traduce en inculpabilidad.

En la no exigibilidad de la conducta adecuada al deber jurídico penal se sitúan: el estado de necesidad en el que colisionan bienes de igual valor, la vis compulsiva, etc.²²

22 Ramírez, Elpidio. *Síntesis taquigráfica*, tomada en la clase del 1er. curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.

CAPITULO V

EL DOLO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

TEMARIO: 1. El artículo 7 del Código Penal. 2. El artículo 8 del Código Penal: A) *El dolo*; B) *El error*. 3. El artículo 9 del Código Penal: A) *Presunción juris tantum*; B) *Excepciones a la presunción juris tantum (Presunción jures et de jure)*. 4. *Análisis de la fracción I*. 5. *Análisis de la fracción II*. 6. *Análisis de la fracción III*. 7. *Análisis de la fracción IV*. 8. *Análisis de la fracción V*. 9. *Análisis de la fracción VI*. 10. *anticonstitucionalidad del artículo 9 del Código Penal*.

1. EL ARTICULO 7 DEL CODIGO PENAL.

El artículo 7 señala que "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". En relación con este precepto los juristas varían sus criterios: unos sostienen que se trata de una definición legal de delito; otros, que es superflua su existencia en el Código, etc.

Villalobos estima que se trata de una deficiencia legal y explica que "decir que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, sugiere de inmediato la cuestión de saber por qué lo sancionan o cuál es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos o las sanciones penales, con lo cual estaremos de lleno nuevamente en aquello que se quiso evitar: la infracción del orden jurídico".¹

Carrancá y Trujillo y Carrancá Rivas coinciden con el autor anterior, sosteniendo que se trata de una definición legal; y enseñan que "acto y omisión son las dos únicas formas de manifestarse la conducta humana que pudiera constituir delito. Ambos constituyen la acción *lato sensu*, son especies de ésta. El acto o acción *stricto sensu*, es su aspecto positivo y la omisión el negativo..."²

1 *Derecho Penal Mexicano. Parte General*, p. 196, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1960.

2 *Código Penal Anotado*, p. 33, nota 21, 3a. ed., Porrúa, México, 1971.

Porte Petit, categóricamente sostiene que "si en la parte especial del Código se reglamentan los hechos que constituyen delito, *es superfluo* establecer el concepto de delito, en la parte General de dicho Ordenamiento".³

Finalmente, Elpidio Ramírez expone su punto de vista, con el que nosotros estamos de acuerdo: "el artículo 7o. —dice— no contiene una definición legal de delito, sino que consagra el principio: «*Nullum crimen, nulla poena sine lege*». Decir que «delito es el acto que sancionan las leyes penales», significa que *solamente* es delito la acción considerada como delito por una norma jurídico penal; y que la acción no prevista como delito en una norma jurídico penal, jamás constituirá delito. Dicho de otra manera: no hay delito sin la previa existencia de una norma jurídico penal que lo determine o regule.

Así, pues, una acción es delito cuando ella está descrita y prohibida por una norma jurídico penal. Esto es el apotegma: «*nullum crimen, nulla poena sine lege*».

El artículo 7 también dice que «delito es la *omisión* que sancionan las leyes penales», o sea que una omisión será delito *únicamente* si se encuentra previamente descrita y prohibida en una norma jurídico penal. Esto no es otra cosa que el principio: «*nullum crimen, nulla poena sine lege*», referido a la omisión".⁴

2. EL ARTICULO 8 DEL CODIGO PENAL.

Este precepto dice que "los delitos pueden ser:

- I. Intencionales, y
- II. No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional".

A) *El dolo.*

Las acciones u omisiones que constituyen delito, están descritas y prohibidas en cada uno de los tipos establecidos en la parte especial. Esas acciones, de acuerdo con el artículo 8, serán dolosas o bien culposas.⁵

Ahora bien, considerando la existencia, en el Código Penal, de los artículos 7, 8, 60 y los que contienen las diversas punibilidades en la parte especial, podemos afirmar que la norma

3 Legislación Penal Mexicana Comparada, Parte General, p. 12, Jalapa Enriquez, 1946.

4 Notas, tomadas en la clase de Derecho Penal, 1er. curso, en la Facultad de Derecho de la U. N. A. M., 1971.

5 Ramírez, Elpidio. Notas, tomadas en la clase de Derecho Penal, 1er. curso, en la Facultad de Derecho de la U. N. A. M., 1971.

jurídico penal se construye de la siguiente manera: a) en las figuras dolosas, el tipo se integra con algún artículo de la parte especial y el artículo 8 fracción I, y la punibilidad señalada en algún artículo de la parte especial; b) en las figuras culposas, el tipo está dado por algún artículo de la parte especial y el artículo 8 fracción II, y la punibilidad se halla consagrada en el artículo 60. Ejemplo: en la norma fundamental de homicidio, el tipo doloso aparece en los artículos 302 y 8 fracción I, y la punibilidad asociada a dicho tipo doloso está consagrada en el artículo 307; a su vez, el tipo culposo está señalado en los artículos 302 y 8 fracción II, y la punibilidad correspondiente a dicho tipo está regulada en el artículo 60.⁶

De lo anterior se sigue que una conducta particular y concreta es relevante en el marco del tipo doloso, si esa conducta es ejecutada dolosamente. Ahora bien, para poder hablar de la existencia del dolo en el caso concreto, son necesarios los dos elementos que lo constituyen: el *conocimiento* y el *querer*. Aquí es oportuno subrayar que el artículo 8 enuncia el concepto de dolo, mas no lo define; en otras palabras, carecemos de una definición legal de dolo. Esta omisión del legislador nos permite manejar un concepto elaborado teóricamente. En esta situación, nos parece válido introducir el concepto que ya en páginas anteriores adoptamos. En consecuencia, en el caso concreto habrá dolo si el sujeto conoce y quiere la concreción de los elementos objetivos no valorativos del particular tipo legal.⁷

B) *El error.*

El Código Penal no regula en forma expresa el error. No obstante, es válido afirmar que el error sí está reconocido en nuestro ordenamiento punitivo. Veamos: en cada uno de los tipos legales está implícitamente exigido el dolo, esto es, se encuentran exigidos el *conocimiento* y el *querer*; de manera que si, en el caso concreto, falta el conocimiento, no se configura el dolo. Esta ausencia de conocimiento es precisamente el error. De esto concluimos que, estando el conocimiento —como elemento del dolo— consagrado implícitamente en cada tipo legal, también lo está, a contrario sensu, el error. Por otra parte, la carencia, en el Código penal, de una regulación expresa del error, nos autoriza a sostener que, en Derecho penal mexicano, es válido manejar en su integridad la teoría del error que postulamos en el capítulo cuarto de este trabajo, incluidos los casos límite de error.⁸

6 Ramírez, Elpidio. *Notas*, tomadas en la clase de Derecho Penal, 1er. curso, en la Facultad de Derecho de la U. N. A. M., 1971.

7 Ramírez, Elpidio. *Notas*, tomadas en la clase de Derecho Penal, 1er. curso, en la Facultad de Derecho de la U. N. A. M., 1971.

8 Ramírez, Elpidio. *Notas*, tomadas en la clase de Derecho Penal, 1er. curso, en la Facultad de Derecho de la U. N. A. M., 1971.

3. EL ARTICULO 9 DEL CODIGO PENAL.

Artículo 9.—La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I.—Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño;

II.—Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado;

III.—Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;

IV.—Que creía que era legítimo el fin que se propuso;

V.—Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito; y

VI.—Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93.

A) Presunción *juris tantum*.

Los juristas poco han reflexionado sobre la problemática que encierra este precepto; consecuentemente, son escasas las opiniones emitidas en relación a este punto.

Villalobos expresa: "es una afirmación que, a pesar de su laconismo debe interpretarse como referente a situaciones en que se ha comprobado ya la ejecución de un acto típico penal... El juez —dice—, en su papel de absoluta imparcialidad, no debe «presumir» nada que no se desprenda de indicios o pruebas adecuadas; ni el Código sustantivo le correspondería, en ningún caso, imponer estos sistemas de prejuicios legales".⁹

Carrancá y Trujillo y Carrancá Rivas, exponen que "por una parte, su naturaleza procesal y, por otra, que según el delito cabe o nó la presunción legal de dolo, por lo que en ocasiones es imposible que el delito pueda ser culposo".¹⁰

La jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece: "Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo, a no ser que se averigüe lo contrario, o que la ley exija la intención dolosa para que haya delito; y al acusado toca probar que procedió sin intención".¹¹

9 *Derecho Penal Mexicano. Parte General*, p. 295, 2a. ed., Ed. Porrúa, México 1960.

10 *Código Penal Anotado*, pp. 43-44, nota 25, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1971.

11 Tomos XIII, p. 675; VIII, p. 1043 y V, p. 480, *Semanario Judicial de la Federación*.

Dellepiane, por su parte, al referirse a la presunción legal procesal que bien encuadra en el precepto que analizamos, nos da la siguiente definición:

“Toda presunción legal no es otra cosa que un mandato legislativo en el cual se ordena tener por establecido algún hecho, siempre que otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobado suficientemente”.¹²

Eduardo Herrera y Lasso, con buena lógica jurídica, comenta la definición de Dellepiane refiriéndola directamente al artículo 9 del Código Penal objeto de nuestro estudio, y enseña que “aplicando tal definición al artículo 9, tendremos: hecho indicador: se realizó materialmente el tipo; hecho indicado: el activo obró con dolo. O, dicho con mayor exactitud técnica: *una vez que han sido probados plenamente los elementos materiales del «cuerpo del delito», el dolo aparece como un hecho verosímil, si se admite la prueba en contrario* (regla general contenida en el primer párrafo); *o como un hecho necesario, si no se admite tal prueba* (casos de excepción previstos en las seis fracciones).

“De ahí que en cuanto a su contenido la presunción sea *juris tantum*, en la parte que admite prueba en contrario y *juris et de jure* en los casos señalados en las seis dichas fracciones, respecto de los cuales no es admisible la prueba.

“Por lo que ve a su naturaleza, la presunción es sustantiva y procesal a la vez. Sustantiva, porque en virtud de ella no aprovechan al sujeto activo las penas reducidas establecidas para la mayor parte de los delitos imprudenciales (artículos 60, primer párrafo, 61 y 62, párrafos primero y segundo del Código Penal); y, consecuentemente, porque sólo en contadas ocasiones podrá disfrutar del beneficio constitucional en la libertad provisional bajo fianza o caución, normal en los casos de imprudencia antes señalados.

“Tiene, también, naturaleza procesal, porque la presunción es en sí misma un medio de prueba y porque su funcionamiento depende de otras pruebas (las referentes a cada uno de los elementos del «cuerpo del delito»).

“¿Qué justificación tiene la inclusión de la presunción del dolo en la ley penal? A nuestro modo de ver, ninguna, porque nada aporta a la dogmática ni al proceso penales”.¹³

El mismo autor, en otra parte de su estudio, se sitúa en el campo del derecho procesal penal, para referirse a la inutilidad de la presunción *juris tantum* para el proceso penal. Textualmente afirma: “El proceso penal tiene por objeto descubrir la verdad material de los hechos, para así poder juzgar de ellos con seguridad. Verdad material y libertad de prueba son nociones inseparables, puesto que la primera es posible en función

12 Nueva Teoría de la prueba, p. 113, Ed. Temis, Bogotá, 1961.

13 La presunción del dolo. Estudio inédito a la fecha en que se elaboró este trabajo, 1971.

de la segunda. (Artículos 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales y 180 del Código Federal de Procedimientos Penales).

“Por otra parte, la culpabilidad, que es un dato interno, sólo puede ser inferida por lo que de ella revelen esos hechos libre y plenamente probados.

“De la relación entre ambas ideas, hechos y culpabilidad, surgen tres únicas posibilidades lógicas, que evidencian la inutilidad de la presunción del dolo para el proceso penal:

“a) La ejecución y sus circunstancias revelan caso fortuito (ausencia de culpabilidad): la presunción de dolo no opera, puesto que el propio artículo 9 admite la prueba contraria a tal presunción.

“b) La ejecución y sus circunstancias revelan imprudencia: la presunción no opera, por la misma razón expuesta anteriormente.

“c) La ejecución y sus circunstancias revelan la existencia del dolo: la presunción legal está de más”¹⁴

Del contenido del párrafo legal en cuestión y de las opiniones emitidas en torno a él, se desprende que *si admite la prueba en contrario*. No obstante, conviene un análisis a la luz de la Constitución. De ello nos ocuparemos al terminar el estudio del precepto.

B) *Excepciones a la presunción juris tantum (presunción juris et de jure).*

El segundo párrafo del artículo 9 del Código Penal establece que “*la presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias: ...*” En seguida enumera seis fracciones, de las cuales unas evidentemente contienen el dolo; otras, la culpa, el error, etc.

Ahora bien, como lo demostramos páginas antes al construir la norma, el tipo determina las conductas dolosas o culposas. En consecuencia, si el dolo previamente quedó dentro del marco del tipo, es un absurdo jurídico prohibir al acusado que destruya la presunción. En opinión de Herrera y Lasso, misma que nosotros acogemos por parecernos correcta, “prohibir que el acusado destruya la «presunción» del dolo, cuando la existencia de ese mismo dolo ha sido ya probada plena y directamente, es tan innecesario como ordenar el cierre de una puerta previamente asegurada con cadena, cerrojo y candado. E inferir la intención dolosa de actitudes subjetivas que el propio artículo describe como imposibles, unas e imprudenciales, las otras, revela incongruencia y falta de técnica”¹⁵

14 La presunción del dolo. Estudio inédito a la fecha en que se elaboró este trabajo, 1971.

15 La presunción del dolo. Estudio inédito a la fecha en que se elaboró este trabajo, 1971.

4. ANALISIS DE LA FRACCION I.

"La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I.—*Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño".*

Los juristas mexicanos poco se han ocupado de esta fracción. Quienes han escrito, sólo le han dedicado breves líneas.

Castellanos Tena opina que se refiere al dolo indeterminado: hay intención genérica de delinquir, pero sin determinación del daño.¹⁶

Carrancá y Trujillo y Carrancá Rivas, explican: "Basta para que exista la *voluntad sceleris* y para que se dé por probado el dolo legalmente, aunque la voluntad de causación no esté dirigida específicamente sobre determinado pasivo. Existe la dañada intención general respecto a cualquier pasivo y, por ello, respecto al concreto; como lo más contiene lo menos".¹⁷

Villalobos, coincide con el criterio sustentado por los autores citados. Al referirse a la fracción I, afirma que contiene el dolo indeterminado. Textualmente dice que "si bien no se menciona allí la indeterminación en el objeto, cuando el delito no es directamente contra las personas, ni la indeterminación en el daño, cosa esta última que se deja para el inciso II; . . ." ¹⁸

Herrera y Lasso, por su parte, categóricamente afirma: "Tener «intención de causar daño» significa, en lenguaje penal, que el sujeto activo dirigió voluntariamente su acción a la producción de una o varias lesiones típicas u omitió —debiendo hacerlo— lo necesario para evitar la realización de esas lesiones típicas. En ambos supuestos obró con dolo, que no puede ser destruído por indeterminación del sujeto pasivo".¹⁹

En efecto, si por dolo entendemos "*conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal*", entonces, en un caso concreto debe existir una voluntad finalista dirigida, conforme a un plan prefijado, a producir una lesión. Si, en tal supuesto, el sujeto activo no determina hacia quién dirige su conducta delictiva, y por circunstancias ajenas a su voluntad final de acción daña a persona que no se proponía dañar, estamos ante un irrelevante error en el objeto, en su variedad de error en la persona.

El hecho es doloso y, por serlo, resulta inútil consagrar la presunción.

16 **Lineamientos elementales de Derecho Penal. Parte General**, p. 329, 2a. ed., Jurídica Mexicana, 1963.

17 **Código Penal Anotado**, p. 45, nota 26, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1971.

18 **Derecho Penal Mexicano. Parte General**, p. 296, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1960.

19 **La presunción del dolo**. Estudio inédito a la fecha en que se elaboró este trabajo, 1971.

5. ANALISIS DE LA FRACCION II.

Esta fracción contiene tres hipótesis distintas, que han suscitado opiniones igualmente diferentes de los comentaristas: unos consideran que, en las dos primeras hipótesis, se contempla la mal llamada preterintencionalidad, y, en la última, un caso del mal denominado también, dolo indeterminado; otros sostienen que, en las dos primeras, está contenido el dolo de consecuencias necesarias; otros más, se rebelan contra la existencia de esta fracción, etc. Lo cierto es que, de una u otra manera, los autores no abordan con acierto el problema. Veamos:

“II.—*Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito...*”

Castellanos Tena, expone que “la fracción II comprende tres hipótesis: las dos primeras de preterintencionalidad, según algunos tratadistas y la última de indeterminación dolosa. En las dos primeras, el resultado sobrepasa a la intención. La última hipótesis de dicha fracción... contempla un caso de dolo indeterminado; no hay un objetivo específico, pero sí la intención de delinquir”.²⁰

Jiménez de Asúa, al referirse a los Códigos de Ecuador y México, afirma que en el artículo 9 fracción II se trata de la especie de “dolo de consecuencias necesarias”.²¹

Porte Petit, se manifiesta en desacuerdo con esta fracción, sosteniendo que debe suprimirse, pues, con desafortunada técnica, trata de configurar el delito preterintencional. Propone como solución que, en su lugar, se establezca el contenido del artículo 7 del Código Social Veracruzano; asimismo, opina que su ubicación apropiada debe ser a continuación de la culpa como tercer grado que es de la culpabilidad.²²

Herrera y Lasso, anota el siguiente razonamiento: “los elementos *objetivos* de la descripción legal, son: una *conducta*, que puede ser de acción o de omisión; una lesión típica, que es la consecuencia *notoria* (esto es, previsible) y *necesaria* (o sea, inevitable) de aquella conducta.

“Lo anterior es suficiente para advertir la imposibilidad subjetiva de que alguien se proponga un fin atípico, cuando la lesión es típica, previsible e inevitable.

“Y este parece haber sido el deseo del legislador: precisar que, en tal supuesto, el sujeto activo *tuvo* que actuar con dolo; lo cual es cierto, pero la desafortunada expresión «no se propu-

20 Lineamientos elementales de Derecho Penal. Parte General, p. 329, 2a. ed., Ed. Jurídica Mexicana, 1963.

21 Tratado de Derecho Penal, V, pp. 572 y 573, 2a. ed., Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.

22 Legislación Penal Mexicana Comparada. Parte General, pp. 35, 15 y 16, Jalapa Enriquez, 1946.

so» induce a confusión. En realidad, el sujeto activo sí se propuso, *si quiso la lesión típica, aunque no la deseara en el orden del sentimiento*. De hecho, salvo en los delitos por pasión en ningún caso el autor desea la lesión: el ladrón quisiera obtener la cosa sin disminuir el patrimonio del robado; el adúltero desearía poseer a la mujer que no es la suya, sin faltar a la fe conyugal; y al magnicida le desagradaba tener que matar o lesionar a los acompañantes del jefe de estado”.²³

En nuestra opinión, existe dolo directo respecto del fin propuesto y dolo de consecuencias necesarias en cuanto al fin no querido pero producido (el caso: Paco Sierra, en México). Esto es, hay una conducta (acción u omisión) finalista que comprende la voluntad consciente del fin y rectora del acontecer causal; y hay tipicidad por satisfacer esa conducta lo señalado en un tipo legal. En esto consiste el hecho u omisión a que se refiere el párrafo aludido.

Ahora bien, el sujeto activo, queriendo la concreción de un tipo legal, y conociendo la concreción de un tipo que no quiere concretizar, pero que se concretiza por no poderlo evitar, configura el *dolo de consecuencias necesarias*. Este es el “daño que resultó”, al cual se refiere la citada fracción. Consecuentemente, presumir lo que implícitamente está probado, es una redundancia jurídica.

“II.—*Que no se propuso causar el daño que resultó, ... si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes, ...*”

Carrancá y Trujillo y Carrancá Rivas afirman que este párrafo se refiere a dos distintas situaciones: “a), a que el acusado previó la consecuencia; este caso se identifica con el dolo eventual o preterintencional...; b), a que el acusado pudo preverla por ser efecto ordinario del hecho u omisión en que consistió el delito y estar al alcance del común de las gentes. Más que de dolo se trata en este último caso de culpa inconsciente o sin representación”.²⁴

Herrera y Lasso hace el siguiente análisis: “Los elementos *objetivos* de la descripción legal, son: una *conducta* (acción u omisión), que se resuelve en una *lesión típica, previsible y provisible* (o sea *evitable*, puesto que es un «efecto ordinario» de esa conducta, no un efecto «necesario» como el examinado en el apartado anterior).

23 **La presunción del dolo.** Estudio inédito a la fecha en que se elaboró este trabajo, 1971.

24 **Código Penal Anotado**, p. 46, nota 28, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1971.

“El elemento subjetivo es único: el activo se propuso un fin atípico («no se propuso causar el daño que resultó»).

“Por lo que se refiere a previsión y provisión en concreto, las posibilidades son dos:

“a) El activo previó la lesión típica, pero no proveyó para no producirla o evitarla.

“b) El activo no previó la lesión típica previsible, ni, lógicamente, proveyó.

En ninguno de los dos supuestos puede haber dolo. Habrá *culpa con previsión* en el primero y *culpa sin previsión* en el segundo”.²⁵

Es correcto el diagnóstico de Herrera y Lasso. En el primer supuesto de este apartado, el agente se propone un fin atípico, y, aunque prevé la lesión que se produce, no provee los medios idóneos para evitarla (*culpa con representación*).

En la segunda hipótesis, el sujeto activo dirige su conducta a un fin atípico; pero, al realizar tal conducta, no prevé la lesión típica ni provee a su no producción o evitación (*culpa sin representación*).

Ahora bien, si el artículo 8 divide los tipos en dolosos y culposos, y el 60 consagra la punibilidad para los culposos, resulta indudable que el artículo 9 introduce una contradicción al establecer que una voluntad culposa debe estimarse como dolosa.

“II.—*Que no se propuso causar el daño que resultó, ... si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado*”.

Carrancá y Trujillo y Carrancá Rivas, invocando la teoría de la probabilidad, afirman que se trata de un nuevo caso *dolus eventualis*; y agregan que la previsión en este caso se dirige a un resultado siempre ilícito, o violatorio de la ley, y, por tanto, el hecho sólo puede ser doloso.²⁶

Herrera y Lasso, explica que «resolverse a violar la ley» implica conocerla, querer la realización del supuesto abstracto en ella previsto y aceptar el resultado. Ahora bien, como estos son precisamente los elementos que integran el llamado «dolo eventual», carece de sentido el prohibir que se destruya la presunción del dolo, cuando el propio acusado increíblemente ha probado que actuó con dolo”.²⁷

A este respecto, no agregamos comentarios por parecernos completo y válido el razonamiento de Herrera y Lasso.

25 La presunción del dolo. Estudio inédito a la fecha que se elaboró este trabajo, 1971.

26 Código Penal Anotado, p. 47, nota 29, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1971.

27 La presunción del dolo. Estudio inédito a la fecha en que se elaboró este trabajo, 1971.

6. ANALISIS DE LA FRACCION III.

"III.—La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe... que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla;..."

Castellanos Tena, manifiesta que "de acuerdo con las fracciones III y IV, no sirve de excusa el juicio que pueda merecer la ley, ni su ignorancia, ni el concepto equivocado de la misma. Pero el Juez podrá tomar en cuenta las circunstancias personales del infractor para regular su arbitrio, dentro de los límites mínimo y máximo de la pena".²⁸

Carrancá y Trujillo y Carrancá Rivas, exponen que esta fracción "comprende los delitos por «falsa opinión del delincuente» o «por convicción», según la terminología alemana. Se trata del dolo por error no esencial, de hecho".²⁹

Herrera y Lasso, por su parte, razona el problema de la siguiente manera: "La fracción establece un antecedente (creer que el tipo es injusto), y su consecuencia (moralmente es lícito violar la norma en él contenida).

"La justicia —criterio práctico para armonizar la vida de relación— es un punto de referencia situado en el exterior del ordenamiento jurídico positivo. Si la vida de relación necesita, para ser armónica, que un interés se proteja coactivamente, deberá el legislador reconocer ese interés y esa necesidad, y crear el tipo correspondiente. Si, por el contrario, la persistencia de un tipo rompe la armonía social, debe también el legislador reconocerlo y abrogar aquél.

"Con esto se entiende que los sujetos de una ley sólo pueden invocar la injusticia de ella para pedir su abrogación o modificación, nunca como excusa por haberla violado. Sobra, por tanto, la «presunción» legal establecida en esta fracción III.

"Ahora bien, visto el ordenamiento jurídico positivo desde su interior, cabe hablar de la injusticia de un tipo por su falta de conformidad con otras leyes, superiores en jerarquía, que condicionan su existencia y funcionamiento (art. 133 de la Constitución). Desde esta posición reducida y técnica, el tipo (la Ley penal), puede ser injusto por cuatro conceptos:

"a) *Falta de competencia* en el legislador (artículo 16, primer párrafo, 73, VI, XXI y XXII; y 124).

"b) *Irretroactividad* que perjudique (artículo 14, tercer párrafo).

"c) *Defecto o exceso en los elementos* que integran dicho tipo (artículos 19: «los elementos que constituyen aquél», y 16: «fundamentación»).

"d) *Imprecisión de esos elementos* (artículo 14: «ley exactamente aplicable»).

28 *Lineamientos elementales de Derecho Penal. Parte General*, pp. 329 y 330, 2a. ed., Ed. Jurídica Mexicana, 1963.

29 *Código Penal Anotado*, p. 47, nota 30, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1971.

“Tampoco en estos supuestos la injusticia del tipo puede valer como excusa para la violación de la norma en él contenida, supuesto que el propio ordenamiento jurídico proporciona el medio adecuado para corregir los defectos que se derivan de la aplicación del tipo injusto; o sea, juicio de amparo contra la ley, a través del primer acto de su aplicación (artículos 107, fracción VII, de la Constitución y 44, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación)”.³⁰

El razonamiento de Herrera y Lasso es fundado. Sin embargo, es de advertirse que el sujeto activo sí procedió con dolo, porque conocía el mandato o prohibición del tipo; y a pesar de ello, procedió a concretizarlo, creyendo que el tipo era injusto en su contenido, y, por tanto, moralmente lícito violarlo (falsa valoración de la ley). Resulta, pues, redundante presumir el dolo e inútil prohibir su destrucción.

7. ANALISIS DE LA FRACCION IV.

“IV.—*La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe... que creía que era legítimo el fin que se propuso;...*”

Acerca de esta fracción, los autores coinciden al decir que regula el error de derecho.

Carrancá y Trujillo y Carrancá Rivas, explican, que es un caso de error no esencial de derecho; y que “el principio *ignorantia juris aut legis non excusat* ampara la fracción comentada...”³¹

Villalobos, estima que se trata, tanto en la fracción III como en la IV, del error de derecho. Sin embargo, afirma que ninguna de las dos fracciones resuelve el problema. En tal virtud, se declara en desacuerdo con su contenido.³²

Herrera y Lasso, por su parte, afirma que “se trata del antiguo «error juris». El acusado ignoraba que la conducta realizada u omitida y la lesión producida, fuesen típicas. Desconocía, en suma, la existencia del tipo cumplido por él.

“A nuestro entender, la fracción es inconstitucional por violar el principio de la «nulla poena sine culpa», al que antes nos hemos referido, básico en el derecho penal liberal. En efecto, atribuir dolo a quien, por ignorar la antijuridicidad de su conducta, nada puede serle reprochado si no es a título de falta de diligencia para conocer la ley, resulta absurdo.

“Pero aún visto desde el ángulo, ya no constitucional, sino puramente legal, el precepto es incongruente y superfluo. Lo primero, porque es imposible, en lo procesal, que el acusado lo-

30 La presunción del dolo. Estudio inédito a la fecha en que se elaboró este trabajo, 1971.

31 Código Penal Anotado, p. 47, nota 31, 3a. ed., Ed., Porrúa, México, 1971.

32 Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 296, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1960.

gre probar su ignorancia de la ley, cuando el principal efecto de toda presunción *juris et de jure*, como la que nos ocupa, consiste precisamente en hacer inadmisibile la prueba contraria a esa presunción. Lo segundo, porque la fracción se limita a repetir oscuramente lo que ya el artículo 21 del Código Civil expresa con claridad: «La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento;...». Regla que, tratándose «de leyes que afecten directamente al interés público» (las leyes penales, entre otras), no admite excepciones ni atemperaciones. Resumiendo:

“a) La fracción IV del artículo 90. del Código Penal es inconstitucional, por contraria al principio «*nulla poena sine culpa*». Lo cual significa, también, que en materia penal carece de aplicación la diversa presunción establecida en el artículo 21 del Código Civil. Consecuentemente, en contra del primer acto de aplicación de una u otra, o de ambas, procede en nuestra opinión el juicio de amparo contra la ley.

“b) Descendiendo al plano de la mera legalidad, la fracción es incongruente al considerar como posible lo que ella misma prohíbe, o sea, que el acusado pruebe en contra de la presunción, y es, además, superflua, porque para quienes niegan eficacia al «error de derecho» como causa de inculpabilidad, basta el artículo 21 del Código Civil redactado con mayor claridad y precisión”.³³

Disentimos de las opiniones anotadas. La fracción alude al error sobre la violación del deber jurídico penal, que nada tiene que ver con el dolo. Es un error que opera precisamente cuando el autor ha actuado con dolo, y, por ello, sólo afecta a la culpabilidad destruyéndola o, al menos, atenuándola. El sujeto realiza una conducta dolosa, lesiona o pone en peligro el bien jurídico y viola el deber jurídico penal; mas actúa en la creencia errónea de que su conducta está amparada en una causa de licitud.

Así, pues, si salta a la vista el dolo, está de sobra la presunción del mismo, y ocioso prohibir su destrucción.

8. ANALISIS DE LA FRACCION V.

“V.—La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe... que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito...”

Aquí las opiniones se dividen: unos autores afirman que se trata del error en la persona; otros, del error en el objeto. Por otra parte, unos sostienen que existe el dolo, y otros, que hay culpa, etc.

³³ La presunción del dolo. Estudio inédito a la fecha en que se elaboró este trabajo, 1971.

Castellanos Tena, escribe que "la fracción V se refiere al error en la persona. Evidentemente subsiste la intención delictuosa, por no tutelar el Derecho a una persona en particular, sino a todas, a cualquier individuo. Sin embargo, el error en la persona (error accidental), puede dar lugar a la variación del tipo del delito como en el parricidio".³⁴

Villalobos expresa, sin precisar, que "pudiera tomarse como alusiva al error en el golpe, aun cuando su redacción claramente habla del error en la persona o cosa en que se quiso cometer el delito; si así fuera, el precepto significaría, contra la tendencia general que invariablemente quiere ver en el delito resultante una mera actitud culposa, que nuestro Código se habría adherido al otro monismo dogmático: ¡la intencionalidad! . ." ³⁵

Carrancá y Trujillo y Carrancá Rivas, por su parte, comentan que "si el dolo se integra con la previsión del resultado, el error —falso o equivocado juicio acerca de él— no hará posible el dolo cuando se refiera a circunstancias o elementos esenciales del mismo resultado. La fracción comentada tiene por presupuesto que «se quiso cometer el delito», o sea que el error sólo lo fue de hecho. Se trata, pues, del error *in persona vel in objecto*, pero no de ausencia del dolo".³⁶

Herrera y Lasso, enseña que "estamos en presencia de una especie —no de dos, como parece— de «error facti». El empleo de la preposición *en* indica, a poco que se piense, el objeto sobre el cual recae la conducta. Dicho en otra forma: el precepto se refiere a la persona (*a su cuerpo*) como objeto material del delito, no a la persona en cuanto titular del bien jurídico (sujeto pasivo). Persona y cosa se equiparan aquí y deben recibir el tratamiento que corresponde al «error in objecto».

"¿Existe dolo en tales casos?. Evidentemente, porque el hecho de que la conducta haya recaído en cuerpo o cosa distintos de los previstos por el autor, no destruye la concreción del tipo conocida, querida y realizada por él. Si el autor material sabía lo que era matar (o robar), quiso matar (o robar) y mató (o robó), cumplió plenamente los tipos del homicidio o del robo, que incluyen entre sus elementos un objeto material, no la correcta identidad de éste.

Una vez más, la presunción del dolo se revela como superflua"³⁷

Obviamente, esta fracción pretende regular el error en el golpe y el error en el objeto. Es decir —y en el caso del error en el golpe—, el sujeto activo despliega su actividad final di-

34 Lineamientos elementales de Derecho Penal. Parte General, p. 330, 2a. ed., Ed. Jurídica Mexicana, 1963.

35 Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 297, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1960.

36 Código Penal Anotado, pp. 47 y 48, nota 32, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1971.

37 La presunción del dolo. Estudio inédito a la fecha en que se elaboró este trabajo, 1971.

rigida hacia un objeto determinado (persona o cosa) pero una desviación hace que la actividad recaiga en objeto diferente (persona o cosa), dando lugar a un concurso ideal o formal de delitos: tentativa y delito consumado culposo. No obstante, el legislador ha estimado irrelevante a la tentativa y a la culpa, decidiendo que sólo hay un delito doloso. Esta regulación contradice lo dispuesto en los artículos 8 fracción II y 60 del propio Código Penal. Por lo que hace al error en el objeto, la confusión que sufre el sujeto activo es irrelevante, y, por ende, innecesario consagrar la presunción.

9. ANALISIS DE LA FRACCION VI.

"VI.—La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe... que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93".

El artículo 93 dispone que *"el perdón o el consentimiento del ofendido extinguen la acción penal, cuando concurren estos requisitos:*

I.—Que el delito no se pueda perseguir, sin previa querrela;

II.—Que el perdón se conceda antes de formularse conclusiones por el Ministerio Público, y

III.—Que se otorgue por el ofendido o por la persona que reconozca éste ante la autoridad como su legítimo representante, por quien acredite legalmente serlo, o en su defecto, por tutor especial que designe el juez que conoce del delito".

Los autores coinciden en que es superflua esta fracción.

Castellanos Tena, opina que "el consentimiento del ofendido, en términos generales, no legitima la acción delictuosa. El artículo 93 se refiere a los delitos perseguibles por querrela necesaria..."³⁸

Carrancá y Trujillo y Carrancá Rivas dicen que "no por el consentimiento del ofendido dejan de existir los elementos integrantes del dolo. En el activo la dañada intención subsiste sin variantes: pues si el consentimiento fuere causa de inculpabilidad sería tanto como que los particulares quedaran autorizados a delinquir impunemente.

"Sólo por cuanto el perdón o el consentimiento del ofendido son, en concreto, casos que la ley acota, causales de extinción de la acción penal... en las condiciones que ella misma señala, la fracción comentada puede considerar como error esencial de derecho el hallarse autorizado por el consentimiento del ofendido en tales casos, por estar ausente el *animus injuriandi* requerido para que exista el dolo".³⁹

³⁸ Lineamientos elementales de Derecho Penal. Parte General, p. 330, 2a. ed., Ed. Jurídica Mexicana, 1963.

³⁹ Código Penal Anotado, pp. 49 y 50, nota 33, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1971.

Herrera y Lasso, por su parte, precisa que "a primera vista se advierten serios defectos en la fracción que se estudia:

"Comienza por sentar una regla general incongruente y falsa: el consentimiento (anterior a la conducta o coetáneo de ella), dado por el sujeto pasivo, no destruye el dolo. Si dijese que no destruye la *antijuridicidad* o la *punibilidad* de la conducta, tendría algún sentido la terminante prevención, ... aunque seguiría siendo falsa; porque en aquellos tipos que incluyen entre sus elementos el disenso del ofendido —como los de Falsificación de Documentos (245-III), allanamiento (285). Violación (265) y Rapto (267), entre otros—, *el consentimiento del sujeto pasivo no sólo impide el nacimiento del dolo o de la antijuridicidad, sino el del delito todo, por falta de tipicidad en la conducta del sujeto activo.*

"Como segundo error, apuntaremos que en la fracción se pretende ligar —con relación de regla a excepción— conceptos heterogéneos como son el consentimiento anterior a la conducta o contemporáneo de ella, con el perdón y el consentimiento posterior a que se refiere el artículo 93.

"Esta última forma de consentimiento no puede ser, precisamente por posterior, consentimiento de la conducta (nada se puede ya impedir), *sino aceptación del daño sufrido; aceptación que finalmente se resuelve, también, en perdón que extingue la acción penal*".⁴⁰

A nosotros nos parece que, en relación al dolo, la problemática del consentimiento abarca tres hipótesis: a) En los tipos dolosos que no admiten el consentimiento, se configura plenamente el dolo; por tanto, está de más presumirlo, resultando absurdo prohibir su destrucción; b) En los tipos dolosos que admiten el consentimiento, si el titular del bien jurídico tutelado consiente y el sujeto activo lo sabe, la conducta no es dolosa ni delictiva; por tanto, la presunción del dolo es definitivamente inútil; c) En los tipos dolosos que admiten el consentimiento, si éste es otorgado, pero el activo no lo sabe, la conducta sí es dolosa, aunque no es constitutiva de delito precisamente a virtud del consentimiento. En consecuencia, está de más la presunción.

10. ANTICONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 9 DEL CODIGO PENAL.

Independientemente de los razonamientos pragmático jurídicos postulados en el análisis del artículo 9, en donde se ha demostrado lo erróneo e inoperante que resulta la presunción del dolo, es necesario encuadrar su problemática dentro del marco de la Constitución.

40 La presunción del dolo, Estudio inédito a la fecha en que se elaboró este trabajo, 1971.

Toda norma jurídico penal debe emanar de la Constitución General. Consecuentemente, ningún precepto legal debe contrariar su mandato.

Elpidio Ramírez⁴¹ enseña que el artículo 9 del Código Penal es anticonstitucional. Toma como fundamento el artículo 21 de la Constitución y el mensaje de Venustiano Carranza, cuyo texto es conveniente transcribir:

"El artículo 21 de la Constitución de 1857 dio a la autoridad administrativa la facultad de imponer como corrección hasta quinientos pesos de multa, o hasta un mes de reclusión en los casos y modo que expresamente determine la ley, reservando a la autoridad judicial la aplicación exclusiva de las penas propiamente tales.

"Este precepto abrió una anchísima puerta al abuso, pues la autoridad administrativa se consideró siempre en posibilidad de imponer sucesivamente y a su voluntad, por cualquiera falta imaginaria, un mes de reclusión, mes que no termina en mucho tiempo.

"La reforma que sobre este particular se propone, a la vez que confirma a los jueces la facultad exclusiva de imponer penas, sólo concede a la autoridad administrativa castigar la infracción de los reglamentos de policía, que por regla general sólo da lugar a penas pecuniarias y no a reclusión, la que únicamente se impone cuando el infractor no puede pagar la multa.

"Pero la reforma no se detiene allí, sino que se propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias.

"Las leyes vigentes, tanto en el orden federal, como en el común, han adoptado la institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél, tiene carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia.

"Los Jueces Mexicanos han sido, durante el período corrido desde la consumación de la Independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial: ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura.

"La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en mu-

41 Comentarios, en la clase de Derecho Penal, 1er. curso, en la Facultad de Derecho de la U. N. A. M., 1971.

chos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley.

“La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, *dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción*, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes.

“Por otra parte, el Ministerio Público, con la policía judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más méritos que su criterio particular.

“Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada; porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad Judicial, la que no podrá expedirla sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige”.⁴²

A su vez, el artículo 21 constitucional, en su parte conducente, establece: “. . . *La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél*”.

Ahora bien, perseguir los delitos —dice Elpidio Ramírez—⁴³ quiere decir aportar las pruebas que demuestren su existencia. En otros términos: al Ministerio Público le corresponde probar la existencia del delito. Lógicamente, probar la existencia del delito equivale a probar todos y cada uno de sus elementos. El dolo es un elemento del delito; en consecuencia, la prueba del mismo incumbe al Ministerio Público, y este deber es de orden constitucional.

Hay, pues, dos normas jurídicas referentes a la prueba del dolo: el artículo 21 constitucional pone a cargo del Ministerio Público el deber de probar el dolo, y el artículo 9 del Código punitivo lo libera de ese deber. Obviamente, prevalece el mandato constitucional.

42 Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México*, 1808-1964, pp. 752-753, 2a. ed., Ed. Porrúa, 1964.

43 *Comentarios*, en la clase de Derecho Penal, 1er. curso, en la Facultad de Derecho de la U. N. A. M., 1971.

BIBLIOGRAFIA.

ESPECIAL

- ANTOLISEI, Francisco. **Manual de derecho penal. Parte General**, UTEHA, Buenos Aires, 1960.
- BERLIG, Ernst von. **Esquema del derecho penal**, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944.
- BRUNER. **Historia del Derecho Germánico**, traducción del compendio sobre la 8a. ed., Labor, Barcelona, 1936.
- CARRANCA Y TRUJILLO Y CARRANCA RIVAS, Raúl. **Código Penal Anotado**, 3a. ed., Porrúa, 1971.
- CARRARA, Francisco. **Programa del derecho criminal**. Parte general, I, 10a. ed., Barcelona. 1929.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal. Parte general**, Ed. Jurídica Mexicana, 2a. ed., México, 1963.
- CEREZO MIR, José. Algunas notas de pie de página en **El nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la teoría de la acción finalista**, de Hans Welzel, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.
- CORDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista**, Ediciones Ariel, Barcelona, 1963.
- CUELLO CALON, Eugenio. **Derecho Penal**, I. 9a. ed., Editora Nacional, México, 1961.
- DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoría general de la prueba**, Ed. Temis, Bogotá, 1961.
- GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1943.
- HERRERA Y LASSO Y G., Eduardo. **La presunción del dolo**, Estudio inédito a la fecha en que se elaboró este trabajo, 1971.
- ISLAS, Olga y RAMIREZ, Elpidio. **Lógica del tipo en el Derecho Penal**, Ed. Jurídica Mexicana, 1970.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. **Tratado de derecho penal**, V, Ed. Losada, S. A., Buenos Aires, 1963.

- La ley y el delito**, Ed. Hermes, 3a. ed., México, Buenos Aires, 1959.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. **Panorama del delito**, Imprenta Universitaria, México, 1950.
- La antijuricidad**, Imprenta Universitaria, México, 1952.
- La tipicidad**, Ed. Porrúa, México, 1955.
- LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**, II, Madrid, 1927.
- MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.
- MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**, II, Ed. Revista de Derecho Privado, 2a. ed., Madrid, 1955.
- MOMMSEN, Teodoro. **El derecho romano**, Labor, Barcelona, 1936.
- NUÑEZ, Ricardo C. **La culpabilidad en el Código Penal**, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. **Apuntamientos de la parte general de derecho penal**, 1969.
- Dogmática sobre delitos contra la vida y la salud personal**, Ed. Jurídica Mexicana, México, 1966.
- Legislación penal mexicana comparada**, Jalapa-Enriquez, 1946.
- Programa de la parte general del Derecho Penal**. 1958.
- RAMIREZ, Elpidio. **Notas**, tomadas en la clase del primer curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.
- Síntesis taquigráfica de la teoría del delito**, tomada en la clase del primer curso de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., 1971.
- TENA RAMIREZ, Felipe. **Leyes fundamentales de México, 1808-1964**, 2a. ed., Ed. Porrúa, 1964.
- VILLALOBOS, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano, Parte General**, 2a. ed., Porrúa 1960.
- WELZEL, Hans. **La teoría de la acción finalista**, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951.
- El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Una introducción a la teoría de la acción finalista**, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.
- Derecho penal. Parte general**, Roque Depalma, Buenos Aires, 1956.

REVISTAS:

Derecho Penal Contemporáneo. Facultad de Derecho U.N.A.M.

Número 14, Mayo y Junio, 1966.

Número 22, Septiembre y Octubre, 1967.

Número 23, Noviembre y Diciembre, 1967.

Número 27, Julio y Agosto, 1968.

Número 38, Mayo y Junio, 1970.

GENERAL.

ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario, 18a. ed., Madrid, 1956.

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Madrid, 1874.

ENCICLOPEDIA Universal Ilustrada Europeo-Americana, t. XVIII, Ed. Hijos de J. Espasa, Barcelona, 1875.

LEGISLACION.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal de 1871.

Código Penal de 1929.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1931.

Código Federal de Procedimientos Penales de 1933.

Código Penal Alemán.

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

INDICE

CAPITULO I

EVOLUCION CONCEPTUAL DEL DOLO

	Pág.
1. El dolo, su etimología y contenido	9
2. Breves datos históricos del dolo	10
A) Derecho Romano.	10
B) Derecho Germánico	11
3. Ubicación de dolo	12
A) Teorías causalistas	12
a) Teoría psicológica de la culpabilidad	12
b) Teoría normativa de la culpabilidad	14
c) Teoría finalista	16
4. Principales teorías sobre la esencia del dolo	16
A) Teoría de la voluntad	16
B) Teoría de la representación	17
C) Teoría de la conjunción	18
5. Los elementos del dolo y su concepto en la teoría tradicional ..	19

CAPITULO II

EL DELITO EN LA TEORIA DE LA ACCION FINALISTA

	Pág.
1. La acción finalista	25
2. Elementos de la acción	27
a) La voluntad finalista	27
b) La actividad o la inactividad	28
3. El tipo	29
A) La parte objetiva	29
B) La parte subjetiva	30
a) El dolo	31
b) La culpa	34
c) Especiales elementos subjetivos	36
4. La antijuridicidad	36
5. La culpabilidad	37

CAPITULO III

EL TIPO EN EL MODELO LOGICO DEL DERECHO PENAL

	Pág.
1. Esquema de la ciencia del derecho penal	43
A) Teoría de la ley penal	43
B) Teoría del delito	44
C) Teoría de la pena	44
2. El tipo	44
A) Su conceptualización	44
B) Clasificación de sus elementos	45
3. Elementos del tipo	46
A) El deber jurídico penal	46
B) El bien jurídico	47
C) El sujeto activo	47
D) El sujeto pasivo	49
E) El objeto material	50
F) El kernel	50
G) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico	54
H) La violación del deber jurídico penal	55

CAPITULO IV

EL DELITO EN EL MODELO LOGICO DEL DERECHO PENAL

	Pág.
1. Los presupuestos del delito	57
A) El deber jurídico penal	58
B) El bien jurídico	58
C) El sujeto activo	58
D) El sujeto pasivo	59
E) El objeto material	59
2. Los elementos del delito	60
A) El kernel	60
B) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico	62
C) La violación del deber jurídico penal	62
D) La culpabilidad	63

CAPITULO V

EL DOLO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

	Pág.
1. El artículo 7 del Código Penal	67
2. El artículo 8 del Código Penal	68
A) El dolo	68
B) El error	69
3. El artículo 9 del Código Penal	70
A) Presunción juris tantum	70
B) Excepciones a la presunción juris tantum (Presunción jures et de jure)	72
4. Análisis de la fracción I	73
5. Análisis de la fracción II	74
6. Análisis de la fracción III	77
7. Análisis de la fracción IV	78
8. Análisis de la fracción V	79
9. Análisis de la fracción VI	81
10. Anticonstitucionalidad del artículo 9 del Código Penal	82