

811
2ej.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**EXPOSICION SUMARIA SOBRE EL DESARROLLO EVOLUTIVO EN LA
ESTRUCTURA JURIDICA DE LA TEORIA DEL HECHO PUNIBLE**

-LA CIENCIA JURIDICA PENAL ALEMANA Y SU TRASCENDENCIA-

FALLA DE ORIGEN

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:

RUIZ FLORES DANIEL

BAJO LA DIRECCION ACADEMICA DE :

MOISES MORENO HERNANDEZ,
DOCTOR EN DERECHO POR LA UNIVERSIDAD DE BONN,
REPUBLICA FEDERAL ALEMANA.



CD. DE MEXICO, D.D.F.

1995.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVÉNMA DE
MEXICO



Con amor y respeto a los señores :

Francisco Ruiz Poblete
Susana Flores de Ruiz

La admiración y gratitud a :

Martha Patricia Ruiz Flores
Por su laudable fuerza de voluntad,
Elvia Concepción Ruiz Flores
Por su nobleza al espiritual y gran bondad humana,
Eduardo Cuitlahuac Ruiz Flores
Por ser la esperanza que lleva todo niño.

A todos ellos que conforman mi familia

GRACIAS.

Que el amor y la unión que hay entre nosotros,
siempre este presente.

Al señor Catedrático:

Moisés Moreno Hernández
Doctor en Derecho. Universidad de Bonn, R.F.A.

Porque el Profesor es un factor de dominación en el campo del saber. Por él, sabemos lo que es cierto, lo que debe tenerse por aceptable verdadero o científico, lo que debe creerse o lo que no debe creerse; los caminos y métodos que han de adoptarse para llegar a la verdad científica; los límites del saber, y sus fundamentos.

Como constatación de una cordial deferencia, por haberme enseñado y orientado con sus valiosas sugerencias, la ciencia penal y, porque siempre hubo un momento para compartir su apreciable atención, en el desarrollo de la elaboración del presente trabajo.

Ich danke Ihnen also ganz ergebenst, sehr geehrter Herr Professor, und vorzüglicher Hochachtung verbleibe ich.

Viel danke.

A los señores Profesores:

Lic. Silvestre Constantino Mendoza González.
Ex-Catedrático de Teoría General del Proceso,
Ex-Catedrático de Derecho Procesal Civil,
Muy especialmente con usted en la distancia.

Lic. Guillermo Torres Trueba.
Ex-Catedrático de Derecho Constitucional Mexicano,
Ex-Catedrático de Ciencia Política,
Con una gratitud debida ante su presencia.

Lic. Daniel Amezcua Urbina.
Catedrático de Derecho Laboral,
Cordialmente.

Y a todos aquellos que fueron parte integrante de mi instrucción académica.

Gracias, Respetuosamente.

Señor tenme piedad, aunque a ti clame
sin fe; Perdona que te niegue o riña
y al ara tienda con bochorno infame;

Librame por merced, como te plugo a
Bautista y Apòstol en Judea, ya que
no me suicido ni me fugo.

Inclinate al cautivo que flaquea; y
salvo, como Juan por el verdugo, o
como Pedro por el angel sea;

La necesidad de ser alguien.

En la edad de las posibilidades.

La fuerza de mi voluntad: Nace
de mi fe en Dios y en la vida.

Cd. de México, D.D.F., 1995
U. N. A. M.
Facultad de Derecho.

**EXPOSICION SUMARIA SOBRE EL DESARROLLO EVOLUTIVO EN LA
ESTRUCTURA JURIDICA DE LA TEORIA DEL HECHO PUNIBLE**

(LA CIENCIA JURIDICA PENAL ALEMANA Y SU TRANSCENDENCIA)

INDICE

Liminar	5
Capítulo Primero	
Antecedentes Generales	11
A) Consideraciones	12
B) Precedentes hacia las Elaboraciones Científicas	15
I) El Movimiento de la Ilustración	15
1) Los Pensadores Franceses	17
2) El Pensamiento de Beccaria	17
3) La Concepción de Howard	18
II) Los Iniciadores, Precursores o Próceres	19
1) De J. Bentham a Lardizábal y Uribe	20
C) Las Primeras Construcciones Científicas	21
I) Las Escuelas o Movimientos en Materia Criminal	21
1) El Racionalismo Iusnaturalista	22
a) Génesis y Matices	22
b) Representantes y Postulados	23
2) El Positivismo Sociológico Naturalista	26
a) Origen y desenvolvimiento histórico	27
b) Representantes y Postulados	27
D) La Posición Alemana	31
I) Antecedentes	31
II) La Situación de Feuerbach	33
III) La Lucha de la Escuela Clásica y la Escuela Moderna	34
NOTAS:	38
Capítulo Segundo	
La Concepción Causalista, Causal/Naturalística, Clásica o Tradicional en la Estructura Jurídica del Delito	40
A) Valor y Necesidad de una Construcción Sistemática del Derecho Penal	41
B) La Teoría del Delito del Naturalismo como producto del Positivismo Jurídico	42
I) El Acto	43
II) La Tipicidad	45
III) La Antijuridicidad	47
IV) La Culpabilidad	49
-Addenda	53
NOTAS:	54

Capítulo Tercero

La Concepción Causalista, Causal/Valorativa o Neoclásica en la Estructura Jurídica del Delito	56
A) El Sistema del Hecho Punible bajo los postulados del Neokantismo de Baden	57
I) La Acción	59
II) La Antijuridicidad (El Injusto)	62
III) La Culpabilidad	66
-Addenda	69
NOTAS:	71

Capítulo Cuarto

La Concepción Finalista, El Finalismo, en la Estructura Jurídica del Delito	73
A) Génesis y Precedentes Jurídicos de la Estructura Jurídica Finalista del Delito	74
B) El Concepto Finalista de la Acción	78
C) Niveles de la Estructuración del Delito	86
I) El Delito de Comisión Doloso	87
- El Supuesto de Hecho Típico	87
- La Antijuridicidad	90
- La Culpabilidad	92
I') Formas de Aparición de la Acción Punible	97
1) El Delito Culposo de Comisión	97
- Configuración General del Hecho Punible Culposo	97
- El Tipo de Injusto del Hecho Culposo	99
- La Culpabilidad en el Hecho Culposo	101
2) El Delito de Omisión	103
- Estructura General de los Delitos de Omisión	103
- Tipo, Antijuridicidad y Culpabilidad de los Delitos Omisivos	104
-Addenda	109
NOTAS:	110

Capítulo Quinto

Las Perspectivas de la Teoría Jurídica del Delito	
A) El Sistema del Derecho Penal y sus Fines, El Teleologismo Funcionalista	113
I) Dogmática Jurídico Penal y Política Criminal	114
II) El Sistema de Claus Roxin	115
III) El Planteamiento Teleológico Moderno	119
-Addenda	121
NOTAS:	122

Capítulo Sexto

La Ciencia Jurídica Penal y el Derecho Mexicano	123
A) La Situación Mexicana	124
I) Las Culturas o Imperios Mexicanos	124
II) La Época Colonial	125
III) La Etapa de Independencia	129
1) Los Primeros Indicios Legislativos	130
2) El Código Penal de 1871	132
3) El Código Penal de 1929	135
4) El Código Penal de 1931	137
5) El Desarrollo Penal hasta nuestros días	139
B) La Dogmática Penal en México	140
C) El Programa de Estudios de la Facultad de Derecho (UNAM)	142
NOTAS:	145
Conclusiones	147
Suplemento Biográfico	151
Índice Bibliográfico General	162

LIMINAR

En la estructura técnica-jurídica del delito, tanto como en la del derecho penal, se refleja el fin perseguido y el objeto fijado por el penalista a su tarea, al par que se condensan los presupuestos fundamentales que orientan su labor, por situación misma, que el sistema penal no es solamente un conjunto estático de normas penales, sino más correcto, como un conjunto complejo dinámico de funciones, al cual concurren las realizaciones de diversas instancias, llámense poder legislativo, organismos académicos universitarios, comunidades de tribunales, órganos de ejecución penal o también, en su caso, organismos informales de reacción social.

Sobre esta moción, el penalista, al igual que otros juristas, tienen que ocuparse de dos categorías relacionadas entre sí: " El Caso (o también un supuesto de hecho, que es un suceso, un acontecimiento real, sometido a una calificación jurídica) y La Ley ", y si se quisiera precisar más habría que mencionar provisionalmente sus interpretaciones, que por la jurisprudencia y la doctrina han sido convertidos en un sistema dogmático. Ahora bien, nuestro material de trabajo sale de la ley y de lo que se le ha denominado como -Dogmática Jurídica Penal- y en forma cosustancial se edifica una institución jurídica llamada "Sistema del Hecho Punible o Teoría del Delito", sistema central de nuestro trabajo, por ello mismo realizaremos unos breves comentarios sobre estos tópicos con la finalidad de entender mejor el tema que se expone.

"La dogmática jurídica es la ciencia de los presupuestos esenciales del derecho, como ha señalado **Gerhardt Husserl**, pero también explica que la tarea de ésta, es la elaboración de un sistema de conceptos fundamentales supratemporales que constituyen el ámbito de las posibilidades a priori del derecho". Esta institución matiza el campo del derecho de penas y medidas de seguridad, realizando una dogmática jurídico penal la cual se ha definido como la disciplina que estudia el contenido de las normas jurídico penales para extraer su voluntad, con base en la interpretación, construcción y sistematización. La dogmática jurídico penal o ciencia del derecho penal, es el estudio de las normas jurídico penales; esto se intuye en la importancia que indicó **Hans Welzel**, al pronunciar que "sólo la decisión política criminal por la arbitrariedad y la inseguridad jurídica implica la negación de la dogmática, pues constituye la negación de la finalidad que el método persigue".

En base a esto, consideramos de gran interés referirnos a las expresiones que indica **Winfried Hassemer**, sobre la dogmática jurídico penal: "Formula reglas para la decisión jurídico penal de un caso a un nivel medio de abstracción situado entre la ley y el caso; busca la decisión de casos concretos en reglas de decisión que se puede generalizar; contiene y determina estructuras relevantes; selecciona lo importante y desecha lo irrelevante; reduce la complejidad. Todo lo que la dogmática produce, se presenta luego en un orden transparente permitiendo que todo el material de conocimientos pueda ser invocado por quien partiendo de la ley quiere rellenar el marco formulado abstractamente, y por quien partiendo del caso, busca las reglas más generales que son válidas para 'casos de la misma clase'. La dogmática jurídico penal domina el ámbito de exposición de los resultados de la decisión y probablemente también de su producción; indica a los tribunales penales en qué lugar de su fundamentación tienen que tratar de determinados argumentos y en qué extensión; por tanto, la dogmática jurídico penal no sólo está a disposición de la actividad decisoria práctica de los jueces penales, sino que también la dirige. Sólo lo que esta atrapada en sus redes puede tener influencia en la actividad decisoria de los tribunales penales; la dogmática jurídico penal regula el mercado de opiniones y teoremas jurídicos, y canaliza la literatura jurídico penal, no sólo las producciones doctrinales de los teóricos y prácticos, sino también las jurisprudenciales".

La dogmática jurídico penal no dice qué es lo que el penalista debe entender, sino cómo tiene que proceder concretamente en la producción y exposición de su decisión en un caso. Por todo ello, se ha comentado que la misión de la ciencia del derecho penal es desarrollar y explicar el contenido de las reglas jurídicas en su conexión interna, es decir, sistemáticamente. En otras palabras, al esclarecer los principios rectores de la aplicación de la ley penal y exponer sistemáticamente el contenido de las normas penales, cumple la ciencia jurídico penal su misión propia de posibilitar y tecnificar la segura e igualitaria administración de justicia, ya que con ella las decisiones de los jueces se tornan claras y racionales, y por consiguiente también, predecibles y realistas. "La ciencia penal, señaló **Hans Welzel**, es una ciencia práctica, no sólo porque ella sirve a la administración de justicia sino también en un sentido más profundo, en cuanto es una teoría del actuar humano justo e injusto, de modo que sus últimas raíces tocan los conceptos fundamentales de la filosofía práctica".

Teniendo ya en cuenta la importancia que reviste la dogmática jurídico penal, pasamos a comentar sobre el delito, que es el principal objeto de estudio de nuestra disciplina, ya que la elaboración científica de sus elementos constituye lo que se denomina "Teoría jurídica del delito o Sistema del hecho punible", la cuál se ocupa de investigar los presupuestos jurídicos generales de la punibilidad; su elaboración es producto del trabajo teórico jurídico, que es caracterizado en su contenido y matizado por una recopilación de reglas de proceder metódico. **Claus Roxin** ha comentado que "el derecho penal no es, como se ha creído durante mucho tiempo, un producto del sentimiento jurídico, sino el resultado de la reflexión científica sobre los presupuestos de la coexistencia social".

Siguiendo el orden de ideas de **W. Hassemer**, éste menciona que "la teoría del delito vincula al juez penal a un orden que tiene que seguir a la hora de comprobar la punibilidad de un comportamiento humano; la teoría jurídica del delito es el necesario complemento de una dogmática jurídico penal extensa y diferenciada, sin la estructura del delito no sería nuestra dogmática tan compleja; no podría existir, su complejidad no podría ser elaborada por la praxis. Sus características convierten a la teoría del hecho punible en una institución principal del derecho penal, que son general, justa y sistemática. La definición según la cuál el hecho punible es la acción típica, antijurídica y culpable, pretende validez para todas las formas delictivas, la teoría jurídica del delito sirve de base a todas estas formas, expresando lo que es común en todas ellas; en este sentido, la teoría jurídica del delito está antes que la ley, una modificación de la ley no produce inmediatamente de la teoría jurídica del delito, pero quizá si una modificación de la dogmática jurídico penal. En las estructuras del delito de la teoría del hecho punible se expresa más bien un concepto de lo general que contiene finalidades concretas, presupuestos y límites de nuestra cultura jurídica penal, los grados de estructura del delito dicen más que todas las formas delictivas juntas. Constituyen grados relacionados entre sí de imputación de un resultado delictivo a una persona".

Estimamos que el delito no es el único objeto de estudio del penalista, pero, los otros grandes temas que nos preocupan se encuentran referidos todos al hecho punible. Por tanto, no es exagerado calificar al delito como núcleo central de la ciencia del derecho penal, como afirma **Eberhard Schmidhäuser**.

Ahora bien, el proceso de concreción técnica de la estructura de la moderna teoría jurídica del delito, que es caracterizado por su proceso de desarrollo histórico-dogmático, es en sí reciente, ya

que consta de un período aproximado de cien años. En una visión global del desarrollo penal **Claus Roxin** ha explicado que en resumen, se puede decir que "en derecho penal, al igual que sucede en otros campos, el progreso del pensamiento que va desde la retribución, pasando por la prevención, hasta una política social crítica respecto de la sociedad, tampoco puede dejar sencillamente olvidados los conocimientos que se alcanzaron en un determinado momento, sino que tiene que acogerlos e incorporarlos en su seno". El progreso del pensamiento jurídico penal es también la historia de su apertura y ampliación. De manera más específica **Hans-Heinrich Jescheck** a indicado que "la pluralidad de direcciones que concurren en la actual dogmática jurídica penal hace que, a primera vista, ésta presente una imagen confusa; su comprensión resulta; sin embargo, más fácil si se tienen en cuenta las líneas generales de la evolución que ha sufrido la teoría del delito y que cabe distinguir tres fases de desarrollo: el concepto clásico del delito, el concepto neoclásico del delito y el concepto del delito del finalismo. Cada uno de estos sistemas se explican apartir de sus raíces culturales y de su conexión con la concepción propia de la época precedente, que en cada caso se intenta mejorar y superar mediante la reforma del edificio teórico y que la única forma de esclarecer el sentido de las distintas corrientes, es en base a su conexión histórico dogmática".

En efecto, las bases de este desarrollo se hayan relacionados, sin lugar a duda, a múltiples factores, en los cuales afirmativamente se debe tener en cuenta la actitud y disposición de análisis crítico y de revisión global de los estadios de la estructura jurídica que es el delito; veamos como ejemplo, que sin la comprensión del momento político en el que nace y opera una legislación penal no se puede entender el alcance y el íntimo valor de esta. En resumen, el derecho penal es de naturaleza histórico positiva y la historia vista de un modo amplio se nos presenta siempre como un proceso de ascensión cultural. A ello indicamos, también, que hacer una narración del proceso evolutivo involuera varias situaciones, pero no omitiendo que aún dejando de lado la cuestión filosófica de si puede ser aprehendido un proceso histórico sólo descriptivamente, sin anticipar los criterios en base a los que aquel será considerado, persistirá la dificultad de orden práctico, de deducir inductivamente las tendencias de la evolución del derecho penal a partir de un análisis exhaustivo de las múltiples modificaciones que se han llevado a la práctica, o al menos han sido objeto de discusión. En cualquier caso no se trata de una simple profesión de fe, las evoluciones están claramente insertas en mayores ámbitos históricos y debería, por lo menos por lo que respecta a este marco de referencia, alcanzar la magnitud de su trascendencia, por que el derecho penal como parte esencial de todo orden jurídico es expresión concreta del poder político formando un subsistema de control social; por consecuencia misma, existe una codependencia vinculatoria en las etapas más trascendentes del desarrollo de una nación.

Ahora bien, este desarrollo de reflexiones científicas de las diversas etapas del desarrollo evolutivo del delito, son inherentes al progreso de un Estado Democrático de Derecho como es el nuestro, situación que implica lo siguiente: El desarrollo del México contemporáneo sus logros y problemas, sus dilemas y proyectos de superación lo han colocado cada vez más en la vorágine del mundo actual. Se quiera o no, México se ha vuelto a la vez sujeto y objeto de las grandes fuerzas y tendencias de la política mundial. Sus intereses, así como respecto de los actores y las fuerzas, los regímenes y los bloques de todo tipo. En efecto, estas circunstancias, que se acentuarán cada vez más en el futuro inmediato, representan transformaciones de nuestras realidades sociales en todos los ámbitos. Todos estos diversos aspectos que conforman la política social de un Estado, -socio/económico, político y cultural- representan modificaciones en sus medios de control social, y además exigen nuevas reestructuraciones acordes a nuestras vivencias

sociales; esto nos lleva a realizar un exámen detenido de nuestra situación y que lo primero que se percibe, es la existencia de una desconexión entre el derecho y nuestras vivencias cotidianas y más como en una sociedad tan compleja como la nuestra.

“Cada vez se advierte más, comenta **Moisés Moreno**, que los preceptos jurídicos se encuentran notoriamente retrasados respecto de las exigencias de una sociedad moderna, y que las elaboraciones teóricas continúan tejidas en torno de principios y supuestos propios de otras épocas”. A esto podemos agregar la situación en donde algunos miembros de la judicatura se mofan, de las investigaciones científicas, refugiándose en un conocimiento imperfecto de los códigos, sin alcanzar a comprender que no bastan los rígidos y fríos artículos de una ley para administrar justicia, sino que se requiere una capacidad para interpretarla recta y humanamente, lo cual se logra sólo mediante una cultura jurídica.

En otro orden de ideas, los sistemas legislativos de México no son autóctonos, sino manifiestan una clara filiación del Sistema Continental Jurídico Europeo (alemán, francés, italiano, español, etc.). Por consiguiente, al tratar de hablar sobre la dogmática jurídica penal y de la teoría jurídica del delito, el penalista no puede desatender el desarrollo del quehacer científico germano, que son los que han llevado el desarrollo de las estructuras del derecho penal a un ámbito de contemporaneidad y nivel trascendental mundialmente, situación que ha acarreado comentar que el patrimonio elaborado por la dogmática jurídica alemana en los últimos cien años constituye un elemento indispensable para el criminalista actual, no sólo por que supone una buena tradición cultural a la que se pueden vincular las corrientes más modernas, sino sobre todo por que ha ayudado, como ninguna otra corriente del pensamiento lo ha hecho hasta ahora, a la conceptualización de la actividad jurídica como ciencia y a la seguridad jurídica, elevando la aplicación del derecho por encima del acaso y la arbitrariedad. Por consiguiente el presente trabajo académico toma como referencia, en su mayoría, las fuentes de la literatura jurídica penal alemana, tratando, claro es ello, interpretarla y vincularla en forma comparativa con nuestra legislación penal. En efecto, y con la idea de **Hans Welzel** de que “*Da es in der Wissenschaft nur auf den Wahrheitsgehalt einer Sachaussage, nicht auf deren Herkunft ankommen sollte*”, la ciencia penal tiene que entenderse como parte de un contexto cultural universal. Además que dentro del área del derecho, la materia criminal es la más universal de las jurídicas, tanto por su objeto como por su metodología que arduamente se ha edificado en aras de las garantías de los derechos individuales.

Como vemos, estas primeras ideas implican otros tipo de situaciones, es decir, nos referimos a aquella conexión de las nuevas generaciones de penalistas que deben atender hacia una mejor formación, desarrollo y aportación, en busca de una superación constante para que exista de manera real la vinculación de los universitarios para con la sociedad, en busca del progreso del país; por que estas sustentaciones se encuentran en la idiosincracia, en la fe y en la esperanza, porque la esperanza no es la convicción de que las cosas saldrán bien, sino que es la certidumbre de que algo tiene sentido; por ello, el derecho como producto social que es, debe siempre encaminar en la propia dirección del desarrollo del hombre, luego entonces, la ciencia del derecho penal como ciencia eminentemente práctica es una ciencia abierta, que se desarrolla paulatinamente y progresa. Por misma razón **Enrique Gimbernat Ordeig** ha dicho que “toda idea jurídica progresiva necesita una formulación legal que será tanto más perfecta y eficaz cuanto más alto sea el nivel científico jurídico, porque una ciencia desarrollada del derecho penal es la que hace posible controlar los tipos penales, por que la pena es un medio necesario y terrible

de política social, porque tenemos que vivir con el derecho penal; por todo ello: **Die Strafrechtsdogmatik hat eine Zukunft**". Es por esto que, detrás del jurista se halla el hombre con sus virtudes y vicios, sus desiluciones y sus esperanzas, sus triunfos y sus derrotas. Las ideas del primero son una sombra o un reflejo de los anhelos y aspiraciones del segundo.

Sólo una ciencia jurídica que por un período adecuado de tiempo transfiera el peso principal de su trabajo, de la interpretación del derecho vigente a la crítica del mismo, así como al diseño de nuevos planteamientos, puede pasar de ser una instancia interna a ser una instancia externa del derecho penal y alcanzar, de esa manera, un campo o nivel de abstracción que haga posible un encuentro con otras instancias a nivel de ésta. El esbozo o crítica que va a prevalecer, es algo que depende del grado de desarrollo que haya alcanzado en una determinada sociedad las condiciones y la voluntad política necesarias para la transformación del sistema jurídico penal. Por ello, se ha comentado que sólo el debate nos permite una mejor reflexión y acercamiento a la configuración de un derecho penal más democrático, que mantenga incólume la dignidad de la persona.

"Así, el derecho penal tendrá que integrar y traducir a sus categorías conceptuales la totalidad de las ciencias del hombre y de la sociedad, porque trabajar en el derecho penal es siempre trabajar en la sociedad y en las condiciones de existencia que esta le proporciona, como a señalado **Claus Roxin**".

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES GENERALES

A).- CONSIDERACIONES

Mi tarea inicia, en lo que preponderantemente sea, tal vez no tanto a informar de lo sucedido, sino más bien de su interpretación: La cuestión estriba en saber bajo qué criterio hay que situar los aciertos y los fracasos, las experiencias tanto negativas como positivas en el desarrollo de los estadios de la estructura jurídica del delito durante una aproximidad de cien años. En otras palabras, como hay que ponderar en su conjunto el desarrollo del derecho penal en la actualidad, por consecuente habrá que plantearlo desde una perspectiva crítica, es decir, con el objeto de obtener parámetros para realizar una valoración, por ello mismo nos tenemos que ubicar en una visión retrospectiva en conjunto.

Antes de comenzar, es preciso advertir que no indicamos una reseña histórica global del derecho a castigar en el desarrollo de la humanidad, porque el derecho penal como ciencia pertenece a tiempos modernos; por ello partimos de antecedentes históricos a partir del siglo XVII, sin que ello obedezca a no tener en cuenta aquella aportación especulativa referente al derecho penal, que se pudo haber realizado en los tiempos antiguos a la aparición del hombre; además, ya en forma más específica, en relación del desarrollo de la estructura de la imputación jurídico penal es de una aproximidad de cien años.

Iniciamos que de la configuración científica del derecho penal que por su proceso histórico dogmático es caracterizado, se deduce lo siguiente: En las primeras etapas de desarrollo de las sociedades humanas no existió propiamente un derecho penal de carácter técnico, ni mucho menos que presentara rasgos científicos, sino más bien, se establecían un conjunto de prohibiciones de hecho que se consideraban lesivos de la integridad del individuo o del grupo, u ofensivos a la divinidad ante los cuales se reaccionaba con violencia. El delito surge cuando el hombre, en las relaciones con sus semejantes, transgrede aquellos principios que, según, los juicios de valor de cada época se consideraban fundamentales apareciendo contra esas transgresiones las diversas formas de pena. Esas diversas formas de pena consistían en atribuir a ciertos hombre el poder y deber de castigar al que transgredía los juicios de valor y que representaban dañosidad para la vida social, es decir, se hace uso al derecho de castigar. "El origen de la pena, explica **Hans Heinrich Jescheck**, se pierde en la noche de los tiempos, en una época oscura dominada por el pesamiento mágico, en la que la venganza del ofendido y de su tribu se mezclaba con actos simbólicos para aplacar los dioses ofendidos por el delito. 1

De forma breve consideramos de gran importancia hacer alusión al comentario que realiza **Günther Stratenwerth**, sobre el origen y desarrollo de la pena en los momentos históricos de la humanidad: "El concepto de pena incluye, desde una perspectiva histórica, no sólo una multiplicidad de formas exteriores de aparición, sino al mismo tiempo una cantidad en materia de contenido significativo que no es pequeña: la idea sacro-mágica del sacrificio del delincuente, lo mismo que la del crudo atemorizar puesto al servicio de la crueldad, que se exterioriza en las penas corporales y de muerte de la Edad media o, por último, la pena privativa de libertad dirigida al "mejoramiento" de la Edad moderna; por todo ello es posible dudar sobre la posibilidad de hablar "de la" pena desde un punto de vista histórico, tal como si estuviéramos en presencia de un mismo e idéntico fenómeno. De esto se deduce que la pena, en la actualidad, es decir, en nuestro momento histórico, pueda receptor cualquier contenido. Sin duda que su naturaleza está codeterminada por razones históricas, de las que ella proviene. Por este motivo no tenemos la libertad de retroceder, para decirlo con un ejemplo extremo, hasta el pensamiento de

la antigüedad, ni entender la pena como el restablecimiento mágico del orden vital destruido, si bien en la actualidad hay en nuestro pensamiento restos inconcientes de tales ideas. Las preposiciones relativas a la pena, que no quieran permanecer en el estadio de las meras especulaciones, no podrán tampoco avanzar más allá de la concepción de la sanción dominante en la sociedad, que sella decididamente la realidad de la pena, tal como se impone y se ejecuta cotidianamente; una realidad que sólo es posible modificar, evidentemente, a lo largo de mucho tiempo. Por lo tanto, la teoría de la pena permanece ligada en límites relativamente estrechos, dentro de los cuales la discusión está determinada por pocas posiciones fundamentales, que por su parte tienen un largo arraigo histórico". 2

Ahora bien, ya al comentar de la historia de la ciencia del derecho penal, **Edmund Mezger** indicó que "el derecho penal como fenómeno social debe comprender también desde el punto de vista de los fundamentos instintivos inconcientes del sentimiento primitivo de venganza, en el que se ha visto con acierto una proyección hacia fuera de la representación de la personalidad: sólo esta reactivación del "sentimiento" hace posible que se desarrolle en la pena de fin el posterior racionalismo de reflexión. Por ello aparece siempre en los momentos primeros de la evolución jurídica una estrecha conexión entre aquella venganza y el sentimiento religiosos, es decir, un rasgo sacro en la pena; ésta se eleva desde la esfera puramente personal a otra más alta; más tarde a la esfera de la comunidad social Estado, con lo que principia la racionalización y humanización del derecho punitivo". 3

Por su parte **Claus Roxin** comenta que "en tiempos anteriores el derecho penal aparecía íntimamente ligado a la religión, la moral y las costumbres. Por ello se prohibían y, sin más, se castigaban con la pena criminal conductas que se consideraban pecaminosas, heréticas, inmorales o simplemente inconvenientes. "La justificación del derecho a castigar no era problema". 4

Podemos adelantar que en los tiempos antiguos de la humanidad, en la cual sólo se anunciaban algunos rasgos de la ciencia del derecho penal apenas distintos de la filosofía universal, se caracterizaba por la exégesis del derecho de castigar, los criterios que sustentaban tal eran matizados por caracteres empíricos y prácticos, casuísticos y simples. **Wilhelm Sauer** comentó que "los llamados siglos silenciosos pueden satisfacerse con derecho consuetudinario, son poco exuberantes desde el punto de vista de la historia del derecho, aunque criminológicamente favorables". 5

Por ello, lo más importante fué en los tiempos antiguos, el paso de la concepción jurídica privada del delito y de la pena, a la concepción jurídica pública, es decir, se le atribuye ya un carácter de objetividad e imparcialidad; más sin embargo, posteriormente ya siendo público el derecho penal, la pena se muestra como una expiación cruel del delito. Pero la sociedad empieza a demostrar avances paulatinos en busca de su dignidad humana y es precisamente que a mediados del siglo XVIII, se comienza a vislumbrar cambios que marcan una importante trascendencia en la historia de la civilización. La justicia penal sale de los linderos metafísicos para tornarse humana; los conceptos de delito y pena dejaron de ser entes inasibles para convertirse en estructuras jurídicas. Por situación misma **Johannes Wessels** opina que "las raíces del derecho penal se encuentran en las representaciones ético-sociales de valor de la comunidad jurídica; constituyen el fundamento para que surjan bienes jurídicos, normas jurídicas y tipos penales". 6 La crueldad del castigo fue cediendo el paso a la humanización y moderación de ésta, y con ello mismo se empieza a

vislumbrar el reconocimiento de garantías del inculpado, en tal forma que tuviera la oportunidad de defenderse.

Pero todo ello tendrá su apertura en base al pensamiento racionalista del derecho natural y, especialmente, en la etapa de la Ilustración, de lo cual hacemos referencia en el siguiente párrafo.

•

B).- PRECEDENTES HACIA LAS ELABORACIONES CIENTÍFICAS.

1).- El Movimiento de la Ilustración

Después de los criterios empíricos, prácticos, de los matices casuísticos, de la exégesis en el derecho a castigar, que predominó en aquellos tiempos anteriores, el punto inicial del derecho penal se efectúa primero por medio de "La Escuela del Derecho Natural" y posteriormente, en la "Época de la Ilustración", también denominada "Época de las luces", "Período Iluminista" o "Iluminismo". Etapa en la historia de la humanidad en el que se vislumbra el espíritu ideológico de la ciencia criminal, época en la que se empieza atraer tajantemente la atención del hombre hacia el estudio del ordenamiento jurídico penal como objeto preocupación, dando lugar a la formación del derecho penal en donde se establecerá sus pretensiones científicas y de sistema: criterios, fundamentos y principios.

Con la definición: "**poena est malum passionis quod infligitur ob malum actionis**", -palabras que ya en 1625 fueran pronunciadas por **Hugo Grotius**, y que no expresaban nada nuevo -indica **Armin Kaufmann**-, que describen todo lo que hasta hoy se ha pensado como pena y como derecho penal. 7

Hugo Grotius en Holanda, desarrolla la primera teoría independiente del derecho penal, establece las bases del derecho natural y fundamenta la pena en consideraciones de razón. Plantea la distinción entre ley jurídica y otras leyes, divina y moral, el origen contractual del derecho y por tanto el origen individual del derecho punitivo. (Nace en Delf, Holanda. 1583: 1645. Su obra: *De jure belli ac pacis*, 1625. Llamado padre del derecho natural moderno) Dentro de esta línea iusnaturalista le siguen **Thomas Hobbes**, **John Locke** y **Baruc Spinoza** que señalaron entre otros fines de la pena el de enmienda del delincuente.

En Alemania, **Samuel Pufendorf** (1632 : 1694) plantea la teoría iusnaturalista de la imputación y de la libertad, desecha la finalidad meramente retributiva de la pena y se declara adversario de procesos inquisitoriales y de hechicería. **Christian Thomasius** (1655 : 1728) y **Christian Wolff** (1679 : 1754) ya más ubicados en la época de la Ilustración, adoptan la política de la filosofía iluminista del Estado policía, defienden el racionalismo del Estado, encargado de la justicia penal, en contra del derecho tradicional romano y canónico. Hacia esto **Hans Heinrich Jescheck**, opina que "el pensamiento racionalista del derecho natural planteó la cuestión del sentido y fin del derecho penal, las ideas humanistas condujeron al triunfo de las penas privativas de libertad y la limitación del poder punitivo por la teoría del contrato social condujo al principio de legalidad".⁸ Como vemos, es la época en el que el período histórico es caracterizado por las transformaciones de las ideas. Por todo esto **Edmund Mezger** comentó que "el hombre y su facultad de pensar se independizan, "la ciencia deja de ser la sirviente de la teología, y también el Estado y el Derecho comparecen ante el Tribunal de la razón crítica del hombre". 9

Efectivamente eran momentos de incertidumbres, de cuestionamientos y dudas en esa época, pero también tiempos de comenzar. El estado de la legislación criminal contenía un sello característico en sus estructuras, era completamente atentador a todo ciudadano. Ello llevó a **Voltaire** a comentar, que el sistema penal del "Ancien Régime" parecía planificado para aniquilar a los ciudadanos. Las características de las legislaciones penales de todo el continente europeo se

tildaban por una total falta de certeza jurídica y por la ausencia total de garantías de los derechos del individuo frente al poder omnipotente del Estado.

Se ha afirmado que los hechos delictivos no aparecían legalmente definidos con precisión, por ello mismo, las disposiciones legales podían ser extendidas por analogía a hechos no previstos. Los jueces, además de las penas previstas legalmente podían imponer según su arbitrio, otras distintas, aunado a ello, las penas no guardaban una proporción con la gravedad del hecho cometido; luego entonces, las penas se dirigían primordialmente a la intimidación general, que degeneraba un terror penal. La responsabilidad penal no era estrictamente personal y trascendía a los próximos parientes del supuesto culpable. Además, no existía igualdad ante la ley. En resumen: Desde un ángulo de pura justicia, era un derecho generador de desigualdades; desde el punto de vista legislativo, constituía un derecho heterogéneo, caótico; en la vertiente de seguridad social, contenía múltiples arbitrariedades, era excesivamente riguroso y cruel. Y en lo que al enjuiciamiento criminal correspondía, estos matices, características, estaban más acentuadas, en globalidad existía un terror penal criminal.

1).- Los Pensadores Franceses

En Francia, **Diderot**, **d'Alembert**, **Montesquieu**, **d'Holbach**, **Voltaire**, **Helvetius** y **Rousseau**, protestaron contra la barbarie de la penalidad en nombre de la utilidad social, y contribuyen con una magnífica literatura de carácter jurídico político. v. gr.: Voltaire ("Prix de la justice et de l'humanité", 1777), Montesquieu ("Esprit des lois", 1748), Rousseau ("Contrat social", 1762), etc.

Montesquieu, **Charles de Secondat, baron, de la Brede et de**, (1689: 1755), centra su crítica en la organización social de la época y sus instituciones más importantes, sentando el principio de la división de poderes y exigiendo la absoluta independencia del poder judicial, al tiempo que esbozaba determinados principios fundamentales de la justicia penal. Entre ellos, la igualdad de los ciudadanos ante la ley; las leyes penales -afirmó- deben ser precisas y completas, y señalar con precisión las penas a imponer en cada caso; estas deben ser siempre proporcionadas a la gravedad del delito y moderadas en su ejecución, por ello resaltó de modo preciso la necesidad de fundamentación sustancial de la pena, sobre la base del exacto reconocimiento de que la misma no puede estribar en un acto de voluntad arbitrariamente derivado del mero capricho del legislador.

Por su parte, **Voltaire**, (1694 : 1778) critica el excesivo arbitrio judicial, denunciando el poder discrecional de los jueces; indica que la pena debe ser proporcionada a la personalidad criminal del autor del crimen, y al referirse al sistema de penas, defiende las de privación de libertad y trabajos perpetuos, censura la pena de muerte, por su inutilidad, aunque para algunos casos llega a admitirla; no se trata de determinar cuál es la pena más dulce, sino ver cuál es la más útil. (La pena de muerte es solamente útil al sicario a quien se le paga por dar muerte al prójimo en público). "En 1762 en Toulouse, un comerciante protestante **Jean Calas** injustamente fué condenado a la rueda, por muerte de su hijo: **Voltaire**, entonces publica un escrito donde acusa a los tribunales franceses de homicidio judicial, poniendo de un golpe a la opinión pública de su parte".

También, **Rousseau, Jean Jacques**, (1712 : 1778) consideró al derecho punitivo como una totalización de los derechos de defensa individual. Todo hombre, en estado natural, tiene el derecho de defenderse contra cualquier agresión. En virtud del "Contrat Social", el individuo se despoja de derecho personal de defensa en favor de la colectividad. Demanda igualdad y libertad, además la necesidad de absoluta independencia entre política y el derecho.

2).- El Pensamiento de Beccaria

En efecto, el período iluminista se empieza a vislumbrar, y es en Italia en donde se presenta con su mayor resplandor a través de un milanés "**Cesare Bonessana, Marqués de Beccaria**", (1738 : 1794) que con su gran pequeña obra "Dei delitti e delle pene", expone de manera completa, exaltada y brillante el pensamiento penal de la Ilustración y la crítica del derecho penal de la monarquía absoluta.

Beccaria funda el derecho de castigar, así como la soberanía del Estado en el contrato social. Los seres humanos, libres en el estado de naturaleza, pero en luchas constantes, habrían cedido parte de su libertad, la menor posible, para vivir en sociedad y ver garantizado así el resto de su libertad. Consecuencia del contrato social, es también en **Beccaria** el principio de legalidad de los

delitos y las penas; es el legislador, representante de la sociedad unida por el contrato social, el único que debe establecer los delitos y penas. Sólo podían constituir delito, por consiguiente, las conductas perjudiciales para la sociedad y sólo se deberían aplicar las penas estrictamente necesarias.

En su obra el fundamento de la pena se halla en su necesidad para evitar la comisión de delitos futuros. El fin de la pena, -dice **Beccaria**- no es otro que impedir al reo causar otros daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros delitos. Es una concepción utilitaria de la pena, la de **Beccaria**, como la de todos los pensadores de la Ilustración. Se asigna únicamente a la pena fines preventivos, de prevención general (intimidación) y prevención especial, pero se pone el acento a la primera. Más eficaz que la pena cruel, dura, es, según **Beccaria**, la pena cierta, pronta y proporcionada al delito. Combatió la pena de muerte que no es justa, no es de derecho, no puede basarse en el contrato social, porque nadie concederá esa facultad a los demás y si lo hace, infringirá el principio de la indisponibilidad de la vida humana y no es útil por el ejemplo que da a los hombre de atrocidad. Propone su sustitución por una pena perpetua de privación de libertad acompañada de trabajo útil (esclavitud perpetua), aunque admite la pena de muerte en dos supuestos excepcionales. Se exige la proporcionalidad de los delitos y las penas, no en aras a la retribución o de la expiación, sino de la misma prevención general. Combatió **Beccaria** el excesivo arbitrio judicial, la crueldad de las penas del antiguo régimen, la desigualdad de los ciudadanos ante la ley penal, el tormento, las confiscaciones, etc.

Como se aprecia, **Beccaria** no es un pensador original; no expone ninguna idea que no flote ya en la corriente de los tiempos. La trascendencia de su obra se debe a su actualidad política, más que a su valor científico, es la obra del liberalismo trasladado al derecho criminal, lo dominó un fin exclusivamente práctico: La mitigación de las penas, aunado a las bases individualistas utilitarias, (el derecho de castigar no se funda en la justicia, sino en la utilidad) el contrato social, el optimismo, es decir, la fe absoluta en la felicidad que debe alcanzar mediante instituciones humanas. En conclusión: "Para la historia de la justicia punitiva representa el cierre de una época y el pórtico del derecho penal científico y el proceso codificador". El éxito enorme de su obra, le da vuelta a Europa, los enciclopedistas y los reformadores imperantes lo adoptaron como guía del pensamiento liberal y **Voltaire** lo honró con un comentario.

3).- La Concepción de Howard

Por los mismos años en Inglaterra, surge otra gran figura renovadora la cual resalta la situación criminal que imperaba en el sistema penitenciario, nos referimos a **John Howard**, (1726 : 1790) que visitó las cárceles y los hospitales de muchos países europeos.

En casi todas partes tuvo ocasión de observar las deplorables condiciones en que se encontraban los presos. Yacían amontonados en calabozos infectos, sin luz ni aire, sometidos a una alimentación miserable, abandonados todos, sin socorro alguno, ni moral ni material y como colmo a tanta desventura, dominaba la promiscuidad más espantosa. Niños y viejos, reincidentes y delincuentes primarios, delincuentes políticos con condenados de derecho común. La vista de tantos horrores e inhumanidades presenciados en sus viajes dieron como resultado la publicación de su famoso libro de gran trascendencia "The State of Prisons", 1777, y que fuera publicada pocos años más tarde en francés, "Etat des prisons, des hôpitaux et des maisons de force, 1788". Poco después de la aparición del libro de **Howard**, se publican otros mucho encaminados al mismo fin de renovar el tratamiento de presos. (Ya antes **Howard** había publicado "The State of

prisons in England and Wales y "An Account of the present state of the prisons and houses of correction in Midland Circuit").

Las concepciones de **Beccaria** y de **Howard**, pero sobre todo la del italiano, produjeron un efecto considerable en la transformación de las instituciones penales. No sólo influyeron en las ideas científicas de su tiempo, sino también en la legislación penal, que en muchos países sufrió hondas reformas; un movimiento codificador se empieza a producir en el viejo continente. Así, las Instrucciones de Catalina de Rusia; en 1767 se ordenó la elaboración de un Código Penal; La Reforma de la penalidad iniciada en *Österreich* por José II, en 1787 se promulga una Ley General sobre Castigos de Delitos; La Pragmática de 1774 publicada en Nápoles para la fundamentación de las Sentencias, además en la península italiana se mando a realizar la Redacción de Dos Proyectos (una de la Ley penal sustantiva y otro de procedimiento criminal) que no llegaron a ser promulgados; La Ordenanza de Luis XVI en Francia en 1780 para la abolición del Tormento. Sin embargo, el movimiento de la reforma fué superado por un suceso extraordinario, "La Revolución Francesa de 1789", la cual destruyó todo el edificio de las viejas instituciones, para reconstruir, sobre nuevos fundamentos, la vida social. Ello conduce a la "**Declaration des droits de l'homme et des Citoyen, 1789**". Las primeras leyes del tiempo de la revolución fueron el Código Penal de 1791 y 1795 respectivamente; unos años después, en virtud de esto, aparece en 1808 un nuevo Código de procedimientos penales y en 1810 el Code Penal, Febrero 12, bajo el régimen de Napoleón llamado "El Código Penal del Imperealismo Francés"; **une défense sociale au moyen de l'intimidation**.

Estos códigos hechos durante el Imperio, consagran muchas instituciones que responden a las exigencias de la nueva época; pero se reciente de la influencia del despotismo imperial y de las doctrinas utilitarias de entonces. El Code Pénal de 1810 se ha expresado ser el Primer Código Penal Secularizado, es decir, basado sobre una moral laica que, en sustancia, rehúsa a reconocer significado determinante a los valores religiosos e incluso para los fines de su tutela. Característica fundamental del mismo Código, todo el tendente hacia la garantía de las libertades individuales, es la coherente aplicación del principio de legalidad, ya lo que concierne al delito y lo referente a la pena. Se trata de un código penal que se ha juzgado de severo, y que, sin embargo en el momento histórico en el cuál surgió, representó un cambio en la legislación penal, por que se encuadraba en el nuevo clima del Estado de Derecho que el liberalismo venía instaurando en Europa, tras una época de arbitrariedades. Por esto mismo casi todos los códigos penales europeos, más o menos provenientes del derecho penal de la revolución, les dieron franca entrada en su articulado, es decir, este código sirvió como modelo para diferentes códigos de otros países.

Todo este derecho penal revolucionario, desciende en la línea directa de la transformación iniciada por **Beccaria**, con una que otra variación, y que constituye aun el fondo de la mayoría de los códigos y leyes penales vigentes en la actualidad. Por eso mismo, nos adherimos a la moción de que el movimiento de la Ilustración, en su aportación ideológica, es más bien "patrimonio cultural de toda ciencia penal posterior, que dominio exclusivo de una sola tendencia".

II).- Los Inicidores, Precursores o Próceres

Con **Beccaria** no se limitó el pensamiento iluminista, junto a él existieron otras personalidades que en diferentes regiones europeas contribuyeron, en diferentes aspectos, a las directrices de la historia punitiva.

1).- De J. Bentham a M. de Lardizabál y Uribe

En la línea del derecho penal otro inglés, **Jeremy Bentham**, (1748 : 1832) alejado de su sistema jurídico anglosajón y ubicándose en el romano-germánico, aplica al derecho penal los principios de su utilitarismo. Se detiene especialmente en el concepto de pena que somete a agudo análisis, para distinguirlo de las reacciones análogas; la pena es un mal impuesto al culpable para prevenir los delitos. La prevención (particular y general) da a la pena un contenido de utilidad máxima, es decir, de necesidad, pero también no sólo eso, sino además su único fundamento legitimante, por eso en su obra intitulada "Théorie des peines et des recompenses", señala las características de que deben tener las penas para que cumplan esta finalidad. Encuadrada en la dirección utilitaria de una filosofía jurídica, lo más importante de la pena es la apariencia, es decir, el aspecto intimidatorio de la misma. Llegando a propugnar una especie de tallón simbólico; por esto mismo se ocupa de la fase ejecutiva de las penas, y aún del propio lugar en que ella se lleve a cabo, desarrollando el sistema de construcción penitenciaria denominado "Panóptico"; por consiguiente, es el máximo representante del utilitarismo de la época de las luces.

También en este periodo iluminista, se alude a un italiano **Gaetano Filangieri**, (1752 : 1788) en su obra "Scienza della Legislazione", fundamenta un sistema penal sobre un principio contractualista, aun que esta teoría adquiere una fisonomía especial. Trata de conciliar la razón humana con la razón divina del derecho, pero siguiendo la teoría del contrato social, en cuya violación consiste el delito; insiste en el tema de **Beccaria**: El fin utilitario de la pena, y, por tanto, rechazo del concepto de expiación y aceptación del principio preventivo. El derecho de punir ha sido heredado por la comunidad gracias al contrato social. El delito es contrario a la ley, en cuanto esta es expresión del contrato social.

Giandomenico Romagnosi, (1761 - 1835) su obra más importante lleva el título de "Genesi del Diritto Penale", en la cual construye un coherente sistema penal. La sociedad, -afirma-, con el fin de defenderse está en la necesidad -y en el derecho- de eliminar la impunidad del delito. En consecuencia, la sociedad tiene a que la pena siga el delito, como medio necesario para su conservación, la pena es un contra impulso en relación con el impulso criminal y por eso su fin es de prevención general. -contropinta a la spinta criminosa-

En Suiza, un médico por las influencias de los ideales iluministas en su obra "Les Chaines de l'Esclavage", aborda los temas relacionados a los problemas de la justicia, de la libertad, de la corrupción, de los suplicios, etc.; nos referimos a **Jean Paul Marat**, (1743 : 1793) que presentó en 1779 a un Concurso en Berna un "Plan einer Kriminalgesetzgebung" en el que se expone la crítica socialista y revolucionaria al pensamiento talional kantiano, lo cual no pareció agrandar al jurado; afirmó que la pena más justa es la talional, pero observa que esto no sería así sólo en la medida en que la sociedad fuese justa, admite entonces la tesis contractualista. Indica que se castigue el delito sin lesionar la justicia, mantener el orden a la sociedad y resguardar la tranquilidad social de sus miembros, ese orden social basado en un contrato que fija igualdades en los derechos y ventajas recíprocas. Señaló que todas las leyes existentes no valen, porque son ilegítimas, arbitrarias, contra la moral y el buen sentido, y no se deben tener en cuenta. La pena debe perseguir la evitación de los delitos, la proporcionalidad y la humanidad.

En lo que en su tiempo algún día se le denominó la Nueva España, en México, nace **Manuel de Lardizabál y Uribe**, en la hacienda denominada San Juan del Molino de la Provincia de

Tlaxcala, en el obispado de Puebla de los Angeles en 1739, Diciembre 22. Fué a la edad de 11 años al Colegio Real y más antiguo de San Idelfonso de México, donde estudió Bellas Letras y Filosofía, además de sus principios de Jurisprudencia, y que posteriormente a la edad de 20 años se traslada a España. Es por ello, considerado "El Primer Penalista de la América en dominio de España". Fallece en Madrid en 1820, Diciembre 25. Su mejor obra responde a la corriente del movimiento de la Ilustración, siendo intitulada "Discurso sobre las penas contraídas a la legislación vigente en España para facilitar su reforma", 1782. En **Lardizábal** se refleja las tendencias racionalistas y utilitarias de su época; combinada la teoría del contrato social con el aristotelismo, ya que sostenía que el contrato no se producía por azar, sino respondiendo a la inclinación social del hombre. Sus ideas penales son parecidas a las de **Beccaria**, pero con otro sentido político, su pensamiento no es nada revolucionario. Indica que el principio de la legalidad no se deriva del contrato social sino de razones prácticas; se acerca a **Beccaria** al reconocer en el contrato el origen de las penas, éstas se deben atener al principio de legalidad y que deben ser útiles (fines especiales y generales). En razón del fin de prevención general que se le asigna a la pena, señalada que debe ser pública e irremisible. -Se ha comentado que la obra de **Lardizábal** analizada desde un punto de vista técnico-jurídico es superior a la de **Beccaria**-.

De lo comentado en este párrafo sobre la etapa de la Ilustración se podría comentar a manera de deducciones, que en los pensadores iluministas hubo siempre una actitud crítica, caracterizada por matices contratualistas, utilitaristas y racionalistas, que por consiguiente se representaba en un carácter práctico. Por ello mismo se afirma que su actitud metodológica es desentrañar la realidad que esta bajo las apariencias del estado de las cosas existentes, y eso es lo que los hace totalizar y comprender todo el fenómeno en su globalidad. Tal actitud crítica los lleva a analizar al Estado y, como parte de éste, al problema del derecho, de la ley penal, de la pena y delito. Al analizar pena y delito dentro de una visión totalizante, ésta adquiere un carácter político. Se trata de cambiar estructuras, fijar objetivos para una mejor legislación y una mejor administración de justicia, por eso descienden a todos los aspectos prácticos del derecho penal y a la vez de tratar de crear un nuevo Estado.

A partir de esta época, el Derecho penal empieza a considerarse como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad, que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el imperio de la Ley. Estas ideas sirven de línea directriz en la creación, aplicación y ejecución de las normas penales y, en caso contrario, darán base a la crítica. Su naturaleza es tanto política como jurídica

C).- LAS PRIMERAS CONSTRUCCIONES CIENTIFICAS

I).- Las Escuelas o Movimientos en Materia Criminal

Con el movimiento de la Ilustración, el cual se caracterizó por la aportación ideológica política-jurídica en materia criminal, se introducen los precedentes para que se empiecen a iniciar y desarrollar estudios y direcciones en el derecho punitivo y, con ello, dar comienzo a la Ciencia del Derecho Penal, al par que se inicia la siguiente centuria (Siglo XIX), en el cual estos estudios darán origen a las denominadas Escuelas Penales. Primero se presenta un movimiento llamado Racionalismo Iusnaturalista (E. Clásica) y posteriormente el movimiento Positivo-Sociológico-Naturalista (E. Positiva), originándose así la famosa Lucha de Escuelas, que tuvo como primer

escenario Italia. En Alemania esta lucha adquiere una posición más moderada, más jurídica, la cual será examinada más adelante; y en España, al igual que en los países Americanos de filiación jurídica continental europea, creemos que fueron receptores de estas escuelas, aunque tal vez de manera ortodoxa. Estas tendencias científicas durarán más de un siglo.

Por escuela indica **Sainz Cantero**, se entiende "la dirección de pensamiento que tiene una determinada orientación, trabaja con un método peculiar, y responde a unos determinados presupuestos filosóficos penales. Las Escuelas Penales se distinguen de otras por:

- La orientación de sus ideas respecto a la pena,
- Por el método de trabajo que emplean,
- Por los presupuestos filosóficos de que parte, y
- Por su concepción sobre la naturaleza del delito". 10

Comenta **Luzón Cuesta**, que "el término "Escuela" no debe inducir a error, en el sentido de apreciar, en lo que se consideran sus miembros, una absoluta disciplina científica y unidad de criterios sino que, junto a unos principios generales comunes, quede un amplio margen a la libertad de acción y a veces a la generalidad de algunos de sus miembros. Quizá, por eso, fuera más exacto referirnos a "Movimientos" en vez de "Escuelas". 11

1.- El Racionalismo Iusnaturalista

La escuela clásica del derecho penal recogió, sistematizándola, la mejor tradición del iluminismo de principios de siglo, pero entre ella, se marcan las fronteras entre una y otra; la escuela clásica en base a su pensamiento liberal es eminentemente constructiva.

a).- Génesis y Matices

El fundamento filosófico de la escuela clásica descanza en el derecho natural y su razón práctica, en la necesidad de destruir las anacrónicas instituciones criminales vigentes aún y reemplazarla por otras más humanas y justas. (El derecho es congénito al hombre, por que fue dado por Dios a la humanidad desde el primer momento de su creación para que aquella pudiera cumplir sus deberes en la vida terrena, así **F. Carrara**) **Polaino Navarrete**, ha señalado que los criterios que impregnan sus postulados son: La escuela clásica posee el más heterogéneo contenido que dejó traducir tendencias diferentes, e incluso discordantes, que en cuanto tales compitieron entre sí; Aunque estas tendencias se desarrollaron en diversos países, con anárquica autonomía y con cierto espíritu de nacionalismo; en sustancia, la escuela clásica se caracteriza por su índole filosófica liberal, así como por su básico sentido liberal y humanitario: Una nota común que caracterizan los principios sustanciales de la escuela, el entendimiento de que el derecho penal es un sistema dogmático basado sobre conceptos esencialmente racionalistas. 12 Sobre este último carácter que se señala, se ha afirmado por **Bustos Ramírez**, que "todos los colaboradores de la escuela clásica trabajaron en la elaboración de un sistema que, teniendo en cuenta el derecho positivo, lleve también al establecimiento de los principios fundamentales que lo informan; por ello mismo, adquieren una tendencia mayor que el limitado al derecho positivo particular vigente. Es lo que se ha llamado "Dogmática del Derecho Penal", que tiene su inicio en la escuela clásica". 13 Además, reafirmando, "la escuela clásica defendió una política criminal acorde con la ideología del Estado liberal de Derecho", como ha indicado **Rodríguez Mourullo**. 14

b).- Representantes y postulados

Comentamos que sin olvidar la dificultad que implica englobar a determinados autores a esta nascente dirección científica, por razones inherentes de sus propios postulados y caracterizaciones en sus tendencias, cabe señalar que los principales representantes fueron: **Giovanni Carmignani**, que con su obra intitulada "Elementa Jurisprudentia Criminalis", 1808, se empiezan a vislumbrar los postulados de este movimiento, aunque se ha comentado que todavía se encuentra en la línea de **Beccaria**; a él se agrega otro autor, nos referimos a **Pellegrino Rossi**, el cual reafirma las bases principales de la escuela clásica, su obra "Traité de Droit Penal", 1824; pero sin lugar a dudas, el máximo representante de esta dirección y también de su época fue **Francesco Carrara**, que en su obra "Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella Reggia Università di Pisa", 1859. Plasma los postulados de la escuela clásica de manera magnífica.

Es necesario hablar sobre la terminología "Escuela Clásica"; ésta, se ha dicho, fué designada por el propio **F. Carrara (Florián)**. Por otra parte, se ha expresado que fué **Ferri** quien la denominó Escuela Clásica, calificativo empleado primero en sentido peyorativo, aunque posteriormente perdido su afán de combatividad, dijera que la llamaría así "con sentimiento de admiración". Otros han manifestado que tal título no fue dado por los clásicos, sino por los positivistas. En fin, se puede agregar que algunos de los clásicos se dolían de que su escuela fuera calificada como tal. En consecuencia, a las bases que sustentaron este movimiento en Europa, es idóneo hacer referencia a un "Racionalismo lusnaturalista".

Como postulados fundamentales del Racionalismo lusnaturalistas, hacemos referencia a los expuestos por **Sainz Cantero**, 15 primeramente, y adicionándolos con los de **Landrove Díaz**, 16 respectivamente:

I) El derecho no es producto histórico, obra humana; tiene una esencia trascendente. El derecho es congénito al hombre -escribe **Carrara**-, porque fue dado por Dios a la humanidad desde el primer momento de su creación, para que pueda cumplir sus deberes en la vida terrena. Por esta razón, debe tener una vida y criterios preexistentes a los pareceres del legislador humano; criterios infalibles, constantes e independientes de los caprichos de aquel y de las utilidades que pueda codiciar. El derecho en definitiva sigue el módulo inmutable de la ley natural.

Esta concepción supone una negación rotunda, tanto de la tesis de **Rousseau**, como de la teoría del contrato social, tan arraigada en los pensadores de la Ilustración.

A) La orientación clásica rompió con el racionalismo característico de la Ilustración, rechazando la teoría del contrato social. No concibe el derecho como un producto histórico, sino que se le atribuye una esencia trascendente, sigue los módulos de la ley natural. El derecho positivo es expresión del derecho natural.

II) El derecho penal, en la concepción clásica, gira en torno a esa idea de la ley natural como módulo del derecho. El derecho penal tiene su génesis y fundamento la ley eterna de la armonía universal, en una ley que es absoluta porque es constitutiva del único orden posible para la humanidad, según las previsiones y las decisiones del creador. Sobre la base de este pensamiento, contesta la escuela clásica la cuestión que pregunta por la razón de la justicia penal, y aunque en

este punto son destacables dentro de la escuela dos direcciones distintas (la utilitarista y la moralista), la más coherente en su contenido ideológico entiende que la razón de la justicia penal se halla en la necesidad de tutela jurídica, de reintegrar el orden jurídico perturbado.

II) El fundamento del derecho de castigar, la razón por la que se atribuye con una pena (un mal) al individuo que ha perturbado el orden jurídico, la encuentran los clásicos en la imputabilidad moral, en el libre albedrío humano. El hombre es un ser inteligente y libre de escoger entre el bien y el mal, entre realizar la acción prohibida o respetar la prohibición. Si a pesar de esta libertad de que está dotado, ha elegido el mal, ha perturbado libremente el orden jurídico, es justo que se le retribuya con otro mal, que se le castigue con una pena.

B) El fundamento del derecho a castigar viene determinado por el libre albedrío: El hombre es un ser inteligente y libre que puede adoptar entre el bien y el mal (la comisión del delito) es justo que se le castigue con otro mal (la pena). El Delito -se afirma- no es un simple hecho, sino un ente jurídico, es decir una contradicción existente entre la conducta y el ordenamiento jurídico.

III) Las materias de estudio del derecho penal son para los clásicos el delito, la pena y el juicio. (el procedimiento) **F. Carrara** señala, en los "Prolegómenos" de su programa, con palabras precisas "Tres hechos ofrecen argumento a nuestra ciencia: El hombre que viola la ley, la ley que quiere a ese hombre castigarlo, el magistrado que comprueba la violación e irroga punición. Delito, pena y juicio. El orden de las materias en el Derecho penal descende de la naturaleza de las cosas, es inalterable".

De todo ello... La escuela clásica deja al margen el estudio del delincuente.

C) Para los clásicos, las materias de estudio en la elaboración de la ciencia jurídico penal son el delito, la pena y el procedimiento criminal. La figura del delincuente permanece ajena a su especulación. La explicación del delito apoyándose en el sujeto que lo realiza es un planteamiento inédito en el momento de apogeo de la escuela clásica y que irrumpe en la ciencia penal con la orientación positivista.

... Abrimos un parentesis para hacer mención a lo siguiente:

"Se afirma constantemente que la escuela clásica ha olvidado al delincuente, **Florián** lo cree, y por ello sostiene que la escuela clásica apenas lo tomaba en consideración, o por lo menos, le juzgaba de acuerdo con los mismos criterios que a los demás hombre no delincuentes. Igualmente **Ferri** expresa que se ha perdido de vista al delincuente. También toca este problema **Ramos**, desde un aspecto diferente, anotando que la escuela clásica no ignoró al delincuente, sino únicamente no lo consideraba, por que no lo necesita en su construcción jurídica, es decir, lo excluye volutariamente. Y con la oportunidad debida, **Aramburu** y **Zuloaga** advierte que no es exacto que la escuela clásica haya olvidado al delincuente y que el reproche que se le hace de olvidar al hombre delincuente en forma constante, es injusto, pues "se acordaba más del hombre y menos del delincuente". 17

IV) La pena es un contenido necesario del Derecho, la consecuencia de la naturaleza del hombre moralmente libre y responsable de sus acciones. **Carrara** la define como aquel mal que, en conformidad con la ley del Estado, infringen los magistrados a los que con las formas debidas, son reconocidos por un delito. El fin primario de la pena es "el restablecimiento del orden externo

en la sociedad, la pena ha de cumplir una función retributiva de la culpa moral comprobada del delito. es necesario, por esto, que resulte proporcionada a el.

D) La pena se concibe como retribución moral y jurídica; es la retribución por el mal realizado y directamente proporcionada al delito, en el que se encuentra su justificación. A la consideración del delito como ente jurídico sigue -lógicamente- la pena, en cuanto respuesta del ordenamiento jurídico.

V) El método: será el lógico abstracto o deductivo; se toma como punto de partida un principio general y de él se saca las consecuencias lógicas pertinentes. Por su modo de formular una proposición determinada, el método deductivo debe admitir necesariamente un "a priori", un presupuesto del que hace derivar las proposiciones sucesivas. La escuela clásica aplica a la elaboración del derecho penal el método deductivo o lógico abstracto, partiendo de principios generales, uno de los cuales es la concepción del delito como ente jurídico.

E) En su elaboración aplica la escuela clásica un método deductivo o lógico-abstracto. Partiendo de principios generales apriorísticos (la afirmación del libre albedrío o la consideración del delito como ente jurídico, por ejemplo) y de ellos va excluyendo las consecuencias lógicas. No trabajan los clásicos sobre datos de la experiencia jurídica, sino con criterios de razón; tan sólo en alguna ocasión -y para comprobar las conclusiones a que llegan racionalmente- invoca el derecho positivo. Al margen de cualquier otra consideración, la pureza metodológica de la orientación de referencia es incuestionable.

VI) El delito para la escuela clásica, no es un simple hecho, sino "ente jurídico", según fórmula sacramental de **Carrara**, concebido como un principio apriorístico de toda su construcción. Su esencia está constituida por la relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley: "La idea del delito no es más que una idea de relación: (dice **Carrara**) La relación contradictoria entre el hecho del hombre y la ley, sólo en esto consiste el ente jurídico". Por ello, en la concepción clásica no se define el delito como acción sino como "infracción", lo que supone considerar la antijuridicidad no como elemento del delito -al modo como hoy lo consideramos- sino como su esencia.

"El antecedente de las actuales definiciones dogmáticas del delito, expresa **Arroyo de las Heras**, se encuentra en aquellos autores que, aspirando a dotar al mismo de su verdadera esencia, lo consideran no como violación de un derecho filosóficamente concebido, sino como el quebrantamiento de la ley, que es la encarnación del derecho, de donde surge la nota de antijuridicidad, a lo que luego se añade la de culpabilidad. Dentro de estas concepciones, ya propiamente jurídicas del delito, la más representativa es la de **Carrara**. Concebido el delito como ente jurídico lo define diciendo que "Es la infracción de la ley y del Estado, promulgado para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultado de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". Es una infracción de la ley Estado, lo que la diferencia del vicio (infracción de la ley moral) y del pecado (infracción de la ley de Dios), con lo que **Carrara** se aproxima a la concepción legalista, pero la supera al afirmar que el delito es "un ente jurídico, por que su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho". En consecuencia, entiende **Carrara**, que el concepto de delito, como ente jurídico, no se deriva del hecho material (por eso no lo define como acción, sino como infracción), ni tampoco de la prohibición de la ley, considerados ambos elementos aisladamente, sino que el

delito nace, precisamente, del conflicto, de la relación contradictoria, entre el hecho del hombre y la ley". 18

En base a este planteamiento **Bustos Ramírez**, ha observado: "Es la expresión más pura del pensamiento lógico abstracto y de la idea de separar completamente el delito de la realidad empírica, transformándolo sólo en un ente moral, metafísico. Sentado de que el delito es un ente jurídico, sobre esa base **Carrara** realiza un acabado análisis deductivo lógico de las diferentes características que contiene el delito. Para ello parte de su conocida bipartición del delito entre fuerza física y fuerza moral, fuerza externa -elemento material- y fuerza interna -elemento moral-. Ahora bien, ambas fuerzas pueden considerarse a su vez en sus aspectos subjetivo (fuerza moral subjetiva es la voluntad inteligente y fuerza física subjetiva es la acción corporal mediante la cual se realiza el desigmo perverso) y objetivo (fuerza moral objetiva es el daño moral, la intimidación y mal ejemplo en los ciudadanos, y fuerza física objetiva, el resultado o daño material)". 19

Antolisei, observó que aparte de la soberbia elaboración de todo el sistema penal según la mejor doctrina de su tiempo, ofreció el primer estudio verdaderamente científico de cada uno de los delitos. 20

Un resumen de la escuela clásica la encontramos en **Bettioli**, al explicar que "en la escuela clásica el hombre es entendido como un ser responsable de sus acciones y, por tanto, abierto al mundo de valores respecto a los que sienta la exigencia tanto moral como jurídica de un modo de comportarse. Su voluntad es considerada capaz (a menos que subsista una anomalía) de sobreponerse por encima de motivos que puedan empujarla o detenerla para tomar una decisión responsable en cuanto que el acto de libre elección es un acto culpable. El hombre es por tanto, responsable porque es culpable, y la pena está en directa relación con la culpabilidad que expresa un juicio de reproche por el hecho perpetrado. Donde hay un hombre hay pues libertad, donde hay libertad hay culpabilidad, donde hay culpabilidad hay pena. Un término está necesariamente ligado a otro, y el derecho con sus instituciones fundamentales debe garantizar en torno a estos conceptos valor que derivan de una interpretación ético-espiritualista de la realidad". 21 Y en cuanto a fin específico: "es elaborar una concepción un sistema que fuese a servir a la tutela de las posiciones de libertad del individuo en sí y por sí al margen y más allá de toda conveniencia o utilidad práctica. El valor supremo es el individuo que el ordenamiento jurídico liberal debe proteger de toda arbitraria intervención estatal: El Estado puede sólo dentro de los límites de la más estricta legalidad, como corresponde a un Estado de Derecho, que se encuentra limitado por exigencias del derecho natural-racional o se autolimita sabedor de su alta responsabilidad. El principio de legalidad "**nullum crimen, nulla poena sine lege**", es de este sustancialmente conatural al planteamiento clásico del derecho penal". 22

En fin, sólo basta reafirmar que un rasgo común en estos criminalistas del siglo XIX, fue la importancia que todos ellos le dan al aspecto jurídico en el estudio del problema del derecho penal, como ha explicado, **Maggiore**. 23

2.- El Positivismo Sociológico Naturalista.

Se ha dicho que durante el siglo XIX, un selecto grupo de pensadores revolucionan el mundo de las ciencias del hombre, entre los que se encuentran principalmente "**Charles Darwin**", "**Herbert Spencer**", "**August Comte**". Sus repercusiones se harían sentir no solo en la historia,

la antropología, la sociología, sino también en el derecho penal. Alrededor del año 70 de este siglo adquieren influjo y preponderancia en las ideas penales, un positivismo-sociológico-naturalista. Este surge en Italia y se le denominó "Scuola Positiva". El potente florecimiento y éxito sin igual de las ciencias naturales atraen sobre sí la atención y despiertan el deseo de concebir de la misma forma a las ciencias sociales. En el punto medio de este pensamiento científico, dominándoles, aparece la captación de la realidad desde el punto de vista científico causal. el pensamiento de la causalidad como poder que todo lo domina.

a).- Origen y desenvolvimiento histórico

Antes de hacer mención a los matices de este positivismo, nos permitimos indicar la observación que hace referencia **Polaino Navarrete**, sobre el origen de esta dirección "Los orígenes de la Escuela Positiva se remontan, cronológicamente, a la época en la que imperó en Europa el movimiento filosófico denominado "Nuevo Positivismo". Se ha afirmado que, si en el movimiento filosófico del nuevo positivismo fueron propulsores algunos de los fundadores de la Escuela Positivista, ésta no está vinculada, en rigor por el pensamiento que inspirara parcialmente su génesis: aún más, la coincidencia señalada perjudicó más que benefició la misión postulada por los seguidores de la escuela positiva, debido a que la vinculación entre dirección filosófica y dirección pragmática, entre fin teórico o especulativo y fin empírico, carece de sentido, si se tiene presente que la finalidad empírica y pragmática puede vincularse o no a un determinado sistema filosófico". 24 Sobre los matices que introdujo el positivismo-sociológico-naturalista en base el delito, se afirmó la supremacía de la experimentación, en la inteligencia de que sólo sobre el hecho comprobable era posible la elaboración científica del saber; esto acarreo la polémica entre las Ciencias Sociales y las Ciencias Naturales. Para esta dirección científica, explica **Muñoz Conde**, "la única actividad que merecía el calificativo de ciencia era aquella que se basaba en la experiencia y en los hechos indubitados que podían ser aprehendidos con un método puramente causal o explicativo. A la actividad jurídica se le negaba, precisamente por faltarle esas cualidades. La consideración jurídica del delito, debía ser sustituida por una Sociología o Antropología que eran las únicas que podían garantizar unos resultados seguros y auténticos científicos. Surgió así una nueva ciencia, la Criminología". 25

b).- Representantes y Postulados

Por esto, si se quería seguir considerando la actividad jurídica como ciencia verdadera, había que fundamentarla sobre hechos indubitados e inmutables al igual que las ciencias naturales, y sobre estos criterios el penalista debía de partir para fundamentar el estudio del delito; y todo esto tiene su origen con un médico **Cesare Lombroso**, que entre sus primeros estudios como "Esistenza de una fossetta cerebellare mediana nel cranio di un delinquente", 1871, del Informe del Instituto Lombardo, Vol. V, Fasc. 18., y posteriormente con "L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alla psiquiatria", 1876, señala el punto fundamental de la nueva ciencia basada en la existencia de un "Tipo Criminal-Delincuente Nato, es decir, un individuo que, por adolecer de determinadas anomalías somáticas y psíquicas, tiende a convertirse en delincuente, incluso a pesar de que pueda encontrarse en un medio social favorable; luego entonces, se cambia el enfoque el delito como ente jurídico para dirigirlo hacia el delincuente como hecho observable. "La tesis de **Lombroso** comenta **Luzón Cuesta**, con su explicación biológica de la criminalidad y con el conocimiento de un tipo criminal, con caracteres morfológicos y psicológicos distintos de los demás hombres, se difundió rápidamente,

alcanzando su punto culminante en el Congreso de Antropología Criminal, celebrada en Roma en 1885, siendo fuertemente contestada en el de París, de 1889". 26 En esta misma dirección y sobre los reparos que pueda tener **Lombroso**, se ubica **Raffaele Garófalo**, que primeramente en su obra "Di un criterio positivo di penalita", 1880, y posteriormente con "Criminologia", 1885, pretendió analizar el delito como un fenómeno natural o social, concepto que debería ser válido en todo tiempo y lugar; pero de todo esto, faltaría un factor de carácter sociológico para complementar la nueva dirección. La Sociología Criminal se inicia por la llamada Escuela Sociológica Francesa de Lyon, cuyos representantes más destacados fueron **Lacassagne** y **Tarde**; sin embargo, es otro italiano, **Enrico Ferri**, el que dio gran impulso y divulgación a la cuestión sociológica en el fenómeno criminal, por ello se le ha denominado el creador de la Sociología Criminal, explicando que la base para generar el delito era el factor social, luego entonces, la Sociología Criminal comprendía al derecho penal perdiendo así su autonomía. En efecto y por todo ello, el positivismo sociológico-naturalista adquiere la firmeza necesaria y alcanza una construcción orgánica.

En base a lo anterior, se ha dicho que estos tres pensadores italianos son los creadores de la Criminología. Esta nueva dirección que modificó toda la estructura del fenómeno criminal mantuvo una polémica de más de un siglo con la dirección clásica, y que en la ciencia penal trajo repercusiones. **Rodríguez Mourullo**, ha dicho que "la dogmática jurídico penal y criminología son dos saberes científicos diversos, que emplean también métodos distintos. Todo intento de confusión resulta estéril. La pretensión de la escuela positiva (**Lombroso**, **Ferri**, **Garófalo**) de reducir el derecho penal a simple capítulo de la Criminología, paralizó no sólo el desarrollo del primero, sino también paradójicamente, el de la misma Criminología, debido a la confusión e hibridez originarias". 27

Señalamos los postulados de la Escuela Positiva de acuerdo a lo mencionado por **Bustos Ramírez**, 28 complementándolos con los de **Landrove Díaz**. 29

I) Se parte de que a las ciencias penales y también al derecho penal, hay que aplicarles el método de las ciencias naturales y, por tanto, las leyes que lo rigen; dentro de ellas resulta fundamentalmente la de la causalidad; y, en cuanto al método general, la observación del delincuente como entidad total antropológica y social, que sobre la base de relación causa-efecto logrará acumular, mediante la técnica estadística, suficientes datos para obtener los principios que rigen al hombre delincuente.

A) Al método deductivo, de lógica abstracta, de la escuela clásica opone la escuela positiva el inductivo-experimental, de observación de la realidad, para extraer posiciones generales de los datos particulares. Método utilizado con indiscutible éxito en las ciencias naturales.

II) Se traslada entonces la atención desde el delito, como ente jurídico, al delincuente como realidad del mundo natural; el delito no tiene en sí mayor importancia, sólo es un signo o expresión de la personalidad del delincuente, que recoge la ley positiva en razón de su tradición clásica.

B) Este método trae, consecuentemente, una variación sustancial del objeto de estudio. Es perfectamente explícito **Ferri** cuando, al considerar que el delincuente es el protagonista de la justicia penal práctica, afirma que debe serlo también de la ciencia penal. Al lado de los temas de

estudio tradicionales (delito, pena y procedimiento) otorga un papel protagonista esta escuela al delincuente.

III) El delincuente es un ser anormal, luego determinado al delito, con lo cual se niega el libre albedrío y toda fundamentación filosófica de la escuela clásica; con ello también se rechaza el concepto de imputabilidad, pues éste en principio reconoce la "normalidad" del delincuente y la exclusión del derecho penal de sujetos anormales.

C) Se arrincona la tesis del libre albedrío, en cuanto fundamentación del derecho a castigar. El hombre por el hecho de vivir en sociedad, es responsable ante la misma de sus actos. Si el delincuente está determinado a delinquir, la sociedad lo está a defenderse del delincuente.

IV) El delincuente, sobre la base de su anormalidad, es un ser peligroso, ya sea social o criminal; la peligrosidad pasa a ser la base de aplicación de la ley penal y no la entidad objetiva del delito.

D) La integridad de la defensa de la sociedad habría de venir condicionada por el grado de la probabilidad de que el sujeto cometa un delito. Se acuñó así el concepto de "temibilidad" (que más tarde daría paso al de peligrosidad). El presupuesto de la defensa social se situó en el delincuente. El delito pasó a ser considerado, simplemente, una manifestación indiciaria de la peligrosidad de su autor.

V) Frente al peligroso social, cuya peligrosidad se medirá por su grado de readaptación social, la sociedad se defiende. Aplica defensa social mediante sanciones destinadas a su readaptación si ello es posible, con lo cual, entonces, desaparece la distinción entre pena y medida, ya que ella no puede tener por finalidad la retribución, sino la readaptación al igual que la medida.

VI) La defensa social frente al peligro social puede ser anterior al delito, ya que basta con que de cualquier modo demuestre su temibilidad, es decir, su capacidad para cometer delitos, o en otros términos, que demuestre su falta de adaptación social. Se trata pues, de las llamadas Medidas Predelictuales.

E) A la pena se atribuye la finalidad de asegurar la defensa social, cumpliendo una función preventiva. Se supera el principio de proporcionalidad entre delito y sanción para dar paso a la observación de la peligrosidad del delincuente; en función de esta se producirá la reacción del ordenamiento jurídico penal. No se habla de "sanciones criminales", diferenciadas de la pena de corte clásico en que supone un castigo por el hecho pasado, sino preventivos de futuros delitos, a la vista de la peligrosidad del autor.

VII) Las cárceles deben convertirse en establecimientos idóneos para lograr la readaptación social.

F) Se afirma por la tendencia examinada, que antes de estudiar el delito como ente jurídico o infracción de la ley penal, es necesario conocerlo y examinarlo como acción humana, esto es, como fenómeno natural y social. La consideración del delito como ente fáctico supone una contemplación natural del mismo y el sometimiento de éste a las leyes de la causalidad, todo hecho de la naturaleza (también el delito) está determinado causalmente. Por ello, se dedica muy especial atención al examen de las causas de la delincuencia, individuales o sociales.

Arroyo de las Heras, explica que "la Escuela positivista preocupada por el hombre delincuente, dirige su atención hacia el mismo todos sus afines, pero naturalmente, siendo presupuesto de la concepción del hombre delincuente. dirige hacia el mismo, bien pronto sintió la necesidad de dar un concepto del delito. Esta fue la tarea acometida por **R. Garófalo**, el más genial representante de esta dirección sociológica, con la construcción de su teoría del delito natural. Abandonando pues, el examen de los hechos, lo que resulta inconsecuente en un positivista, y viéndose precisado a dar un concepto del delito, acude **R. Garófalo** a los sentimientos y, precisamente, es en los sentimientos de naturaleza altruista fundamental los de piedad y probidad, sobre los que se basa su definición: 30

"El delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (probidad y piedad) según la medida, en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad." Junto a estos delitos naturales, existen otros que sin suponer ataques a los sentimientos altruistas fundamentales, lesionan sin embargo, sentimientos religiosos, de pudor, políticos, etc., son los delitos llamados delitos legales o de creación política".

Esta concepción sociológica del delito, duramente criticada en un principio por los mismos positivistas, fue aceptada luego en sus líneas generales por algunos de ellos y muy especialmente por **Enrico Ferri**, quien define al delito diciendo:

"Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales, que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado".

Posteriormente **Enrico Ferri** en 1927 compone sus "Principi di Diritto Criminale", en el que parece convencerse de que el derecho tiene exigencias, métodos, y leyes propias, que no pueden ser confundidos con la antropología o la sociología, ciencias naturalísticas; se ha hablado que esta obra es una rehabilitación de la dogmática jurídico penal, ahí proporciona una definición legal (noción analítica) del delito.

"El delito legal consiste en que un hombre ofende a otro violando un derecho o bien que se concreta en la persona o en la cosa mediante una acción psíquica que determina y guía una acción física, produciendo un daño público y privado".

Pero, no obstante, esto no impidió al autor repetir, con contradicción a la vista, en su nueva edición de la "Sociología Criminale" 1930, que "el derecho penal es una parte y no la principal, de la sociología criminal, destinada a ser absorbida por esta".

Cerezo Mir, resume los postulados del positivismo-sociológico-naturalista de la siguiente manera: "Los positivistas partían de una concepción determinista del hombre. Rechazaban el libre albedrío y la fundamentación de la responsabilidad penal en la responsabilidad moral. El hombre es responsable por el mero hecho de vivir en sociedad (responsabilidad social o legal.). El fundamento de la pena no se halla en la culpabilidad sino en la temibilidad o peligrosidad. El delito no interesa por sí mismo, sino como síntoma de la peligrosidad del delincuente (concepción sintomática). La pena no tiene otro fin que la defensa social, es decir, fines preventivos, de prevención general y de prevención especial, pero los positivistas ponían el acento en esta última, pues al admitir la existencia del delincuente nato, no creían en la eficacia intimidante de la pena. Mediante la pena se trata de conseguir la readaptación social del delincuente, por medio de su segregación por tiempo determinado". 31

"La lucha de escuelas que estalló en nuestra disciplina en la segunda mitad del siglo pasado, indica **Rodríguez Mourullo**, fué antes que nada, un enfrentamiento de dos direcciones político-criminales. La nueva dirección se desarrolló en un clima ideológico político de intervencionismo estatal, nace cuando el Marxismo se había aparecido sobre la escena política de muchos países de Europa, denunciando la estructura Formalista-Individualista del Estado Liberal; la escuela positiva propugnó una política criminal idónea para prestar buenos servicios a concepciones totalitarias del Estado". 32

Como vemos, esta revolución en el ámbito penal tuvo su calma una vez que se aceptó "el sistema de doble vía", es decir, una situación mixta de los movimientos penales, al incluir en el sistema criminal tanto "la culpabilidad y la pena", como "la peligrosidad y las medidas de seguridad"; y así dentro de esta línea de direcciones penales italianas, posteriormente empiezan a coexistir tendencias de pensamientos eclécticos, nos referimos a la denominada "Terza Scuola" y a la "Dirección Técnico/Jurídica"; pero, como explica **G. Bettiol**, que "entre la impostación clásica de una parte y la visión positiva, de otra, de los problemas del derecho penal no puede existir bajo el aspecto especulativo coincidencia alguna".³³ Y afirma: "A mi entender no existe, pues, posibilidad de sanar con un compromiso la radical discordancia entre dos orientaciones. Toda tentativa de superar con lugares comunes la controversia está destinada al fracaso, porque la misma naturaleza de las cosas se rebela en términos categóricos. "Estamos frente a una visión antilegalista y antidemocrática de los máximos problemas del derecho penal". 34

Baste sólo comentar que en España, el positivismo tuvo una modalidad, que bajo las líneas intelectuales de **Karl Christian Friedrich Krause** y con la obra de su discípulo **Karl August Roder**, fue difundido y desarrollado por obra de Pedro Dorado Montero, "Un Positivismo/Correccionalista/Español; "en referencia a la influencia en América de estas escuelas penales. estas fueron acogidas e interpretadas, ya que a la postre fueron base en el carácter filosófico de varias legislaciones penales americanas.

D).- LA POSICION ALEMANA

I).- Antecedentes

Nos permitimos hacer en este espacio, una breve descripción histórica del derecho germánico para poder facilitar el entendimiento y vinculación con la moderna teoría del delito, teniendo en cuenta como es natural, las limitaciones que debe tener el presente estudio.

En líneas generales, la historia punitiva germánica no se aparta de la historia del derecho criminal europeo, salvo sus características, matices específicos y peculiares en sus desarrollos y ordenamientos. Esto comprendera diversos periodos.

Etapa Germánica. El derecho penal germánico más antiguo es un derecho consuetudinario; el status jurídico del individuo estaba supeditado de su vinculación al seno familiar, a la tribu y a su comunidad; la única fuente del derecho estaba apoyada en la convicción jurídica tradicional; aquí la pena se desenvuelve en la línea de la venganza de carácter privado de satisfacción, posteriormente de pagos expiatorios (Sistema de composición del derecho vulgar) y llegó a ser, sólo más tarde, retribución estatal del injusto (Talion). La naturaleza y gravedad del delito se

determinaba en principio por su resultado externo, imperaba un derecho al castigo de resultado con determinación previa de las penas, sin ninguna valoración anterior. Así se partían a unos derechos populares que a partir del siglo VI se escribió en los derechos vulgares, empezando con la "Lex Salica", "Lex Ribuaria", la "Lex Alamannorum", la "Lex Baiuvariorum", etc. Así entramos en la época del **Período Franco**, (450-900) en el cual se ha comentado que se tiene por primera vez un Estado Alemán Unitario y Fíme, con estructura especial; el que es caracterizado por un fuerte poder estatal y por la aparición de fuentes jurídicas escritas, así empieza el influjo centralista: La Legislación Real Escrita (Derecho Reglamentario Real-Capitularias) y los Tribunales del Rey o Conde se unen a los derechos de las estirpes. El fortalecido poder estatal tendió hacia un desplazamiento de la pena privada a la pública, y la influencia de la iglesia, se impone cada vez más. La concepción del delito continua vinculada a la tradición anterior; sin embargo, **Hans Welzel** señaló que de todos modos paralelamente se aplicó el derecho no escrito.

35

En la **Edad Media** (900 - 1500), en lo relativo al derecho punitivo se caracterizó por una incertidumbre, un debilitamiento y divisionismo, su desarrollo mismo fue insignificativo y carente de cualquier perfeccionamiento. Comenta **Hans Heinrich Jescheck** que "a consecuencia del debilitamiento del poder imperial tras la cuestión de las investiduras y sobre todo a partir del fin de la dinastía de los Hohenstaufen se deterioraron rápidamente los enérgicos intentos del período franco en pro de una centralización del poder punitivo. El poder sancionatorio se desplazó a los grandes señoríos cada vez más reforzados, a las ciudades y a grupos de poder cada vez más pequeños. La consecuencia de ello fue una extraordinaria dispersión del derecho penal acompañada de la arbitrariedad y de una dureza en la administración de justicia. 36 Así los conflictos políticos y bélicos exteriores como internos, llevaron a este tipo de consecuencias, la crueldad se hizo presente en las penas, el derecho escrito fue omitido, y a la par la inseguridad jurídica fue muy apremiante. A partir del siglo XIII aparecen numerosos bosquejos de derechos particulares, tales como "Die Sachsenspiegel" (Compilaciones de Costumbres Sajona, compuesto entre 1215 y 1230 por **Erik von Repkow**), "Die Deutschenspiegel" (Espejo de los Alemanes) 1274/75 y "Die Schwabenspiegel" (Espejo de Saubia), además numerosos derechos locales de ciudad y territorio. En resumen, **Reinhart Maurach** opina que "la imagen del derecho penal de la próxima Edad Media ilustra los síntomas de su descomposición tanto en el aspecto jurídico material como en el formal; las teorías generales del delito no son objeto, en ningún caso, de ulterior desarrollo: "Desorientación sin principios y consiguiente tendencia casuística dan el cuño de aquel tiempo esteril. Tal como sucedía anteriormente, es el derecho penal del resultado, el dominante, y el problema de la culpabilidad continúa deseñocido sin investigar". 37

La transformación en el desarrollo del derecho penal alemán se realizó a través de **La Recepción Romano - Italiana** de la edad media (Glosadores y Postglosadores) mediante la utilización de las Ordenanzas comunes de las ciudades italianas del norte, y de algunas usanzas longobardas, que no eran ajenas a determinados requerimientos y realidades jurídico alemanas; baste tal vez afirmar la dificultad de comprensión o complejidad del derecho propio alemán. Esta transición incide a la postre e influye en las leyes alemanas particulares, y a la cual se pone en primer término el Halsgerichtsordnung (Ordenamiento del Halsgericht, tribunal del antiguo derecho penal), se acentúa con más firmeza en Ordenamiento Penal Territorial, "La Constitutio Criminalis Bambergensis" (1507) creación de **Johan Freiherr von Schwarzenberg und Hohenlandsberg**, fue el modelo de la "**Keyser Karls des fünften und des heyligen Romischen Reichs peinlich Gerichtsordnung**. PGO "(Ordenanza Judicial penal del Emperador Carlos V y del Santo Imperio

Romano), mejor conocida en latín como, "Constitutio Criminalis Carolina, CCC", que fue aceptada por el Reichstag en 1532. De ella **Hans Welzel** opinó que es **Einer der bedeutendsten Leistungen der deutschen Rechtsgeschichte über haupt**. 38 **Robert von Hippel** citado por **H-H Jescheck** señaló que se le puede considerar un hito único y formidable de la legislación alemana en la época de la recepción en el paso de la Edad Media a la Edad Moderna. 39 La Carolina es el primer y único código penal alemán completo hasta 1871; la Carolina vino a ser el fundamento sólo en el cual se apoya el derecho penal alemán aún durante tres centurias, por misma razón, la etapa subsecuente encuentra su base en ella, nos referimos al **Derecho Penal Común Alemán (1500-1800)** situación que sin embargo, presenta algunas discordancias con la CCC, al tiempo que se empieza a fraccionar y disolver el Reich Romano de la nación alemana. La actividad de la legislación real, en los dominios del derecho penal, se limita a la sanción de acciones, la mayor parte de Ordenanzas Imperiales de Policía 1530/48/77, estas estaban estrechamente vinculadas a la Carolina y también se empieza a abandonar el interés por el progreso autónomo del derecho penal. Por ello **v. Liszt** y **Mezger** indican que la literatura penal alemana del siglo XVI, ofrece a primera vista una imagen confusa y desconsoladora. "Yace en las manos de copistas sin ingenio ni espíritu crítico". 40 Entre tanto, la ciencia penal fuera de Alemania tomaba un vuelo ruidoso y brillante. Posteriormente la ciencia alemana penal empieza a evolucionar gracias a los jurisconsultos sajones del siglo XVII, y el máximo representante fue **Benedikt Carpzow (1596-1666)** el cual fijó un método empírico en la cuestión práctica; (Practica nova Imperialis Saxorica rerum criminalium) fundador de la ciencia empírica del derecho y es sin duda durante un siglo, figura dominante del derecho penal en Alemania.

Así, se empieza a entrar a la etapa más importante para la ciencia penal alemana, como para su tarea legislativa, **La Ilustración**, que si en Italia, **Beccaria** inicia esta etapa, en Alemania su mayor representante fue **Karl Ferdinand Hommel**. **Claus Roxin** comenta sobre este período: "La moderna concepción sobre los límites del poder punitivo del Estado encuentra sus orígenes en el siglo XVIII, en el pensamiento de la Ilustración y, en particular, en la teoría del contrato social. Conforme a ella, el Estado y su poder punitivo no derivan de una posición divina, sino que se fundamenta en un contrato social; por el que de común acuerdo asegura la convivencia pacífica frente a los ataques que pueda sufrir por parte de terceros". 41

II).- La Situación de Feuerbach

Al final de la Ilustración y el comienzo de la Etapa Moderna del Derecho penal, tanto en la Legislación como en la Ciencia aparece el nombre de **Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach**, cuya doctrina resulta importantísima: Plantea la existencia de derechos subjetivos del hombre de carácter intransferibles, pues derivan de la autonomía moral, es decir, lo que se conoce como garantías individuales; también indica que la característica esencial e irrenunciable del derecho objetivo es su positividad. Ideas sobre la cual se perfila su doctrina penalista. **Feuerbach**, al hablar sobre la jurisprudencia de los jueces, exige su estrecha vinculación a la ley, lo que lo lleva a formular el lema: "**Nulla poena sine lege-Keine Strafe ohne gesetz**", preferentemente porque parte del pensamiento liberal de que el derecho penal no sólo funda el poder de imponer penas, sino que también y sobre todo limita dicho poder. El juez está vinculado por el "Tenor literal, estricto y desnudo, de la ley", "no consistiendo su tarea en otra cosa que comparar el caso con el tenor literal y, sin consideración al sentido y al espíritu de la ley, condenar si el tenor literal condena declara la inocencia en caso contrario". Además, desarrolla dentro de las teorías relativas de la pena, "la prevención general"; sobre esto explica **Günther**

Stratenwerth: "El fin esencial de la pena, la amenaza del mal en ella contenida, resulta ser, de acuerdo con su concepción "impedir que aquél que tiene inclinaciones anticívicas (antijurídicas) no se determine por ellas". Por lo tanto, el centro de gravedad reside totalmente en la prevención de futuros delitos mediante la ley penal. La ejecución de la pena sólo tendrá lugar "para que de esta manera... la amenaza de la ley sea una amenaza real. Los otros "fines benéficos del Estado", tales como el "mejoramiento del delincuente", sólo resultan vinculados a la pena, desde este punto de vista, en forma "causal". 42 **Edmund Mezger** señaló que el mérito mayor de **Feuerbach** ha de verse en su esfuerzo, plenamente logrado, de desplazar el arbitrio de los jueces mediante el establecimiento de conceptos y tipos precisos y claros. 43

Con el StGB de 1813 y su influencia a los demás StGB, surge en 1851 el código penal de los Estados Prusianos, así la legislación penal alemana encuentra una unidad legislativa de derecho. a pesar de la dispersión territorial. La fundación del Imperio Alemán hizo necesaria la transformación del Código Penal de Alemania del Norte en el Código Penal Imperial, y así el #2 de la Ley de Abril 16 de 1871, relativa a la constitución del Imperio Alemán, declaraba el código penal, Ley del Imperio y con este se entra a una de las etapas científicas importantes de la ciencia criminal alemana.

III).- La Lucha de la Escuela Clásica y la Escuela Moderna

A).- Era eminente que posterior a la estructuración definitiva que sufrió el Código Penal del Imperio Alemán de 1871, se presentara ya de una manera formal, la necesidad urgente de penetrar desde un punto de vista histórico/positivo/dogmático, la materia jurídica contenida en el mismo.

Ahora bien, tales investigaciones alcanzan su gran magnitud con uno de los más grandes penalistas de todo el tiempo, "**Karl Binding** (1841-1920)", el cual se presenta como el máximo expositor de la Escuela Clásica Alemana del derecho penal -histórica/dogmática-

-La escuela clásica alemana con **K. Binding**, defiende un método jurídico positivo en el derecho penal, apoyándose en el método empírico histórico de su colega de Leipzig, v. **Wachter**. Y así, mientras los clásicos en sentido estricto buscan en el destaque expreso de lo histórico positivo el medio de defensa contra las nuevas corrientes político criminales, se une a ellos desde los comienzos, con frecuencia en la misma dirección, la idea del liberalismo estatal, que busca y encuentra en la ley el obstáculo firme contra las intervenciones arbitrarias del poder público.
(Se funda la vida científica en el amor respetuoso al derecho positivo)

-El gran impulso de los axiomas de esta corriente histórica-positiva se ve reflejado en la concepción de la pena, y en ningún caso puede existir alguna contradicción u oposición a determinados planteamientos filosóficos anteriores. En **Hegel** se percibía un especial destaque del pensamiento de la retribución como fundamento de la pena. Pues en lo primero se expresa el enlace con el pasado teórico penal más inmediato, así como el deseo de adoptar posiciones respecto a él, mientras que el predominio absoluto de la idea retributiva como base absoluta de la pena, yace en último extremo una expresa referencia a la conexión histórica y positiva entre delito y pena, y un rechazo absoluto de toda concepción finalista de política criminal que va más allá de estos límites.

Para **I. Kant** (1724-1804) La Ley Penal es un "Imperativo Categórico", es decir, un mandato de la justicia libre de toda consideración finalista".

-La pena sólo tiene sentido, si es retribución de la culpabilidad, Ejemplo: Incluso si todos los miembros de una comunidad acordaran por unanimidad disolverse (por ej., si la población que habita una isla acordara que cada uno tirara por su lado y esparirse por el mundo), antes de que ello se llevara a cabo, debería ejecutarse el último asesino que estuviera en prisión, para que todo mundo supiera el trato que merecen sus hechos.

Para **Hegel**, (1770-1831) le da una respuesta a la pena que va más allá a lo dicho por **Kant**:

-Fundamenta la pena en el principio dialéctico, según el cual el ordenamiento jurídico representa la voluntad general y niega con la pena la voluntad especial del delincuente expresada en lesión jurídica que "queda anulada" por la superioridad moral de la comunidad. De esta manera se establece la coincidencia de la voluntad general con la especial mostrando la inutilidad del delito y su falta de vigencia.

-De lo anterior se explica la aceptación del libre albedrío, como piedra angular de su doctrina: Sobre ella se apoyaba la reprobación del Estado con respecto al crimen.

-Una situación general de la corriente histórico/positiva, se vincula, en la situación de ubicar la relación del preterito con la situación presente, de explicar esta última con arreglo a aquél, desarrollando así la opulencia de fondo de lo que ya era el derecho positivo.

B).- Alrededor de estas fechas, se contraponen a dicho movimiento penal las corrientes que, partiendo de un determinismo/naturalista/sociológico, anuncian una política criminal tolerante, y por consecuencia la investigación casual y la lucha contra las causas del delito. Estos planteamientos descollan en las corrientes del derecho criminal enunciadas como modernas. Así en Italia, el desarrollo del positivismo sociológico naturalista (Scuola positiva) se configuró sobre el planteamiento anterior, en Alemania el positivismo no fue ajeno, pero este se caracterizó por ser más moderado.

Franz von Liszt en 1882, dicta su planteamiento político criminal en su celebre Lección Inaugural en la Universidad de Marburgo, es decir: "**Der Zweckgedanke im Strafrecht, Marburger Universitätsprogramm 1882**", y también en sus trabajos políticos-criminales de 1889 a 1892, además en su Lehrbuch. El advirtió que cuando aparece en la vida del Código Penal del Imperio, el edificio doctrinal de la escuela clásica estaba ya acabado como sistema perfecto, y señala que unos veinte años después de entrada en vigor el Código Penal Imperial, estaba encendida la lucha en toda la línea y durante un decenio, la transformación de la legislación penal debiese ser relegada a una remota lejanía. **H-H. Jescheck** comenta que "**von Liszt**, situó al Derecho Penal en el ámbito mucho más amplio de una política jurídica inspirada en puntos de vista racionales, en la que debía figurar la "idea del fin", como auténtico punto de apoyo del progreso jurídico. Para ello, partiendo de la cuestión de la realidad de la criminalidad se dejó llevar por los métodos de investigación casual-empíricos de las modernas ciencias físicas y naturales que en aquella época encontraban acogida en las ciencias sociales". 44

Entre los axiomas de esta escuela se señalan los siguientes:

-El examen científico de las causas de la criminalidad, por ello el delito es un concepto jurídico, pero como fenómeno social, surge en la vida por situaciones de factores endógenos y exógenos, a fin de que la pena pueda colocarse en su lugar justo.

(En oposición a los antropólogos criminalistas de Italia, se rechazó el concepto de criminal nato y se ve en las condiciones sociales la raíz profunda de la criminalidad; por esto se denominó, así misma de preferencia "dirección sociológica".)

-La pena se justifica, porque mantiene el orden jurídico y como consecuencia de ella, la seguridad social, la pena es de carácter preventivo y no sólo retributivo; la escuela moderna propugna ante todo la prevención especial, en primer término la pena de seguridad, aunque más tarde incluye también la prevención general.

"Lucha conscientemente dirigida contra la criminalidad, especialmente inocuidación esta debilitado en la prevención general en el lugar del "quia peccatum est" aparece el "ne peccetur" la retribución no es ya fin por sí misma, sino medio para el mantenimiento del orden jurídico. Y por tanto, se vuelve hoy en sustancia a discutir si para la especie y medida de la pena conminada, como general o el de la prevención especial. Ahora bien, es evidente que la prevención general y especial aplicadas de un modo exclusivo deben conducir a resultados distintos. La prevención especial deberá realizar, el deslinde de los grupos de criminales entre sí, y, por tanto, la elaboración del sistema penal. Aquella buscará la equivalencia, la proporcionalidad entre la pena y el crimen en la gravedad objetiva del acto producido por el acto en el mundo jurídico, ésta en la intensidad del carácter antisocial del delincuente".

Luego entonces, la pena basada en su finalidad será aplicada a los criminales imputables y en lo que se refiere a los peligrosos, anormales, dada su peligrosidad debe aplicarse medidas asegurativas para la protección de la sociedad contra el crimen (Finalidad de protección de los intereses comunes).

-La situación de la imputabilidad se manifiesta en la necesidad de considerar un nexo subjetivo en la responsabilidad, si bien, independizándolo de la libertad moral.

"Entre indeterminismo y determinismo era, en efecto, imposible todo acuerdo sistemático. Pero al fin las discusiones tuvieron por resultado que una gran parte de los representantes del libre albedrío hicieran profesión de un indeterminismo templado o relativo. El determinismo científico, que tan sólo toca el derecho penal, no significa más que la aplicación inatacable del principio de la razón suficiente a las acciones humanas, en tanto que estas pertenecen al mundo de los fenómenos".

-La dirección político criminal expuesta, proclamó la necesidad de emplear un método jurídico para indagar el contenido del derecho positivo y el método experimental como único útil para el trabajo criminológico.

Baste indicar la observación de **H-H Jescheck** sobre los planteamientos de **von Liszt** "Liszt se dio cuenta, sin embargo del peligro que suponía para la seguridad jurídica una política criminal determinada por un criterio puramente preventivo especial: Por eso consideraba que el "**Das Strafrecht ist die Unüberstehbare Schranke der Kriminal Politik**". (La Magna Charta del Delincuente) Una dogmática jurídico penal estrictamente objetiva debía, además, hacer posible la vinculación de la idea del fin con la del Estado de Derecho". 45

Así de todo esto, **von Liszt** culmina con el concepto de "**Gesamte Strafrechtswissenschaft**", en la que el derecho penal estaría dentro de un conjunto de materias vinculadas entre sí, y dada su trascendencia internacional se funda la **Internationale Kriminalistische Vereinigung** junto con **Prins** y **van Hammel**. Al mismo tiempo, después de una revisión exhaustiva de los

planteamientos político criminales de v. **Liszt**, von **Birkmeyer** pregunta: **Was Lässt von Liszt von Strafrecht übrig? Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht.**

C).- Como vemos, estos planteamientos alemanes nunca alcanzaron los extremos de las escuelas italianas (Clásica y S. Positiva), su lucha fue mucho más jurídica, más dogmática, más moderada. **Reinhard Maurach** observa que la principal consecuencia de la lucha de escuelas para la ciencia del derecho penal, fue la paulatina formación de las llamadas "teorías de la unión" o "teorías mixtas penales": se reconoce el carácter retributivo de la pena que se combinaba con los fines preventivos, con la salvedad de que el carácter retributivo no debe resultar modificado por la consideración de la prevención. 46 **Werner Niese** explicó: "En Alemania no tuvimos un movimiento de transición semejante a la italiana, porque **Liszt**, como estudioso de la Criminología y de la Política Criminal, nunca dejó de cultivar la Dogmática jurídico penal. Temiendo un peligro para el Estado de Derecho, el cuál claramente entreveía en el utilitarismo de la nueva política criminal, **Liszt** sostuvo que era de extremada importancia la elaboración de un riguroso sistema de conceptos jurídicos, y se dedicó a adaptar las nuevas conquistas de la política criminal a la dogmática. Para nosotros el resultado más importante fue que **Liszt**, incluso sobre el terreno dogmático consideró el delito, antes que todo, en su aspecto concreto, definiéndolo como una "acción típica, antijurídica y culpable". 48

NOTAS:

- 1.-) Jescheck, Hans Heinrich, "Lehrbuch des Strafrechts. 3. Aufl.", "Dunker & Humblot, Berlin 1978. (Traducción al español, Ed. Bosch Barcelona 1981, pag.: 89.)
- 2.-) Stratenwerth, Günther, "Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Die Straftat. 2. Aufl". C. H. Verlag K. G., Köln 1976, (Traducción al español, Ed. Edersa-Madrid 1982, pag.: 10.)
- 3.-) Mezger, Edmund, "Strafrecht, Ein Lehrbuch 3. Aufl", Berlin und München; 1949. (Traducción al español, Ed. de Revista de Derecho Privado-Madrid 1955, pag.: 20.)
- 4.-) Roxin, Claus, "Einführung in das Strafrecht und Strafprozessr., 1. Aufl", C.F. Müller Juristischer Verlag GmbH, 1989. (Traducción al español, De. Ariel Barcelona 1989, pag.: 21.)
- 5.-) Sauer, Wilhelm, "Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl", Walter de Gruyter, Berlin 1955. (Traducción al español, Ed. Bosch-Barcelona 1956, pag.: 25.)
- 6.-) Wessels, Johannes, "Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6 Aufl", C.F. Müller S.R.L., Karlsruhe u. Heidelberg 1976. (Traducción al español, Ed. Depalma-Buenos Aires, 1980, pag.:3)
- 7.-) Kaufmann, Armin, "Aufgaben des Strafrecht", en Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, Ed. Temis-Librería-Bogotá 1982, Traducción al español. pag.: 118.
- 8.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 1 pag.: 132.
- 9.-) Mezger, Edmund, ob. cit. nota 3, pag.: 32.
- 10.-) Sainz Cantero, Jose A., "Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3 ed., Bosch-Barcelona 1990, pag.: 123
- 11.-) Luzón Cuesta, Jose M., "Compendio de derecho Penal , Parte General, 4. ed". Ed. Dykinson-Madrid 1990, pag.: 22.
- 12.-) Polaino Navarrete, Miguel, "Derecho Penal, Parte Gral., Fundamentos Científicos de Derecho Penal, T.I. ed", Bosch-Barcelona 1990, pag.: 17.
- 13.-) Bustos Ramirez, Juan, "Introducción al Derecho Penal, 1. ed", Ed. Temis-Bogotá 1986, pag.:131.
- 14.-) Rodriguez Mourullo, Gonzalo, "Derecho Penal , Parte General, ed. 1. reimpression ", Ed. Civitas-Madrid 1978, pag.:22
- 15.-) Sainz Cantero, Jose A., ob. cit. nota 9, pags.: 125 y ss.
- 16.-) Landrove Díaz, Gerardo, "Introducción al Derecho Penal Español, 3. ed. Tecnos-Madrid 1990, pag.: 14.
- 17.-) Cfr. Celestino, Porte P., "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, I, 12. ed., "Ed. Porrúa, S.A. México. 1989, pp.: 36.
- 18.-) Arroyo de las Heras, Alfonso, "Manual de Derecho Penal, El Delito., 1. ed., "Ed. Arazandi-Pamplona 1985, pags.: 37 y 38.
- 19.-) Bustos Ramirez, Juan, ob. cit. nota 12, pag.: 118.
- 20.-) Antolisei, Francesco, "Manuale di Diritto Penale. Parte Generale. 8. ed., "Milano, 1980. (Traducción al español, Ed. Bosch-Barcelona 1977, pag.:46.)
- 21.-) Bettiol, Giuseppe, "Istituzioni di Diritto e Procedura Penale, 3. ed", Padova, 1973. (Traducción al español, Ed. Bosch-Barcelona 1977, pag.:46.)
- 22.-) Bettiol, Giuseppe, ob. cit. nota anterior, pag.: 37 y 39.
- 23.-) Maggiore, Giuseppe, "Diritto Penale. Parte Generale, Vol. I,5. ed", Bologna, 1951. (Traducción al español, Ed. Temis-Bogotá 1989, pag.: 93)
- 24.-) Polaino Navarrete, Miguel, ob. cit. nota 11, pag.: 18 y 19.
- 25.-) Muñoz Conde, Francisco, "Introducción al Derecho Penal, 1. ed.", Ed. Bosch-Barcelona 1975, pag.: 101.
- 26.-) Luzón Cuesta, Jose M., ob. cit. nota 10, pag.: 28.

- 27.-) Rodríguez Mourullo, Gonzalo, ob. cit. nota 13, pag.:15.
- 28.-) Bustos Ramírez, Juan, ob. cit. nota 12, pag.: 139.
- 29.-) Landrove Díaz, Gerardo, ob. cit. nota 15, pags.: 45 y 46.
- 30.-) Arroyo de las Heras, Alfonso, ob. cit. nota 17 pag.: 34 y sigs.
- 31.-) Cerezo Mir, Jose, "Curso de Derecho Penal Español, Parte General. 1, 3. ed. reimpresión". Ed. Tecnos-Madrid 1990, pag.: 89.
- 32.-) Rodríguez Mourullo, Gonzalo, ob. cit. nota 13, pag.: 21 y 22.
- 33.-) Bettiol, Giuseppe, ob. cit. nota 21, pag.: 45.
- 34.-) Bettiol, Giuseppe, ob. cit. nota anterior, pag.: 47.
- 35.-) Welzel, Hans, "Das Deutsche Strafrecht, II. Aufl." Walter de Gruyter & Co., Berlin. 1969 (Traducción al español. Editorial jurídica de Chile, 1970. pag: 23).
- 36.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 1, pag: 129.
- 37.-) Maurach, Reinhart, "Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch". By Verlag C. F. Müller, Karlsruhe. (Traducción al Español. Ed. Ariel Barcelona. pag: 50).
- 38.-) Welzel, Hans, ob. cit. nota 35, pag: 23.
- 39.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 1, pag. 131.
- 40.-) Vease: Liszt y Mezger, obras citadas en esta bibliografía.
- 41.-) Roxin, Claus, ob. cit. nota 4, pag. 50.
- 42.-) Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 2, pag 16.
- 43.-) Mezger Edmund, ob. cit. nota 3, pag: 36.
- 44.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 1, pag: 100.
- 45.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 1, pag: 101.
- 46.-) Maurach, Reinhart, ob. cit. nota 37, pag: 75
- 47.-) Niese, Werner, "La teoría de la acción finalista en el derecho penal alemán", traducción al español de la versión italiana, en Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XI, enero julio de 1961. Núms. 41-42, pag: 278.

CAPITULO SEGUNDO:

**LA CONCEPCION CAUSALISTA, CAUSAL/NATURALISTICA, CLASICA O
TRADICIONAL EN LA ESTRUCTURA JURIDICA DEL DELITO**

A).- VALOR Y NECESIDAD DE UNA CONSTRUCCION SISTEMATICA DEL DERECHO PENAL.

Para poder entrar a analizar la estructura jurídica del delito en su desarrollo evolutivo, resulta necesario tener en cuenta, que una vez comentado los antecedentes generales de esta, conviene indicar algunos temas, en la medida de que se tratan de los elementos comunes a todo hecho punible, lo cual nos llevará por consecuencia a ubicarnos en un tópico importante, es decir, en una construcción sistemática en la teoría del hecho punible.

Antiguamente el estudio del delito se ubicó en las teorías de la imputación, dominantes hasta la mitad del siglo XIX; el delito se estructuraba en dos elementos esenciales, el Injusto y la Culpabilidad, lo cual se manifestó en los estudios correspondientes de esa época. **F. von Liszt** todavía en su *Lehrbuch* definió el delito (en sentido amplio) como el acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena. 1 En esta concepción bipartita era idea general la de incluir la conminación penal en la definición como nota diferencial con el ilícito extrapenal. La concepción tripartita inicia propiamente con la definición de **E. von Beling**, quien a la antijuridicidad y a la culpabilidad adiciona la tipicidad, ya que también cumplirá una función diferencial con el injusto extrapenal y a ello mismo con el propio de la culpabilidad; pocas veces a esta nueva concepción analítica se expresa la de punibilidad, teniendo como argumento que esta es consecuencia jurídica de este. A ello, otro análisis es efectuado en la estructura jurídica, el que se realiza separando la parte objetiva y la parte subjetiva. Al injusto se representó lo objetivo, es decir, todo lo exterior y material, lo axiológico del acto, por tal motivo el juicio disvalorativo de la antijuridicidad era referido exclusivamente a los elementos objetivos o externos de la acción, así se concebía a la antijuridicidad materialmente como lesión o peligro de un bien jurídico protegido; a la culpabilidad en cambio, se le ubica en la parte subjetiva, es decir, lo interno, lo anímico, lo psicológico; la culpabilidad era concebida como la relación subjetiva entre el autor y el resultado. Por último, cabe expresar la dirección que plantea el estudio del delito en base al acto y al autor; pero debido a que el acto constituye el fundamento de la imputación criminal, la construcción dogmática se basa en la acción o acción típica, como eje de partida del análisis técnico del ente criminal, trayendo a la postre como consecuencia un doble juicio de valor del cual hablaremos en su momento oportuno. De estas referencias que se ubican en nuestra dogmática y con la definición dada por **v. Liszt** sobre el delito como acción típica, antijurídica y culpable, se ve la necesidad y el valor de la construcción sistemática de nuestra ciencia.

En la integración de todo delito se necesita que se den estos elementos basados en una prelación lógica, porque, como expresa **Celestino Porte P.**, que habida cuenta de que nadie puede negar que, para que concurra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del delito, y la circunstancia de que sea necesario un elemento para que concurra el siguiente. 2 Por su parte **Hans-Heinrich Jescheck** indica que "los elementos del concepto general del delito no se hallan desconectados entre sí (orden tópic), sino en una relación interna que corresponde a las leyes lógicas de supra y subordinación, regla y excepción (orden sistemático). Este sistema ha de ser lo suficientemente completo, libre de contradicciones y diferenciado". 3 Por tanto, del análisis de los estadios de la estructura del delito contenidos de manera sistemática entre sí, constituyen la estructura del hecho criminal.

Bernd Schünemann 4 explica que "las funciones pragmáticas de todo sistema se consiguen de modo más completo mediante un sistema conceptual en forma de pirámide. Ello explica su

popularidad y garantiza la persistencia del mismo en la ciencia. El valor de la sistemática jurídico penal radica en que conduce, sin rodeos, a un correcto planteamiento de la cuestión, muestra las consecuencias de las soluciones pertinentes y garantiza, así una ordenación, precisión y canalización de los argumentos y posibilidades de soluciones relevantes. Algo que no sería posible con la descripción y análisis de los conflictos sociales que proporciona el lenguaje ordinario”.

B).- LA TEORIA DEL DELITO DEL NATURALISMO COMO PRODUCTO DEL POSITIVISMO JURIDICO.

Como vimos en el capítulo primero, la corriente del positivismo científico se hizo presente en las ciencias sociales, y una de las fuentes de ésta fue el empirismo, recayendo en la realidad sensible, se atrae la atención a lo fáctico, lo fundamental era lo observable, adueñarse de la racionalidad del mundo natural y social; en base a esto solamente se podrá construir un pensamiento científico. Un planteamiento basado en el pensamiento, en la razón, sólo tiende a la especulación, a lo metafísico, porque ello prescinde de base científica. En base a la experiencia, a la causalidad, a lo observable, se fundamenta el conocimiento científico. **Eberhard Schmidt** advierte en referencia al tema que “el positivismo científico se fundamenta de que la ley se ordena de una parte del orden condicionado por la naturaleza de las cosas, de que en cada ámbito material susceptible de ordenación la intencionalidad de justicia se hace transparente y decisiva, de que en la adecuación a fin u oportunidad exigida por la vida social el pensamiento jurídico no va a verse sobrepasado por la crasa utilidad”.⁵ Como vemos, por ello se explica que por Positivismo se entienda la constricción del pensamiento a lo captable de la experiencia, a lo “positivamente originado”. “Todas las ciencias y, por tanto también la ciencia jurídica, se sirviesen del método de las ciencias naturales, no de la deducción sino de la inducción, esto es, no de la derivación del derecho a partir de normas generales del derecho natural, sino de la observación de los acontecimientos de la vida y la obtención de reglas a partir de sus estructuras comunes”,⁶ como lo señala **Arthur Kaufmann**, Por tal motivo se desarrolla junto a este positivismo científico un positivismo jurídico, que busca en los preceptos jurídicos aquellos hechos indubitados, perecederos, inquebrantables que según la dirección de la época debían ser utilizados como indicador a la ciencia científica. Luego entonces, la ciencia penal del naturalismo emprendió el intento de reproducir en el sistema del derecho penal los elementos naturales del delito. Así la determinación de la producción de un delito era idéntica al juicio existencial relativo a la concurrencia de estos o aquellos hechos perceptibles por los sentidos y describibles en un sistema de conceptos físicos o biológicos.⁷

Se podría ejemplificar esta primera etapa evolutiva de la estructura del delito con la indicación de **Edmund Mezger** que “Entre el Scila de un especulación vuelta de espaldas al mundo y el Caribdis de un culto insipido y superficial de la jurisprudencia, la ciencia del derecho punitivo ha tenido que buscar su propia ruta”.⁸

I).- El Acto.

La primera etapa de la estructura jurídica del delito que se basa en la concepción causal naturalística, adquiere su mayor perfil a través de las obras de **Fanz von Liszt**, "**Das Deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung systematisch dargestellt**", (1881) y de **Ernest von Beling**, "**Die Lehre vom Verbrechen**" (1906), respectivamente.

En ambos autores se trata al delito como un acto con determinadas características, la acción se destaca de los elementos restantes del delito -todos ellos independientes entre sí-, para alcanzar un plano de mayor jerarquía.

Franz von Liszt define el delito como "el acto culpable al cual el ordenamiento jurídico asocia la pena como legítima consecuencia. El centro rector de este enunciado lo constituye el acto, por tanto **v. Liszt** desarrolla la explicación del delito de la siguiente manera:

- A).- El Delito es siempre un acto humano, actuación voluntaria trascendente al mundo exterior;
- B).- El Delito es un acto contrario al derecho, implica materialmente la lesión o peligro de un bien jurídico y
- C).- El Delito es un acto culpable, un acto doloso o culposo de un individuo responsable". 9

Por su parte, **Ernest von Beling** resalta la importancia de que el delito no es un hecho de la experiencia, sino un concepto de la técnica jurídica que da unidad a los fenómenos heterogéneos de la realidad; y después de sucesivas rectificaciones llega en el año del 1906 a proponer su más acabado concepto de delito, al afirmar que "delito es la acción típica, (con ello se quiere decir que tal acción se halla descrita y objetivamente en la ley) antijurídica, (es decir, contraria al derecho, separado de la tipicidad) culpable (bien en su forma culposa o dolosa), sometible a una sanción penal adecuada y suficiente para las condiciones objetivas de la penalidad. 10 Por tanto, se reafirma que la base estructural de este sistema fue el concepto de acción, en bases completamente naturalísticas y en donde el vínculo de la causalidad juega un papel trascendental.

Reinhard Maurach, al explicar las teorías causales de la acción cuando se refiere a la teoría causal naturalística, indica que "los requisitos postulados por la teoría naturalística de la acción, como puro factor causal, pueden y deben ser necesariamente escasos. A la acción pertenece todo, y tan sólo lo que según una consideración naturalista produce el resultado típico: La acción es causación del resultado con fuerzas mensurables según las leyes de la naturaleza. La acción se debe, pues, separar en el plano conceptual de la realización del tipo; la acción se agota en procesos y en consecuencias mensurables por la ciencia de la naturaleza y es por completo libre desde el punto de vista valorativo". 11 "Acto -señala **v. Liszt**- es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no, independiente de un cambio en el mundo exterior. El acto de comisión consiste en causar un resultado".

- A).- La manifestación de voluntad aparece como un movimiento corporal voluntario.
- B).- El resultado debe ser causado (provocado) por un movimiento corporal y deben estar en relación causa-efecto (en relación de causalidad).

Existe relación causal, cuando no se puede suprimir el movimiento corporal sin que deba dejar de producir el resultado ocurrido (conditio sine qua non)". 12 Al hablar de la omisión explica que el concepto de omisión supone: que el resultado producido hubiera sido evitado por el acto, que, a pesar de ser posible para el autor y esperado por nosotros, fué omitido por este; por

consiguiente, se da una característica analòga a la causalidad de la acción, si bien, no es la causalidad misma". 13

Como vemos, la acción es causación voluntaria basada en el coeficiente psíquico mínimo: "voluntariedad", es mero impulso volitivo origen del acto en la voluntad propia, inervación, y que sólo se excluirá en los casos de involuntariedad (aspecto negativo del acto). El contenido del querer es examinado en la culpabilidad, como dolo o culpa. Pero por otra parte, la acción es también un proceso causal externo en donde el movimiento corporal y sus consecuencias se indican en la manifestación de la voluntad produciendo un resultado, (en sentido estricto) vinculados por un nexo causal.

Günther Stratenwerth explica que esta teoría procuró concebir el obrar humano como un proceso exterior-natural: como "Causación voluntaria u omisión voluntaria de impedir una modificación en el mundo exterior", en lo que "voluntariedad" sólo quiere referirse al acto psicofísico que provoca la tensión muscular o la omisión de la misma. La función de este concepto consiste en "liminar" aquellos movimientos corporales que no provienen de una decisión voluntaria del ámbito de la acción. 15 **Hans Welzel** señala que "es una doctrina que desgarró la acción en dos partes: el proceso casual externo ("objetivo"), por un lado, y el contenido de la voluntad, "meramente" subjetivo, por otro. Según esta doctrina "la acción" debe ser el mero proceso causal que desencadena la voluntad (el "impulso voluntario" o la "inervación") en el mundo exterior (=efecto de la voluntad), con la independencia que el autor le haya querido o incluso pudiera preverlo (=Willensinhalt)." 16

La reestructuración de **v. Liszt** sobre la acción causal/macánica es la más representativa del esquema clásico, pero las líneas generales de su teoría y de la crítica dirigida contra ella (la que analizaremos en su momento oportuno) repercuten también en **Ernest von Beling** quien señala que debe entenderse por "acción", un comportamiento corporal (fase externa, objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, "voluntariedad"), (fase interna, subjetiva" de la acción); ello es, un "comportamiento voluntario", consistente en un "hacer" (acción positiva), en un movimiento corporal, o en un "no hacer" (omisión), ello es distensión de los músculos. 17 La valoración de la fase externa -explica-, suministra la antijuridicidad (eminente objetiva) y la valoración de la fase interna se ve en la culpabilidad (siempre subjetiva). 18 **Werner Niese** comenta que "el delito es una subespecie de acción. De aquí surge la tarea de la dogmática penal de determinar en el cuadro del concepto jurídico del delito, el concepto prejurídico general de la acción sin recurrir a conceptos de naturaleza jurídica, y esto lo reconoció **v. Liszt** muy claramente. Además, es muy significativo que éste, incluso como dogmático, haya querido comprender la acción mediante el concepto de causalidad propio de las ciencias naturales, al modo como algún estudioso de Política Criminal vió en el delito empíricamente considerado un producto de factores causales, la predisposición y el ambiente, aspirando a suprimir en el futuro tales causas mediante el contraimpulso de la pena. Esta aplicación en sí tan lógica del pensamiento causal, propia de las ciencias naturales, llevo a **v. Liszt** al conocido concepto "naturalista de la acción". 19

En forma general, para el conocimiento causal naturalista en lo que se refiere al acto (sistema **v. Liszt-v. Beling**) la acción (positiva) era:

- a).- Un movimiento corporal.
- b).- Causado por un impulso de la voluntad, -movimiento que a su vez-

c).- Causa una modificación en el mundo exterior.

-El núcleo básico de este concepto gira al rededor de la causalidad. El impulso de la voluntad sólo interesaba en cuanto causa de la conducta externa, por lo que resultaba indiferente cuál fuera el contenido de la voluntad y si se dirigía o no a realizar el hecho producido, con tal de que hubiera causado el movimiento corporal externo. Esta distinción tan visible entre la voluntad (causación) y su contenido indica el resultado básico para la teoría jurídica del hecho punible: nos referimos a la separación de lo externo objetivo, es decir, lo referente a la indagación y desvaloración penal del proceso causal comenzado por una acción y concluido con un resultado, y lo interno subjetivo, lo referente al contenido de la voluntad.

II).- La Tipicidad.

Wilhelm Gallas advierte: la acción es típica si se puede clasificar en un tipo, esto es, en una de las descripciones legales del aspecto externo de la conducta punible. 20

El concepto de tipicidad, el de tipo de injusto, ha sido acuñado por la ciencia jurídica penal alemana. Antes de que se desarrollara la teoría del "**Tatbestand**", el concepto de tipo abarcaba la totalidad de los caracteres del delito. El concepto de tipicidad, -de supuesto típico del hecho -tiene su origen histórico del "**corpus delicti**" dado en sus comienzos por **Farinacius** (siglo XVI), este se basó en primer lugar en la totalidad de las huellas exteriores de la comisión de un delito, y posteriormente en la totalidad de elementos que pertenecen a un determinado delito. 1906, **Ernest von Beling** al presentar su obra "**Die Lehre vom Verbrechen**", marca la línea de separación del tipo como especificación propia de este, del tipo en sentido amplio, así **v. Beling** parte del punto inicial del párrafo **59 del StGB für das Deutsche Reich** que habla del "**gesetzlichen Tatbestand**", pero también de la delimitación de la antijuridicidad y la culpabilidad mediante el contraste objetivo-subjetivo. Por tipo propiamente dicho se entendió la descripción libre de valor de las características externas de una acción ("cuadro conductor" del tipo delictivo), el tipo tiene exclusivamente un carácter neutro y descriptivo (objetivo-explicativo) por indicar la traslación de lo real a lo conceptual, por tal motivo entre la acción y el tipo se estructura en una subsunción, luego entonces, la acción sobre bases naturalísticas (causal-mecánico) y de una configuración avalorada neutra y narrativa referido a la acción, se contempla perfectamente que para **v. Beling** el **Tatbestand** sea exclusivamente objetivo.

Permitásenos enunciar las referencias de tipo de aquel entonces, antes de explicar su desarrollo, por la situación de una mejor comprensión sobre este estadio jurídico: La tipicidad es la descripción avalorada de la parte externa o material de la acción; por su objetividad no contiene ningún componente valorativo (tipo de acción externa "voluntariedad"), es exclusivamente descriptivo, no contiene elementos subjetivos ni normativos, por tanto, ningún contenido psíquico. Con respecto a la antijuridicidad no se ubica ninguna función ya que lo típico puede ser antijurídico o justificado, en base a su formalidad. Funge como segundo elemento del delito, establece la pauta entre el injusto penal y el extrapenal, y recoge las circunstancias fácticas que fundan el injusto que deben ser abarcadas por el dolo, originando la relevancia para el error. Siendo así, la tipicidad (objetiva-descriptiva) se excluirá cuando falte la acción o el resultado típico o el nexo causal entre ambos o de alguna adecuación típica establecida.

Como vimos, **Ernest von Beling** parte de las siguientes bases:

A).- Exigencias derivadas del principio de legalidad,

B).- De la constrictión del carácter objetivo y subjetivo, y

C).- Del párrafo 59 del StGB für das deutsche Reich,

“Cuando alguien, al cometer una acción punible no conocía la existencia de circunstancia de hecho que pertenecen al “Tatbestand” legal o que agravan la penalidad, no le son atribuibles esas circunstancias”. “Esta disposición rige para la punición de los delitos culposos sólo en cuanto el desconocimiento del mismo no es imputable a culpa”.

-Colocando el concepto de tipicidad en el centro de la dogmática del delito.

v. **Beling** resalta en 1906 la trascendencia e importancia al sentido estricto del tipo; sin embargo, esta fué desdeñada por los tratadistas alemanes de su época, **-K. Binding, R. von Hippel-**, entre otros, ubicándola no como errónea, pero sí de inútil y engorrosa, además de que conducía a graves complicaciones. Estas críticas le llevan luego a reelaborarla y en 1930 en un trabajo con motivo de Homenaje a **R. von Frank** bajo el título de “**Die Lehre vom Tatbestand**”, en donde trata de aclarar el tema con nueva y singular terminología. En su dirección se establece al tipo de manera eminentemente objetivo-descriptivo, y comenta: “El tipo abarca el conjunto de características externas del delito contenidas en la respectiva disposición legal. El tipo constituye pues una figura delictiva objetiva, entendiéndose por objetivo todo aquello que puede ser apreciado sin necesidad de recurrir a una contemplación de la esfera anímica del autor. La relación interna existente entre el autor y hecho tipificado pertenece a la culpabilidad”. 21 **Reinhart Maurach** explica que “el tipo, según v. **Beling**, está integrado no por el delito en su totalidad, sino tan sólo por una parte del mismo, a saber por la “tipificación” conforme a la figura rectora de determinados procesos de injusto llevada a cabo por el legislador. Esta tipificación está libre de momentos de antijuridicidad, describe solamente el proceso objetivo, y permanece, por lo tanto, libre hasta tal punto también de “momentos subjetivos”, que en un tipo psíquico sería una contradicción inadjetivo”. 22 Por eso mismo el tipo no indica nada en referencia a la antijuridicidad, sino más bien como objeto de un juicio de valor jurídico, elaborado a través de elementos conceptuales, que debían de desprenderse en su totalidad de las normas jurídicas.

Ahora bien, **Hans Welzel** al interpretar el planteamiento de v. **Beling** en referencia de que el tipo no contenía “ningún juicio de valor” y de que estaba exento de todo elemento subjetivo-anímico, explica que “v. **Beling** quería decir que con la constatación de la tipicidad de una acción no se ha afirmado todavía su antijuridicidad. La frase de que “**im Tatbestand liege kein Werturteil**” (El tipo no encierra ningún juicio de valor) ha dado pábulo, sin embargo a la opinión de que el tipo sea sólo la descripción valorativa independiente, de un acontecimiento fáctico, al que se añade únicamente un elemento formal en virtud del requisito de la tipicidad inherente al Estado de Derecho”. 23 Dada la concepción acuñada por v. **Beling** se llega al término feliz de que la tipicidad representa un “indicio” de la existencia de una norma que en principio prohíbe la conducta realizada. 24

De todo esto, se observa de que en el tipo está sólo lo externo, material o perceptible de la conducta, luego entonces, el tipo es pura descripción la cual no comprende elementos normativos que produjeran algún juicio de valor; esto conduce a que el tipo es eminentemente neutro a la valoración de la antijuridicidad. La relación de la tipicidad con la antijuridicidad es de pura coordinación e independencia, y en base a la génesis de este sistema, en este estadio se prescinde de cualquier elemento subjetivo. Independientemente del desarrollo que ha tenido la tipicidad y el tipo en las diversas etapas de la estructura del delito, de la cual hablaremos más adelante, “la misión específica del estadio de la tipicidad, indica **Winfried Hassemer**, es caracterizar el relieve

de la protección de bienes jurídicos, que es lo que constituye la especificidad de toda cultura jurídico penal". 25

Posteriormente **v. Beling** distingue en la figura delictiva "el tipo de ilicitud" y "el tipo de culpabilidad", pero dando la importancia a un "tipo rector", que es una imagen o idea regulativa de varias figuras que integran un mismo delito. Señala: "en primer lugar, esa forma básica o esquema lo que indica en general, que un tipo de ilicitud y un tipo de culpabilidad juntos pueden constituir esta figura de delito. Con el tipo de ilicitud y el de culpabilidad no alcanzaríamos las figuras delictivas; la faz objetiva y subjetiva deben siempre coincidir de modo que tanto aquella como ésta sean regidas por un mismo esquema". 26 A esta figura rectora se le atribuye la función de operar en un módulo que se utilice como base a la situación objetiva y subjetiva de la especie de delito.

Bernd Schünemann, al analizar el pensamiento de **v. Beling** sobre el tipo, expresa que "el monismo causalista del naturalismo impidió así un desarrollo de la teoría de la "tipicidad", quedó reducida a la mera "causación de la lesión de un bien jurídico" y, por ello, ya no estaba en condiciones de dar entrada a las discrepancias de valoración establecidas en la pluralidad de situaciones sociales de conflicto y de asimilarlas a través de una completa diferenciación conceptual". 27

La significación material e independiente del tipo en el concepto tripartito del delito señala **Hans Welzel** radica en lo siguiente: "El tipo selecciona entre la cantidad innumerable de conductas jurídicamente indiferentes de aquella que es relevante para el derecho penal y que está sujeta a una valoración como jurídica o antijurídica. Al describir, al mismo tiempo, materialmente la conducta relevante para el derecho penal, hace posible mediante el juego de la prohibición el precepto permisivo, la constatación inequívoca, de acuerdo a las exigencias del Estado de derecho, de la antijuridicidad de la conducta. Esta función del tipo, de describir materialmente la relevancia jurídica penal (diferenciación valorativa) de una conducta y convertirla con ello, en la base para la constatación inequívoca de la antijuridicidad, le asegura la posición de un elemento independiente del concepto de tipo de **Beling** y de la estructura tripartita del delito de **Beling y Liszt.**- (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) a pesar de todos sus defectos, condicionados históricamente". 28

III).- La Antijuridicidad

I).- la parte objetiva del delito se designa con el término de injusto en la cual se incluía a la "acción" (proceso causal mecánico); a lo cual es esta acción así concebida la que requiere el tipo y conforma la "tipicidad" (la cual resulta totalmente objetiva-descriptiva). A su vez este hecho delictivo objetivo, susceptible de ser descrito y percibido por los sentidos, tenía que ser valorado bajo la categoría de la "antijuridicidad", como infracción del orden jurídico. En otras palabras, la valoración de este proceso de la naturaleza, al considerar su dañosidad social o ataque a bienes jurídicos, es la antijuridicidad, luego entonces, la antijuridicidad como segunda determinación o adjetivación de la acción, la que viene a ser su especificación valorativa; por tal motivo, en este sistema causal-naturalista la antijuridicidad tiene un carácter "objetivo-valorativo". Pero sobre este planteamiento observa **Bernd Schünemann** que la "antijuridicidad" constituía un cuerpo extraño de naturaleza normativa en el seno del sistema naturalista, lo que se debe al positivismo jurídico, que identificaba al derecho con el conjunto de leyes promulgadas por el legislador

(como jurisprudencia de conceptos), creía en la posibilidad de obtener el sentido de la ley mediante una interpretación que tuviera lugar sin necesidad de valoraciones propias por parte del juez". 29

Sobre el sistema clásico, el juicio sobre la antijuridicidad resulta de la objetiva contradicción del hecho con el derecho (aspecto formal de la antijuridicidad sobre la violación de las normas objetivas de derecho,); pero además, la antijuridicidad es de carácter material, es decir, porque no basta en una simple contradicción hecho-norma, sino que es indispensable que transgreda o presente dañosidad al bien jurídico protegido.

Fue **Franz von Liszt** quien puso en debate la existencia de una dualidad antijurídica, que él distinguió en formal y material. La reprobación jurídica que recae sobre el acto, es, según **Liszt**, doble:

A).- "El acto es formalmente contrario al derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico".

B).- "El acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial)". 30

La antijuridicidad formal y material pueden coincidir en un acto, pero pueden también concurrir separadamente. La lesión o riesgo de un bien jurídico sólo será materialmente contraria al derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida en común; esta lesión o riesgo será materialmente legítima, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responda a esos fines del orden jurídico y, por consiguiente, a la misma convivencia humana. 31

La objetividad de la antijuridicidad radicó en este sistema en que estaba exento de la presencia de determinados componentes subjetivos o psíquicos de la conducta, ya que no resultan de lo que el autor se propuso ni de lo que piense, sino de los juicios de valor que el derecho impone; luego entonces, las teorías subjetivas de la antijuridicidad en el sistema **Liszt-Beling** no tienen cabida.

Por su parte, **Ernest von Beling** explica que la antijuridicidad es un juicio de valor que recae primitivamente sobre el aspecto externo u objetivo de la conducta y en ello se diferencia tajantemente de la culpabilidad, que se contrae a aspectos internos o subjetivos. 32 Por tanto, de lo anterior se puede resumir que la antijuridicidad en este sistema, antes que todo, no es otra cosa que un juicio de relación independiente con el hecho delictivo de naturaleza objetiva, en donde esta es causación contraria a derecho de un daño o peligro del bien jurídico y, en base a su contenido formal, hay contrariedad objetiva y abstracta entre el hecho y el orden jurídico, en donde los elementos subjetivos y psíquicos son excluidos tanto para su estructura como para su propia exclusión, y solamente recae directamente sobre el aspecto externo casual de la acción.

Y en cuanto a su carácter material se representa en la antijuridicidad de la acción, lesividad de la misma para los bienes jurídicos en donde su fundamento se encuentra en la valoración objetiva y general. La antijuridicidad se excluirá también objetivamente por las causas de justificación.

2).- Nos referimos ahora al aspecto negativo de la antijuridicidad, es decir, a las causas de justificación: La persecución de un determinado fin puede ser considerada como justificada. De aquí se deduce que si el acto ejecutado es el medio adecuado (justo) para la consecución de este

fin reconocido como justificado (justo) por el legislador, entonces el acto punible. Si existe este primer principio es inaplicable, debe examinarse la conveniencia del acto en consideración al fin (existente empíricamente) de la conveniencia regulada por el estado. 33 Son principalmente: legítima defensa, estado de necesidad, (también, el acto ejecutado en cumplimiento de un deber, acto cometido en virtud de una autorización especial y dentro de los límites de la misma, el consentimiento del ofendido, ataque contra sí mismo, entre otros.) **Ernest von Beling** parte de la sustentación del principio de la ponderación de bienes (interés preponderante) en donde recalca que las causas de justificación no dependen de factores psicológicos, es decir, son eminentemente objetivas, se extraen de todo orden jurídico. 34

En fin, sólo satisface indicar a **Bernd Schünemann** quien precisa "la antijuridicidad de una acción típica, por tanto, no significaba otra cosa que su incompatibilidad con el derecho positivo, cuya determinación en el caso concreto se simplificaba desde el punto de vista pragmático por el hecho de que la antijuridicidad era regla general para las acciones típicas y sólo para la comprobación de la concurrencia de un caso excepcional habría que pasar revista a las causas de justificación reguladas en el derecho positivo". 35

Con el juicio de valor de la antijuridicidad se termina la teoría causal naturalista en referencia al injusto penal, la cual concluyó en ser una descripción externa del delito, pero para que este injusto adquiriera su verdadero sentido jurídico necesita ser complementado con la teoría de la culpabilidad.

IV.- La Culpabilidad.

El estado de la culpabilidad se ha caracterizado por ser la explicación más oscura y problemática de la ciencia jurídico penal.

Karl Heinz Goessel al explicar "la culpabilidad en este sistema afirma: La culpabilidad subjetivamente concebida abarca las relaciones subjetivas entre el hecho injusto objetivo y su autor humano; dicho más brevemente: Las relaciones subjetivas entre el hecho y su autor. Eran reconocidas exactamente dos especies de tales relaciones subjetivas: por una parte el dolo, como conocimiento o voluntariedad del objetivo hecho injusto y, por otra, la culpa como "no previsión del resultado previsible", en las dos formas de culpa consiente e inconsciente". 36

Al señalar una breve cita de la historia evolutiva de la culpabilidad **Hans Heinrich Jescheck** apunta que "las raíces de la teoría de la culpabilidad se encuentran en la ciencia del derecho penal italiano de la Baja Edad Media y en la doctrina del derecho común que sobre esa base se elaboró en los siglos XVI y XVII. En la evolución de la culpabilidad, característica de la actitud del positivismo de evolución ulterior influyó sobre todo, la concepción de la culpabilidad del derecho natural. Desde esta perspectiva fue **Samuel Pufendorf** (1634-1694) el que ofreció con el concepto de imputación (imputatio) la primera estructura mental susceptible de desarrollo. Imputabilidad significa que la acción libre se reputa perteneciente al autor ("ad ipsum proprie pertinens") y, por consiguiente, fundamento ("causa moralis") de su personalidad. Más de cien años después para **Kleinschrod** "la causa de toda imputación" era el hecho de que la acción "se emprendió con libertad". Según los hegelianos, que consideraron el delito como separación libremente elegida de la voluntad particular respecto de la voluntad general expresada en la ley,

todo el sistema del derecho penal descansaba en la imputación subjetiva. **Karl Binding** llevó esta concepción vinculada al presupuesto de la libertad de la voluntad a la dogmática actual". 37

"Pero si bien, la problemática de la culpabilidad es muy antigua y todos los autores se han ocupado de ella, su concepto y sistematización tal como actualmente la entendemos, es de reciente data," como lo advierte **Moisés Moreno Hernández**, quien afirma: "Es apenas a partir de mediados del siglo pasado con **Merkel y Binding**, cuando encontramos planteamientos de ella semejantes a los que modernamente se hacen". 38

La inoperancia del planteamiento de la libertad de la voluntad a mediados del siglo XIX hizo cuestionable el concepto de culpabilidad del derecho natural. En su lugar se situó la concepción psicológica de la culpabilidad, característica de la actitud del positivismo de orientación a lo fáctico. **Moisés Moreno Hernández** explica que "la concepción psicológica de la culpabilidad, que se corresponde con el naturalismo causalista y se fundamenta en el positivismo del siglo XIX, parte de la distinción tajante entre lo objetivo y lo subjetivo, refiriéndose lo primero a la antijuridicidad y lo segundo a la culpabilidad. Esta, por tanto, es entendida sólo subjetivamente, como relación psicológica entre el autor y su hecho, que se agota en sus especies o formas "dolo" y "culpa", y tiene a la imputabilidad como su presupuesto. Conforme a esta corriente, la culpabilidad sólo se anula mediante las causas que eliminen el proceso psicológico como son el "error" y la "coacción"; el primero destruye el elemento intelectual, la segunda el elemento volitivo (del dolo)". 39

Antes de entrar a analizar la estructura de la culpabilidad concebida por **Liszt y Beling** es necesario recordar que este concepto a lo largo de todo su desarrollo, se establece sin embargo, en uno de los axiomas indemostrables que cuestionan tal estadio. "Así, la culpabilidad se ha de entender, señala **Moisés Moreno Hernández**, como "reprochabilidad", o, en otras palabras, como juicio de reproche que se hace al sujeto que realizó una acción antijurídica, pudiendo haber actuado de otra manera; es decir, al sujeto se le reprocha, en la medida en que tuvo "alternativas" de actuar y "en lugar de" actuar conforme a derecho, realiza una acción antijurídica". 40 Luego entonces, nos colocamos ante la difícil situación de tener que resolver entre dos puntos de la misma magnitud cuestionables: aceptar la capacidad humana para actuar libremente y aceptar con ello el concepto de culpabilidad o negar esta capacidad, negando con ello al momento, tal estadio como categoría del hecho punible.

Culpabilidad en el sentido amplio comenta **v. Liszt**, es la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado. En sentido estricto, es la relación subjetiva entre el acto y el autor, la cuál debe ser psicológica. Pero que al existir "determina la ordenación jurídica en consideración valorativa (normativa) y que es además un sintoma de la naturaleza antisocial del carácter del autor, (que es la que da a la culpabilidad su contenido material)"....,

"El acto culpable es la acción dolosa o culposa del individuo imputable. Así, la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad entendida esta de modo general "como la facultad de determinarse que tiene el agente, de un modo general, por las normas de conducta social"; luego entonces, la imputación se da cuando el autor conocía la significación antisocial de su conducta, o cuando hubiese podido y debido conocerla, por tanto, la imputabilidad consiste en la facultad de determinación normal; el contenido normal y la fuerza motivadora normal de las representaciones constituyen la esencia de la imputabilidad"....,

"En la culpabilidad el dolo es una especie de ésta, cual se define, como la representación del resultado, que acompaña a la manifestación de la voluntad acerca del cual hay que diferenciarlo

en dolo directo: el dolo se da incondicionalmente cuando el autor tiene por seguro la producción de un resultado. El dolo eventual se presenta condicionalmente, cuando el autor sólo lo tiene como posible; es decir, bajo la condición de que el autor no haya evitado la producción del resultado, pues no había llegado a esta conclusión: el resultado no sobrevendrá: El dolo no sólo es el conocimiento de todas las circunstancias de hecho, concreto, sino también, el saber que estas circunstancias de hecho pertenecen a la definición legal del acto”...

“La conciencia de la ilegalidad no es un elemento esencial del concepto del dolo, este debe ser examinado de un modo rigurosamente objetivo, en base a la culpabilidad matizando al dolo como un dolo “in alius”...”

“La culpa es otra de las formas o especies de la culpabilidad; la culpa es formalmente la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de la voluntad. El concepto de culpa requiere:

- 1).- Falta de precaución en la manifestación de la voluntad,
- 2).- La falta de previsión, es decir, que debe haber sido posible al agente, prever el resultado como efecto del movimiento corporal y reconocer la existencia de los restantes elementos esenciales del hecho”. 41

Los componentes estructurales subjetivos del delito, según el concepto clásico, son la imputabilidad, la presencia de dolo o culpa, y posteriormente la exigencia del conocimiento de la antijuridicidad. El delito aparece como el resultado de una doble vinculación causal: La relación de causalidad material, que da lugar al injusto y el ligamen de la causalidad psíquica en que consiste la culpabilidad.

La imputabilidad tiene su aspecto negativo en la inimputabilidad, es decir, cuando falte el desarrollo mental y la salud mental, principalmente. En referencia al dolo, se presenta el error de subsunción, es decir, por la no admisión errónea de un elemento esencial del hecho. 42

Por su parte **Ernest von Beling** menciona una noción genérica de la culpabilidad, y suministra a la imputabilidad “su condición previa” ubicando al dolo y a la culpa como especies de la misma. Imputabilidad es la faz criminal de la libertad del querer: es aquella disposición espiritual en la cual está presente el poder de resistencia como poder de ser obediente al derecho. Al referirse a los inimputables menciona que al carecer de libertad volitiva, no puede ser culpables, es decir, es libre de toda tacha y por eso inculpable el que no supo ni pudo saber que su conducta fuese ilícita. Siendo **v. Beling** el creador de la tipicidad, ésta, debe regir rigurosamente a la culpabilidad en el sentido de que está referida a los supuestos de hechos típicos y limitada por ellos.

Pero también en **v. Beling**, la concepción naturalística del dolo como exclusiva intención psicológica referida al hecho, ubicando de lado su antijuridicidad, provocaría a reprochar el acto a quien no pudo conocer su ilicitud y por ello no puede ser culpable, es decir, que sin la conciencia de la ilicitud, la imputación “dolosa” es modo de responsabilidad objetiva. 43

Lo señalado en este concepto acerca de la culpabilidad se puede deducir, que la culpabilidad es la causación psíquica del hecho, un nexo psíquico entre el autor y el hecho (acción externa y resultado). En ella recae la actitud interna del acto, es decir, contenido del querer, lo que presupone la imputabilidad del sujeto, en otras palabras, la libertad del querer; se imputa el injusto a su autor, cuando este lo conocía, o al menos podía y debía conocerlo. La culpabilidad se

excluye especialmente por el error. Las especies o formas de la culpabilidad son el dolo y la culpa, en donde se incluye la conciencia de la antijuridicidad.

ADDENDA:

La sistemática de la estructura jurídica del delito en base al concepto causal naturalista, significó la modernización de la teoría del delito, la cual organizó los elementos del delito en una estructuración completamente nueva y que se vincula a los criterios de configuración más actuales de esa época. Este concepto causal mecánico del hecho punible se caracterizó por su diafanidad, su claridad y su estructuración inteligible.

Bernd Schönemann enseña que si la definición naturalista del delito como acción típica, antijurídica y culpable se ha mantenido hasta hoy en forma tan transparente..., ello se ha debido precisamente a la disposición del concepto de causalidad como eje del tipo (del acontecimiento exterior). En efecto, con el triunfo de la teoría de la equivalencia, que caracterizaba a todas las condiciones del resultado como causales en idéntica medida, (teoría de la condición o equivalencia: todas las condiciones que coadyuvan a la producción del resultado tienen idéntico valor-causa en sentido jurídico penal es toda condición que pueda suprimirse mentalmente sin que desaparezca el resultado "formula de la *conditio sine qua non*") y rechazaba, no por científica, la idea de sopesar normativamente las diversas aportaciones causales, se sofocaron todos los intentos de la dogmática de la parte general derivar de la intensidad o peligrosidad de la posición social, o de la forma de cooperación de los intervinientes en el hecho, una valoración jurídica diversa.

El sistema jurídico penal clásico, afirma **Hans Heinrich Jescheck**, presentaba una característica imagen bipolar: por una parte, debía garantizar mediante el objetivismo y el formalismo de los presupuestos de la pena un máximo de seguridad; por otra parte, pretendía alcanzar, por la vía de un sistema sancionatorio orientado hacia el delincuente, un máximo de eficacia.

En derecho penal, el naturalismo no sólo ha creado los niveles sistemáticos, sino que además, es el responsable de muchos contenidos de la dogmática penal que se siguen manteniendo de modo contumaz. En ello cabe advertir de nuevo la estrecha vinculación existente entre los planteamientos sistemáticos y de contenido. Asimismo, cabe apreciar el potencial crítico que encierra una determinada concepción sistemática. Pero esta diafanidad estructural sucumbió ante la imposibilidad de resolver determinadas situaciones jurídicas, las cuales encontraron respuesta en la segunda etapa evolutiva del delito, es decir, en "la concepción causal valorativa", la cual encuentra su origen filosófico en los postulados del "neokantismo de Baden" conocido como "escuela sudoccidental alemana" de **Windelband** y **Rickert**, en la que también encuentra su génesis la "filosofía de los valores",

NOTAS:

- 1.-) Liszt, Franz von, "Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Allgem. Teil. "18o. Aufl, völlig durchgearbeitete Auflage (Achtzehnte). J. Guttentag. Verlagsbuchhandlung Gmbh. Berlin. 1911. (Traducción al español, Ed. Reus Madrid España, 1918. T II, pag: 262).
- 2.-) Porte Petit C., Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I", 12o. de E. Porrua, México. 1989. pag: 225.
- 3.-) Jescheck, Hans Heinrich, "Lehrbuch des Strafrechts", 3o. Aufl, Dunker & Humblot, Berlin. 1978. (Traducción al español, Bosch, Casa Editorial, Barcelona España, 1981. T I, pag: 267).
- 4.-) Schönemann, Bernd, "Grundfragen des modernen Strafrechtssystem". Walter de Gruyter & Co., Berlin. 1984. (Traducción al español, Ed. Tecnos, Madrid España, 1991. pag: 32).
- 5.-) Kaufmann, Arthur, "Einführung in Rechtsphilosophie und Rechts theorie der Gegenwart". 5o. Aufl. C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg. 1989. (traducción al español, Ed. Debate, Madrid España, 1992. pag: 95).
- 6.-) Kaufmann, Arthur, ob. cit. nota anterior, pag: 92 y 93.
- 7.-) Schönemann Bernd, ob. cit. nota 4, pag: 43 y 44.
- 8.-) Mezger, Edmund, "Strafrecht. Ein Lehrbuch", 3o. Aufl, Berlin und München. 1949. (traducción al español, Ed. Rev. Der. Pdo., Madrid España, 1955. T.I., pag: 43).
- 9.-) Liszt, Franz von, ob. cit. nota 1, pag: 262.
- 10.-) Beling, Ernest von, "Grundzüge des Strafrechts". 11o. Auflage, 1930. (traducción al español, Ed. Depalma Buenos Aires Argentina. 1944. pag:).
- 11.-) Maurach, Reinhart, "Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch". by Verlag C.F. Müller, Karlsruhe. (Traducción al español, Ed. Ariel, Barcelona España. 1962. T I, pag: 199).
- 12.-) Liszt, Franz von, ob. cit. nota 1, pag: 304.
- 13.-) Liszt, Franz von, ob. cit. nota 1, pag: 315.
- 14.-) Liszt, Franz von, ob. cit. nota 1, pag: 297.
- 15.-) Stratenwerth, Günther, "Strafrecht. Allgemeine Teil I, Straftat" 2o. Aufl; C.H. Verlag, 1976. (Traducción al español, Edersa, Madrid España, 1982. pag: 51 y 52).
- 16.-) Welzel, Hans, "Das neue Bild des Strafrechtssystems, Eine Einführung in die finale Handlungslehre". 4o. Aufl, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen. 1961. (Traducción al español, Ed. Ariel Barcelona España, 1964. pag: 31).
- 17.-) Beling, Ernest von, ob. cit. nota 10, pag: 19 y 20.
- 18.-) Beling Ernest von, ob. cit. nota 10, pag: 19 y 20.
- 19.-) Niese, Werner, "La teoría finalista de la acción en el derecho penal alemán". Traducción al español del italiano, en Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo XI, enero-julio de 1961. Núms. 41-42, pag: 278.
- 20.-) Gallas, Wilhelm, "Beiträge zur Verbrechenslehre". Heidelberg, 1959. (Traducción al español, Bosch, Casa Editorial, Barcelona España. 1959. pag: 7).
- 21.-) Beling, Ernest von, "Die Lehre von Tatbestand". 1o. Aufl. 1906. (Traducción al español, Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina, 1994. pag:).
- 22.-) Maurach, Reinhart, ob. cit. nota 11, pag:271.
- 23.-) Welzel, Hans, "Das Deutsche Strafrechts.Eine Systematische Darstellung. " 11o. Aufl. Walter de Gruyter & co. Berlin. 1969. (Traducción al español, Editorial Jurídica de Chile, 1970. pag : 79).
- 24.-) Beling, Ernst von, ob. cit. nota 10, pag: 42 y ss.

- 25.-) Hassemer, Winfried, "Einführung in die Grundlagen des Strafrechts". 1o. Aufl, Beck, München. 1981. (Traducción al español, Bosch, Casa Editorial, Barcelona España. 1984. pag: 261).
- 26.-) Beling, Ernst von, ob. cit. nota 10, pag: 42 y 44.
- 27.-) Schönemann, Bernd, ob. cit. nota 4, pag: 45.
- 28.-) Welzel, Hans, ob. cit. nota 16, pag: 50.
- 29.-) Schönemann, Bernd, ob. cit. nota 4, pag: 44.
- 30.-) Liszt, Franz von, ob. cit. nota 1, pag: 335 y 336.
- 31.-) Liszt, Franz von, ob. cit. nota 1, pag: 336 y ss.
- 32.-) Beling, Ernest von, ob. cit. nota 10, pag: 30.
- 33.-) Liszt, Franz von, ob. cit. nota 1, pag: 338.
- 34.-) Beling, Ernest von, ob. cit. nota 10, pag: 24 y 25.
- 35.-) Schönemann, Bernd, ob. cit. nota 4, pag: 44 y 45.
- 36.-) Goessel, Karl Heinz, "Viejos y Nuevos Caminos de la Teoría de la Imprudencia", en Dos Estudios sobre la Teoría del Delito, Ed. Temis-Librería, Bogotá Colombia, 1984. pag: 4, versión directa al español por su autor.
- 37.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob.cit. nota 3, pag: 577.
- 38.-) Moreno Hernández, Moisés, "Consideraciones Dogmáticas y Político Criminales sobre la Culpabilidad", en Poder Penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann. Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina, 1985. pag: 391.
- 39.-) Moreno Hernández, Moisés, ob. cit. nota anterior pag: 392.
- 40.-) Moreno Hernández, Moisés, ob. cit. nota 38, pag: 388.
- 41.-) Liszt, Franz von, ob. cit. nota 1, pag: 387 y ss.
- 42.-) Liszt, Franz von, ob. cit. nota 1, pag: 397 y ss.
- 43.-) Beling, Ernest von, ob. cit. nota 10, 74 y ss.

CAPITULO TERCERO

LA CONCEPCION CAUSALISTA, CAUSAL-VALORATIVA, O NEOCLASICA EN LA ESTRUCTURA JURIDICA DEL DELITO

A) EL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE BAJO LOS POSTULADOS DEL NEOKANTISMO DE BADEN BADEN

De manera fina y categórica afirma **Hans Wezel**: "El positivismo se caracterizó por su "negativismo". La tendencia fundamental del positivismo fue, en primer lugar, negativa: el rechazo decidido de todo aquello que aún de lejos pudiera sonar a metafísica; y para el positivismo, metafísica era todo lo que sobrepasaba el campo de la "observación". Esta limitación de la investigación humana a la observación significa la renuncia a toda comprensión y explicación que vaya más allá de la simple constatación de hechos y de sus conexiones externas, la limitación a "lo que puede ser pesado, medido o contado". 1

La concepción causal naturalista o clásica de la estructura jurídica del hecho punible, en base a los planteamientos del positivismo jurídico, dejó muchos aspectos oscuros e ininteligibles sin resolver a pesar de su estructuración sencilla, clara y también ventajosa. Como ejemplos podemos señalar los que indica **Karl Heinz Goessel** al respecto: A) Se advirtió que la culpa inconsciente no requiere ninguna relación subjetiva entre el autor y su hecho; B) Se descubrió que los elementos aparentemente objetivos del delito están entre-mezclados con elementos subjetivos; C) Se advirtió que el hecho delictivo ni siquiera puede ser descrito sin valorarlo ya; D) Además, de terminadas causas objetivas de exculpación (v. gr. el estado de necesidad exculpante) tampoco afectaban las relaciones subjetivas del autor con su acción. Con lo cual se llegó a reconocer que existen tanto elementos subjetivos del injusto, como elementos normativos del tipo; además, elementos de culpabilidad distintos al dolo y a la culpa. 2 A lo anterior adicionamos la problemática en la dogmática de la imprudencia, el fervor en el concepto de la causalidad ha obstaculizado por un tiempo considerable un desarrollo ulterior. A ello también la posición de garante en los delitos de comisión por omisión; en la participación se presentó tal obstaculización, así como lo correspondiente la tentativa. Luego entonces, retomando la línea de **Karl Heinz Goessel**, se explica que "el edificio del delito tan altivamente construido, quedó en un montón de escombros". 3 **Hans Heinrich Jescheck** señala que "en lugar de un pensamiento jurídico encerrado en sí mismo, se buscó ahora construir el concepto del delito a partir de los fines perseguidos por el derecho penal y de las perspectivas valorativas que le sirven de base (teoría teleológica del delito). El pensar propio de esta fase vino determinada de forma especial por la teoría del conocimiento del neokantismo (**Stammler, Rickert, Lask**), que, junto al método científico naturalístico, restauró una metodología propia de las ciencias del espíritu caracterizado por el comprender y el valorar. Esto movió a contemplar la esencia del derecho penal en la orientación a valores e ideas". 4

La concepción casual valorativa o neoclásica se funda filosóficamente en los criterios del "neokantismo de Baden", conocido como "escuela sudoccidental alemana", que dio origen a la "filosofía de los valores". A finales del siglo XIX se señaló el carácter independiente de las ciencias del espíritu frente a las ciencias de la naturaleza, lo cual fue logrado mediante una exposición histórica y que a la par en los comienzos de la nueva centuria, el renacimiento de **Kant** situó la misma contrariedad desde otro punto de análisis. En base a la posición de **Immanuel Kant** (1724-1804) se presentaron dos perspectivas neokantianas: La escuela de Marburgo y la escuela sudoccidental alemana. La dirección neokantiana se caracterizó por su afirmación de la limitación del conocimiento humano, por la tendencia a establecer "límites en la formación científico-natural de conceptos" y por separar en campo aparte "valores", "cultura", "espíritu", inasequible al conocimiento científico natural. Presentando el deber como algo

opuesto a la existencia, la dirección neokantiana establece la separación entre las normas de la moral, del derecho, las relaciones sociales, y trata de fundamentar el "carácter apriorístico" de la jurisprudencia, la completa independencia de ésta con respecto a las ciencias que estudian la realidad social. El neokantismo considera el derecho como un deber, independiente de la realidad de lo existente. La ciencia del derecho tiene la misión -a su juicio- de examinar las normas del derecho como algo que se basta así mismo. En **Rudolph Stammler** se ubica uno de sus más grandes representantes. Según él, las ciencias sociales deben construirse teniendo en cuenta las consideraciones sobre la correlación entre "los fines y los medios". Las leyes que presiden la vida social son "el comprender, la razón y seguir el recorrido del objetivo final de la sociedad humana", y ello en diferencia a las llamadas ciencias causales la relación es causa-efecto y este, entonces, está siempre condicionado por la causa. A final de cuentas el planteamiento jurídico de **Rudolph Stammler** fue la recepción de la ciencia del derecho a la teoría del conocimiento de **Kant**, lo cual originó una transformación metodológica, como lo señala **Karl Lorenz**; por ello, la idea del derecho radica en una forma pura de ordenación. 5

Por otra parte, la gran trascendencia en nuestra materia radicó en la escuela sudoccidental alemana de **Wilhelm Windelband** (1848:1915) y de **Heinrich Rickert** (1863:1936) entre los filósofos, y en su aplicación a la metodología jurídica a **Emil Lask** (1875:1915), la que trascendió en los estudios penales de **Gustav Radbruch**, **Max Ernest Mayer** y principalmente **Edmund Mezger**, como lo veremos más adelante. Expresa **Arthur Kaufmann** que "la diferenciación entre "ciencias de la naturaleza" y "ciencias de la cultura" se remonta a **W. Windelband** y **H. Rickert**, y según la cual las primeras son "nomotéticas", ya que proceden por medio de leyes científicas de carácter general que expresan el acontecer de la "naturaleza", mientras que las últimas tienen un carácter "idiográfico", lo que quiere decir que describen lo individual, tal como se presenta en su "figura" históricamente determinada. Por ello se habla también de la diferencia entre ciencia de leyes (naturales) y ciencias de acontecimientos". 6 A ello **H. Rickert** parte para introducir el concepto de valor como lo distintivo de las ciencias de cultura frente a las naturales. **Rickert** explica que para aprehender la totalidad de la realidad que conocemos no eran suficientes los métodos de las ciencias naturales y se hacía necesario acudir a otros métodos privativos de las actividades culturales o espirituales. Esta dirección fue dirigida al campo de la metodología (por **Emil Lask**) del derecho, advirtiendo que lo esencial de la ciencia jurídica del derecho es su alusión o relación a fines y valores. La jurisprudencia es un método referido al valor y que el derecho como tal era una rama de las ciencias culturales empíricas; Todo lo que caiga dentro del campo del derecho pierde su carácter naturalístico libre de referencias al valor. Reafirmado tal situación, **Wilhelm Gallas** afirma, que "las polémicas de carácter crítico que en lo sucesivo acompañaron a esta sistemática, siempre tan sugestiva por su claridad lógica y capacidad de ser llevada a la práctica, se desarrollaron a grandes rasgos, en dos fases: La primera está caracterizada por un criterio teleológico y referido a valores, que tiene su decisivo arranque en la moderna escuela del derecho penal -por lo que se refiere al aspecto político criminal- y en la filosofía de los valores, del sudoeste alemán -por lo que afecta al método-. Dicho criterio se sitúa en contraposición al "formalismo", así como al naturalismo de la prevalente teoría del delito". 7

En conclusión, en esta directriz la naturaleza es ininteligible, ya que prescinde de algún sentido o contenido de valor. Es la cognición la que da a la existencia, a la concreción, un sentido o valor de verdad: la metodología del saber determina o constituye su fin. Por el contrario, el ser humano

y su universalidad está vinculado a contenidos de valor y con ello su sentido. En la línea neokantiana los fenómenos jurídicos hacen parte de las culturas y están referidos al valor que el ser humano les determina, por tal situación el conocimiento de éste los transforma. "Así, la estructura del delito bajo estos planteamientos adquiere una fisonomía especial "la acción", "la culpabilidad", "la personalidad", etc., demuestra **Edmund Mezger**, tienen sus raíces en el firme terreno de lo empírico de las leyes 'naturales'; pero como "acción querida", "culpabilidad punible", "personalidad motivada", etc., caen las realidades empíricas bajo la "selección" del mundo de los valores". 8 Luego entonces, la acción como proceso casual al que se adiciona por ley determinadas valoraciones, es una concepción característicamente "neokantiana". En el siglo XX se destaca la filosofía jurídica neokantiana mediante un profundo trabajo crítico, la independencia metódica del derecho frente a lo sólo positivo. Sobre esta base, y con estrecha unión con la llamada filosofía del sudoeste de Alemania, se dirige el interés a una consideración científico cultural de los problemas penales; se reconoce de nuevo el imperio de los valores y de las referencias valorativas en su especial particularidad. En una palabra, es inconfundible la profunda corriente en orden a una orientación filosófica, tanto en el aspecto de la teoría del conocimiento como en la del valor. Esto no significa que se vuelva a la antigua fundamentación especulativa del derecho a castigar. La gran base de experiencias creadas en el siglo XIX y principios del XX, en virtud de intenso trabajo, constituye ya un patrimonio del derecho positivo.

Teniendo en cuenta esta somera explicación, pasamos a tratar de desarrollar la estructura del delito en base a la concepción causal-valorativa.

I). -La Acción

La concepción neoclásica del delito pretendió dar respuesta a las deficiencias mantenidas en la concepción anterior, sin embargo, prosiguió en pie "el concepto casual de acción", aunque con determinadas correcciones; por su planteamiento en la moderna estructura dogmática del delito, a este concepto suele calificársele como el "concepto causal por excelencia".

Aunque **von Liszt** representa, junto a **von Belling**, el sistema causal-naturalístico, éste fue el primero en descubrir que la esencia de la omisión no reside en una forma de comportamiento corporal, sino en el terreno del espíritu, en el sentido social del suceder, y, en concreto, en el hecho de que el ordenamiento jurídico espera una determinada acción. Pero con ello se había abandonado ya las bases del concepto naturalístico de acción. 9

En 1904, **Gustav Radbruch** en una publicación "**Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem**" plantea la cuestión de la no existencia de un concepto superior de acción, en la cual la acción y la omisión subsisten, y comenta: "así como es verdadero que un concepto y su opuesto contradictorio, que positivo y negativo, que A y No-A no pueden ser colocados bajo un concepto superior, del mismo modo es verdadero que la acción y la omisión tienen que permanecer independientes, una junto a la otra. Posteriormente en otro artículo "**Zur Systematik der Verbrechenlehre**", con motivo del homenaje a **Reinhard von Frank**, dirige una crítica profunda al concepto casual mecánico de la acción explicando el ejemplo de la injuria, de **v. Liszt**; que en él queda claramente patente que entendida la acción naturalísticamente como un simple movimiento corporal, se deja fuera lo más importante del concepto de injuria, esto es,

“el sentido lingüístico y la significación social de la injuria”. Por consecuencia, con lo anterior se plantea la base para establecer el “concepto de realización típica”, ya que por medio de tal conceptualización en base a la valoración jurídica, se percibe la significación social de los hechos producidos.

Posteriormente en 1927, al aparecer la 25a. edición del Lehrbuch de von Liszt, éste fue reelaborado por **Eberhard Schmitd**, lo que permitió que al definir el concepto de acción le diera un significado social penalmente relevante.

Reinhart Maurach presenta la siguiente explicación evolutiva de la acción, la cual citamos por su importancia y claridad: “La enmienda del concepto natural de acción de **Liszt** es mérito debido, en primer lugar, a **Eberhard Schmitd**, que definió a la acción como conducta voluntaria dirigida hacia el mundo exterior social. Las definiciones de otros autores parten en mayor o menor grado de la definición de **Eb. Schmitd**. Según **Karl Engisch**, actuar es “el voluntario producir de consecuencias previsibles, relevantes socialmente”. Las formulaciones de **Schünke-Schröder** (“acción es una conducta corporal, regida por la voluntad”) y **Edmund Mezger** (“actuar es conducta humana”), son tan sólo a primera vista neutrales valorativamente, de apariencia naturalística; en realidad, ambas abrigan una referencia de la conducta a lo social. Asimismo, el resultado era parte integrante de la acción -para **Edmund Mezger** tan sólo por motivos didácticos-. Estos criterios parten, pues, esencialmente, tal como salta a la vista de **Eb. Schmitd** y **Karl Engisch**. Por el contrario, el concepto formulado por **Maihofer** (“acción es conducta humana, dirigida a producir una lesión de bienes jurídicos protegidos por el derecho penal”) muestra -en contraste a las teorías anteriores- a la vez que un claro abandono al naturalismo, un acentuado rechazo de la tesis “acción es causación”: de la acción hay que separar la “anticipación de los resultados exteriores”, admitida por los criterios causales. La acción, aún cuando por su tendencia represente una “conducta dotada de eficacia” no está constituida por una producción relevante para el tipo; el resultado no debe ser tomado en consideración hasta la teoría del tipo. Pero como **Maihofer** no reconoce tampoco a la dirección de la voluntad como elemento integrante de la acción (ésta debe más bien constituir la base del problema de la autoría), tras esta doble imputación, (renuncia a la dirección volitiva y al resultado), quedará vacío el concepto de acción; con ello puede dudarse de su capacidad para ser empleado como piedra básica en la construcción del delito. Aún cuando no es demasiado lo que se imputa al concepto de acción (como se reprocha al finalismo), ni se le atribuye algo falso (inclusión del resultado de la acción), lo cierto es que la acción palidece; transmite sus funciones propias a los restantes caracteres del delito, un proceso semejante al que se produjo ya en la construcción del delito, de **Gustav Radbruch**”. 10

Podemos entrar a comentar que sobre el concepto de acción causal valorativa, su matiz importante radicó en que en su desarrollo posterior se renunció al concepto causal mecánico naturalístico de la acción. El contenido de la voluntariedad fue superado en lo mecánico natural, en otras palabras, que como característica humana que se proyecta en la sola producción del movimiento corporal, lo que origina una modificación perceptible por los sentidos, fue abandonado y se caracterizó por un “sentido del actuar humano”. Este es el sentido que da la línea de observación, en la que el ser humano realiza una conducta determinada. La dirección a la que se hace referencia, es la que permite establecer el concepto primario de “inervación” a uno ulterior: “un comportamiento humano”. Este concepto de acción causal valorativo se compone de

tres elementos: 1).-La manifestación de la voluntad, 2).- El resultado y 3).- La relación de causalidad, que en principio es igual que el sostenido por **v. Liszt-v. Beling-Radbruch**.

Antes de proseguir con el desarrollo de la acción, nos permitimos indicar lo siguiente: La concepción jurídico penal del sistema causal naturalista no se estructuró exclusivamente en una burda falacia naturalista, sino que lo que sucedía simplemente es que para la superación del foso existe entre el ser y el deber ser, se sirvió de un instrumento deficiente, a saber, el positivismo legal. **Bernd Schünemann** señala que “la función de la ciencia del derecho, como la de cualquier otra ciencia, consiste también en definir en términos operativos las elaboraciones teóricas de que se sirven en los más elevados niveles de abstracción del sistema; lo que implica recurrir a un lenguaje de observación (“naturalístico”), y, de este modo, “desnormativizado”. Por tanto, donde radicó de verdad el error de la concepción de **von Liszt** fue en creer que los problemas valorativos ya estaban resueltos en el Código Penal y no advertir que, por ejemplo, en lo que, hace a la Parte General, la inmensa mayoría de los problemas normativos ni siquiera había sido percibida por el legislador y la ciencia penal del siglo XIX, con lo que menos aún podía haber sido resuelto. Así las cosas, y dado que la ley no contenía en absoluto las necesarias decisiones valorativas, el sistema del derecho penal se vió de improviso lastrado por las mismas, mientras que, sin embargo, y debido a su construcción a base de conceptos empíricos, sólo podía hacerles frente mediante una ilícita deducción del deber-ser a partir del ser”. 11

Ahora bien, retomando la idea, **Max Ernest Mayer** define al “delito como un acontecimiento típico antijurídico e imputable”. 12 **Ernest von Beling** sin abandonar el sistema causal naturalístico modifica estructuralmente su definición: “El delito es acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, siempre que no se de una causa legal del justificación”. 13 Por su parte **Edmund Mezger** comenta: “El hecho punible es una acción típicamente antijurídica, presuncionalmente imputable y conminada con una pena; anteriormente estableció que el delito es “acción típicamente antijurídica y culpable” 14 Sobre estas definiciones el matiz sobre la acción ya tiene una significación propia y relevante.

Dice **Edmund Mezger**: “Acción, abarca toda conducta humana concreta, por ello el delito es acción; la acción como el querer interno del agente que trasciende como realización típica a la que corresponde tanto la “conducta corporal de agente” como su “resultado externo” (y, por tanto, el nexa causal entre ambas). 15 Así **Edmund Mezger** tiene una concepción valorativa a la que posteriormente le da un matiz de hecho natural; explica que “el hecho punible, “el crimen”, es siempre conducta humana. En el sentido estricto del término, se entiende por acción solamente el hacer activo, en tanto que la teoría de la acción en este sentido amplio -abarca también- “el omitir”. La teoría de la acción en este último sentido incluye la persona del autor, la clasificación legal de las acciones punibles y la “diferencia entre el hecho comisivo y el hecho de omisión”. 16 **Jürgen Bumann** advierte que “la acción es conducta humana guiada por la voluntad, siendo indiferente que esta conducta corporal consista en una acción positiva o en una omisión”. Afirma: “Nuestro concepto de acción es un concepto jurídico que, independientemente de criterios presuntamente ontológicos, debe ser practicable para todas las formas delictivas”. 17 Por tanto, la acción y la omisión son aquellos acontecimientos que merecen sólo el calificativo de conducta humana, cuando estos pueden ser sometidos a un valoración jurídica penal, como en su momento **E. Mezger** lo entendió, al considerar que el concepto causal de acción no es un concepto puramente natural, pues lleva implícito un elemento valorativo, al exigir que el hacer el “dejar de hacer” sean voluntarios.

Por último y por las características inherentes a este estudio, nos limitaremos a comentar lo establecido por **Edmund Mezger**, "A la doctrina jurídico penal de la acción le interesa saber que es lo que ha sido causado por la voluntad del que actúa, que es lo que ha producido como "efecto" del querer. Todos estos efectos son partes integrantes de la acción. Si y hasta qué punto, estos efectos han sido contenido de la conciencia y la voluntad del autor, carecen aquí de relevancia, ... este problema no guarda relación con el concepto de acción. Para constatar la existencia de una acción basta la certidumbre de que el autor ha actuado voluntariamente. Lo que ha querido, es aquí indiferente; el contenido de la voluntad, es sólo relevante para el problema de la culpabilidad". 18 Respecto "de la cuestión de si existe una acción, no tiene importancia alguna establecer lo que el autor tiene en mira como lo señala **Jürgen Baumann**", 19 y como lo sostuvieron también **v. Liszt, v. Beling y Radbruch**.

II).- La Antijuridicidad (El Injusto)

1).- Antes de iniciar el desarrollo de este elemento del delito, es necesario tener presente la alusión de **Edmund Mezger** sobre este estudio, "de que las formas generales de aparición del hecho punible, muestran lo que es común a todos los hechos punibles. Por ello, son, a la vez, la teoría de los elementos comunes a todo delito. Son tres, a saber: la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad. La "tipicidad" no constituye en esta correlación un elemento independiente (substancial) del hecho punible, sino solamente "un agregado abjetival" a dichos elementos fundamentales". 20

En 1911, en la obra "**Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des privatrechts**", de **Hans Albrecht Fischer** de doctrina civil plantea por primera vez la existencia de elementos subjetivos en la acción injusta: "Aún cuando no corresponda al Derecho llevar a cabo una función de policía, sobre los pensamientos, es evidente que en múltiples manifestaciones del derecho positivo, la determinación del injusto depende de la concurrencia de ciertos elementos subjetivos" 21 Este planteamiento es llevado al derecho penal por **Johannes Nagler** 22 y **August Hegler**. 23 Nagler en el mismo año de 1911 destaca la existencia de elementos subjetivos en la antijuridicidad (Nagler llama la atención sobre la decisiva importancia de las distintas tendencias "subjetivas" tenían parte el injusto objetivo). Por su parte, **Hegler** en 1914 en su artículo "**Die Merkmale des Verbrechens**" señala que los tipos tienen por objeto descubrir lo dañoso socialmente, la lesión de los intereses del Estado, o, lo que es lo mismo, el injusto jurídico penal. En todos aquellos casos en los que el carácter social dañoso de una conducta dependa de elementos subjetivos, deberán incluirse pues estos elementos en el tipo. "No todo lo subjetivo puede pertenecer a la culpabilidad ni a la inversa, a la antijuridicidad todo lo objetivo"; ello condujo al descubrimiento de los delitos con tendencia interna trascendente; estos estudios serán profundizados posteriormente en su obra "**Subjektive Rechtswidrigkeitsmoment im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs en 1930**". En 1915, **Max Ernest Mayer** 24 extrae los elementos subjetivos del ámbito del tipo y los incluye en la antijuridicidad dando la teoría de los elementos subjetivos de justificación. Por su parte **Edmund Mezger** señala nítida y claramente la separación entre los elementos subjetivos de la antijuridicidad y elementos subjetivos del tipo, pero también llega a la elaboración clasificatoria de los delitos de intención, tendencia y expresión. Explica, que el tipo es un tipo de injusto y el injusto una lesión de intereses. Si bien el injusto representa una lesión objetiva de intereses, con ello no se quiere decir que esa lesión pueda ser siempre determinada con independencia de la dirección "subjetiva" de la

voluntad. El carácter distinto según que se base o no en el especial contenido espiritual, en la tendencia, en la intención. 25 Una ulterior ampliación experimentó la teoría de los elementos subjetivos del injusto por Erik Wolf y Rudolf Sieverts.

De este desarrollo de los elementos subjetivos en el tipo de injusto es oportuno tener en cuenta la moción explicativa de Richard Busch, 26 al decir que “la teoría de los elementos subjetivos del injusto se apoya en la idea de que en un número no pequeño de delitos el contenido del injusto característico del tipo no se puede determinar sin la ayuda de las características subjetivas. La valoración de la conducta humana, desde un punto de vista de la antijuridicidad depende a menudo de la mentalidad de la cual surge o de las intenciones que la sustentan”. “Por lo tanto, con el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto resultó imposible la delimitación de la antijuridicidad y la culpabilidad, conforme al criterio tradicional que refiere aquella al aspecto objetivo de la acción y ésta al subjetivo” como indica Wilhelm Gallas. 27

Otra transformación se suscitó en lo concerniente al descoyuntamiento entre lo descriptivo y lo valorativo. Max Ernest Mayer advirtió la “existencia de elementos normativos en el tipo, es decir, que el tipo no era exclusivamente descriptivo, sino que dentro de las circunstancias que contenía había algunas que no podían comprenderse sino desde un punto de vista valorativo”. 28

Al verse en el campo del neokantismo, la tipicidad tendrá componentes de valoración y, en determinadas situaciones, cuestiones subjetivas; así la descripción típica abandona su primera fase de desarrollo acuñado por von Beling, es decir, “la de independencia y de pura coordinación” con respecto a la antijuridicidad, para pasar a una etapa ulterior, en base a una razón de ser, como razón de conocimiento de esta, es decir, con una “función indiciaria” tal como la vió Max Ernest Mayer. Para éste, la tipicidad ya no es una mera descripción avalorada, se le atribuye ya un valor indiciario. Se sigue manteniendo la independencia entre la tipicidad y antijuridicidad, pero el hecho de que una conducta sea típica es ya un indicio a la antijuridicidad. La función indiciaria se cumple principalmente en relación con los elementos normativos (teoría de la ratio cognoscendi). 29 Posteriormente para Wilhelm Sauer y Edmund Mezger la tipicidad va más allá de un valor indiciario con la antijuridicidad. W. Sauer define a la “tipicidad como antijuridicidad tipificada”, y explica “antes bien, el tipo es solamente una forma de aparición del injusto y ciertamente una de sus dos acuñaciones típicas, a saber la positiva, mientras la otra negativa, forma las causas de justificación. El tipo representa una reunión típica de los elementos desvalorizados jurídicamente relevantes y socialmente perjudiciales; como tipo abstracto generaliza el tipo concreto, el tipo de la vida, la situación fáctica, por tanto, el tipo es en sentido restringido, una tipificación del querer y del obrar injusto”. 30 Edmund Mezger 31 comenta: “el tipo de injusto como antijuridicidad tipificada. El tipo como tipo de injusto circunscribe el injusto al cual el código penal liga la conminación de la pena; es “injusto tipificado” (siempre que no exista una causa de exclusión del injusto). En la descripción del injusto le corresponde, por tanto, una significación material, es su “fundamento real”, (su ratio essendi) y no sólo su fundamento de reconocimiento, no mera ratio cognoscendi”. Y afirma 32 “el tipo fundamenta y no deja simplemente de reconocer el injusto cuando una causa de exclusión lo anula. Depende de las circunstancias el saber si el tipo trae consigo el injusto en una forma conceptual determinada. En otras palabras, el tipo es un tipo de injusto; por ello, es el portador de la valoración jurídico penal en el ámbito de la delimitación entre derecho e injusto. En base al tipo el legislador acota las formas de injusto que tienen relevancia para el derecho penal y en algunas ocasiones el fundamento de la antijuridicidad de la acción yace en la misma ley, por

tratarse de conductas que no están previamente prohibidas en otros sectores del ordenamiento jurídico. Si se presenta una causa de exclusión del injusto, la conducta deja de ser antijurídica a pesar de su tipicidad". Al tipo pertenecen por tanto, todos los elementos que estructuran lo injusto de una conducta criminal. Sin embargo, esta evolución estructural tendrá otros cambios de los cuales se mencionan más arriba; pero podemos adelantar que la tipicidad y la antijuridicidad encuentran su fusión de manera completa con la teoría de los elementos negativos del tipo.

2.-A continuación procedemos a comentar acerca de la naturaleza de la antijuridicidad, ya que aquí se abandona por completo la categoría meramente formal. **Bernd Schünemann** advierte que "en efecto al definir el hecho materialmente antijurídico como comportamiento socialmente dañoso y desarrollar para la exclusión de la antijuridicidad las fórmulas regulativas del medio adecuado para un fin justo o el principio de más provecho que daño pudo ponerse en práctica por primera vez una solución elaborada sistemáticamente de los problemas numerosos de la antijuridicidad no advertidos o dejados pendientes por el legislador. Así, dice **Schünemann**, mediante el definitivo reconocimiento de la causa de justificación de la ponderación de bienes o deberes,... se aceptó también en la jurisprudencia el abandono de la concepción positiva naturalista de la antijuridicidad. En fin, la distinción sistemática entre el estado de necesidad justificante y el exculpante prueba de modo paradigmático hasta qué punto es posible en un sistema desarrollado hablar con facilidad distinciones materiales adecuadas, que en un sistema subdesarrollado ni siquiera aparecen a la vista". 33 **Wilhelm Gallas**, por su parte, apunta que "el más importante resultado dogmático es el desplazamiento del concepto formal de la antijuridicidad, que toma como objeto de la naturaleza antinormativa de la infracción en favor del concepto material orientado a un fin de protección jurídica. El delito se constituye en injusto en cuanto lesiona o pone en peligro bienes protegidos por el ordenamiento. De esta manera, por una parte, se hace posible la aceptación de una causa supralegal de exclusión del injusto bajo el punto de vista del principio de la "evaluación de bienes jurídicos". Por otra parte, se sujeta a revisión la limitación básica del juicio de antijuridicidad al aspecto objetivo del acto y la hasta entonces marcada distinción entre tipicidad y antijuridicidad". 34 **Edmund Mezger** 35 al hablar sobre la fundamentación de la antijuridicidad se refiere primero a que "el derecho es una ordenación objetiva de valoración del derecho que materializa esa ordenación objetiva de vida y una norma subjetiva de determinación que se deduce de aquella norma y que se dirige al individuo y le dice y le quiere decir lo que debe hacer y omitir para satisfacer dicha norma de valoración. Lo que contradice la norma objetiva de valoración es "antijuridicidad objetiva" o como se acostumbra decir en la actualidad, "injusto". El juicio acerca de la antijuridicidad de la conducta del autor es un juicio objetivo relativo al suceso que se compone del elemento objetivo y subjetivo. El suceso se mide sobre la base del todo orden jurídico. En consecuencia, las causas de justificación se tienen en cuenta en todos los ámbitos del derecho".

Su desarrollo funcional se concreta en una materialidad, en base a la cual hace referencia **Moisés Moreno Hernández**: "En atención a los "bienes jurídicos" que el derecho penal protege, junto al concepto puramente *formal* ahora se habla de un concepto "material" de antijuridicidad, en la medida que lesione (delito consumado) o ponga en peligro (delito tentado) algún bien jurídico. Esta lesión o puesta en peligro sirvió para graduar el injusto e indudablemente influyó en la graduación de la pena". 36 Es por esto que en esta concepción, según en la cual la ciencia del derecho como ciencia de cultura no tenía nada que ver ni con la realidad avalorativa de lo perceptible por los sentidos, ni con el "semiproducto" de los conceptos de lenguaje común, sino únicamente con conceptos de nuevo cuño específicos de las ciencias de cultura, esto es obtenido

en el marco de un proceso referido a valor. Como "valor rector" en el ámbito de la tipicidad se propuso, fundamentalmente por **Schwinge**, "el bien jurídico protegido en el tipo respectivo", de lo que resultó la "interpretación a partir del bien jurídico protegido." 37

3).- Pasamos a comentar ahora de la estructuración del injusto típico en su composición en el cuál corresponde: Los sujetos del delito, la acción con sus modalidades, el objeto del delito tanto material como jurídico, los elementos subjetivos del injusto y los elementos normativos.

4).- Para finalizar el estadio del injusto resta referimos a sus causas de exclusión, estas son definidas como: Cuando la conducta del autor realiza no sólo la norma típica, sino también una norma justificante plenamente, o sea, en todos los pormenores. Por tanto, entre norma típica y justificante existe una auténtica relación complementaria. 38 "Así el legislador -explica **Jürgen Baumann**- es fundamentalmente libre de emplear al lado de circunstancias objetivas, también circunstancias subjetivas para la constitución de lo injusto y para limitarlo". 39 Al hablar sobre los fundamentos de las causas de exclusión del injusto -sostiene **Edmund Mezger** que "al injusto puede faltar al hecho si éste tiene, desde un principio, una característica que suprime el injusto, hablandose en este caso del principio de la ausencia de injusto (principio de la ausencia de interés, principio de la ausencia de la necesidad de la protección); pero también al injusto puede faltar al hecho, porque lo favorece un derecho eficiente, hablandose en este caso del principio del derecho preponderante (principio del interés preponderante, principio de la preponderancia de la necesidad de la protección). 40 Por eso **Jürgen Baumann** 41 constata que "es precisamente en virtud de la relación complementaria existente entre la norma típica y norma justificante, no es posible reducir todas las causas de justificación a un sólo principio o a algunos pocos. Ni siquiera el criterio de la adecuación social puede considerarse como causa general de justificación. La adecuación social es el objetivo del orden jurídico y fuente de causas de justificación, y no, de por sí, causa de justificación".

Hacemos referencia especial al planteamiento que se menciona en este tema, como causa de justificación, nos referimos a la teoría de los elementos negativos del tipo: Las causas de justificación forman parte del tipo penal como características negativas del mismo, de tal modo que el tipo se compondría de características positivas y características negativas. Pertenecen al tipo no sólo las circunstancias que fundamental lo injusto de una figura delictiva, sino también como elementos negativos, la ausencia de las circunstancias que se sirven de base a las causas de justificación. **Winfried Hassemer** expresa que "en esta teoría se refleja la estrecha relación existente entre tipicidad y antijuridicidad. Para ella, los elementos de los que se deduce la justificación de un comportamiento (El ejercicio de cargo o la agresión ilegítima) sólo por razones estilistas y técnico-legislativas se han situado en una categoría distinta, pero de hecho pertenecen al tipo y esto, entre otras cosas, porque sólo de la tipicidad y de la antijuridicidad conjuntamente se puede deducir las dimensiones del injusto jurídico penal. Pero esta teoría no expresa las diferencias que existen entre tipicidad y antijuridicidad. 42 **Hans-Heinrich Jescheck** señala que "para esta extendida teoría, el tipo ha de abarcar no sólo las circunstancias típicas del delito sino todos aquellos que afectan a la antijuridicidad. Los presupuestos de las causas de justificación se entienden, así, como elementos negativos del tipo. Se incluye, por tanto, en el tipo porque sólo cuando faltan es posible un juicio definitivo sobre la antijuridicidad del hecho. Elementos del tipo y presupuestos de las causas de justificación se reúnen, por esta vía, en un tipo total y se sitúan sistemáticamente en un mismo nivel". 43

III).- La Culpabilidad.

Dada la inconsistencia que presento la concepción psicológica de la culpabilidad, ésta fue superada por una concepción normativa de la culpabilidad; lo valorativo traspasa hasta la culpabilidad, pero como anteriormente se indicó sobre la naturaleza "sui generis" de este elemento, es indispensable tener presente que todo examen del concepto de culpabilidad se dificulta en razón a que no hay un concepto de culpabilidad, sino una pluralidad de concepciones diferentes. Así, resultan numerosas objeciones contra el derecho penal de culpabilidad derivadas de la pluralidad de concepciones sustentadas que ciertamente se adhieren en su totalidad al principio de culpabilidad, pero derivan de él teorías penales fuertemente diferenciadas. A ello se añade que el fenómeno de la culpabilidad puede considerarse desde perspectivas científicas muy diferentes como indica **Heinz Zipf**, 44: "Es tanto una experiencia fundamental religiosa y moral del hombre como una situación psicológica o sociológica, tanto una vivencia y un reconocimiento individual como una parte de la realidad social, tanto un proceso dinámico (llegar a ser culpable y sentirse culpable) como una magnitud valorativa (juicio de culpabilidad sobre otro)".

"La teoría normativa de la culpabilidad -expresa **Johannes Wessels**-, descubre la esencia de la culpabilidad en la reprochabilidad de la formación de la voluntad y de su acción, o sea, en la valoración normativa de una situación psíquica". 45 Este planteamiento de la culpabilidad tiene una admisión general, pero se difiere en determinados matices y en su composición de elementos. **Heinz Zipf** manifiesta que "según el concepto normativo de la culpabilidad, ésta se entiende como un juicio de desvalor del ordenamiento jurídico sobre la relación del autor con la infracción del derecho. La culpabilidad representa en esta perspectiva una magnitud valorativa cuya medida es el juicio de la comunidad jurídica sobre la lesividad social de la conducta concreta del autor. Con ello, la culpabilidad es una magnitud relativa que depende de la concreta situación cultural del círculo jurídico respectivo (**Drath**: es justo lo que se muestra justificado o procedente desde tal contexto, y en definitiva como realización de los principios de la cultura social concreta). La valoración de la culpabilidad con motivo del hecho concreto es un juicio "representativo" del valor del juez en lugar de la comunidad jurídica por él personificada". 46

La teoría normativa de culpabilidad fue iniciada por **Reinhard von Frank** en 1907 "**Aufbau des Schuldbegriff**", por **James Goldschmidt** en 1913 "**Der Notstand ein Schuldproblem**" y en 1930 "**Normativer Schuldhegriff**" y **Berthold Freudental** en 1922 "**Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht**" y la cual es llevada a cabo en una síntesis revisora por **Edmund Mezger**, respectivamente. **Frank** parte de las investigaciones del derecho positivo y demuestra que hay acciones dolosas que no precisan ser culpables: de ahí que la característica constitutiva de la culpabilidad no pueda estar integrada por un nexo psicológico entre el mundo efectivo del autor y el resultado típico, sino por el juicio formulado por el mundo circundante, de que el autor se ha comportado contrariamente a su deber aún cuando podía exigirse de él en su situación, ser fiel a la ley: culpabilidad es reprochabilidad del injusto típico.

Hans Welzel argumenta que "**Frank** señaló como elemento independiente de la culpabilidad junto al dolo y al culpa "la motivación normal" y definió a la culpabilidad como reprochabilidad. En esta teoría se trataba de inquirir por la esencia de la reprochabilidad. **Goldschmidt** creyó encontrarla en la constatación de la contravención al deber de querer y **Freudenthal** en la "exigibilidad". 47 "**Frank**, -explica **Moisés Moreno Hernández**-, llega a la conclusión de que el

juicio de reproche tiene como elementos la imputabilidad, el dolo, la culpa y el estado normal de las circunstancias en las cuales obra el autor. La culpabilidad, pues, ya no se reduce simplemente a dolo y culpa, sino a un juicio de reproche que se da tanto en las acciones dolosas como en las culposas. Por otra parte, dice que la gravedad de la culpabilidad dependerá de la medida de libertad, la que igualmente influirá para la graduación de la pena, de suerte que a mayor libertad mayor pena, y viceversa, a menor libertad menor pena, en virtud de menor culpabilidad. Continuando el pensamiento de **Frank**, -sigue indicando **Moreno Hernández**-, en 1913 **James Goldschmidt**, para fundamentar el concepto normativo de culpabilidad parte de la distinción entre norma jurídica "Rechtsnorm" y norma del deber "Pflichtnorm", y señala que la contravención a la norma de deber es lo que da contenido a la culpabilidad, pues es ahí donde juega papel importante el elemento de la "normal motivación"; es decir, el reproche se hace por no haberse dejado motivar por la representación del deber. La gravedad de ese reproche dependerá, siguiendo a **Frank**, también de la medida de libertad. **Freudenthal** (1922) es el tercer autor que contribuye en el desarrollo de esta teoría normativa y a él se debe como aportación importante el requisito de la exigibilidad e inculpabilidad, al establecer que la culpabilidad es la "desaprobación de que el autor se haya comportado así, cuando hubiera podido y debido comportarse en forma diferente". 48

Como se muestra, los elementos de la culpabilidad en esta concepción elaborada por **Frank** serán I).- Una actitud espiritual normal del autor (imputabilidad) II).- Una cierta relación síquica del autor con el hecho en cuestión o aun la posibilidad de esta. III).- La normalidad de las circunstancias en las cuales obra el autor. Con **Edmund Mezger** alcanza su mayor amplitud de desarrollo, él define la culpabilidad como el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al autor, la reprochabilidad personal de la acción antijurídica". 49

Hans Heinrich Jescheck dice que "la concepción normativa de la culpabilidad intenta incluir la totalidad de los elementos psíquicos del hecho bajo un sólo concepto material que permita la valoración de la parte interna del hecho y haga comprensible, así, qué factores pertenecen a la culpabilidad y cómo debe enjuiciarse la falta de elementos particulares. El primer paso en esta dirección lo dio **Frank**: Según éste, la culpabilidad es un juicio de valor, apoyado en el mandato de la norma, sobre la situación psíquica. Culpabilidad es reprochabilidad. Luego se vió la culpabilidad no tanto en un juicio sobre la naturaleza subjetiva del hecho, cuando en la propia naturaleza defectuosa de la voluntad de la acción. Todo ello permitió ordenar satisfactoriamente los elementos de la culpabilidad: la capacidad de culpabilidad, en cuanto condición previa de la formación de una voluntad de actuar conforme a Derecho, constituye el presupuesto de la culpabilidad. La voluntad de actuar culpable aparece bajo las formas de culpabilidad representadas por el dolo (conocer y querer el hecho) y la imprudencia (no conocer pudiendo conocerse). Las causas de exclusión de la culpabilidad se explican por la anormalidad de las circunstancias concomitantes. Por exigencia de la teoría normativa de la culpabilidad se admitió la conciencia de la antijuridicidad generalmente en el dolo, puesto que la voluntad de actuar no aparece como digna de censura cuando concurre un error de prohibición inevitable. La última consecuencia de la concepción normativa de la culpabilidad la extrajo **Freudenthal** con el reconocimiento de la inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma como causa general de exclusión de la culpabilidad". 50

"El concepto de culpabilidad hasta ahora es un concepto complejo o mixto, porque junto a la base naturalista-psicológica aparece la teoría de los valores; es decir, junto a elementos psicológicos aparecen componentes normativos, que le imprimen mayor coloración ética al concepto y reafirman su corte retributivo. Este es el concepto que ahora se utiliza como fundamento de la pena y de la medida de seguridad", como señala **Moreno Hernández**. 51

ADDENDA:

Queremos hacer mención a dos mociones, la primera, en la repercusión de este desarrollo evolutivo de la estructura del delito; la segunda, en base a una situación epistemológica.

La primera: **Arturo Rocco** celebra en 1910 un "Discurso Inaugural en la Universidad de Sassari", en referencia al problema del método, intitulado "**Il problema e il metodo delle scienze del diritto penale**", en donde lleva a cabo un análisis exhaustivo de los axiomas de la escuela clásica y de la positiva viendo sus aciertos y sus cuestionamientos, lo que lo lleva a concluir que lo que interesa es delimitar el objeto del derecho penal para evitar en uno u otro extremo de las escuelas, y ese será en base al derecho positivo vigente. Para lograr, pues, superar el estado de postración y desembramiento en que se encuentra el derecho penal, la única vía es el estudio del delito y de la pena sobre la base de una teoría jurídica, de un "sistema de principios de derecho". Y pone el ejemplo del progreso técnico jurídico de la ciencia penal alemana, donde este nunca se detuvo. En España, **Luis Jiménez de Asúa**, sigue el ejemplo del italiano y hace presente el discurso "**La teoría jurídica del delito**", con la que "la Universidad de Madrid inauguró el curso académico de 1931-1932", denunciando la crisis de fronteras que "el positivismo" engendró en el derecho penal, el cual "ha vivido más de cincuenta años" influenciado por otros conocimientos ajenos a los jurídicos, estableciendo que quien pretenda hacer labor de pura juridicidad debe reducir su estudio al delito donde está madrigada la esencia del derecho criminal y no sólo ahora, sino siempre. Viendo en el desarrollo de la moderna teoría jurídica del hecho punible que se ejercita en Alemania, un modelo a seguir.

La segunda, en lo que se refiere al planteamiento del desarrollo en este capítulo, acerca del sistema neoclásico de la teoría del delito:

Hans Heinrich Jescheck comenta que el sistema referido a valores presenta las deficiencias de este sistema, tal como apareció en los años veinte, en lo político, en su acentada neutralidad frente a los valores fundamentales del derecho penal, que perjudicó de forma decisiva la posición de la ciencia en su confrontación con la ideología del Estado totalitario y con los problemas sociales de la época industrial, y favoreció el divorcio de dogmática y política criminal. Frente a esto, las objeciones teóricas pasan a segundo plano. Por su parte, **Bernd Schünemann** añade: Así pues, y a pesar de que el pensamiento neokantiano, por comparación con el naturalismo, supuso una verdadera revolución en el sistema y el método de la ciencia del derecho penal, sus consecuencias en cuanto a la clasificación y sucesión de los cuatro niveles fundamentales del sistema del derecho penal fueron sorprendente "limitados"; la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, se mantuvieron como elementos básicos del sistema y, además en el mismo orden. Incluso en su delimitación recíproca se produjeron pocas variantes, si prescindimos de los referidos desplazamientos puntuales entre antijuridicidad, culpabilidad y condiciones objetivas de punibilidad. Prescindiendo de determinados matices, la delimitación de los elementos básicos del sistema practicado por el naturalismo se mantuvo intacta. En especial el dolo y la imprudencia continuaron incluyéndose en el plano sistemático de la culpabilidad, como "formas" o "elementos" de la misma. Y, por otro lado, quedaron sin respuesta cuestiones de la teoría del sistema, como la de cuál es, en un sistema orientado a valores, el valor de referencia característico del nivel sistemático de la tipicidad, y la de cuál es la función que, en ese mismo sistema, le corresponde al concepto avalorativo de acción como movimiento corporal voluntario.

Pero todas estas cuestiones son superadas en la estructura finalista del delito, de la cual hablaremos en el siguiente capítulo.

NOTAS :

- 1.-) Welzel, Hans, "Introducción a la Filosofía del Derecho", Traducción al español, Madrid España, 1971. pag: 191.
- 2.-) Goessel, Karl Heinz. "Viejos y Nuevos Caminos de la Teoría de la Imprudencia", en Dos Estudios sobre la Teoría del Delito. Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1984. pag: 5 y 6.
- 3.-) Goessel, Karl Heinz, ob. cit. nota anterior, pag: 5.
- 4.-) cfr. Jescheck, Hans Heinrich, "Lehrbuch des Strafrechts". Duncker & Humblot, Berlin. 1978. (Traducción al español, Bosch, Casa Editorial, Barcelona España, 1981. pag: 277).
- 5.-) Larenz, Karl, "Metodología de la Ciencia del Derecho", cit., pag: 112.
- 6.-) cfr. Kaufmann, Arthur, "Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart". 5o. Aufl. C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg. 1989. (Traducción al español, Ed. Debate, Madrid España, 1992. pag: 99 y 101).
- 7.-) cfr. Gallas, Wilhelm, "Beiträge zur Verbrechenslehre". Heidelberg, 1959. (Traducción al español, Bosch, Casa Editorial, Barcelona España, 1959 pag: 8).
- 8.-) Mezger, Edmund, "Strafrecht. Ein Lehrbuch" 3o. Aufl; Berlin und München, 1949. (Traducción al español, Ed. Rev. Der. Pdo. Madrid España 1955. T I pag: 48 y 49).
- 9.-) cfr. Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 4, pag: 274.
- 10.-) cfr. Maurach, Reinhart, "Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil Ein Lehrbuch". by Verlag C. F. Müller, Karlsruhe. (Traducción al español, Ed. Ariel Barcelona España, 1962. T. I. pag: 200 y 201).
- 11.-) cfr. Schünemann, Bernd, "Grundfragen des modernen Strafrechtssystems". Walter de Gruyter & Co. Berlin, 1984. (traducción al español, Ed. Tecnos, Madrid España, 1991. pag: 48 y 49).
- 12.-) cfr. Fontan Balestra, Carlos, "Derecho Penal. Introducción y Parte General", 12o. ed. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina. 1989. pag: 170 y ss.
- 13.-) Beling, Ernst von, "Die Lehre von Verbrechen", 1o. Aufl, 1906. (traducción al español, Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina, 1994. pag:).
- 14.-) Mezger, Edmund, "Strafrecht. Ein Studienbuch, Allg. Teil". 6o. Aufl. Berlin und München, 1955. (Traducción al español, Editor y Distribuidor, México, 1990. pag: 80 y ss).
- 15.-) Mezger, Edmund, ob. cit. nota anterior, pag: 106 y ss.
- 16.-) Mezger, Edmund, ob. cit. nota 14, pag: 82.
- 17.-) Baumann, Jürgen, "Grundbegriffe und System des Strafrechts. Einführung in die Systematik and Hand von Fällen". 4o. Aufl. W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köhl. 1972. (Traducción al español, Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina, 1973. pag: 150).
- 18.-) cfr. Welzel, Hans, "Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finales Handlungslehre". 4o. Aufl, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1961. (Traducción al español, Ed. Ariel, Barcelona España, 1964. pag: 32).
- 19.-) Baumann, Jürgen, ob. cit. nota 17, pag: 150.
- 20.-) cfr. Mezger, Edmund, ob. cit. nota 14, pag. 80.
- 21.-) cfr. Maurach, Reinhart, ob. cit. nota 10, pag. 271.
- 22.-) cfr. Maurach, Reinhart, ob. cit. nota 10, pag. 271.
- 23.-) cfr. Maurach, Reinhart, ob. cit. nota 10, pag. 271.
- 24.-) cfr. Maurach, Reinhart, ob. cit. nota 10, pag. 271.
- 25.-) cfr. Maurach, Reinhart, ob. cit. nota 10, pag. 271.
- 26.-) Busch, Richard, "Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre". 1o. Aufl, Tübingen, 1949. (Traducción al español, Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1970. pag: 14 y 15).

- 27.-) Gallas, Wilhelm, ob. cit. nota 7, pag: 9.
- 28.-) Mayer, Max Ernst, "Der Allgemeine Teil", pag: 182 y ss.
- 29.-) Mayer, Max Ernst, "Der Allgemeine Teil", pag: 185 y ss.
- 30.-) cfr. Sauer, Wilhelm, "Allgemeine Strafrechtslehre". 3o. Aufl, Walter de Gruyter, Berlin. 1955. (Traducción al español, Bosch Casa Editorial, Barcelona España, 1959. pag: 111 y ss).
- 31.-) Mezger, Edmund, ob. cit. nota 14, pag; 145.
- 32.-) Mezger, Edmund, ob. cit. nota 14, pag; 145
- 33.-) cfr. Schönemann, Bernd, ob. cit. nota 11, pag: 50.
- 34.-) cfr. Gallas, Wilhelm, ob. cit. nota 7, pag: 8.
- 35.-) Mezger, Edmund. ob. cit. nota 14, pag: 134.
- 36.-) Moreno Hernández, Moisés, "Consideraciones Dogmáticas y Político Criminales sobre la Culpabilidad", en El Poder penal del Estado-Homenaje a Hilde Kaufmann, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1985. pag: 393.
- 37.-) cfr. Schönemann, Bernd. ob. cit. nota 11, pag: 51.
- 38.-) cfr. Baumann, Jürgen, ob. cit. nota 17, pag: 202.
- 39.-) Baumann, Jürgen, ob. cit. nota 17, pag: 204.
- 40.-) Mezger, Edmund, ob. cit. nota 14, pag: 162 y ss.
- 41.-) Baumann, Jürgen, ob. cit. nota 17, pag: 203.
- 42.-) cfr. Hassemer, Winfried, "Einführung in die Grundlagen des Strafrechts". 1o. Aufl; Beck, München, 1981. (Traducción al español, Bosch, Casa Editorial, Barcelona España, 1984. pag: 264).
- 43.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 4, pag: 338.
- 44.-) Zipf, Heinz, "Kriminal Politik. Eine Einführung in die Grunlagen". C. F. Müller, Grossdruckerei und Verlag GmbH, Karlsruhe, 1973. (Traducción al español, Ed. Edersa, Madrid España, 1979. pag: 49 y ss.).
- 45.-) Wessels, Johannes, "Strafrechts, Allgemeiner Teil." 6o. Aufl, C. F. Müller, Karlsruhe und Heidelberg. 1976. (Traducción al español, Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina. 1980. pag: 112).
- 46.-) cfr. Zipf, Heinz, ob. cit. nota 44, pag: 51.
- 47.-) cfr. Welzel, Hans, "Das Deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung". 11o. Aufl, Walter de Gruyter & Co., Berlin 1969. (Traducción al español, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1970. pag: 199).
- 48.-) cfr. Moreno Hernández, Moisés, ob. cit. nota 36 pag: 393 y ss.
- 49.-) cfr. Mezger, Edmund, ob. cit. nota 8, pag: 227 y ss.
- 50.-) cfr. Jescheck, Hans, Heinrich, ob. cit. nota 4, pag: 558 y 559.
- 51.-) Moreno Hernández, Moisés, ob. cit. nota 36, pag: 395.

CAPITULO IV

LA CONCEPCION FINALISTA, EL FINALISMO, EN LA ESTRUCTURA JURIDICA DEL DELITO

A) GENESIS Y PRECEDENTES JURIDICOS DE LA ESTRUCTURA JURIDICA FINALISTA DEL DELITO.

Después de haber visto de manera muy general el desarrollo del causalismo naturalista y del causalismo valorativo, entramos a comentar la siguiente etapa de desarrollo de la estructura del delito denominada, "Teoría de la acción final" o "Concepción finalista del delito", la cual centra su crítica al relativismo valorativo y al normativismo del pensamiento penal neokantiano. Ahora se intenta probar que en base a las Estructuras Lógico Objetivas (**Sachlogische Strukturen**) del mundo mareado por la convivencia humana y dotado así de sentido, es decir, de estructuras del ser tal como éste aparecen la realidad, se ubica una mezcla de percepciones ontológicas y axiológicas (de realidad y valor). Así, el derecho está atravesado por estructuras lógico-objetivas, v.gr.: la estructura de la acción humana, del dolo, de la culpabilidad, de la relación autor-complice, que vinculan la regulación de la ley, siempre que tengan que ser objeto de normación, acciones, dolo, etc.; por tanto, se fundamenta así la estructura del hecho criminal.

En los primeros años de la década de los años treinta, **Hans Welzel** realiza en una de sus primeras publicaciones una crítica muy aguda al causalismo valorativo, en la que precisa los planteamientos más endebles tanto del positivismo jurídico, base de la concepción causal naturalística del delito, como del neokantismo de Baden, plataforma del causalismo valorativo del hecho punible, llegando a establecer que este último representa una teoría complementaria del primero; tal crítica, que se encuentra en varios escritos de esa época y en posteriores, a la postre da el fundamento de las bases metodológicas de su doctrina de la acción final.

Hans Welzel manifestó que la filosofía jurídica fundamentada en la filosofía de los valores, de la escuela sudoccidental alemana, representada por **Windelband**, **Rickert** y **Lask**, constituyen una teoría complementaria del positivismo inspirador de los sistemas de **von Liszt** y **von Beling**. Así para la escuela sudoccidental, al igual que para el positivismo, la realidad está integrada por un conjunto de objetos, libres de sentido y valor, cuya categoría fundamental será la causalidad ciega. 1 Asimismo, a esta instancia complementaria **Hans Welzel** realina que ella conduciría a contradicciones insolubles, dada la falta de correspondencia entre uno y otro mundo: de lo natural y el de los valores. En el estudio liminar de la versión al español de "**Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft**" de **Hans Welzel**, **Moisés Moreno H.** da la siguiente explicación: "En la discusión entre jusnaturalismo y positivismo jurídico, **Welzel** trata de superar dicho dualismo ofreciendo alternativas. El se dirige contra el positivismo jurídico - como teoría de la omnipotencia jurídica del legislador-, ya que para él el orden positivo, real, no puede tener cualquier contenido arbitrario. Si para el positivismo jurídico no hay barreras a la omnipotencia del legislador terrenal, más que la posibilidad física, **Welzel** trata de contrarrestarlo; pues para él, el legislador, en realidad está ligado siempre a determinados límites inmanentes del derecho positivo". 2 **Hans Heinrich Jescheck** comenta que "el planteamiento del finalismo vino determinado por el paso de la tajante separación entre mundo real y derecho, propio del neokantismo, a la realidad del ser social. Por eso se esforzó en elaborar las "estructuras lógico-objetivas" previas a toda regulación jurídica y en edificar el derecho sobre la base de la naturaleza de las cosas". 3

Efectivamente, el positivismo jurídico al sentir en sus puntos más débiles las críticas, condujo a una revisión crítica por parte de la filosofía de los valores, así se ubican la esfera del ser y la de los valores como puntos complementarios; luego entonces, al derecho positivo se le agrega una

nueva instancia: la esfera de la valoración, un criterio valorativo (la idea del derecho, con sus elementos integrantes: la justicia, la seguridad jurídica y la utilidad; sin embargo, debajo de este criterio el concepto positivista se encontraba palpablemente). El neokantismo había dividido el mundo, en materia penal, en dos esferas independientes totalmente: la del ser y la de los valores; por eso, los valores aparecen como "sin realidad", sólo se ubican como agregados a procesos reales, que pueden ser adheridos a la causalidad, que es el contenido de la tipicidad. Esto da como resultado el someter a revisión la cuestión metodológica de la escuela sudoccidental alemana: la distinción del ser del deber ser como dos entes independientes. Así, **Hans Welzel** advirtió que se produce un nuevo renacimiento del derecho natural, es decir, aquel intento milenarista de deducir de la naturaleza el deber ser el derecho. 4 Ello implica a poner la atención en las investigaciones de deducir de la naturaleza de las cosas, es decir, de la esencia de materia de la regulación del derecho, el contenido de la regulación jurídica justa, en otras palabras, el deber ser del derecho.

Sobre los planteamientos que se han realizado al tópico de la naturaleza de las cosas, es muy amplio y un poco complejo, pero lo que a nosotros nos interesa es ubicarlo mediante la interrogante de si, y cómo, cabe inferir de la naturaleza de las cosas de modo inmediato el contenido de la regulación jurídica. Teniendo en cuenta que las interrogantes de la naturaleza de las cosas, es decir, de la vinculación del derecho a la realidad objeto de su regulación, es muy antiguo, y que a la misma vez se percata en la propia naturaleza de las cosas, la ubicación de una multitud de datos ónticos desde determinados puntos de vista, la vinculación del derecho a la naturaleza de las cosas es, por tanto, sólo relativa. Según cuál sea el criterio adaptado, se destacarán como esenciales elementos diferentes como indica **Günther Stratenwerth**.⁵ Por ello la naturaleza de las cosas no es definida aquí en relación con un mundo social pleno de sentido, en que el hombre se halla inmerso, sino en referencia inmediata a determinados conocimientos antropológicos.

Bernd Schünemann observa que "en las estructuras lógico-objetivas se trata de constantes antropológicas, que existen de modo previo al derecho, sin poder ser modificados por éste, y que, por ello deben ser necesariamente observadas también por el legislador; así, constituyen los materiales naturales de un sistema del derecho penal previo a la propia regulación jurídica". 6 **Moisés Moreno H.** expresa: "En su búsqueda de lo "Bleibenden", **Hans Welzel**, ayudado por el pensamiento de teóricos del pasado, afirma, en primer lugar, que el derecho tiene que ser positivo y concreto. La positividad constituye un momento decisivo del derecho, aún cuando no agote integralmente su concepto como pretendió el positivismo; en segundo lugar, niega la existencia de valores universales independientes de toda condicionalidad histórica, más ello no significa que el derecho positivo carezca en absoluto de limitación intrínseca y que la ciencia del derecho tenga que aceptar, sin más cualquier orden jurídico. Existen, dice **Welzel**, una serie de "estructuras lógico-objetivas" que están dadas de antemano al legislador y que fijan los límites de su libre actividad creadora. Estas estructuras, que se encuentran en el campo del ser del Derecho -y no del deber jurídico- se hallan en todo orden jurídico; son "objetivas" o reales, porque, una vez conocidas, existen independientemente de toda aceptación o rechazo posterior; y, son "lógicas", porque su inobservancia trae aparejada contradicción interna y falta de unidad en el orden jurídico. El legislador que no respete estas estructuras lógico-objetivas dicta una legislación falsa, con lagunas, es decir, ineficaz. Para evitar toda posible confusión con lo axiológico, **Welzel** llama a estas estructuras también "estructuras ontológicas". Aparte de eso, también la ciencia del derecho tiene que tener presente aquellas estructuras, analizarlas y definir las, a fin de que el

legislador no incurra en contradicciones en la regulación efectiva del obrar humano y pueda tener un criterio seguro para su ordenación valorativa de la vida en sociedad". 7

Como se observa, **Hans Welzel** rechaza metodológicamente el estilo de pensamiento logicista y abstracto de las épocas precedentes, y lo sustituye por una consideración ontológica de los problemas. La estructura lógico-objetiva del objeto de conocimiento determina la estructura del concepto. Las estructuras lógico-objetivas vinculan al legislador y a la ciencia. Por eso **Arthur Kaufmann** expresa que "la decisión básica sobre el valor no sigue a la comprensión lógica objetiva, sino que la precede. Sólo por esta razón las estructuras lógico-objetivas vinculan toda configuración particular del derecho positivo". 8

Sólo reafirmando lo establecido **Armin Kaufmann** 9 señala: "se debe a **Hans Welzel** la referencia metódica a estas "estructuras lógico-objetivas que se encuentran en el objeto de la regulación jurídica y a las cuales el legislador está tan ligado como a"las leyes de la naturaleza física"; también se debe a él, en gran medida, el conocimiento de estas estructuras y de sus conexiones. Esta lógica de datos óntico-objetivos constituye, pues, el marco que delimita la axiología y la teleología del derecho y, además, confiere a la materia jurídica el "soporte permanente de las decisiones que han de tomarse aquí y ahora". Aquí la cuestión no es la de saber si en las cosas particulares, por ejemplo si el adulterio es desvalioso y si hay que vincular a él esta o aquella consecuencia jurídica, sino que se plantea en general, la cuestión de cómo ha de estar constituido el objeto de una valoración jurídica el contenido de una prohibición o los presupuestos de un reproche de culpabilidad. Si la axiología es el ámbito de la filosofía del derecho, las estructuras lógico-objetivas en la materia del derecho constituyen el campo de tareas de la teoría general del derecho y de la dogmática (En la medida en que no se desee desplazar parte de ellas a una filosofía del derecho en sentido amplio)".

"De este modo, la teoría de la estructura final de la acción humana se apoyó de forma inmediata en observaciones de la moderna psicología sobre el comportamiento de los actos psíquicos. Incluso para el conocimiento de los valores acudió la nueva teoría a lo que precede a la existencia humana: "el deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del actuar ético-social". Unido a la superación del neutralismo valorativo se hallaba el intento de una verdadera fundamentación ético social del Derecho penal, que encontró plasmación en la concepción personal de la antijuridicidad, en el postulado de la responsabilidad del hombre por la objetiva corrección de sus decisiones voluntarias y en el redescubrimiento del pensamiento retribucionista como sentido de la pena, como señala **Hans Heinrich Jescheck**".¹⁰ Este planteamiento, al ser ubicado al campo del derecho penal, en donde **Hans Welzel** hace referencia también a las "estructuras ontológicas", la ejemplificación de la estructura ontológica de la acción y de la culpabilidad, trae como consecuencia, una instancia trascendente. Así, la "dogmática" hace honor a su nombre y sólo la conserva- si devela las conexiones lógico-objetivas que constituyen el marco de toda regulación material. Una ciencia consecuentemente positivista no puede conformarse con abarcar la materia legislada y sistematizarla. Es "eminente sistemática" y puede ser también, "eminente práctica". Pero queda librada a las permanentes oscilaciones de la legislación positiva, en la medida en que no se convierta en una ciencia que en primer lugar, sea "eminente dogmática" en el sentido indicado. Pues ni el sistema en tanto tal ni la orientación hacia la praxis pueden ofrecer a la ciencia o en la legislación el apoyo que ambas necesitan. ¹¹

El planteamiento finalista representó una reestructuración de la dogmática tanto en sus bases filosóficas como científicas, permitiendo una renovación más coherente del sistema penal. Por ello, expresa **Moisés Moreno H.**, "que la obra de **Hans Welzel** tienen importancia tanto en el campo de la filosofía del derecho como en el derecho penal; su pensamiento filosófico se refleja en sus construcciones jurídico penales. (En su pensamiento filosófico, **Welzel** recoge influencias de **Tomas Hobbes**, **Duns Scoto**, **Kant** y, en cierto modo, de los neokantianos de la escuela sudoccidental alemana (filosofía de los valores) **Windelband-Rickert**. También influyeron o constituyeron estímulos en sus construcciones penales, el filósofo **R. Höningwald**, los psicólogos **S. Bühler**, **T. Erismann**, **E. Jaensch**, **W. Peters** y los fenomenólogos **P. F. Linke**, **A. Pfander**, **Husserl** y **N. Hartmann**, entre otros.)" 12

El desarrollo de la estructura jurídica del delito se ha desarrollado bajo tres planteamientos filosóficos jurídicos del derecho, es decir, primero "un positivismo jurídico" que a la postre sería complementado con los postulados del "neokantismo de Baden" (Filosofía de los Valores); ellos son sustituidos hasta cierto punto por "estructuras lógico-objetivas" y sobre la base de "la naturaleza de las cosas"; por último, y aunque es parte del capítulo siguiente, se elabora la estructura del delito en un "desarrollo ulterior del neokantismo". Creemos que si se quisiera tener una óptica en conjunto de estos postulados en los que descanza la estructura jurídica del hecho criminal, se afirmaría que en la filosofía del derecho actual domina la conciencia de que no sabemos exactamente lo que el derecho es, hay que decir que esto constituye sólo un reflejo de una perplejidad aún más profunda acerca de lo que es el hombre. **Dostoiévski** dijo una vez: "La hormiga conoce la fórmula de su hormiguero, y la abeja de su enjambre -ciertamente no a la manera humana, sino a la suya propia-, pero no necesitan más. Sólo el hombre desconoce su fórmula".¹³

Por último, expresamos que durante este periodo de la década de los años treinta, se desarrolla en Alemania la denominada "**Kielerschule**", cuyos máximos representantes fueron -**Georg Dahm** und **Friedrich Schaffstein**-. Se caracterizó esta dirección por su lucha contra el derecho penal clásico de corte liberal y por propugnar en un derecho penal de autor, que se acompañaba muy bien con las exigencias políticas del nacional socialismo.

En referencia a los "precedentes jurídicos" de la concepción finalista del delito se hace mención a los siguientes:

A).- Antes que nada, permitásenos hacer indicación solamente por cuestiones didácticas, a los escritos publicados por **Hans Welzel**, durante el primer lustro de los años treinta, en donde sienta las bases metodológicas de la posterior doctrina finalista:

"Kausalität und Handlung", ZStW, B. 51, Seite 703,

"Über Wertungen im Strafrecht", Gerichtssaal, B. 103, Seite 340,

"Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht", 1935, pero cabe indicar que la primera visión global de la teoría del hecho punible, la plantea en los **Studien zum System des Strafrechts** en ZStW, B. 58, Seite 491, 1939, y que al año siguiente, en 1940, apareciera su primera edición de su obra intitulada: **"Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen"**, que posteriormente se convirtió en un breve "**Lehrbuch**" comprensivo tanto de la parte general como de la especial.

B).- La teoría de la acción final tuvo como precursores a **Hellmuth von Weber** en sus publicaciones: "**Grundriss des Tschechoslowakischen Strafrecht**", 1929 y en su "**Zum Aufbau des Strafrechtssystems**", 1935; en **Alexander Graf zu Dohna** en su "**Der Aufbau der Verbrechenlehre**", 1936; en **Erik Wolf** en su "**Krisis und Neubau der Strafrechtsreform**", 1933; que no obstante, sólo llegaron a observaciones que no supieron todavía la totalidad de consecuencias dogmáticas para revisión del sistema del derecho penal. 14

C).- Igual situación se presentan en los escritos menores de **Stephan Glasser**, "**Über die Tatbestandslehre und einige andere Strafrechtsprobleme**", **Hellmuth Mayer**, "**Das Strafrecht des deutschen Volkes**" y en **Lange**, "**Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf**"; -Todos ellos citados por **Hans Welzel** en "**Studien zum...**"

D).- Se toma sólo como referencia importante para la configuración de la separación entre injusto (objetivo-subjetivo=tipo complejo) y la culpabilidad (valorativo):

- * La teoría de los elementos subjetivos del injusto,
- * La teoría "normativa" de la culpabilidad,
- * En cierta medida también el concepto social de acción, que se presenta ya como la crítica al concepto causal de acción, referido al mundo social de sentido,
- * Y, por último, la "**Kielerschule**", en el sentido del desvalor del acto con relación al desvalor del resultado.

B) EL CONCEPTO FINALISTA DE LA ACCION.

Después de tener una idea de la génesis y de los precedentes jurídicos de la concepción finalista del delito, es momento de entrar a comentar acerca de su desarrollo, el cuál parte, como ya se vio, de la elaboración que construyó **Hans Welzel**.

Antes que nada, es preciso tener en cuenta la apreciación de **Winfried Hassemer** con relación de la construcción técnico jurídica del delito, al expresar que "Una dogmática elaborada en el sentido más exigente del término no puede desarrollarse más que proyectando los preceptos legales sobre casos claramente estructurados y discutiendo y comparando casos similares".

En el ámbito del derecho penal **Hans Welzel** traslada las estructuras ontológicas, y fija como estructura lógico-objetiva primordialmente para el derecho penal a la acción humana, en otras palabras, edifica la famosa "Teoría de la acción final". "Invocando la Filosofía fenomenológica (**Hartmann, Scheler**) -observa el mismo **Winfried Hassemer**-, **Welzel** basó su sistema final del hecho punible en la Ontología, es decir, en la estructura visible de lo existente, del mundo. Esta estructura humana, no es resultado de una "constitución de la realidad", ni de la intervención humana, ni es constituida por prejuicios; está más allá del conocimiento humano y es asequible a éste, con lo que consecuentemente puede determinarse en ella la verdad del conocimiento humano. Con tan poderosas armas determinaba **Welzel** la estructura ontológica de la acción como realización de fines propuestos, como planteamiento final (dirigido a una meta) de las relaciones causales objetivas, naturales, como dirección de procesos causales. De esta concepción se apartaba la teoría de la acción llamada ahora causal, entendida como un conjunto de superficialidades y trivialidades (acción como modificación voluntaria del mundo externo)".¹⁵ Efectivamente, **Hans Welzel** al mencionar las críticas sobre las bases del causalismo naturalista como valorativo, señala deficiencias acerca de la teoría causal de la acción:

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

"El defecto fundamental de la acción causal consiste en que no sólo desconoce la función absolutamente constitutiva de la voluntad, como factor de dirección para la acción, sino que incluso la destruye y convierte la acción en un mero proceso causal desencadenado por un acto voluntario cualquiera ("acto voluntario")".

"Desconoce que toda acción es una obra (**mehr oder minder gelingende**) mediante la cual la voluntad humana configura, es decir, dirige el suceder causal. El contenido de la voluntad, que anticipa mentalmente las consecuencias posibles de un acto voluntario y que dirige, conforme a un plan y sobre la base del saber causal, el suceder externo, se convierte en un mero "reflejo" del proceso causal externo en el alma del autor. Con ello la doctrina de la acción causal invierte completamente la relación entre la voluntad y la acción".

"Esto se advierte, con gran claridad, si se sigue el desarrollo de la acción desde la tentativa a la consumación. En la definición de la tentativa no es un mero proceso causal que no produce efecto, sino una acción que apunta a un resultado elegido previamente; por consiguiente una acción en la que el contenido de la voluntad es su elemento".¹⁶

Dice **Hans Welzel**: "El punto de partida erróneo de la doctrina de la acción causal tiene consecuencias de gran trascendencia en la doctrina del delito: ¹⁷

A).- En los delitos dolosos desconoce que el "**Vorsatz**" (dolo) es una especie de la voluntad final de realización, a saber la voluntad final de realización de las "circunstancias de hecho de un tipo legal"; que el dolo, por consiguiente, como elemento de la acción, es ya una parte integrante de la acción típica y que ésta se compone, por tanto, de elementos objetivos (externos) y subjetivos (ánimicos). Al excluir al dolo del tipo y desplazarlo a la culpabilidad, desgarran no sólo la unidad interna del tipo objetivo y subjetivo, sino incluso el mismo tipo subjetivo; pues desde el reconocimiento de elementos subjetivos de lo injusto, admite en el tipo algunos elementos subjetivos (intenciones, tendencias).

"En la antijuridicidad desconoce que el objeto de la misma no es el mero proceso causal externo (especialmente la lesión del bien jurídico), sino todo el hecho, integrado por elementos objetivos y subjetivos. Por ello no puede insertar, con sentido, los elementos subjetivos de lo injusto en la doctrina de la antijuridicidad, ni comprender los elementos "subjetivos-personales de la antijuridicidad".

B).- La doctrina de la acción causal no permite comprender tampoco los delitos culposos, aunque haya considerado durante mucho tiempo que este era su "campo". Desconoce que la parte esencial, para el derecho penal, del hecho culposo, no consiste (tampoco) en el resultado causado por un acto voluntario, sino en la acción defectuosa, por consiguiente no en el desvalor del resultado, sino en el desvalor de la acción".

"La observación crítica del concepto causal de acción, -observa **Hans-Heinrich Jescheck**-, pone de manifiesto que el entendimiento de todos los comportamientos movidos por una voluntad como procesos causales deja sin aprehender la esencia de las acciones voluntarias en sentido propio, las cuales constituyen la mayor parte de los hechos punibles. Ciertamente, entendida como "causa", la voluntad sirve para distinguir la acción humana de los procesos puramente naturales, pero lo específicamente humano de la acción no consiste en la causalidad de la voluntad, sino en la finalidad que configura objetivamente el curso causal, para la que sólo el hombre se encuentra capacitado". ¹⁸ Por situación misma, **Reinhard Maurach** comenta "tal concepto se mostró insostenible" Ni era posible trabajar en el ámbito social del derecho con un concepto de acción conscientemente libre de valor, ni podía ser contemplada, a la larga, la acción, de modo mecánico como simple causación sin tomar en consideración su voluntad rectora".¹⁹

Por último, **Günther Stratenwerth** 20 indica que "tal concepto de acción llamado por sus enemigos "natural" o "causal" resulta ser extraordinariamente amplio. Con él pueden alcanzarse inclusive los comportamientos de animales, si el acto voluntario requerido se define no sólo como un suceso psico-físico, de tal manera que para su limitación a la valoración jurídico penal de comportamientos humanos se requerirán criterios adicionales ajenos al concepto de acción. Por otra parte, este concepto se extiende a todos los estados corporales (de actividad o pasividad), que responden a la existencia de un acto voluntario, con lo que prácticamente todo resultado jurídico-penal relevante resultará atribuible al comportamiento de alguien (por lo menos en la forma del no-impedir). Con esta amplitud el concepto de acción pierde prácticamente toda significación. Se convertirá siempre en una etiqueta que será adecuada y por lo tanto no cumplirá ninguna función razonable".

Como resultado de todo lo anterior, **Hans Welzel** empieza su explicación: "La acción humana 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 base 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 conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento. La **Finalität** es, por ello -dicho en forma- gráfica- "sehend", **Kausalität** "blind".21

"La dirección final de una acción se realiza en dos fases, que en las acciones simples se entrecruzan:

A).- La primera transcurre completamente en la esfera del pensamiento. Empieza con:

- a).- La anticipación del (el proponerse el) fin que el autor quiere realizar. A ello sigue -a partir del fin-
- b).- La selección de los medios necesarios para su realización.
- c).- Tiene que considerar también los efectos concomitantes, que unidos a los factores causales elegidos, como la consecución del fin.

B).- De acuerdo con la anticipación mental del fin, la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes el autor lleva a cabo su acción en el mundo real. Pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de la acción anteriormente elegidos (factores causales), cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que han sido concluidos en el complejo total a realizar.

A').- La segunda fase de la dirección final se desarrolla en el mundo real. Es un proceso causal en la realidad, dominado por la determinación del fin y los medios en la esfera del pensamiento. Si no se logra el dominio final en el mundo real -por ejemplo, el resultado no se produce por cualquier causa- la acción final correspondiente queda sólo intentada".22

A esta reestructuración de la acción, **Moisés Moreno H**, 23 presenta la siguiente argumentación: "Welzel le da a su forma de consideración un giro ontológico y, conforme a ello, la acción humana pertenece a una categoría del ser, totalmente diferente a los simples procesos causales, ya que el hombre"en virtud de su saber causal domina ampliamente el suceso, lo puede

supradeterminar finalmente". Este punto de vista "ontológico", "prejurídico", obedece a que para **Welzel** el concepto de acción para el derecho no puede ser otro que el concepto de acción para la vida. Para fundamentar este concepto, **Welzel** parte de la tesis de que "el legislador no sólo está ligado, por ejemplo, a las leyes de la naturaleza física, sino que él tiene que observar determinadas estructuras lógico-reales en el objeto de su regulación, de lo contrario su regulación será necesariamente falsa". Por ello mismo, **Bernd Schünemann** dice que "el hecho de que esta estructura prejurídica de la acción humana como ejercicio de actividad final constituyera una estructura lógico-objetiva esencial para el Derecho penal resultaba para **Welzel** de un análisis de funciones e instrumentos de la legislación penal. dado que el fin del Derecho penal de protección de bienes jurídicos ha de alcanzarse a través de prohibiciones y mandatos acompañados de las respectivas sanciones, la capacidad del ser humano de causar o evitar resultados por medio de una actividad final, expresada en la estructura final de la acción, se convierte en sustrato directo del Derecho penal, y, con ello, la finalidad en su estructura lógico-objetiva fundamental".²⁴

"**Welzel** -continúa explicando **Moisés Moreno H.**, pone totalmente en tela de juicio los presupuestos básicos de la teoría causalista, de que la causalidad sea la única y exclusiva determinación del suceso real, y busca un fundamento ontológico para las valoraciones jurídico penales, que se encuentra junto a la causalidad y, tal vez, pueda irrumpir en la cadena causal misma dirigiéndola. Así llega, en base a las aportaciones de la Psicología del pensamiento (**Hönigswald**, **Erismann**, etc.), primeramente, al concepto de "intencionalidad de sentido" (**Sinn-intentionalität**) y, posteriormente, con las aportaciones de **N. Hartmann**, al de finalidad (**Finalität**) como espina dorsal de la acción. Este fundamento ontológico constituye una de las tesis fundamentales sobre la que **Welzel** edifica su teoría. **Welzel** intenta contrarrestar las consecuencias dañinas que resultan de la separación entre manifestación de la voluntad y contenido de la voluntad, esto es, la destrucción de la estructura esencial decisiva de la voluntad; quiere evitar el atrofiamiento de la teoría de la acción en aras de la teoría del tipo, realizada por **Beling** y **Radbruch**, y darle a los encontrados elementos subjetivos del tipo su correspondiente ubicación óptica. El quiere, en fin, dar a la teoría de la acción una orientación totalmente nueva, cosa que la logra".²⁵

Del principio fundamental de la estructura ontológica de la acción, las consecuencias de la teoría final de la acción son forzosas. Ningún ámbito de la construcción del delito deja, en un principio, de resultar afectado por el cambio de estructura, pero a la misma vez se presenta hoy ya como patrimonio común de la ciencia del derecho penal. Tanto en el estudio **Moisés Moreno**,²⁶ como en las obras de **Reinhard Maurach**,²⁷ **Hans-Heinrich Jescheck**,²⁸ **Winfried Hassemer**,²⁹ **Bernd Schünemann**,³⁰ entre otros, se hace alusión a tal situación; pero veamos de manera general:

A).- Se materializó la voluntad de la acción, al sustituir el "movimiento corporal voluntario" por el "ejercicio de actividad final",

B).- El tipo, que configuraba la materia de prohibición, no podía permanecer por más tiempo reducido a la descripción, de un proceso objetivo (del mundo exterior), sino que había que aprehender también la estructura final de la acción humana, el elemento específico de la tipicidad. Así se produjo el reconocimiento de la existencia de un "tipo subjetivo", que aparecía junto al tipo objetivo.

El concepto de tipo, mediante la construcción del tipo subjetivo con el núcleo situado en el dolo, que habría de abarcar todos los elementos objetivos del tipo, se convirtió por primera vez en soporte de una materia de prohibición específicamente jurídicopenal, que en ningún caso puede

consistir exclusivamente en la causación de la lesión del bien jurídico como tal (el "desvalor de resultado"), sino que, debido a la finalidad del derecho penal de influir sobre el comportamiento humano, siempre presupone también un "desvalor de la acción" (la finalidad de la acción del autor, desvalorada por el Derecho).

La idea expresada aquí, relativa a que lo importante para el Derecho penal es un específico "injusto personal", ayudó a mantener en adelante que la justificación de un hecho dependiera, en determinadas circunstancias, de elementos subjetivos.

C).- Los delitos dolosos y los imprudentes se distinguen ya en el plano de la tipicidad y que, en los delitos dolosos, el dolo típico pasaba a constituir el elemento central del tipo subjetivo, completado, en determinadas clases de delitos, por los elementos subjetivos del injusto.

D).- Al completarse de este modo el tipo, se produjo a la vez una depuración del concepto normativo de culpabilidad de los elementos del concepto psicológico, lo que por su parte hizo posible establecer los presupuestos de la reprochabilidad de modo mucho más claro que antes. En efecto, la disposición del dolo como forma de culpabilidad hacía que pareciera consecuente incluir en el mismo, además de la voluntad de realización final, también la conciencia de la antijuridicidad y que, por tanto, se excluyera el dolo en todo caso de error sobre la antijuridicidad. En cambio, una vez trasladada la voluntad de realización al tipo, parece inmediatamente obvio que para la culpabilidad como reprochabilidad del hecho, basta con un conocimiento potencial de la prohibición. así cabe distinguir, dentro del nivel sistemático de la culpabilidad, los elementos de la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.

E).- Por otra parte, en el ámbito del delito impudente, en cuyo desarrollo la teoría finalista de la acción se encontró con las mayores dificultades y las más agudas críticas, pueden reconocerse consecuencias decisivas.

De este modo, el sistema finalista desarrolló eficazmente, por un lado, descubrimientos ya asentados en el pensamiento jurídico-penal neokantiano; posibilitó, por otro lado, el establecimiento de diferenciaciones antes ignoradas de modo general, y, en suma, redefinió de modo mucho más profundo las cuatro categorías sistemáticas, conocidas desde el naturalismo, de la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, delimitándolas recíprocamente de nuevo.

De la estructura de la teoría de la acción final, sin embargo, **Johannes Wessels** ³¹ presenta el siguiente resumen: "Según la teoría finalista de la acción (**Welzel, v. Weber, Busch, Maurach, Niese, Armin Kaufmann, Schaffstein Stratenwerth, Hirsch**, otros), la acción es ejercicio de actividad finalista, o sea, acontecimiento final, y no únicamente causal. La finalidad de la acción se basa en la circunstancia de que el hombre puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse fines de diversa índole y dirigir su conducta con arreglo a un plan tendiente a la obtención de esos fines. De esta manera, la acción finalista es un obrar dirigido conscientemente desde el fin: La voluntad que guía el suceso causal constituye la "espina dorsal de la acción finalista". Según este criterio, "Finalidad" de la conducta significa algo completamente distinto de "Voluntariedad" en el sentido de la teoría causal. Una conducta ya es voluntaria si se le puede atribuir a un acto cualquiera de voluntad. En consecuencia, los partidarios de la teoría causal se conforman, en el ámbito de la acción, con la comprobación "de que" quien actúa, voluntariamente activo; "lo que" ha querido y se ha propuesto con ello, debe ser examinado en el ámbito de la culpabilidad".

Ahora bien por otra parte, sin embargo, a la doctrina de la acción final se le imputan críticas, en virtud de no responder de manera correcta en relación con los delitos culposos, 32 es decir, por imprudencias o negligencia. En los delitos culposos el resultado se ha producido de un modo puramente causal, pues no estaba comprendido en la voluntad de realización del autor y no es preciso siquiera que lo hubiera previsto, bastando con que hubiera podido preverlo (culpa inconsciente). Pero tampoco el concepto final de acción, puede cumplir la tarea de un concepto general capaz de cobijar a todas las formas de comportamiento jurídico penalmente relevantes.³³ La conducción del proceso causal mediante impulsos de la voluntad, característica de la acción final, falta en la omisión, por muy fuerte que sea la participación emocional del "autor" en el proceso que se desarrolla ante él. Asimismo se ha replicado que el resultado que determina la aplicación de una pena más grave en los delitos calificados por el resultado, no pertenece tampoco a la acción así concebida. ³⁴ Aquí, sólo nos resta comentar que muchas de estas dificultades dieron lugar a una constante redefinición de la estructura de la acción final.

No pretendemos seguir con exactitud las controversias suscitadas en base al concepto jurídico penal de acción (**E. Mezger-H. Welzel**), en el sentido que el tema pertenece a la historia de la dogmática y por las características inherentes a este trabajo, pero sin que se interprete que se desconozca tal controversia. Por otro lado, por que a final de cuentas la gran mayoría de autores se adhieren a una determinada estructura del delito y con ello localizan los grados de participación interna, sin que, por tanto, se vean ya obligados a fundamentar esta localización. **Winfried Hassemer** ³⁵ comenta "Pocas veces se ha derrochado tanta agudeza científica-jurídica y tanta profundidad filosófica en una discusión jurídico penal básica y se ha conseguido con ello tan escaso resultado práctico y político-criminal. Por otra parte las objeciones formuladas por los adversarios de esta teoría finalista de la acción no se dirigen tanto, en la actualidad, contra su carácter final de la acción, sino que apuntan, más bien, a la tesis expuesta por los finalistas, según la cual el legislador está ligado a la estructura prejurídica finalista de la acción y, por tanto no puede aplicar, en el ámbito del derecho, una reglamentación diferente".

"La teoría dominante -indica **Günther Stratenwerth**-, coincide también, por lo menos, en la apreciación de que la estructura básica del comportamiento humano como tal es previo a una precisa clasificación y delimitación jurídico-penal: La acción aparece, por lo tanto, como un suceso dominado por la voluntad finalista activa, es decir, dirigido finalmente (a una meta), un acto de autodeterminación que está impregnado en su contenido por los efectos conocidos, la significación valorativa y las relaciones de sentido de la situación en que se toma la decisión de obrar. Esta estructura se percibe más claramente, en las acciones voluntarias racionalmente conformadas hasta en sus particularidades: En su comienzo se encuentra una representación de la meta que quiere alcanzarse que proviene de impulsos, tendencias e intereses; luego seguirá la elección de los medios que aparezcan adecuados para la realización del objetivo, la ponderación de las consecuencias accesorias posibles; y, por último, la decisión de acción que se convierte en hecho mediante la utilización de los medios elegidos". ³⁶ "La dirección final no se reduce a los actos voluntarios conformados racionalmente. Determinar en qué medida el sujeto no sólo percibió la situación en que se decidió la acción, sino también tuvo consciencia de ella, qué circunstancias conforman en particular el contenido de experiencia, es una cuestión que se vinculan con la delimitación interna de la diversas formas básicas del obrar con el dolo y la culpa, pero que no afecta la calidad de acción como tal. La característica común del obrar humano específico en sus diversas especies no es carácter consciente o voluntario, sino la finalidad" ³⁷ "El concepto de acción orientado a la finalidad no debe ser mal entendido, en el sentido de

considerárselo como si pudiese ser un concepto superior del comportamiento humano. Con él se caracteriza el obrar humano (activo), pero no otra cosa. Su importancia reside en que permite determinar cuándo estamos ante sucesos adecuados a una acción pero no dominados: la relevancia jurídico-penal de estos sucesos dependerá, por lo menos, de que exista la posibilidad de influirlos mediante acciones finales. La falta de esta posibilidad torna carente de objeto, desde un principio, todo reproche jurídico. "Es aquí precisamente, donde se encuentra el eje básico del llamado concepto final de acción" 38

Ahora bien, la comisión de un delito se puede realizar mediante distintas formas, es decir, lo que se conoce como "formas básicas del hecho punible"; ellas son la acción y la omisión, las cuales cumplen en la teoría del delito la función de elemento básico, aunque no unitario del sistema.

Se ha expresado que el elemento básico, en relación a su función, no implica la necesidad de que pertenezcan a la acción o la omisión todos los elementos del tipo de lo injusto de los delitos dolosos y culposos. La función como elemento básico queda satisfecha si el concepto de la acción o la omisión permite una interpretación satisfactoria, convincente, de todos los tipos de lo injusto. Los conceptos de la acción y la omisión han de ser voluntariamente neutrales, pues sólo así podrán cumplir la función de elemento de unión o enlace de los restantes elementos del concepto del delito. Del concepto de la acción y omisión deben quedar fuera todos aquellos movimientos corporales o actitudes pasivas que carezcan de relevancia jurídica penal, con lo que cumplirán una función como elemento limitativo. El concepto de la acción finalista, al incluir el contenido de la voluntad en la acción, permite una comprensión más correcta de lo injusto de los delitos dolosos y culposos, aunque en éstos el resultado causado que fuera de la acción. 39

En otro orden de ideas, y sólo por razones sistemáticas hacemos alusión en este lugar, acerca del denominado "concepto social de acción", del cual sólo se hizo mención anteriormente. Esta denominada teoría no implica una revisión a la estructura del delito; su origen se ubica en los refuerzos de **Eberhard Schmidt** por depurar el concepto causal de la excesiva influencia del naturalismo, es decir, se presenta en forma conexas con la teoría causalista de acción. Tiene determinada autonomía en cuanto es una profundización del concepto de acción sobre la estructura teleológica de **v. Liszt** respecto del delito y del derecho penal, para liberarla justamente del naturalismo que afecta dentro del planteamiento categorial de éste. Tanto **Hans-Heinrich Jescheck** 40 como **Johannes Wessels** 41, entre otros, dan referencia de ella, pero veamos la explicación de éste último: Dice **Johannes Wessels** "Según la teoría social de la acción el concepto de la acción, común a todas las formas de conducta, reside la relevancia social de la acción o de la omisión. Interpreta la acción como factor estructurante conforme al sentido, de la realidad social con todos sus aspectos personales, finalistas, causales y normativos. Por la amplitud de su campo visual, esta teoría da lugar a interpretaciones que reconocen una significación más o menos importante a la tendencia de la acción objetiva, a la persecución subjetiva de los fines y a la estructura personal de la acción".

"Así el concepto de acción se describe como:

"producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes" (**Engisch, Hom, a Kohlrausch**);

"conducta que el hombre está objetivamente en condiciones de dominar, dirigida a un resultado social objetivamente previsible" (**Maihofer, Hom, a Eb. Schmidt**);

“conducta llevada por la voluntad que concierne a través de sus efectos a la esfera de vida del prójimo y se presenta, bajo aspectos normativos, como unidad de sentido social” (**Eb. Schmidt, Hom. a Engisch**);

“conducta humana socialmente relevante que significa la respuesta del hombre a las posibilidades de actuar que se le exigen y lo presentan en su papel humano” (**Jescheck, Hom. a Eb. Schmidt**);
“estructuración responsable y conforme al sentido de la realidad, con consecuencias causales que la voluntad puede dominar” (**Arthur Kaufmann, Hom. a H. Mayer**)”.

A ello **Johannes Wessels** termina reafirmado: 42 “Es preferible la teoría social de la acción que constituye una solución conciliante entre el criterio simplemente ontológico y normativo. Según esta teoría, acción es, en sentido penal, la conducta socialmente relevante dominada por la voluntad humana o que ésta puede dominar. Este concepto de acción refiere, en la voluntad de actuar y en su realización a la estructura personal y, en consecuencia, a las realidades ontológicas. Al mismo tiempo, ofrece la posibilidad de concebir el sentido social del suceso en su significación objetiva plena, teniendo en cuenta el fin subjetivo que el autor se ha propuesto y las expectativas normativas referentes a la conducta, de la comunidad jurídica”.

Se ha indicado que esta teoría es exclusivamente una teoría de la acción, es decir, su objetivo exclusivo es ofrecer un concepto unitario de acción. En otras palabras, una de sus funciones principales es reafirmar la acción como el concepto general y omnicomprendivo del delito, y como el concepto que excluye todo lo que no es relevante. Este concepto con respecto a los restantes elementos del delito no expresa nada. “No es posible derivar del concepto social de acción consecuencias dogmáticas para la estructura de los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad” (**Jescheck**). No extrañará, por tanto, que ese concepto social de acción haya sido asumido tanto por causalistas como por finalistas. Acción es, pues, conducta dotada de significación social. Y ello es, ciertamente común a las tres formas de aparición del delito: En los delitos dolosos de comisión ese comportamiento humano socialmente relevante consiste en la finalidad actual o ejercicio de actividad final; en los imprudentes de comisión, consiste en la causación de resultados con posibilidad de dirigir el proceso causal (se acentúan así sus componentes causales); en los delitos omisivos, el comportamiento humano socialmente relevante consiste en la inactividad frente a la acción esperada: hay una dirección contra la acción que el Derecho espera que se realice, y que podía realizarse. Es, pues, una capacidad de acción. Se acentúa su carácter estrictamente normativo, puesto que el punto de referencia es la “acción esperada por el Derecho”, y no la mera omisión o inactividad.

Por último, sólo expresamos el comentario de **Hans Welzel** 43 entre tantos que hay, sobre las objeciones al concepto social de acción: “parece haberse olvidado hoy, cuando se contraponen a la doctrina de la acción finalista un concepto “social”, que uno de los propósitos fundamentales del finalismo, desde sus comienzos, fue la comprensión de la acción como un fenómeno social. La acción, como fenómeno social, no puede ser comprendida sino sobre la base de la doctrina de la acción finalista. El sentido social de una acción se determina no sólo según el resultado, sino también según la dirección de la voluntad que el autor ha impreso en la acción”.

C) NIVELES DE LA ESTRUCTURACION DEL DELITO.

El sistema causal-naturalístico y el causal-valorativo, es decir, la estructura causalista del hecho punible se edifica sobre los estadios de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; así para esta dirección el tipo del hecho doloso y del culposo son iguales (hecho, relación de causalidad, resultado); la distinción entre un delito cometido dolosamente o de manera imprudente no se establece hasta llegar a (las formas o especies) la culpabilidad: lugar donde se indaga si la voluntad del autor está dirigida a cometer un resultado típico, es decir, si se trata de un delito de comisión dolosa o no, en este caso, si aún no queriéndose el resultado se ha actuado sin observar la diligencia debida, existirá la imprudencia. La estructura finalista del delito coincide en el estudio de los mismo estadios del delito bajo la estructura causalista; sin embargo, difieren en cuanto al contenido que dan a estos estadios o elementos.

Así, el finalismo estudia el delito, hecho punible, en las siguientes formas de aparición: El delito de comisión dolosos, el delito imprudente de comisión y los delitos de omisión (propios e impropios). Aunque el finalismo estudia el delito en esas formas de aparición, su estructura es formalmente idéntica en todas ellas. Así, habrá que analizar metódicamente en todo caso los conceptos de conducta (acción u omisión), de tipo objetivo y tipo subjetivo (dolo o culpa) =supuesto de hecho típico, de antijuridicidad (causas de exclusión del injusto) y de culpabilidad (causas de exculpación), estadios en que se ubican los diversos contenidos del hecho delictivo.

El finalismo distingue ya en el tipo entre delito doloso y culposo. Además de la causalidad entre comportamiento y resultado, hay que examinar en el tipo el contenido de la voluntad: si el autor quiso el resultado, y sólo entonces habrá tipo doloso; si no fue ése el caso, habrá a lo sumo -si se actuó negligentemente- un hecho imprudente. Con otras palabras: para el finalismo, lo que la presencia o no presencia de dolo condiciona no es la exclusión de la forma dolosa de culpabilidad de la acción típica y antijurídica, sino la no existencia de tipicidad dolosa.⁴⁴

“La punibilidad de un comportamiento -señala **Günther Stratenwerth**-, depende de numerosas condiciones, en primer lugar, surgen de las exigencias del Estado de Derecho referidas a la legalidad de la amenaza penal: en segundo lugar, de la limitación del Derecho Penal al comportamiento reprochable, y, finalmente, del principio de que solamente es justificable la pena que aparece político-criminalmente como ineludible. El comportamiento tiene que poner de manifiesto los elementos descriptivos en la amenaza penal legal; este tiene que encontrarse en contradicción con el orden jurídico; además, la sanción presupone que lo ilícito jurídico-penalmente relevante haya sido cometido también en forma culpable, con lo que se encuentran vinculadas otras exigencias. Por último, la necesidad de sanción puede desaparecer, a pesar de la realización antijurídica y culpable de un supuesto de hecho típico penal, cuando ello no constituye una seria perturbación del orden jurídico. Por lo tanto, encontramos diversos grupos en los que se articulan los presupuestos de la punibilidad. Estos grupos dan forma a los niveles de valoración jurídico-penal y ordenados sistemáticamente entre si constituyen la estructura del delito”.⁴⁵

1) EL DELITO DE COMISION DOLOSO

-El Supuesto de Hecho Típico

Si una acción es "típica" o se "adecua a un tipo penal", quiere decir que esa acción es la acción prohibida por la norma. O como lo expresa **Günther Stratenwerth**: "La adecuación a un supuesto de hecho típico sólo significa que la conducta contradice una prohibición o un mandato sancionado jurídico-penalmente". 46 Por tanto, "**Der Tatbestand ist der Inhalt der strafrechtlichen Verbotsnormen** (El tipo es el contenido de las normas prohibitivas del Derecho Penal) El tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido, o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual", como lo advirtió **Hans Welzel**. 47

Del tipo penal se derivan sus funciones, es decir, sobre la base de un "tipo de garantía" y un "tipo sistemático". Asimismo, en el estadio de la tipicidad ha de partirse de que en el tipo tienen cabida todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material de injusto, es decir, el sentido de prohibición. A ello sumamos, dada la naturaleza del tipo, la vinculación del tipo como la adecuación social; en ello **Hans Welzel** afirmó: "En la función de los tipos de presentar la "muestra" de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen por una parte, un carácter social, es decir, se refieren a la vida social, pero, por otra parte, son inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos se advierte la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho penal: indican las formas de conducta que suponen una infracción grave de los órdenes históricos de la vida social". 48 Por ello, la teoría de la adecuación social entiende que aquellas acciones que entran por completo dentro del marco del orden colectivo que ha llegado a ser normal en un momento histórico determinado, no pueden realizar ningún tipo de delito, aunque impliquen peligro para bienes jurídicos protegidos penalmente. 49

Ahora bien, el tipo de injusto es la descripción de aquellas características positivas de la acción que, en abstracto, determinan su contrariedad al Derecho. Es decir, de aquellas características en virtud de las cuales la acción aparece objetivamente como negación intolerable de bienes jurídico-penalmente protegidos. Y en referencia al tipo de comisión dolosa tiene que contener básicamente una acción dirigida por el autor a la producción del resultado; se requiere, por tanto, una coincidencia entre el aspecto objetivo y subjetivo del hecho: lo ocurrido tiene que haber sido conocido y querido por el autor. Esto permite distinguir entre un tipo objetivo que contiene los aspectos objetivos del hecho y un tipo subjetivo, que contiene los aspectos subjetivos del mismo. Y ambos tipos deben ser coincidentes.

Sobre el contenido genérico del tipo penal, se expresa que el tipo de la acción punible surge de la conjunción de los elementos que fundamentan el contenido de injusto de la correspondiente especie de delito. Los pilares básicos del tipo son: A) El bien jurídico protegido u objeto jurídico B) El objeto de la acción u objeto material C) Los sujetos: activo y pasivo y D) la acción. Por otra parte, se indica en referencia de las diferentes especies de tipos penales, es decir, las clases de tipos; a tal situación **Hans Heinrich Jescheck** señala: "La estructura de los tipos es sujeta a ciertas leyes que se derivan de las distintas posibilidades de ordenación de los elementos que los integran. De esta suerte surgen clases de tipos firmemente asentados en la terminología jurídico penal, que encierran significación en orden a la clasificación e interpretación de los preceptos penales". Nosotros la expresamos en base de las modalidades que adoptan sus elementos: A)

según las modalidades de la acción, tanto en referencia de su parte objetiva, como subjetiva. B) según los sujetos y C) según el bien jurídico que se proteja. Por último, advertimos acerca de los elementos descriptivos y normativos del tipo: Los elementos descriptivos del tipo son conceptos tomados del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describen objetivos del mundo real. Son susceptibles de una constatación fáctica, por lo que pueden entenderse como descriptivos aunque la precisión de su exacto contenido requiera la referencia de una norma y manifiesten, así, un cierto grado de contenido jurídico. Los elementos normativos del tipo apuntan en cambio, a hechos que sólo pueden pensarse e imaginarse bajo el presupuesto lógico de una norma. Se incluyen aquí los conceptos jurídicos propios, los conceptos referidos a valor y los conceptos referidos a sentido. Se comprende que también en los elementos normativos se halla normalmente en juego un momento de realidad aprehensible por lo sentidos, por lo que también se encuentran en relación con el mundo de los hechos.⁵¹

Con todo lo anterior, procederemos a hacer referencia de los elementos del tipo de injusto de comisión dolosa, partiendo como ya vimos del tipo objetivo.

Solamente es preciso tener presente, lo que observa **Johannes Wessels**, al mencionar que “el tipo de lo injusto abarca todas las características de la disposición penal que fundamentan, elevan o disminuyen lo injusto penalmente relevante. Como concepto sistemático de la teoría del delito y grado de valor en la estructura del delito, se hace cargo de la tarea de separar las conductas típicas de los sucesos penalmente irrelevantes (carentes de tipo); a esto se le llama la función de selección del tipo propiamente dicho”.⁵²

“El tipo objetivo es el núcleo real-material de todo delito. El tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado. Comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior”.⁵³ Ahora bien, los elementos del tipo objetivo son el conjunto de condiciones externas y de condiciones jurídicas de naturaleza objetiva que debe realizar una persona para -una vez complementadas con las condiciones subjetivas y en caso de que no concurra una causa de justificación de su hecho- ser autor, en sentido estricto, de un delito. Dichos elementos pueden ser esenciales o accidentales. Los elementos esenciales son aquellos que configuran un tipo autónomo. Hay que diferenciarlos de los elementos accidentales, que sólo cualifican -por agravación específica- o privilegian -por atenuación específica- los tipos autónomos, que se denominan en relación a aquellos tipos básicos. Por tanto, los elementos objetivos del tipo describen la acción, el objeto de la acción, en su caso el resultado, las circunstancias externas del hecho y la persona del autor”.⁵⁴

- Un presupuesto: material o jurídico,
- El objeto de la acción u objeto material,
- El objeto jurídico o bien jurídico,
- La descripción de la acción y su inadecuación social,
- La imputación objetiva del resultado, en los delitos de resultado,
- El sujeto activo: modalidades,
 - Criterios de imputación objetiva al autor,
- El sujeto pasivo: modalidades,
- Modalidades de la acción: tiempo, lugar, espacio, etc.,
- Elementos normativos del tipo,
- Elementos descriptivos del tipo,
 - Elementos objetivos de agravación específica del tipo básico,

-Elementos objetivos de atenuación específica del tipo básico.

La tipicidad del delito doloso depende no sólo de la realización del tipo objetivo, sino además de la realización del tipo subjetivo, sobre la base fundamental del dolo.

Por elementos del tipo subjetivo se entiende el conjunto de condiciones relativas a la finalidad, al ánimo y tendencia del sujeto activo, que dotan de significación personal a la realización de los elementos objetivos del tipo por el autor.

Así, en los tipos de comisión dolosa los elementos subjetivos son:

-El dolo del hecho y

-Los específicos elementos subjetivos del tipo o del injusto.

El dolo es conocimiento y volición de la realización de todos los elementos del tipo objetivo. El dolo del hecho típico, por tanto, está constituido por un momento cognoscitivo y otro volitivo. Por eso no puede hablarse de dolo cuando, bien no se conocen los elementos del tipo (errores sobre el tipo y desviaciones esenciales del dolo), o bien no se quiere la realización del tipo (imprudencia). Por tanto, como se expresa **Reinhart Maurach** "que 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". 55

Sobre la pertenencia del dolo al tipo de injusto se ha indicado que responde a dos perspectivas:

A) Sobre las consideraciones ontológicas que expresó **Hans Welzel**;

Pero además:

A) De las exigencias por la existencia de los restantes elementos subjetivos de lo injusto,

B) Por la punición de la tentativa (en sentido amplio, comprensivo de la tentativa y del delito frustrado);

C) Si el dolo es un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa tendrá que desempeñar la misma función en el delito doloso consumado;

D) Viene exigida por la presencia en algunos tipos delictivos de conductas inequívocamente finalistas, que no pueden ser comprendidas de un modo causal.

En referencia a las clases de dolo, **Günther Stratenwerth** 56 hace mención a tres tipos: "Se habla de dolo directo, cuando la realización del supuesto de hecho típico constituye la meta propia de la acción. Es decir, el dolo directo se refiere, al fin propio de la acción del autor, así como a las otras circunstancias y sucesos que él se representa como presupuesto necesario o consecuencias necesarias para lograr su meta. Habrá dolo eventual cuando para alcanzar el fin de la acción desde el punto de vista del autor, se requiera la realización del suceso típico aunque no en forma necesaria, sino sólo posible. Dicho de otra manera, cuando la realización del supuesto de hecho típico sólo constituye una etapa intermedia posible en el trayecto para la obtención el fin de la acción. Por último, cuando la ley requiere el dolo, ambas formas -dolus directus y dolus eventualis- serán equivalentes. Desde este punto de vista, la distinción no tiene consecuencias prácticas.

En otro orden del tema, si el dolo requiere conocer y querer la realización del tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto. **Hans Heinrich Jeschek** 57 observa “que la teoría del error de tipo se halla conectada de forma inmediata a la teoría del dolo, ya que el error de tipo no es más que la negación del contenido de representación requerido para el dolo: el autor no conoce los elementos a que, según el correspondiente tipo, debe extenderse el dolo”. Sobre una visión general, el tratamiento jurídico-positivo del error debe recaer sobre: los elementos esenciales del tipo, sobre los elementos accidentales del tipo y por último sobre modalidades particulares del error de tipo.

Sólo resta hablar sobre los específicos elementos subjetivos del tipo o del injusto, es decir, aquellas características de naturaleza anímica que en una serie de supuestos típicos son relevantes para la determinación de la antijuridicidad de la conducta legalmente descrita.

Los tipos que presentan elementos subjetivos de lo injusto suelen clasificarse en: -Delitos de intención, -Delitos de tendencia, y -Delitos de expresión. Dice **Günther Stratenwerth** que “los especiales elementos subjetivos, no tienen correlato alguno en el supuesto de hecho típico objetivo. Por cierto, que pueden también consistir en la voluntad de realización de un suceso determinado; pero, sin embargo, tal suceso se encuentra fuera de la descripción del supuesto de hecho típico objetivo. Y a menudo ni siquiera se trata de un acontecimiento exterior, sino de un momento o relación interior: A) Los propósitos especiales, B) El motivo del autor y C) El impulso afectivo”.58

-La Antijuridicidad

“El supuesto de hecho típico comprende, en principio, el conjunto de circunstancias de hecho que fundamentan lo ilícito. Por regla general, el comportamiento adecuado al supuesto de hecho típico es también antijurídico. Por este motivo, en el nivel valorativo de la antijuridicidad, esencialmente sólo se trata de los presupuestos bajo los cuales lo ilícito se excluye o queda sin efecto”. 59 En forma general “una acción es antijurídica si realiza un tipo de lo injusto y no está cubierta por una causa de justificación”. De todas maneras hablaremos de determinados puntos referenciales acerca de la antijuridicidad.

A).- El concepto “antijuridicidad” se manifiesta como la contradicción de una conducta realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. La antijuridicidad no encuentra su génesis en el derecho penal, sino de todo orden jurídico, es decir, es un concepto unitario aunque sus consecuencias sean distintas en cada materia. El derecho penal no elabora la antijuridicidad, sino que mediante la tipicidad (tipo-adequación social) selecciona únicamente aquellas acciones antijurídicas conminándolas con una pena. **Hans Welzel** explicó, “La antijuridicidad es un juicio desvalorativo “objetivo” al recaer sobre la conducta típica y realizarse con arreglo a un criterio general: el ordenamiento jurídico. El objeto que es considerado antijurídico, es decir, la conducta típica de un hombre, constituye una unidad de elementos del mundo exterior (objetivos) y anímicos (subjetivos)”. 60 Por otra parte: Antijuridicidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

B).- Expresa **Reinhart Maurach** 61 “Dentro del estudio general de la antijuridicidad, se debe esclarecer también el “supuesto” contraste entre antijuridicidad “formal” y “material”. La polémica, primordialmente terminológica, en torno a estos conceptos, se encuentra hoy superada. La expresión antijuridicidad “formal” se equipara hoy, por la inmensa mayoría, al cumplimiento

del tipo legal: es antijurídica en sentido formal -en virtud del indicio que fundamenta el tipo- la acción típica; es antijurídica "en sentido material" aquella acción típica que no está cubierta por una causa de justificación".

C).-La antijuridicidad expresa una relación de contrariedad de la acción con el Derecho. Es, por tanto un predicado, es decir, el calificativo con que se indica que una acción es contraria al ordenamiento jurídico. El término injusto, que a veces se utiliza como sinónimo, expresa la acción a la que se ha atribuido ya la característica de la antijuridicidad. Lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico, el injusto es una acción antijurídica determinada.

D).- El contenido material de la antijuridicidad está constituido básicamente y en primer orden por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, tales ofensas tienen un carácter eminentemente normativo. Sin embargo, este contenido no se agota con tal situación: "La lesión al bien jurídico (desvalor del resultado) -comenta Hans Welzel-, tiene sólo relevancia en el Derecho penal dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de la acción). El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el derecho penal. 62 "Lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es sólo antijurídica como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho objetivo, la actitud en que cometió, los deberes que le obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuridicidad es siempre desaprobación de un hecho referido "un autor determinado". "Unrecht ist Täterbezogenes, "personales" Handlungsunrecht".⁶³

E) Por último, Johannes Wessels ⁶⁴ advierte: "el tipo propiamente dicho no está en condiciones, por sí sólo, de establecer en forma terminante las características de lo injusto material. En consecuencia, la conducta típica debe ser medida, dentro de una especial graduación de valores, frente al ordenamiento jurídico total y estar sometida a un control adicional. Sólo en la graduación de valores de la "antijuridicidad" se decide definitivamente si el hecho es "conforme a derecho" o "antijurídico".

Las causas de justificación son causas de exclusión del injusto penal. Reúnen el conjunto de circunstancias y requisitos que deben concurrir en la realización del hecho típico para que éste no constituya un hecho injusto.

Así se ha sostenido que las causas de justificación llevan implícito un precepto permisivo, que interfiere las normas de carácter general, mandatos o prohibiciones, dando lugar a que la conducta prohibida o la no realización de la conducta ordenada, en los delitos de omisión, sea lícita. Se habla de preceptos, permisivos o autorizaciones desde la perspectiva del derecho penal, pues se trata de preceptos independientes, que persiguen sus propios fines y la realización de la conducta típica puede ser, incluso obligada. A tal motivo J. Wessels comenta que "la justificación de una acción típica se deduce, en el caso concreto, de la colisión entre norma prohibitiva o precepto en que se base el tipo de lo injusto y una norma permisiva. Frente a los tipos de lo injusto se hallan los llamados tipos permisivos que consienten, un carácter de excepción, una conducta lesionadora de bienes jurídicos. Los principios permisivos, revestidos de causas de justificación, impiden, si

intervienen, que la prohibición general se concrete en un deber jurídico; la conducta justificada sigue siendo "típica", pero no contiene una lesión del deber jurídico". 65

Por otra parte, dentro del campo de la dogmática jurídica-penal se ha intentado realizar una sistematización de las causas de exclusión del injusto, en función de los axiomas que le sirven de fundamento. "Debe aludirse primero a un criterio unitario y posteriormente a uno diferenciador. La primera (sea monista o dualista) 66 tiende a reconducir a criterios generales todas las causas de justificación; así, desde una perspectiva dualista, se plantea el principio de ausencia de interés y el principio de interés preponderante. Por lo que acontece a la segunda, en cambio tienden a señalar que cada causa de justificación tiene su propia fundamentación". "Asimismo, en su estructura, las normas prohibitivas y permisivas presentan algunas coincidencias. Como el tipo propiamente dicho está formado por elementos objetivos y subjetivos de los injusto, también el tipo permisivo se compone de elementos objetivos y subjetivos de justificación. Según la opinión unánime, una acción típica no está justificada por el sólo hecho de que existen los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Más bien, el autor debe haber actuado conociendo la situación de hecho justificante y sobre la base de las facultades que ésta le otorga, según la teoría de los elementos subjetivos de justificación, sólo actúa " conforme a derecho" quien quiere actuar correctamente sobre la base del tipo permisivo". 67 Este elemento subjetivo de justificación implica simplemente que el autor tenga el conocimiento y la voluntad de actuar de un modo autorizado o permitido jurídicamente. Por tanto, la presencia de una causa de exclusión del injusto excluye la antijuridicidad de la acción típica, pero se halla permitida. En resumen: "La adecuación al supuesto de hecho típico y eventualmente la causas de de justificación, -afirma **Günther Stratenwerth**-, deciden en forma definitiva sobre la antijuridicidad del comportamiento. Por regla general, el comportamiento adecuado al supuesto de hecho típico es también antijurídico. Por este motivo, en el nivel valorativo de la antijuridicidad, esencialmente sólo se trata de los presupuestos bajo los cuales lo ilícito se excluye o queda sin efecto". 68

Sobre la ubicación y el contenido propio de cada causa de justificación, nos remitimos al ordenamiento jurídico legal correspondiente, en donde se encuentran tipificados cada uno de estos tipos permisivos. Por último, sólo restaría comentar acerca de la suposición errónea de las causas de justificación; **Hans-Heinrich Jescheck** ha opinado sobre tal situación que "el autor puede desconocer una causa de justificación objetivamente concurrente y actuar, por ello, sin el necesario elemento subjetivo de justificación, lo que conduce al resultado de tener que aplicar la pena correspondiente a la tentativa. Pero es más frecuente que aquél suponga erróneamente la concurrencia de una causa de justificación y posea, así, la voluntad de la acción correspondiente a la situación justificante, pese a que objetivamente no se produce la causa de justificación supuesta. Existe entonces o bien un error de permisión (error de prohibición indirecto), o bien un error de tipo permisivo. En ambos casos importa la valoración del contenido de culpabilidad del hecho". 69

-La Culpabilidad.

La concepción normativa por excelencia. Explica **Moisés Moreno** que esta concepción "es producto de las elaboraciones de la teoría final de la acción y del rechazo total del naturalismo causalista como del naturalismo psicologista, fundamenta el juicio de reproche en la "posibilidad del autor de actuar de manera diferente", esto es, en la libertad de voluntad para "motivarse de acuerdo a la norma". "El reproche de la culpabilidad -dice **Welzel**- presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma, y esto no en un sentido abstracto de que algún

hombre en vez del autor, sino que concretamente de que este hombre habría podido en esa situación estructurar una voluntad de acuerdo a la norma". "La culpabilidad sólo puede edificarse sobre la base antropológica de la autodeterminación como capacidad del hombre". Cuando se suprime esa base, desaparece la culpabilidad", sea que se la reemplace por la peligrosidad, sea que se la reduzca a una relación psicológica". 70 Ahora, se habla de buscar en otras alternativas la base de la culpabilidad, sea por la idea de la necesidad de pena o la normalidad de la motivación. De todos modos, el planteamiento finalista en la culpabilidad es trascendental, y una ratificación de ella, es la expresión de **Günther Stratenwerth** al comentar que "resulta erróneo desde todo punto de vista el enfrentamiento de los conceptos psicológico y normativo de la culpabilidad. En el Derecho penal se trata en cada nivel valorativo de los presupuestos bajo los cuales es posible reprochar un hecho al autor, es decir, no solamente en la culpabilidad sino también en el momento de la adecuación típica de lo ilícito. Precisamente aquí es "donde se encuentra el más sólido argumento en favor de una teoría final de la acción, o que no podrían serlo, quedan desde el principio fuera de consideración como objeto posible de un reproche. "Por lo tanto, resulta evidente que el nivel valorativo de la culpabilidad no repite el "juicio" sobre el hecho constitutivo de lo ilícito típico, desde otro punto de vista diverso del nivel valorativo previo, como si no se agregara ningún nuevo momento objetivo". 71

En forma global podemos indicar que esta concepción se acuñó de la siguiente forma: Como consecuencia de trasladar la finalidad al centro del injusto, el finalismo de **Welzel** sustrajo el dolo, así como la infracción del deber objetivo de cuidado base de la imprudencia, de su tradicional sede de la culpabilidad. Todo el hecho, concebido como unidad definido por lo subjetivo, y no sólo su parte objetiva, se constituye en contenido del injusto. La culpabilidad deja de continuar cobijando la parte subjetiva del hecho. De este modo se consigue abandonar por completo el contenido psicológico de la culpabilidad y convertir la concepción normativa del causalismo en una concepción normativa por excelencia. Como se ha visto, la anterior concepción normativa no rompió más que parcialmente con el psicologismo al que parecía oponerse: la voluntad defectuosa constituía el centro de la culpabilidad. En cambio, para el finalismo la culpabilidad se limita a reunir aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico. Todo el objeto del reproche se encuentra en el injusto. En la culpabilidad quedan sólo las condiciones que permiten atribuirlo a su autor. Ya **Erick Wolf** y **Alexander Graf zu Donha** en su momento habían separado de forma tajante la voluntad de actuar, como objeto de la valoración, que remitió al tipo subjetivo, y la valoración del objeto, consiste en el enjuiciamiento de la motivación del autor; sin embargo, fue **Hans Welzel** quien dió el paso siguiente y encontró una ubicación coherente a todo el objeto de la valoración en el injusto. Resumiendo: Sobre esta concepción la culpabilidad es un puro juicio de reproche al autor por la realización de un hecho antijurídico cuando, sin embargo, podría "haber actuado conforme al derecho". Esta concepción estrictamente normativa extrajo de la culpabilidad algunos componentes, que formaban parte de la misma, en el concepto neokantiano de la culpabilidad. Así, los elementos de la culpabilidad sobre la estructura finalista son A).- La capacidad de culpabilidad-imputabilidad- es decir, aquellos componentes que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse. B).- La posibilidad del conocimiento (virtual) de la antijuridicidad y C).- La exigibilidad de otra conducta. Como puede constatarse, la esencia de la culpabilidad es, pues, idéntica a la de los neokantianos, pues se trata de un juicio de reproche al sujeto, y sólo cambia las condiciones exigidas para poder emitir dicho juicio. Ejemplo de ello, es que el dolo y la culpa no pueden ser elementos de la culpabilidad, ya que no se refieren a la

posibilidad de motivarse conforme a la norma, sino que implican, una relación con el hecho, es decir, son un aspecto subjetivo del comportamiento.

Luego entonces, sobre la estructura material de la culpabilidad, se ubica que ésta "es reprochabilidad de la configuración de la voluntad (*Schuld ist die Vorwerfbarkeit der Willensbildung*)" como lo enseñó **Hans Welzel**. 72

Los elementos constitutivos de la reprochabilidad son, por ello, todos aquéllos que son necesarios para que el autor, capaz de culpabilidad hubiera podido adoptar en relación con el hecho concreto, una resolución de voluntad conforme con el Derecho en lugar de la voluntad antijurídica; sobre esta moción de **Hans Welzel**, nos permitimos hacer una breve referencia sobre los elementos de la culpabilidad:

-La Capacidad de Culpabilidad (Imputabilidad).

Ella suele definirse como la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma, y capacidad de actuar o de determinarse conforme a dicha comprensión. Así podemos señalar de forma genérica que la imputabilidad requiere dos elementos: La capacidad de comprender lo injusto del hecho y la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento. Esta caracterización ha venido a sustituir la noción históricamente anterior de la misma, como capacidad de conocer y querer. Aquí es necesario tener presente la observación de **Hans Welzel** 73 y de **Günther Stratenwerth**, 74 respectivamente: "El juicio de que un hombre determinado en una situación determinada es culpable, no es un acto teórico, sino existencial, y por cierto, "comunicativo". Es el reconocimiento del otro como tú, como igual, como susceptible de determinación plena de sentido y por esto, al mismo tiempo, tan sujeto responsable como yo mismo. Por ello, este juicio es más fácil de formular desde el aspecto negativo que del positivo: se excluye a todos aquellos hombres que aún no son o bien no son más capaces de la misma autodeterminación. Estos son los que por su juventud o por su anomalía mental no son capaces de culpabilidad". La otra postura comenta "el primer presupuesto de todo reproche de culpabilidad es que el autor, en el momento del hecho, haya sido capaz de obrar responsablemente: comprender que el hecho no está autorizado y determinarse por esta comprensión, es decir, abstenerse del hecho, son los elementos de que aquí hacemos referencia. De todos modos, no es posible determinar la capacidad de culpabilidad (capacidad de imputación) en forma positiva, sino captarla a través de la ausencia de determinados fundamentos que la excluyen. Estos fundamentos son, por un lado, la minoridad y, por otro, las modificaciones anormales de la personalidad o el déficit de la misma. Sólo está sujeta a evolución la medida en la que se reconocen estas limitaciones de la capacidad de culpabilidad".

-La Posibilidad del Conocimiento (virtual) de la Antijuridicidad.

De tal moción nos limitaremos a lo siguiente: El objeto de la conciencia de lo injusto no es el conocimiento del precepto jurídico vulnerado ni la punibilidad del hecho. Basta, por el contrario que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y que por consiguiente, se halla prohibido jurídicamente. En otras palabras, es suficiente el conocimiento de la antijuridicidad material, como "conocimiento al modo del profano", no bastando, por otra parte, la pura conciencia de la contravención de las costumbres para el conocimiento de lo injusto. Asimismo, **Johannes Wessels** afirma que "el objeto de la conciencia de lo injusto no es el conocimiento de la disposición penal o de la "punibilidad" del hecho sino la

comprensión del autor de que su conducta está jurídicamente prohibida (materialmente antijurídica). La conciencia de lo injusto debe estar referida al tipo, o sea, debe abarcar el contenido específico de injusto de la forma delictiva de que se trata". 75 Por tanto, "lo que se le reprochará es la estructuración antijurídica de la voluntad respecto del hecho individual (o de la parte de conducción de vida)" como indica **Hans Welzel**. 76 Luego entonces, además de que se constate la capacidad de culpabilidad del sujeto, el juicio de culpabilidad se somete a la condición de que el sujeto pudiese conocer la antijuridicidad del hecho realizado (conocimiento virtual de la prohibición). Así, las consecuencias inmediatas de ello son: A).- No hay culpabilidad si el sujeto no sólo desconoció la antijuridicidad del hecho que realizaba (error de prohibición), sino que tampoco podía haberla conocido (error invencible o inevitable de prohibición). B).- Por el contrario, hay culpabilidad tanto si el sujeto conoció la antijuridicidad de lo que hacía, como si la desconoció pero pudo haberla conocido (error vencible o evitable de prohibición). En este último caso hay culpabilidad aunque disminuida: el error vencible de prohibición es una causa de disminución de culpabilidad.

Con lo anterior entramos a indicar uno de los temas más complejos en la materia penal, es decir, el estudio del "error de prohibición", adelantándonos a decir, que es el error sobre la antijuridicidad del hecho.

El objeto de la conciencia de la antijuridicidad y del error de prohibición es precisamente la antijuridicidad de la conducta (planeada). Por tanto, cuando las representaciones del autor relativas al carácter del injusto del hecho son erróneas, hay que distinguir entre "error de tipo" y "error de prohibición". Se da un error de tipo cuando alguien no conoce, al cometer el hecho, una circunstancia que pertenece al tipo legal; el error de tipo es el reverso del dolo de tipo: quien actúa y "no sabe lo que hace" le falta, para el dolo de tipo, la representación necesaria. En cambio, el error de prohibición es un error sobre la antijuridicidad (la prohibición jurídica) del hecho; aquí, el autor "sabe lo que hace típicamente, pero cree erróneamente que está permitido". En otras palabras, existe error de prohibición no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal o a la existencia de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto.

Hans Heinrich Jescheck da la siguiente explicación: "Puede suceder que el autor no conozca en cuanto tal la norma punitiva que se refiere directamente al hecho y que por ello tome por lícita la acción (error de prohibición directo). Este error puede obedecer a que el autor no conozca la norma prohibitiva o, aun conociéndola, la considere no vigente o la interprete equivocadamente y, por ello, la reputa aplicable. También constituye error de prohibición directo el que versa sobre un elemento de valoración global del hecho, en la medida en que no se halla en juego el supuesto de hecho, sino el juicio de valor referido a él. Por otra parte, existe la posibilidad de que el autor conociendo perfectamente la prohibición en cuanto tal, crea en el caso concreto por error que concurre una norma justificante, por desconocimiento de los límites jurídicos de una causa de justificación admitida o suponer a su favor una causa de justificación no acogida por el ordenamiento jurídico (error de prohibición indirecto)". 77

El error de prohibición puede ser vencible o invencible. El error de prohibición invencible no puede reprocharse al autor, pues quien no se encuentra en situación de advertir lo injusto del hecho no demuestra ninguna actitud censurable hacia el derecho cuando lo vulnera. Por el

contrario, en el error de prohibición vencible se suscita la cuestión de en qué medida y con qué fundamento puede formularse un reproche de culpabilidad. Sobre esto debe, en principio, decirse: "el ordenamiento jurídico exige no sólo al hombre que evite lo que ante sus ojos aparezca claramente como injusto; además debe esforzarse en actuar siempre en consonancia con el Derecho. Por tanto, la distinción de conciencia de lo injusto y dolo permite que el error de prohibición vencible puede equiparse a la plena conciencia de la antijuridicidad en cuanto a su contenido de culpabilidad". 78

Teniendo en cuenta la amplitud y el contenido complejo del error, nos satisface tener como referencia lo anterior, dando con ello ya una idea general, aunque faltaría hablar del error de permisión, el error de conocimiento, el error de subsunción o el error de tipificación, entre otros. Pero también acerca de la teoría del dolo, de la teoría estricta de la culpabilidad o la teoría limitada de la culpabilidad, dan la referencia para poder fundamentar y hablar sobre el tema.

-La Exigibilidad de Otra Conducta.

De entre diversos tipos de opiniones se expresa que entre las circunstancias de las cuales el reproche de culpabilidad desaparece, hay que distinguir entre "causas de exclusión de la culpabilidad" y "causas de exculpación". "Son causas de exclusión de la culpabilidad la inimputabilidad y el error inevitable de prohibición, porque, si existen, falta un presupuesto de culpabilidad o una característica fundamentadora de ella. En cambio, las causas de exculpación producen únicamente una disminución tan considerable del contenido de injusto y de culpabilidad del hecho que ya no se alcanza el límite inferior de la pena y el legislador, en vista de la motivación extraordinaria, renuncia a formular un reproche de culpabilidad, a saber, es indulgente" 79 Pero a final de cuentas a las causas de exculpación se atribuye con frecuencia al concepto fundamental de la "no exigibilidad de conducta" acorde con las normas.

En la teoría más moderna, gana terreno la opinión según la cual las causas de exculpación atenúan lo injusto y la culpabilidad.

Los niveles de exigencia del cumplimiento de mandatos normativos que se puede exigir a todo ciudadano varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego, etc. En principio, el ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia mínimos, que pueden ser cumplidos por cualquier persona. Se habla en estos casos de una exigibilidad objetiva, normal o general. Más allá de esta exigibilidad normal, el ordenamiento jurídico no puede imponer el cumplimiento de sus mandatos. Junto a esta no exigibilidad objetiva, existe una no exigibilidad subjetiva o individual que se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello comportaría un excesivo sacrificio para él. Con palabras de **Günther Stratenwerth** se resume lo siguiente "La no exigibilidad se presenta bajo la forma de una inhibición extraordinaria con respecto a una decisión adecuada a la norma. En ellas se ubica el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable, entre otros". 80

Concluyendo -observa **Moisés Moreno Hernández**-, 81 podemos decir que "la teoría de la acción finalista acentúa el concepto normativo y señala precisos criterios para determinar el juicio de reproche. Al considerar a la culpabilidad como presupuesto de la punibilidad, reconoce el ingrediente ético de aquélla y el contenido retributivo de la pena: y al concebirla sobre la base de

la posibilidad de actuar de diversa manera, está implicando el reconocimiento de la libertad del hombre, del hombre como persona”.

Después de haber terminado el estudio de estos estadios de la estructura del delito, mencionamos el comentario de **Winfried Hessemer** sobre lo siguiente “La culpabilidad y la tipicidad tienen bastantes semejanzas entre si e igualmente se diferencian de las otras dos categorías que ya hemos estudiado (acción y antijuridicidad). Mientras que en la acción o comportamiento se excluyen a grosso modo aquellas situaciones que bajo ningún punto de vista imaginable pueden ser relevantes para el Derecho penal, y en la antijuridicidad se eliminan aquellas acciones típicas que excepcionalmente no son contrarias al orden valorativo jurídicopenal; mientras que, por tanto, en ambas categorías de lo que se trata es de excluir o eliminar la imputación; en la tipicidad y en la culpabilidad se trata de lo contrario: de incluir, de fundamentar la imputación -objetiva y subjetivamente-”. 82

1') FORMAS DE APARICION DE LA ACCION PUNIBLE

El derecho penal conoce tres estructuras básicas de acciones punibles: Como ya se vio el delito de comisión dolosa, pero también el delito culposo de comisión y el delito de omisión (doloso o culposo). Los estadios del delito como acción típica, antijurídica y culpable concurren también en el delito culposo y en el de omisión, por lo que su estudio se lleva a cabo sobre esta estructuración.

1) EL DELITO CULPOSO DE COMISION

- Configuración General del Hecho Punible Culposo

En el delito de comisión dolosa se supone que concurre la realización del tipo de injusto respectivo con conocimiento y voluntad; sin embargo, en el delito de comisión culposa se presenta lo siguiente:

Culposamente actúa, quien realiza el tipo de una ley penal a consecuencia de la vulneración “no” querida de una norma de cuidado, sin advertirlo pese a que debía o considerándolo posible pero confiando contra su deber en que el resultado no se producirá. 83 La falta de respeto por los bienes jurídicos ajenos no comienza, sin embargo, con la decisión consciente -característica del dolo- contra ellos. En realidad, comienza ya en el momento en que el autor demuestra tan poca consideración por los bienes jurídicos ajenos que ni siquiera se esfuerza por pensar en el peligro que su comportamiento puede significar para otros, en cuanto a pesar de reconocer la existencia del peligro continua su acción con ligereza. Por lo tanto, al delito culposo le corresponde una posición legítima en el derecho penal. Así, “la culpa no es, como antes se pensaba generalmente y aún hoy se enseña con frecuencia, una mera forma de culpabilidad al lado del dolo, sino un especial tipo de acción punible que manifiesta una estructura peculiar tanto en el ámbito del injusto como en el de la culpabilidad”. 84

Ahora bien, la situación de la culpa se encuentra absolutamente ligado al del riesgo y éste a su vez se encuentra definido por los fines sociales que se persiguen. El dilema se ubica en la decisión de una colectividad de qué riesgos y en qué parámetros está dispuesta o no a responder, y, por consiguiente, si está dispuesta a admitir esa actividad o bajo qué límites de riesgo. Explica

Johannes Wessels 85 "La teoría causal de la acción limitaba el contenido de injusto del hecho culposo a la "causación" del resultado socialmente perjudicial, la misma culpa fue concebida como forma de la culpabilidad, posteriormente se distinguió, en el ámbito de la culpabilidad entre la inobservancia del cuidado objetivamente necesario y el cuidado que el autor estaba en condiciones de observar. La teoría más moderna trasladó esta "bigradualidad" del examen de la culpa al plano (objetivo) de la antijuridicidad y (subjetivo) de la culpabilidad. Entretanto, se ha impuesto el criterio de que la inobservancia del cuidado objetivamente necesario pertenece al tipo de los delitos culposos. Según la opinión hoy dominante, la culpa no es una simple "forma de la culpabilidad", sino un tipo especial de conducta punible que reúne elementos de injusto y de culpabilidad. Si en un hecho antijurídico se niega la existencia del dolo, esto no significa que se dé automáticamente la culpa, sino que deben examinarse sus presupuestos en forma independiente. Si no se comprueba que el autor ha actuado dolosamente, se le podrá condenar, en caso de conducta culposa comprobada en base "sobre el tipo culposos correspondiente".

Ratificando lo anterior, se ha dicho que los autores causalistas no se preocuparon mayormente del problema del injusto de los delitos culposos, en la medida que partían de que tipicidad y antijuridicidad se construían sobre la base de la causalidad y, por tanto, ésta era exactamente igual en un delito doloso y en uno culposo. Desde esa misma perspectiva, como el injusto se construía entonces sobre el desvalor del resultado y no tenía incidencia el desvalor del acto, aquel era exactamente el mismo en un delito doloso o culposo, no era posible graduarlo o diferenciarlo, el injusto era estático y absoluto. La teoría causalista, por ello mismo, no profundizó en el problema del injusto de los delitos culposos, ni en la tipicidad ni en la antijuridicidad, simplemente aplicó las mismas reglas que para el delito doloso. La culpa era un problema sólo de culpabilidad, de la relación subjetiva con el hecho, por eso la culpabilidad se agotaba o en el dolo o bien en la culpa, eran las dos únicas formas de culpabilidad.

Gracias a la teoría final de acción se reestructuraron los componentes de los estadios del delito, y el delito imprudente no fué la excepción. El finalismo en una primera etapa al tratar de dar un concepto omnicompreensivo de acción, señala que en el delito doloso hay una finalidad real y en el delito culposo sólo una potencial, con lo cual en el hecho culposo lo único real es la causalidad. En la culpa hay un proceso causal, pero si se hubiese aplicado una finalidad se hubiese podido evitar. El cuidado objetivo es entonces un problema de antijuridicidad, pues se habría evitado el hecho injusto si se hubiese aplicado el cuidado exigido. Pero su base está dada por la culpabilidad, hay nuevamente unión indisoluble entre culpabilidad y antijuridicidad, ya que sólo se aplica el cuidado objetivo si hubiese podido actuar finalmente y, por tanto, evitar el hecho injusto. Se trata, pues, de un juicio sobre las capacidades del sujeto, sobre el proceso de formación de su voluntad, luego un problema de culpabilidad. Frente a las críticas que recibe esta construcción y las contradicciones que ella implica en el sistema, se produce una revisión de la teoría del delito culposo. En esta segunda etapa se señala que tanto en el delito doloso como en el culposo hay una acción con finalidad real; pero que mientras en el delito doloso lo que interesa destacar, desde un punto de vista jurídico penal, es la dirección del proceso desde el fin, en el delito culposo lo que aparece relevante es el modo o forma como se ha plasmado esa dirección desde el fin. Es decir, en una acción no sólo hay que considerar el problema del fin, sino también aparece como relevante desde un punto de vista jurídico penal la forma o modo de realización. De este modo, el finalismo, en su segunda etapa, logra dar una explicación convincente y consecuentemente de la estructura del delito culposo y enfrentar, entonces, el problema del cuidado objetivo, en cuanto que es lo relevante jurídicamente de la acción, como una cuestión de tipicidad (ya que está referida a la acción) y no de antijuridicidad, con lo cual, además puede

separar nítidamente la antijuridicidad, de la culpabilidad en los delitos culposos. El cuidado objetivo requerido es una cuestión de cómo se plasma por alguien la realización final (problema de tipicidad) y no de cómo podría plasmarla (problema de culpabilidad).

La base del tipo de injusto del delito culposo consiste en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado objetivo que era necesario observar. Según el contenido psicológico de la acción culposa, se habla de culpa consciente y culpa inconsciente.

Actúa con culpa consciente: cuando, si bien no se quiere causar la lesión, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa; es decir, es el desconocimiento de la probabilidad, esto es, conocimiento de la posibilidad remota. Actúa con culpa inconsciente: quien no sólo no quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad, no se advierte el peligro; en otras palabras, es el desconocimiento completo del injusto. Indica **Reinhart Maurach** 86 "Se habla de culpa consciente (luxuria) cuando el autor, si bien ha previsto la posible producción del resultado, ha creído, como consecuencia de supraestimar su capacidad final de dirección e infravalorar el deber de cuidado -que le ha sido impuesto y puede cumplir-, poder evitar este evento. Por el contrario, existe culpa inconsciente (negligentia) cuando el sujeto, por no emplear el deber de cuidado que le corresponde y puede cumplir, no ha previsto siquiera la posibilidad de que se produjera el resultado típico. La culpa consciente representa un puro vicio de representación y de voluntad: el autor actúa, pese a prever la posible producción del resultado. La culpa inconsciente representa, en cambio, un vicio de representación y de voluntad: el autor como consecuencia de no esforzar suficientemente su entendimiento y voluntad, no ha previsto el evento. Ambos fenómenos se fusionan, equiparados, en el concepto superior de culpa, siempre que concurra la característica, común a las dos formas, de la infracción del deber".

Dada la naturaleza del delito de comisión culposa la tentativa culposa, es por completo inconcebible y mucho menos la participación criminal, ya que ésta es la cooperación en un hecho ajeno y presupone el dominio del acto por el autor principal.

La incriminación de los delitos culposos se basa bajo los sistemas de "numerus apertus", la culpa se puede referir a cualquier tipo legal de código penal, es decir, mediante la previsión de cláusulas generales relacionadas con cada uno de los tipos dolosos permiten una punición general de la culpa. O mediante el sistema de "numerus clausus", es decir, sólo referida a ciertos y determinados tipos legales, en otras palabras, en base a un número determinado de delitos culposos que la ley prevea en cada caso tras las correspondientes figuras dolosas; así se permitirá saber con mayor seguridad cuándo es punible la culpa y, por tanto, se ratificará de esta manera el principio de legalidad y el de la última ratio.

-El Tipo de Injusto del Hecho Culposo

Para que se realice el tipo de injusto de los delitos culposos de comisión, es necesario, antes que nada, que el resultado o la cualidad de la acción no queridos se hayan producido por culpa. Así, el contenido de injusto del hecho culposo está determinado por el disvalor de resultado y conducta. Dice **Hans Heinrich Jescheck** 87 "El tipo de injusto de la culpa se determina, pues, por medio de tres elementos: la posibilidad de advertir el peligro de realización del tipo, la actuación que en vista de este peligro no observa el cuidado objetivamente requerido y (en los delitos imprudentes

de resultado) la producción del resultado típico, en la medida en que éste se deba a la inobservancia del cuidado”.

A).- El primer deber que se deduce de la exigencia general de cuidado, es el de advertir el peligro para el bien jurídico protegido y valorarlo correctamente, pues todas las precauciones tendientes a la evitación de un daño dependen, en su especie y cantidad del conocimiento del peligro amenazante. Ello constituye el cuidado interno. Además el baremo de la atención exigible al autor en orden a advertir el peligro, es el “hombre consciente y cuidadoso del sector del tráfico a que pertenece el agente”, en la concreta situación en que se ha encontrado y contemplado la situación de peligro “ex ante”. En el enjuiciamiento de la cognoscibilidad objetiva del peligro debe considerarse además, el especial conocimiento causal del autor.

B).- La inobservancia del cuidado objetivamente debido. Se ha dicho que la medida del cuidado debido es independiente de la capacidad de cada individuo. Se trata del cuidado necesario para el desarrollo de una actividad socialmente determinada; una persona que no pueda observarlo está obligada a abstenerse de su realización. El deber de cuidado es, por tanto, un deber objetivo. No es posible que su contenido determine en función de la capacidad individual. Veamos que su punto de partida se ubica en la naturaleza objetiva y normativa, ya que el elemento esencial típico que lo define, es la falta del cuidado requerido en el ámbito de relación; surge de un sistema de relaciones que exige un determinado cuidado. Además su naturaleza objetiva se deriva desde que surge del ordenamiento jurídico en su conjunto y su regulación de la vida social. Reiterando, es objetivo, por cuanto no interesa para establecerlo cual es el cuidado que en el caso concreto ha aplicado o podía aplicar el autor, ya que esta es una cuestión que afecta a la culpabilidad, sino cuál es el cuidado requerido en la vida de relación social respecto a la realización. Es normativo o valorativo, porque se deriva de la valoración que el merece una determinada acción dentro de un ámbito situacional determinado. El problema de la atribución consiste, básicamente, en atribuir normativamente, conforme al cuidado exigido, una determinada situación dentro del ámbito situacional descrito por el tipo. Supone un juicio normativo que surge de la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente, en la situación del autor y la observada por el autor realmente. Dos son los elementos de este juicio normativo: uno intelectual, según el cuál es necesaria la consideración de todas las consecuencias de la acción que, conforme a un juicio razonable (“objetivo”), eran de posible producción (“previsibilidad objetiva”). Otro valorativo, según el cuál, sólo es contraria al cuidado aquella acción que va más allá de la medida adecuada socialmente.

C).- Producción,causación y previsibilidad del resultado (injusto del resultado). En los delitos culposos de comisión de resultado es necesario, para que se configure el tipo de injusto, que se haya producido un determinado resultado material, externo o el peligro material de un objeto jurídico como resultado de la realización de una acción que no responda al cuidado objetivamente debido. El contenido de injusto propio de la información del deber de cuidado no resulta aumentado ni disminuido por la producción o no producción del resultado; la acción sigue siendo incorrecta aunque no “pase” nada. Acción y resultado se hallan estrechamente vinculados entre sí, y deben entenderse como una unidad. En primer lugar, la finalidad de las normas que rigen el comportamiento es la protección de un objeto; en segundo lugar, el peligro para el objeto de la acción protegido determina la clase y medida del cuidado exigible; en tercer lugar, la vulneración del deber de cuidado de haberse manifestado en el resultado producido. Asimismo el resultado debe, además, haber sido producido casualmente por la acción del autor.

En conclusión: este planteamiento dominante en Alemania se ubicó del punto referencial elaborado por **Karl Engisch**, pero desarrollada por completo por **Hans Welzel**. Como se vio, se parte de la diferenciación de un típico objetivo-normativo y otro de carácter individual A).- El objetivo-normativo, representado por la infracción del objetivo deber de cuidado exigible en el tráfico condiciona ya la antijuridicidad del hecho culposo. b).- El individual, atiende al poder individual del autor de observar el cuidado objetivamente debido y se incluye en la culpabilidad.

Así, la realización del tipo de injusto es indicio, tanto en los hechos culposos como en los dolosos, de la antijuridicidad, pero las causas de justificación pueden excluirla. Con palabras de la moción de **Günther Stratenwerth** se ratifica que "lo mismo que en el delito doloso, en el culposo, el supuesto de hecho típico abarca todos los elementos que fundamentan la ilicitud y ello rige, por lo menos, en los casos en que la subsunción bajo tal supuesto de hecho -como ocurre aquí- dependen de la lesión del deber de cuidado. En el plano valorativo de la antijuridicidad únicamente cabe analizar la posible concurrencia de causas de justificación que, en principio son las mismas que las del delito doloso". 89 Con la realización de lo injusto de la acción y del resultado propios del tipo de delito correspondiente, se cumple el tipo de injusto del delito culposo de resultado. Al igual que en el hecho doloso, ello implica a la vez un "indicio" de la antijuridicidad, esto es, ésta debe estimarse en la medida en que no concurra excepcionalmente una causa de justificación. Por tanto, para quedar por completo la configuración del tipo de injusto culposo, como ya se vio, sólo basta que se compruebe la antijuridicidad de una manera negativa, es decir, cuando no concurren las causas de justificación en un delito imprudente. Pero en su caso, estas causas de justificación son compatibles con los delitos culposos; sin embargo, dada la estructura de los hechos culposos sus causas de justificación revisten especiales situaciones que advierte **H-H Jescheck**: 89 A).-"Resulta dudoso en primer lugar, si en los hechos entran en juego todas las causas de justificación. Ello deberá negarse, en todo caso, en los casos en que el ordenamiento jurídico aprueba una acción en sí objetivamente incorrecta en atención a la finalidad que con ella se persigue, pues aquí debe exigirse, por lo menos, un examen cuidadoso por parte del autor, de manera que la actuación descuidada no puede, por principio, estar justificada", B).-"Por otra parte, se discute si también es preciso requerir el elemento subjetivo de justificación en los hechos imprudentes, o basta por el contrario, la concurrencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación. Lo correcto es prescindir de los elementos subjetivos de justificación en los delitos de resultado, puesto que, como en los delitos dolosos, lo injusto del resultado desaparece con la situación justificante y, a diferencia de en aquellos, aquí lo injusto de la acción no es punible por sí sólo (no cabe la tentativa culposa)", C).-"Por último, de la relación escalonada que existe entre dolo y culpa se sigue que el hecho descuidado está justificado cuando el resultado quedaría justificado aunque se actuase dolosamente". Ahora bien, la mayor importancia en la justificación de los hechos culposos corresponde, en la práctica, a la legítima defensa; posteriormente el estado de necesidad justificante y el consentimiento de la víctima".

-La Culpabilidad en el Hecho Culposo

El reproche de culpabilidad por la comisión de un delito culposo encuentra su fundamentación, al constatar que el autor se ubicaba en situaciones por su capacidad personal y su conocimiento individual, de reconocer el deber objetivo de cuidado y de desatender las exigencias de cuidado resultantes. Dice **Günther Stratenwerth**: "La cuestión de si el autor hubiera podido evitar el resultado según su capacidad individual, se debe tratar en el marco de la culpabilidad del delito

culposo, y no ya en el de lo ilícito. De ello se deduce la necesidad de completar los presupuestos de la culpabilidad con las exigencias "subjetivas" de la lesión del deber de cuidado, a pesar de que ellas no afectan directamente la libertad de determinarse según el deber jurídico, lo que ocasiona una ruptura de la culpabilidad. Si la posibilidad individual de acción, por el contrario, es analizada en el momento de la adecuación al supuesto de hecho típico, en el nivel valorativo de la culpabilidad, no habrá ninguna diferencia estructural con el delito doloso: Se requerirán sólo capacidad de culpabilidad, conocimiento virtual de la prohibición y exigibilidad". 90 Por su parte **Hans-Heinrich Jescheck** señala que "la culpabilidad significa en los delitos culposos, fundamentalmente como en los delitos dolosos, la reprochabilidad de la acción típica y antijurídica en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que dicha acción expresa. Únicamente mediante la separación de los componentes objetivos de la culpa resultaría posible su aprehensión material. Los elementos de la culpabilidad culposa, sin embargo, son en parte distintos a los propios de la acción dolosa culpable". 91

-En referencia a la capacidad de culpabilidad, tiene idénticas características el obrar culposo y el doloso. Quien es incapaz de culpabilidad no puede tampoco actuar culpablemente en el sentido de la culpa. La culpa del incapaz de culpabilidad, se limita al carácter objetivamente descuidado de la ejecución de la acción y a la previsibilidad del resultado.

-En los hechos punibles culposos, requiere el juicio de culpabilidad que el autor imputable haya tenido la posibilidad, en el caso concreto, de conocer el injusto de su hacer. También pues en la culpa es necesario y suficiente el potencial conocimiento del injusto. Se requiere el conocimiento virtual de la antijuridicidad de la misma manera que en el delito doloso. De acuerdo con la situación, se consideran como "error de prohibición" únicamente aquellos casos, en los que el autor ha tenido conocimiento real del riesgo propio de su acción o hubiera podido conocerlo; si no se da esta posibilidad, no se realizará el supuesto de hecho típico. El conocimiento o la cognoscibilidad del riesgo -análogamente a lo que ocurre en el ámbito del dolo- brinda el fundamento del que se puede deducir la comprensión del carácter ilícito del hecho.

-La no exigibilidad de una conducta acorde con las normas puede actuar como exculpante en actos culposos.

Por otra parte, en la culpa, el reproche de culpabilidad depende en buena medida de que el autor, según sus facultades personales, se encuentre en situación de advertir y cumplir las exigencias de cuidado que se le dirigen con arreglo al baremo objetivo. Al comprobar este punto, lo decisivo no es la capacidad que posea el sujeto cuidadoso y consciente que pertenezca el sector del tráfico de autor (baremo objetivo), sino éste mismo con su nivel individual de fuerzas, experiencias y conocimientos (baremo subjetivo). 92

En los delitos culposos de resultado, el resultado típico y el curso causal deben haber sido también subjetivamente previsibles en sus rasgos esenciales. No sólo deben haber sido previsibles objetivamente, sino que para reprochable la causación del resultado, es preciso también que hubiesen sido previsibles por el autor, atendidas sus facultades y conocimientos personales.

2) EL DELITO DE OMISION

-Estructura General de los Delitos de Omisión

El desarrollo del estudio de la omisión en la dogmática penal es de reciente tiempo. Aunque el punto originario moderno parte de las observaciones realizadas por **Gustav Radbruch**, en que las estructuras de la acción y la omisión son como A y No-A, el causalismo sólo las ubicó como el punto de referencia del elemento material, y su desarrollo se complementaba sobre las demás bases del delito; sin embargo, el delito de omisión constituye una forma de aparición de la acción punible.

El comportamiento humano no culmina con el obrar activo de la finalidad, sino que tiene también un aspecto pasivo, constituido por la omisión. Efectivamente, la dogmática penal distingue los tipos penales según se expresen en la forma de la infracción de una prohibición de hacer o en la forma de una desobediencia a un mandato de acción. En el primer caso se trata de delitos de comisión; en el segundo de delitos de omisión. El derecho penal no sólo contiene normas prohibitivas, sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos. Las normas jurídicas son normas prohibitivas o preceptivas. La norma prohibitiva impide una determinada acción y ordena, pues, una omisión; la vulneración del derecho consiste en la realización de la acción prohibida. Mediante la norma preceptiva se ordena una determinada acción y se impone, por consiguiente, un hacer positivo; la infracción del derecho consiste, entonces, en la omisión de este hacer. Todos los delitos de omisión, constituyen infracciones de normas preceptivas. ⁹³ Por tanto, la omisión jurídicamente está referida siempre a una acción determinada, cuya realización constituye su esencia. No existe una omisión en sí, sino siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada.

Conforme a su esencia, señala **Reinhart Maurach**, "los delitos de omisión no constituyen una unidad. Es preciso, en efecto, separar dos grupos de delitos que difieren claramente entre sí por sus presupuestos, estructura y efectos jurídicos, y en los que la presencia de una categoría excluye la apreciación de la otra. A los propios delitos de omisión (delicta omisiva) se oponen, con total autonomía, los llamados impropios delitos de omisión (delicta commissiva per omissionem)". ⁹⁴

"Los delitos propios de omisión son los hechos punibles que se agotan en la infracción a una norma preceptiva y en la simple omisión de una actividad exigida por la ley. El injusto de los propios delitos omisivos está constituido por el no ser activo como tal, desaprobado por el ordenamiento jurídico, y castigado por la ley penal". ⁹⁵ En cambio, los delitos impropios de omisión son los hechos punibles en los cuales quien omite está obligado, como "garante", a evitar el resultado, correspondiente la omisión, valorativamente, a la realización del tipo legal mediante una acción activa. En otras palabras, cuando se presenta un deber específico de determinadas personas que están especialmente obligadas a actuar para evitar ciertos resultados, su infracción por estas personas da lugar a un delito de comisión por omisión. Por tanto, la omisión no es la ausencia de una acción activa, positiva, sino la infracción de un deber de actuar de determinada manera. Por ello la omisión se define por la ausencia de una acción esperada, debida y exigida u ordenada por un tipo penal, y no por el mero dato naturalístico de la inactividad o ausencia de movimiento: en suma, lo fundamental para la comprensión del desvalor de la omisión es su referencia a una conducta que el sujeto tenía que haber realizado, es decir, la omisión no está

desvalorada en si misma, sino por comparación o referencia con la acción debida. En conclusión: **Armin Kaufmann** indicó que la omisión es la no acción con posibilidad concreta de acción: es decir, la no realización de una acción finalista que el autor podía realizar en la situación concreta. 96 Los delitos omisivos lesionan el bien jurídico protegido a través de la infracción del deber de actuar en forma determinada. En ello radica su peculiar tipicidad.

Hans Welzel 97 expresa que "la diferenciación entre delito de comisión y de omisión se orienta de acuerdo a la causalidad o no causalidad de la conducta: Si el autor ha causado dolosa o culposamente el resultado típico, se ha realizado un delito de comisión. Si falta, en cambio, a la conducta delictiva la causalidad para el resultado, sólo cabe en consideración un delito de omisión". A ello **Johannes Wessels** señala que "debería ser seguro que el deslinde entre delitos comisivos y omisivos no es, una cuestión que se puede solucionar en forma empírica, sino una cuestión de valoración, cuya contestación no puede obtenerse solamente de la comprobación externa, del criterio del "empleo de energía" o de la "causalidad". Según opinión dominante, dentro de todos estos puntos de partida, hay que establecer, considerando la situación normativamente y teniendo en cuenta el sentido social de la acción, dónde reside el centro de gravedad de la conducta penalmente relevante". 98 Sin embargo, **Günther Stratenwerth** expresa que "sobre la base de la imputación objetiva, la distinción puede tener lugar refiriéndola al siguiente criterio: existirá una acción relevante siempre y cuando el autor haya producido o aumentado el riesgo que da lugar al resultado; habrá, en cambio omisión, cuando tal peligro no haya sido disminuido. Si el autor (con o sin deberes en este sentido) ha producido posibilidades de su salvación que luego neutraliza, estaremos ante una intervención en un curso causal salvador". 99

Para la delimitación entre los propios delitos de omisión y los impropios, decisiva tan sólo lo es, la norma imperativa o prohibitiva, no la causal redacción del tipo. Por otra parte se indica que lo correcto es, como la concepción tradicional, ver en los delitos de omisión hechos punibles que se agotan en la no realización de una acción exigida por la ley. **Reinhart Maurach** comenta "la distinción, metodológicamente clara, entre mandatos y propios delitos de omisión por un lado, y prohibiciones e impropios delitos de omisión por otro, es de tanto mayor importancia, por cuanto únicamente en estos últimos guarda interés la presencia de un especial deber jurídico de evitar el resultado". 100

Con lo anterior, damos comienzo a hablar acerca de los elementos comunes de los delitos omisivos, teniendo en cuenta que el estudio de los distintos tipos de injusto omisivos propios, corresponde a la parte especial del derecho penal.

-Tipo, Antijuridicidad y Culpabilidad de los Delitos Omisivos.

1).- El Tipo

A).- Los propios delitos de omisión consisten, y se agotan, en el incumplimiento por el autor de una norma imperativa de actuar. El tipo se cumplirá precisamente, y tan sólo por esa inactividad contrataria al deber; en esa no actividad se representa también el "resultado" típico. Dice **Hans Heinrich Jescheck**, al tipo objetivo de omisión pertenece la situación típica, la ausencia de la acción exigida y la capacidad personal. 101

-La concurrencia de la situación típica: Dice **Hans Welzel**: 102 "La situación típica comprende aquellos presupuestos circunscritos típicamente, cuya concurrencia hace que el ordenamiento jurídico exija una intervención. La situación que permite deducir en cada caso el concreto contenido del deber de actuar, recibe el nombre de situación típica. El tipo del delito de omisión describe en distinta medida las circunstancias concomitantes y caracteriza expresa o tácitamente la propia acción exigida". En otras palabras, la ley expresa cuál es la situación en la que se exige al sujeto que actúe. Con más claridad aún que en el delito de comisión dolosa, el tipo legal aparece como la descripción de un ámbito situacional, única manera de poder determinar en forma precisa la acción que se exige realizar. Han de darse pues, todas estas características de la situación (entre ellas sujeto activo, pasivo, circunstancias temporales, etc.) para que se pueda atribuir la omisión de una acción al ámbito situacional descrito por el tipo.

-La ausencia de la acción esperada: (La no ejecución de una acción) igualmente descrita en el tipo, no significa, necesariamente pasividad, en cuanto puede consistir en la realización de una conducta distinta. Por tanto, también la acción exigida, única manera de concretar la omisión punible, ha de estar especialmente descrita, no en forma general y ser precisamente ella la que se omite. Como lo advierte **Hans Welzel**, al mencionar que "la no ejecución de una acción, que tienda a alcanzar el fin fijado por el mandato (falta de un actuar con tendencia a realizar el mandato)". 103

-La capacidad individual de acción: ha de entenderse, no en abstracto, sino en relación con el que emite la acción exigida. Se hace referencia, por un lado, a una posibilidad físico-objetiva y, por otro, a una posibilidad subjetiva, con dos vertientes: conocimiento de los medios y conocimiento del fin de acción. "La capacidad general de acción -indica **Hans Heinrich Jescheck-**, es la posibilidad de que alguien al que debe imaginarse en plena posesión de todos los conocimientos y facultades propios del hombre medio, pudiera realizar la acción exigida, pertenece ya, en el marco de la teoría de la acción, al concepto de omisión como comportamiento humano socialmente relevante. Conclusión: La capacidad personal de realización de la acción debida, medida según el baremo del "observador medio", ex ante, y con el consiguiente conocimiento de las circunstancias concretas, objetivas y personales concurrentes en dicho momento". 104

*La causalidad de la omisión: A tal moción **Reinhart Maurach** observa que "las cuestiones del nexo causal se plantean sólo en los inpropios delitos de omisión, no en los propios. Estos últimos se equiparan a los puros delitos de actividad en cuanto su resultado típico surgirá directamente con la manifestación volitiva, resultando superfluo un examen del nexo". 105

Al tipo subjetivo de omisión pertenece tanto el dolo como la culpa; sin embargo, sobre la postura del dolo en los delitos de omisión propios presenta una situación específica.

-El aspecto básico subjetivo es el dolo al igual que en los delitos de comisión dolosos. Pero el dolo tiene en los delitos de omisión características especiales, por ello en la medida en que por dolo se entienda el conocimiento y volición del tipo objetivo, podrá hablarse de un dolo también en los delitos omisivos propios. Se ha dicho que en el ámbito subjetivo, la imputación a título de dolo requiere el conocimiento de la situación típica y de las posibilidades de intervención que el supuesto tiene, y el sustraerse conscientemente a pesar de ese conocimiento a la obligación de actuar. Veamos lo siguiente: En los tipos dolosos de omisión se plantea la cuestión de si el dolo puede revestir la misma estructura que los delitos de omisión activa. En contra se alega que con frecuencia la falta en el actuar omisivo el momento de decisión activa característico de la acción positiva dolosa, correspondiendo a la pasividad de la conducta externa, la pura pasividad en la

voluntad del autor. Ello ha llevado en la doctrina a las tres posiciones siguientes: 1) negar la presencia de dolo en estos casos (**lampe**); 2) operar una adaptación del concepto de dolo a la estructura de la pasividad, prestando en él del requisito del querer contentándose con el de conocer (**Jescheck**); 3) sustituir la necesidad de verdadero dolo en la omisión por el hecho de que el autor no haya querido realizar la conducta debida (**Armin Kaufmann, Welzel**). Por otra parte se ha explicado que en esta instancia no se está referido a un proceso de dirección real, no se da el aspecto volitivo del dolo, que está precisamente en relación a una realización. Aquí en cambio el proceso real se produce en forma ajena al actuar del sujeto. De modo entonces, que para la existencia de dolo en el delito de omisión basta con el aspecto cognoscitivo. Es decir, que el sujeto tenga conciencia de la situación típica, de la acción que se le exige y de su capacidad psicofísica de actuar. El aspecto volitivo resulta totalmente indiferente y sin sentido exigirlo, el que internamente quiera que se realice el delito o el peligro para el desamparado es indiferente, lo importante es que no actuó, a pesar de ser consciente del aspecto objetivo de la omisión típica.

-La culpa puede surgir, tanto de la negligencia en la apreciación de la situación típica, o de las propias posibilidades de intervención, como en la falta de cuidado en la ejecución de la acción mandada. Hacia esta referencia, la culpa debe estar en consideración a la forma de cumplimiento del mandato (a la acción exigida), aunque sea sólo referido al momento inicial de enjuiciar la situación en la que deber actuar.

B) El tipo de comisión por omisión muestra en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión propia: A) Situación típica; B) Ausencia de la acción determinada; C) Capacidad de realizarla; pero completada con la presencia de otros elementos particulares necesarios para la imputación objetiva del resultado: A')La posición de garante, B')La producción de un resultado. La posición de garante integrará necesariamente la situación típica de los delitos de comisión por omisión. A la ausencia de acción determinada debe seguir en ellos la producción de un resultado.

-En la omisión impropia, mediante un no hacer lo que se estaba obligado a realizar, se produce un resultado del que el omitente responde como si lo hubiera producido mediante una conducta activa. Así, son delitos de omisión impropia aquellos que no están expresamente tipificados por el legislador, sino que surgen en virtud de un recurso interpretativo sobre la base de tipos, pero que por su estructura permiten también la omisión. Es decir, estamos en presencia de un "tipo abierto". Ahora bien, el delito de omisión impropio es un delito especial propio, en otras palabras, el injusto depende de un deber jurídico específico del sujeto con el bien jurídico, es la llamada "posición de garante". Por ello se afirma que si el primer elemento de toda omisión es que tenga lugar la situación típica que, salvo que concurra alguna causa de justificación, hace surgir el deber de actuar, en la comisión por omisión "supralegal" ha de integrar dicha situación la llamada "posición de garante" por parte del autor. Se da cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado, o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones. Ambas situaciones convierten entonces al autor en "garante" de la indemnidad del bien jurídico correspondiente

Estas cuestiones de inicio se hallan ampliamente extendidas en la doctrina alemana dominante, todas ellas sobre la estructura finalista del delito. Este planteamiento se trata en base a la teoría de las funciones que precede de **Armin Kaufmann**, que fundamenta la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico. Se supera así la anterior doctrina de la "teoría formal del deber jurídico", que para decidir la existencia de posición de garante atendía a sus fuentes formales (la ley, el contrato y el actuar precedente). En

función de protección de un bien jurídico se incluyen aquellas situaciones que, en principio, crean en el sujeto un deber específico de proteger un bien jurídico por cuanto determinan que la integridad de éste dependa personalmente de dicho sujeto. Se trata de situaciones en que una determinada relación familiar o social, o una conducta voluntaria, somete a un bien jurídico a la dependencia de un sujeto, en términos en que éste se hace responsable de ello. El deber de control de una fuente de peligro son deberes de garante que surgen en razón de la supervigilancia que ha de ejercerse sobre fuentes de peligro que están en el propio ámbito de dominio material.

-La consumación del delito de omisión impropia requiere la producción del resultado típico. (a la ausencia de acción determinada debe seguir en ellos la producción de un resultado). Partiendo de la opinión dominante, sólo nos remitiremos a lo siguiente: El delito de comisión por omisión es un delito de resultado, en el que el resultado producido debe ser imputado al sujeto de la omisión; se habla de "causalidad de la omisión" aunque realmente la omisión no puede ser entendida como componente causal de ningún resultado, ya que la causalidad exige la puesta en marcha de un fuerza desencadenante que por definición falta en la omisión (*ex nihilo nihil fit*). Lo que importa en la comisión por omisión es la constatación de una causalidad hipotética, es decir, la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado. Si se da por seguro, o por lo menos, como muy probable que si el sujeto hubiera realizado la acción mandada, el resultado no se hubiera producido, entonces se podrá imputar el resultado al sujeto de la omisión. Así habrá que plantearse si la realización de la acción esperada hubiera previsiblemente evitado la producción del resultado, si su omisión suponía una falta de diligencia, si incrementaba el riesgo de producción del resultado, etc.

Al tipo subjetivo de los delitos impropios de omisión sólo satisface hacer referencia a lo siguiente:

-Señala **Johannes Wessels** que "el principio que rige para los delitos de comisión, según el cual el dolo es "conocimiento y voluntad de la realización del tipo", es válido para las omisiones tan sólo análogamente, porque aquí falta una acción activa guiada por la voluntad de realización. Omisión dolosa es decisión entre inactividad y acción posible. En los delitos impropios de omisión, objeto del dolo es la totalidad de las características que llenan el tipo objetivo incluyendo las circunstancias fundamentadoras de la posición de garantía. Por consiguiente, el error sobre la posición de garantía es error de tipo; en cambio, el error sobre el deber de garantía en sí es un "error sobre el precepto" que corresponde al error de prohibición. Al dolo del tipo pertenece la voluntad de no actuar conociendo todas las características objetivas del tipo y sabiendo que la evitación del resultado inminente es posible". 106

-En referencia a la estructura de la culpa señala **Hans-Heinrich Jescheck** que "para los delitos de omisión impropia debe añadirse la especialidad de que en los hechos culposos en parte coincide el deber de garante y el deber objetivo de cuidado, aunque deben diferenciarse conceptualmente para que pueda medirse correctamente el alcance correspondiente. Finalmente la culpa también puede referirse aquí, a la posición de garante. 107

2).- Antijuridicidad

Dice **Günther Stratenwerth** que en "lo que se refiere al efecto fundamentador de lo ilícito, propio de la adecuación al supuesto de hecho y a la exclusión de lo ilícito, el delito de omisión no se diferencia del de comisión". 108 Por ello, apesar de que el deber de acción se deriva del tipo, las causas generales de exclusión del injusto rigen también aquí. Preponderantes deberes

contrarios pueden desplazar, en el caso concreto, el existente deber de acción, de suerte que deba absolverse al sujeto por concurrir una causa de justificación.

3).- Culpabilidad

El objeto de la conciencia de lo injusto en los delitos de comisión es la prohibición jurídica de una determinada acción: El autor debe saber que el Derecho no le permite realizar la acción correspondiente. En los delitos de omisión, por el contrario, la conciencia de lo injusto se refiere al mandato jurídico de ejecutar una acción determinada: al autor debe saber que el Derecho no le permite omitir la acción correspondiente. Si así, el punto de referencia de la conciencia de lo injusto es distinto en ambos tipos fundamentales de acción punible, su estructura es, sin embargo, la misma.

En referencia al error de prohibición, consiste en los delitos de comisión en el error sobre el deber de omitir: el autor no conoce la norma prohibitiva de la que se deduce la antijuridicidad material de su acción, o bien la considera no vigente o la interpreta incorrectamente. Según esto, ocurre un error de mandato en los delitos de omisión cuando el autor yerra sobre su deber de actuar: desconoce la norma preceptiva de la que se sigue la antijuridicidad material de su inactividad. El error de mandato afecta en los delitos de omisión como el error de prohibición de los delitos de comisión, no al tipo, sino a la antijuridicidad. Pues al tipo de los delitos de omisión propia pertenece únicamente la situación típica, y no el deber de actuar que de la misma se deriva y al tipo de omisión impropia sólo pertenecen los elementos de la posición de garante, no el deber del garante mismo. Se sigue de ello que el error de mandato y el error de prohibición merecen igual tratamiento. Por tanto, como expresa **Günther Stratenwerth** "en principio rigen, las mismas reglas propias del comportamiento activo, por lo menos en lo que se refiere a la capacidad de culpabilidad y al conocimiento (virtual) del mandato" 109

ADDENDA:

El modelo de todo el sistema del delito es un instrumento de orden y garantía de la comprensión de la ley, de la exposición del resultado de la decisión y de control de esa decisión; acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y los otros grados de la estructura del delito aparecen como un sistema general, justo y esquemático de intervención acordada, progresiva y controlada del afectado; un sistema que elabora y recoge también nuestra experiencia diaria. Ello se traduce en dos nociones comentadas por **Hans Welzel**:

-El derecho solamente puede ser la hipótesis para un recto orden social en las condiciones cambiantes de nuestra existencia histórica y en la necesidad de una regulación obligatoria para todos.

-Un orden social es sólo derecho cuando es algo más que la manifestación de la posición de poder del momento, cuando contiene más bien el intento de realizar lo socialmente correcto y justo dentro de los presupuesto y condiciones de su época.

NOTAS:

- 1.-) Cfr. Córdoba Roda, Juan, "Una Nueva Concepción del Delito". (La Doctrina Finalista). Ed. Ariel, Barcelona España, 1963. pag:19
- 2.-) Moreno Hernández, Moisés, "Estudio de Introducción " a Vom Bleibeden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, de Hans Welzel, en Revista Mexicana de Ciencias Penales, año I, No. 1, enero-junio 1978. México. pag: 221.
- 3.-) Jescheck, Hans Heinrich, "Lehrbuch des Strafrechts". 3o. Aufl. Duncker & Humblot, Berlin, 1978. (Traducción al español, Bosch, Casa Editorial, Barcelona España, 1984. pag: 283).
- 4.-) Cfr. Cerezo Mir, Jose, "Problemas Fundamentales del Derecho Penal". Ed. Tecnos, Madrid España. 1982. pag: 39 y 40.
- 5.-) Cfr. Cerezo Mir, Jose, ob. cit. nota anterior, pag: 44 y ss.
- 6.-) Schönemann, Bernd, "Grundfragen des modernen Strafrechtssystems". Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1984. (Traducción al español, Ed. Tecnos, Madrid España, 1991. pag: 54 y 55).
- 7.-) Moreno Hernández, Moisés, ob. cit. nota 2, pag: 221.
- 8.-) Kaufmann, Arthur, "Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart". 5o. Aufl. C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989. (Traducción al español, Ed. Debate, Madrid España, 1992. pag: 109).
- 9.-) Kaufmann, Armin, "Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie". (Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik). 1o. Aufl, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1954. (Traducción al español, Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina, 1971. pag: IX).
- 10.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 283.
- 11.-) Kaufmann, Armin, ob. cit. nota 9, pag: X.
- 12.-) Moreno Hernández, Moisés, ob. cit. nota 2, pag: 221.
- 13.-) Kaufmann, Arthur, ob. cit. nota 8, pag: 108.
- 14.-) Vease sobre esto, Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 284.
- 15.-) Hassemer, Winfried, "Einführung in die Grundlagen des Strafrechts". 1o. Aufl, Beck, München, 1981. (Traducción al español, Bosch, Casa Editorial, Barcelona España, 1981. pag: 282).
- 16.-) Welzel, Hans, "Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre". 4o. Aufl, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1961. (Traducción al español, Ed. Ariel, Barcelona España, 1964. pag: 32 y 33).
- 17.-) Welzel, Hans, ob. cit. nota anterior, 34 y 35.
- 18.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 292.
- 19.-) Maurach, Reinhart, "Deutsches Strafrechts. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch". by Verlag C. F.Müller, Karlsruhe. (Traducción al español. Ed. Ariel, Barcelona España, 1962. T I, pag: 199).
- 20.-) Stratenwerth, Günther, "Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Straftat", 2o. Aufl, C.H. Verlag, 1976. (Traducción al español, Edersa, Madrid España, 1982. pag: 52).
- 21.-) Welzel, Hans, "Das Deutsche Strafrechts. Eine Systematische Darstellung". 11o. Aufl, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969. (Traducción al español, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1970. pag: 53 y 54).
- 22.-) Welzel, Hans, ob. cit. nota anterior, pag: 54 y ss.
- 23.-) Moreno Hernández, Moisés, ob. cit. nota 2, pag: 222.
- 24.-) Schönemann, Bernd, ob. cit. nota 6, pag: 55.
- 25.-) Moreno Hernández, Moisés ob. cit. nota 2, pag: 222 y 223.

- 26.-) Moreno Hernández, Moisés ob. cit. nota 2, pag: 223.
- 27.-) Maurach, Reinhart, ob. cit. nota 19, pag: 208.
- 28.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 283 y 286.
- 29.-) Hassemer, Winfried, ob. cit. nota 15, pag: 283.
- 30.-) Schünemann, Bernd, ob. cit. nota 6, pag: 55 y ss.
- 31.-) Wessels, Johannes, "Strafrecht. Allgemeiner Teil". 6o. Aufl, C. F. Müller, Karlsruhe und Heidelberg, 1976. (Traducción al español, Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina, 1980. pag: 22 y 23).
- 32.-) Cfr. Cerezo Mir, Jose, "Curso de Derecho Penal Español. Parte General". 2o. ed; Ed. Tecnos, Madrid España, 1981. pag:
- 33.-) Cfr. Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 294.
- 34.-) Cfr. Cerezo Mir, Jose, ob. cit. nota 32, pag: 266 y ss.
- 35.-) Hassemer, Winfried, ob. cit. nota 15, pag: 282.
- 36.-) Cfr. Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20, pag: 52 y 53.
- 37.-) Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20, pag: 54.
- 38.-) Cfr. Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20, pag: 54.
- 39.-) Cfr. Cerezo Mir, Jose, ob. cit. nota 32, pag: 279.
- 40.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 294 y ss.
- 41.-) Wessels, Johannes, ob. cit. nota 31, pag: 23 y 24.
- 42.-) Wessels, Johannes, ob. cit. nota 31, pag: 25 y 26.
- 43.-) Welzel, Hans, ob. cit. nota 16, pag: 34.
- 44.-) Cfr. Gimbernat Ordeig, Enrique, "Estudios de Derecho Penal". Ed. Tecnos, Madrid España. 1990. pag: 163.
- 45.-) Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20, pag: 60.
- 46.-) Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20, pag: 63.
- 47.-) Welzel, Hans, ob. cit. nota 16, pag: 46 y 47
- 48.-) Welzel, Hans, ob. cit. nota 16, pag: 53 y ss.
- 49.-) Cfr. Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 341 y ss.
- 50.-) Vease Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 354.
- 51.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 365 y 366.
- 52.-) Wessels, Johannes, ob. cit. nota 31, pag: 39.
- 53.-) Cfr. Welzel, Hans, ob. cit. nota 21, pag: 93.
- 54.-) Cfr. Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 374.
- 55.-) Ver. Maurach, Reinhart, ob. cit. nota 19, pag: 302 y 303.
- 56.-) Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20, pag: 105 y ss.
- 57.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 412.
- 58.-) Cfr. Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20, pag: 112 y ss.
- 59.-) Cfr. Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20, pag: 66 y ss.
- 60.-) Welzel, Hans, ob. cit. nota 16, pag: 48 y 47.
- 61.-) Maurach, Reinhart, ob. cit. nota 19, pag: 359.
- 62.-) Welzel, Hans, ob. cit. nota 16, pag: 68.
- 63.-) Welzel, Hans, ob. cit. nota 16, pag: 67.
- 64.-) Wessels, Johannes, ob. cit. nota 31, pag: 37 y ss.
- 65.-) Wessels, Johannes, ob. cit. nota 31, pag: 81 y 82.
- 66.-) Cfr. Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 443.
- 67.-) Cfr. Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 444.
- 68.-) Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20, pag: 117 y 118.

- 69.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 450 y 451.
- 70.-) Moreno Hernández, Moisés, "Consideraciones Dogmáticas y Politico Criminales sobre la Culpabilidad", en El Poder Penal del Estado Homenaje a Hilde Kaufmann, Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina, 1985. pag: 395. y ss.
- 71.-) Cfr. Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20, pag: 163 y 164.
- 72.-) Welzel, Hans, ob. cit. nota 21, pag: 198.
- 73.-) Welzel, Hans, ob. cit. nota 21, pag: 215.
- 74.-) Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20, pag: 165.
- 75.-) Wessels, Johannes, ob. cit. nota 31, pag:
- 76.-) Welzel, Hans, ob. cit. nota 21, pag: 224.
- 77.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 627.
- 78.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 627 y 628.
- 79.-) Wessels, Johannes, ob. cit. nota 31, pag: 119.
- 80.-) Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20, pag: 188 y ss.
- 81.-) Moreno Hernández, Moisés, ob. cit. nota 70, pag: 397.
- 82.-) Hassemer, Winfried, ob. cit. nota 15, pag: 267.
- 83.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 776, T II.
- 84.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 777, T II.
- 85.-) Wessels, Johannes, ob. cit. nota 31, pag: 192.
- 86.-) Maurach, Reinhart, ob. cit. nota 19, pag: 221, T II.
- 87.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 779, T II.
- 88.-) Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20 pag: 328.
- 89.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 811, T II.
- 90.-) Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20, pag: 331 y ss.
- 91.-) Cfr. Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 817, T II.
- 92.-) Cfr. Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 818, T II.
- 93.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 838, T II.
- 94.-) Maurach, Reinhart, ob. cit. nota 19, pag: 262, T II.
- 95.-) Wessels, Johannes, ob. cit. nota 31, pag: 208 y 209.
- 96.-) Cfr. Cerezo Mir, Jose. ob. cit. nota 32, pag: 279 y ss.
- 97.-) Welzel, Hans, ob. cit. nota 21, pag: 280.
- 98.-) Wessels, Johannes, ob. cit. nota 31, pag: 210 y 211.
- 99.-) Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20, pag: 289.
- 100.-) Maurach, Reinhart, ob. cit. nota 19, pag: 264, T II.
- 101.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 848 y ss., T II.
- 102.-) Welzel, Hans, ob. cit. nota 21, pag: 281.
- 103.-) Welzel, Hans, ob. cit. nota 21, pag: 281.
- 104.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 849 y ss. T II.
- 105.-) Cfr. Maurach, Reinhart, ob. cit. nota 19, pag: 270, T II.
- 106.-) Cfr. Wessels, Johannes, ob. cit. nota 31, pag: 213 y ss.
- 107.-) Jescheck, Hans Heinrich, ob. cit. nota 3, pag: 368 T II.
- 108.-) Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20, pag: 311.
- 109.-) Stratenwerth, Günther, ob. cit. nota 20, pag: 311.

CAPITULO QUINTO

EL SISTEMA DEL DERECHO PENAL Y SUS FINES, EL TELEOLOGISMO FUNCIONALISTA

1).- Dogmática Jurídico Penal y Política Criminal.

A).- Antes de empezar a comentar esta última etapa de desarrollo de la estructura jurídica del delito, es preciso recordar dos mociones que ya antes fueron expuestas, que aún siendo diferentes, ambas dependen de cada una.

Recordemos que la dogmática jurídica es la ciencia de los presupuestos esenciales del derecho, y su tarea es la elaboración de un sistema de conceptos fundamentales supratemporales que constituyen el ámbito de las posibilidades a priori del derecho; 1 al trasladarla al ámbito de la materia criminal, se ha definido como la disciplina que estudia el contenido de las normas jurídico penales para extraer su voluntad, con base en la interpretación, construcción y sistematización.

Por otra parte, por política criminal se entiende como la obtención de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal. 2 Pero cabe tener presente la siguiente explicación: La política criminal plantea ya, desde su misma denominación, el problema genérico de determinar la coordinación con el ámbito del derecho con el de la "política", mientras que la voz "criminal" designa el marco objetivo a que se refiere la política. La política criminal, según ello, es un sector objetivamente delimitado de la política jurídica general: Es la política jurídica en el ámbito de la justicia criminal. 3 Sobre el contexto de política, es preciso expresar que cabe concebir la "política" como mando de la colectividad sobre la base de la posesión del poder. Así, la política designa una forma de actuación; esta actuación está referida al Estado. Conforme a ello, la política puede comprenderse "como procedimiento de dirección y como realización de conceptos de ordenación". 4

De lo anterior, **Heinz Zipf** 5 expresa: "La relación entre política criminal y dogmática jurídico penal ambas son dos ámbitos independientes, pero que se compenetran en múltiples aspectos. Así, es misión de la dogmática en el marco de la política criminal conseguir posibilidades de solución acordes con el sistema para objetivos político criminales. La política criminal parte de un sólido fundamento cuando mantiene sus decisiones de acuerdo con la evolución de la dogmática, así como viceversa, la dogmática ha de desarrollar sus soluciones en el marco de la concepción global político criminal, dado que su efectividad se mide igualmente según su valor para la realización de los objetivos político criminales".

B).- Después de tener presente las consideraciones anteriores, pasamos a hablar sobre el último planteamiento que se hace a la estructura del delito, la cual parte de las consideraciones político criminales; ella es esbozada por **Claus Roxin** en 1970 en una conferencia pronunciada en Berlín, y que a la postre, aparece después como un artículo independiente denominado "**Kriminal Politik und Strafrechtssystem**".

"Casi todas las teorías del delito -observa **Claus Roxin-**, que se han dado hasta la fecha son sistemas de elementos, es decir, desintegran la conducta delictiva en una pluralidad de características concretas (objetivas, subjetivas, normativas, descriptivas, etc), que se incluyen en los diferentes grados de la estructura del delito y que se reúnen de este modo como un mosaico para la formación del hecho punible. Este planteamiento conduce a aplicar una gran agudeza a la cuestión de qué lugar corresponde a esta o aquella característica en el sistema del delito; de esta forma se puede describir la historia de la teoría del delito en los últimos decenios como una

peregrinación de los elementos del delito por los diferentes estadios del sistema". 6 Y se pregunta **Claus Roxin**: ¿De qué sirve la solución de un problema jurídico que a pesar de su hermosa claridad y uniformidad es, desde un punto de vista político criminal, erróneo? 7 Por ello, para **Claus Roxin** el derecho penal debe estar penetrado por la política criminal, es decir, hay que acudir a una relativización de la significación del sistema y admitir la posibilidad de quiebras en razón de criterios político criminales. En otras palabras, en **Claus Roxin** los problemas político-criminales forman parte del contenido propio de la teoría del delito. La vinculación jurídica y la finalidad político criminal deben reducirse a una unidad en el sistema del derecho penal.

II).- El Sistema de Claus Roxin

"Además de que en su programa se analiza, **Bernd Schünemann** reafirma que **Roxin**, parte de las tres exigencias fundamentales que cabe dirigir a un sistema fructífero, a saber: orden conceptual y claridad, referencia a la realidad y orientación a las finalidades político criminales. Ello implica, a su juicio, la necesidad de llevar a término la unidad sistemática del Derecho penal y política criminal también en el seno de la teoría del delito. Así, pues, de lo anterior se deduce que las concretas categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) deben completarse, desarrollarse y sistematizarse desde el principio a partir de la función político criminal. En esta línea se asocia el tipo, como motivo central, la determinabilidad de la ley penal conforme al principio "**nullum crimen**"; a la antijuridicidad, al ámbito de soluciones sociales de los conflictos; y a la culpabilidad la necesidad de pena resultante de consideraciones preventivas". 8 A lo anterior, agregamos que en 1962 **Claus Roxin** establece su crítica en contra del planteamiento de la teoría final de acción de **Hans Welzel**, en su artículo "**Zur Kritik der finalen Handlungslehre**", señalando que si tal concepto de acción es prefijado al derecho -tiene un carácter óntico-, en su caso al igual que la causalidad, nada puede aportar, pues se convertiría en una simple determinación de tal proceso causal. Para **Claus Roxin** los fenómenos jurídicos van más allá de su simple proceso causal dirigido o no, ya que lo que interesa es la dimensión de sentido del proceso y este es determinado social y jurídicamente. Ello quiere decir, entonces, que la acción perdería su carácter ontológico, y que pasaría a ser normativo.

De los más importantes, pasamos a realizar una compilación del programa elaborado por **Claus Roxin** intitulado "**Kriminal Politik und Strafrechtssystem**", sobre las directrices político criminales en el ámbito de la estructura jurídica del delito; a la misma vez, tomamos de referencia también, su artículo "**La Parte General del Derecho Penal Sustantivo**".

"Antes que nada, **Claus Roxin** advierte que una tal penetración de la política criminal en el ámbito jurídico de la ciencia del derecho penal, no conduce tampoco a un abandono o a una relativización del pensamiento sistemático, cuyos frutos en la claridad y seguridad jurídica son irrenunciables; por el contrario, las relaciones internas de un sector jurídico, que sólo pueden radicar en lo normativo, son puestas de relieve más claramente por un sistema teleológico que por uno deducido de abstracciones o de axiomas".

"Las reflexiones sobre el principio de legalidad nos conducen al problema de los presupuestos de la punibilidad. Los presupuestos generales de la punición de una conducta, que deben cumplirse

siempre para declararla punible, se clasifican en tres categorías: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad”.

A) Tipicidad

“Del principio de legalidad se deriva directamente el que una conducta humana sólo puede castigarse cuando está prevista por un precepto que describe con claridad la conducta prohibida o exigida mediante la conminación de una pena. Se denomina tipo a esas descripciones de delito que contienen las leyes penales”.⁹

“Desde nuestro punto de vista, el criterio diferenciador rector del sistema debe ser la forma en que se ha llevado a cabo por el legislador las exigencias del principio **nullum crimen**. Si se dejan a un lado las formas atípicas extravagantes, se pone de relieve que para ello se dan dos métodos fundamentales distintos, que el legislador aplica alternativamente. El primero consiste en la descripción, lo más posible precisa de acciones. Del segundo método se sirve el legislador preferiblemente allí donde no le interesa la cualidad externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien infringe las exigencias de conducta derivadas del papel social que desempeña”.

“Donde los deberes están determinados claramente, se han cumplido de sobra las exigencias del **nullum crimen**, pues la remisión a estos deberes sustituye a la descripción de la acción. El rendimiento práctico de una tal bipartición sistemática de la teoría del tipo, radica en primer lugar, por un lado, el punto de partida normativo pone ante los ojos, con sorprendente claridad, la realidad social que sirve de base a todas las distinciones dogmáticas. En los delitos consistentes en la infracción de un deber se trata de sectores de la vida conformados ya jurídicamente, cuya capacidad de funcionamiento debe ser protegida”.

“De la equiparación en los delitos de omisión: Cuando se trata de la infracción de un deber nacido del papel social desempeñado, que constituye determinados tipos, es, desde el punto de vista de la problemática del **nullum crimen**, notoriamente indiferente el que esta infracción se realice por acción u omisión”.

“Un segundo sector es la teoría de la participación. Dogmáticamente, se trata aquí de un problema del tipo, es decir, de la cuestión de hasta qué punto puede subsumirse una conducta todavía en las descripciones del delito fundamentado así la autoría. En los delitos consistentes en la infracción de un deber, por el contrario, actúa típicamente sólo -aun cuando siempre- quien lesiona el deber extrapenal, sin que interese en lo más mínimo el dominio del suceso externo”.

“La inclusión del dolo en el tipo se deduce ya de la exigencia de determinabilidad del Estado de Derecho: Las lesiones del deber y las acciones no se pueden describir como simples acontecimientos causales. Únicamente el dolo confiere a un suceso sus contornos delimitadores”.

“Por otro lado, en la dogmática de la imprudencia, nos enfrentamos con delitos consistentes en la infracción de un deber y no con los delitos de acción. En consecuencia, una estructuración del tipo, que corresponda al principio de determinabilidad, sólo puede conseguirse a través de una tipología y sistematización de los deberes en el tráfico, que sirven para completar la norma, que se formula como una ley penal en blanco. El trabajo dogmático está todavía en esta materia por el principio. Pues la reducción tradicional del tipo a una casualidad entendida en el sentido de que la teoría de la equivalencia ha creado, desde un principio, un ilimitado amplio margen de responsabilidad, que tampoco puede ser reducido en una medida compatible con el Estado de Derecho por las características de la previsibilidad y de la evitabilidad”.

“Ahora hay que añadir algunas aclaraciones metodológicas que se determinan también por este principio jurídico-político rector. Las características del tipo en sentido estricto son el dominio de

la definición y de la subsunción exacta. que. frecuentemente, son consideradas en Derecho Penal como el único método para averiguar el Derecho que debe ser aplicado. Pero este caso se da las menos de las veces: en la interpretación de las características determinables del tipo ocupa un lugar este procedimiento, porque con la sucesión lógica de premisas, subsunción y conclusión se hace justicia en el grado más alto posible al principio de determinabilidad legal".

"Bajo el prisma del principio **nullum crimen** es precisamente lo contrario lo justo: es decir, una interpretación restrictiva que actualice la función de magna carta del derecho penal y su naturaleza fragmentaria y que atrape conceptualmente sólo el ámbito de punibilidad que sea indispensable para la protección del bien jurídico. Para ello hacen falta principios como el introducido por **Welzel**, de la adecuación social, que no es una característica del tipo, pero sí un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que acoge también formas de conductas socialmente admisibles. A esto pertenece además el llamado principio de la insignificancia, que permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia". 10

B) Antijuridicidad

"No toda conducta típica resulta punible. Sin perjuicio de su prohibición general puede resultar autorizada excepcionalmente. A tales autorizaciones se les denomina causas de justificación. Una causa de justificación no afecta en nada a la tipicidad de una conducta, pero sí excluye su antijuridicidad, su contradicción con el derecho. Las fuentes de las causas de justificación no sólo se encuentran en el derecho penal sino en todo el ordenamiento jurídico. De las más conocidas de todas ellas, es la legítima defensa, su fundamentación se encuentra en el principio de auto protección y de la prelación del derecho; el estado de necesidad justificante lo encuentra en el principio de ponderación de intereses y deberes y autoriza, en situaciones de conflicto en las que un bien jurídico sólo puede ser salvado a costa de otro de menor valor, a sacrificar éste para salvaguardar el más valioso. El juicio de antijuridicidad afirma tan sólo la desaprobación del hecho cometido por el sujeto". 11

"Las causas de justificación, cuya función político criminal es la solución social de conflictos. Hay que reconocer en primer lugar que la realidad empírica que sirve de base a esta categoría delictiva se diferencia de un modo esencial del sector de la realidad de los tipos. En efecto, con las causas de justificación penetra en la teoría del delito la dinámica de los cambios sociales. Todo cambio de las leyes de enjuiciamiento criminal crean o anulan causas de justificación. Este proceso no se consume únicamente por el camino del cambio de la ley positiva, sino también por la creación consuetudinaria o judicial del Derecho. Desde esta función político criminal debe acometerse la sistematización de la antijuridicidad. Los intentos realizados hasta ahora no han ido más allá de abstracciones muy formales o de endeble paralelismo".

"Sólo interesa poner en claro la misión de la sistemática en el ámbito de la antijuridicidad: ella radica en elaborar del modo más completo posible el catálogo de los no muy numerosos principios configuradores sociales y poner en claro su relación -el entramado de los principios en cierto modo-. La relación interna de los puntos de vista rectores que de este modo salen a la luz aclararía algunas cuestiones que hasta ahora han sido tratadas contradictoriamente por falta de puntos de vista ordenadores en las causas de justificación".

"Las causas de justificación no sirven para describir acciones: no pueden hacerlo porque, por regla general, rigen conjuntamente para muchos tipos y porque la clase de ataque que ellas permiten se determina por las particularidades de la situación de coacción o de necesidad que no se repiten frecuentemente. Más bien, puede el Derecho positivo únicamente imponer criterios rectores de conductas que deben concretizarse de la mano de la materia jurídica. Esta tarea de desarrollo de los criterios jurídicos ordenadores se lleva a cabo de una manera distinta que en la

interpretación del tipo: para las concretas causas de justificación hay que proyectar una fenomenología de las constelaciones características de supuestos de hechos. Surge así una imagen estructural de los fenómenos vitales. De la interacción entre materia jurídica y criterio de conducta se derivan entonces soluciones clasificadas según los grupos de casos, que unen a la precisión político criminal un alto índice de seguridad".

"La peculiar cualidad político criminal, dogmática y metodología del ámbito de las causas de justificación permite sacar conclusiones sobre la significación del principio **nullum crimen** en los derechos de intervención. Sin embargo, según lo dicho, el postulado de la determinación legal no se comporta como principio estructural de esta categoría delictiva, sino como límite de la variabilidad de los principios sociales reguladores. La dinámica de las causas de justificación trae consigo, de acuerdo con la naturaleza de las cosas, un socavamiento del principio **nullum crimen**. Pero la variabilidad de los criterios jurídicos ordenadores encuentra sus límites en el mandato de determinación, en tanto que es inadmisibles interpretar un principio legal regulador superficialmente por consideraciones motivadas político-criminalmente o restringirlo sin base legal".

"Todo esto se puede delimitar aquí solamente de una forma esquemática y provisional; sin embargo, puede dar una idea sobre el campo de trabajo que la dogmática de las causas de justificación tiene todavía ante sí". 12

"En la comprobación de la punibilidad de una conducta debe examinarse siempre, tras afirmar su tipicidad, si concurre en el hecho una causa de exclusión de la antijuridicidad. Sólo cuando ambas concurren puede calificarse el hecho de injusto. Lo injusto implica la desaprobación del hecho socialmente dañoso en sentido penal, mientras que la afirmación de la tipicidad comporta un mero indicio provisional del juicio de antijuridicidad, que se puede refutar en el caso concreto. En la categoría de lo injusto se expresa en consecuencia de modo directo la tarea del derecho penal: impedir las conductas socialmente dañosas no evitables de otro modo". 13

C) Culpabilidad

"El injusto penal, es decir, una conducta típica y antijurídica, no es sin más punible. La calificación como injusto expresa tan sólo que el hecho realizado por el autor es desaprobado por el Derecho, pero no autoriza a concluir que aquél deba responder personalmente por ello, ésta es una cuestión que ha de decirse en un tercer nivel de valoración, el de la culpabilidad. No debe imponerse pena alguna sin culpabilidad.

- "Una conducta típica y antijurídica no puede resultar punible si el autor en el caso concreto ha actuado sin culpabilidad, porque adolece de una afección psíquica que el impide comprender lo injusto de su actuar o, conociendo cuál es el comportamiento jurídicamente correcto, no puede adecuar a ello su conducta".

- "La reprochabilidad personal que fundamenta el juicio de culpabilidad puede resultar excluida también cuando el autor se encuentra en un inevitable error de prohibición, es decir, cuando creyó errónea e invenciblemente estar obrando lícitamente".

- "El estado de necesidad exculpante resulta de aplicación cuando una persona para eludir un grave peligro para la vida, salud o libertad de sí mismo, o de un tercero, inevitable de otro modo, realiza una acción típica y antijurídica que lesiona un bien de igual valor a los mencionados".

Tanto las causas de justificación como de exculpación llevan a idéntico resultado de impunidad, la diferenciación entre ambas instituciones resulta muy importante. Puesto que una conducta justificada está autorizada por el Derecho, el afectado por la misma viene obligado a soportarla. Las causas de exclusión de la culpabilidad no otorgan ningún derecho a actuar, sino tan sólo eximen de la pena". 14

“La culpabilidad tiene en realidad mucho menos que ver con la averiguación del poder actuar de un modo distinto, algo empíricamente difícil de constatar, que con el problema normativo de si y hasta qué punto en los casos de circunstancias personales irregulares o condicionadas por la situación conviene una sanción penal a una conducta que, en principio, está amenazada con una pena. Para responder a esta cuestión deben incluirse en el trabajo dogmático tanto la función limitadora de la pena que representa el principio de la culpabilidad como las consideraciones de prevención general y especial”.

“La culpabilidad viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena. Ello repercute de manera decisiva en la teoría del error y en la estructura de la tentativa”. 15

III).- El Planteamiento Teleológico Moderno

Aunque no se agotan de manera exhaustiva todas las direcciones de la sistemática aquí esbozada -claro por múltiples razones que no vienen al caso-, se percata que estos planteamientos, constituyen en la estructura jurídica del delito, una renovación en sus bases fundamentales para ubicar una detallada y minuciosa reedificación del derecho penal. Han ya transcurrido veinticinco años del pronunciamiento del programa de **Claus Roxin**, y la ciencia del derecho penal sigue en desarrollo al compás de la evolución del hombre con su sociedad, cada día más dinámica, pero también cada vez más compleja. A partir de ese tiempo a la fecha, se han realizado publicaciones que se han adherido a esta sistemática, pero también, se ubican las críticas correspondientes, sin embargo con un sólo objetivo: La búsqueda de la funcionalidad en el sistema, esto es, extraer las consecuencias materiales que se derivan de la nueva sistemática. Empero, hay que tener presente la afirmación de **Bernhard Haffke**: 16 “los últimos estudios realizados no aportan una nueva imagen del sistema teleológica del derecho penal, elaborado hasta los últimos detalles, sino que constituye la prueba de lo extraordinariamente fructífera y dinámica que resulta la renormativización del pensamiento de la ciencia del derecho penal”. Por su parte **Jürgen Wolter** expresa: “las corrientes funcionalistas no pretenden una modificación del sistema de la teoría del delito. Más bien se hallan empeñadas en la atribución de nuevos contenidos a las categorías, con el fin de ampliar su capacidad explicativa de soluciones y su aplicación a la realidad. Se trata de orientar dichas categorías a “la función del derecho penal en la sociedad moderna”. 17

Nos permitimos expresar dos criterios formulados sobre el planteamiento comentado, uno de carácter sustancial y otro, en base a un desarrollo ulterior:

“De este modo, el llamado razonamiento sistemático ha sentado, a lo largo de un decenio, las bases para una profunda modificación del sistema del derecho penal. Esta se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y debe contemplarse como un desarrollo ulterior del neokantismo. En efecto, el moderno pensamiento teleológico tiene en común con aquella corriente, la deducción de los diferentes niveles sistemáticos de los valores y fines que desempeña el papel rector. Sin embargo, se diferencia sustancialmente de la misma por la superación del relativismo axiológico mediante una diferenciación exhaustiva, apoyada en las ciencias sociales, del fin de prevención, que constituyen hoy el valor rector reconocido de modo general, de la administración de la justicia”. 18 “En lo que hace al futuro desarrollo del sistema del derecho penal, únicamente cabe aventurar el pronóstico de que discurrirá bajo el signo de una ulterior elaboración y depuración del razonamiento teleológico (funcional), cuyas posibilidades y trascendencia no han sido agotadas, ni siquiera parcialmente, en la discusión habida hasta la fecha. Dado que el pensamiento jurídico penal teleológico no establece de modo axiomático un

concreto canon de hipótesis materiales y sistemática, sino que expresa más bien un determinado método de construcción del sistema, así como de obtención de conocimientos materiales, será preciso un período de discusión antes de que queden establecidos los perfiles de tal razonamiento y de sus hipótesis materiales. Con independencia de las numerosas cuestiones de detalle se hace preciso proporcionar una solución, a cuatro problemas básicos: el status lógico de lo materiales del sistema del derecho penal; la aplicación o no, en lo sucesivo, de los elementos sistemáticos tradicionales; el método de diferenciación en detalle y de concreción; y el papel de la teoría de las normas". 19

Sólo resta comentar, que esta última etapa ofrece en su panorámica criterios de funcionalidad muy acertados en sus consecuencias materiales, pero tampoco se puede renunciar a lo elaborado por la dogmática en los últimos cien años, creemos que tal vez debe prevalecer a la proyección de la instancia del nuevo principio metodológico, una integración con las bases permanentes de la ciencia penal, con las correcciones debidas y mejoras que la praxis requiere bajo una integración global en el sistema.

Con todo lo anterior, damos por concluida esta reseña del desarrollo evolutivo de la estructura jurídica del delito, y aunque fue de manera muy general y esquemática, creemos que refleja una idea amplia de lo que ha sido este desarrollo.

ADDENDA:

La misión de la legislación penal consiste en traducir los objetivos político-criminalmente perseguidos en programas de decisión, los cuales pueden verse transformados por el juez penal, que está ligado a la ley, en tanto que programas condicionales en decisiones materiales conformes al asunto en cuestión y que pueden informar de modo tan preciso como sea posible (**nullum crimen, nulla poena sine lege**). Si el legislador penal cumple esta misión, no sólo no satisface la Constitución, sino que, además, respalda a la ciencia en sus esfuerzos por construir una teoría político-criminal: facilita así una jurisprudencia penal consistente y transparente y el control de correspondencia entre la legislación penal y la actividad decisoria del juez penal. Con la creación de un sistema de derecho penal de tales características el juez puede circunscribirse, dentro de los límites establecidos por la Constitución, a la concreción y a un ulterior desarrollo prudente de los fines político-criminales y permite a la opinión pública, como copartícipe, tomar parte críticamente en el desarrollo de la jurisprudencia criminal.

Se tiene que advertir que la teoría de la política criminal mientras no disponga de precisos instrumentos diferenciadores, no serán buenas sus posibilidades de analizar en profundidad y criticar fructíferamente la política de la legislación penal.

Por otra parte:

Cada reforma del derecho penal depende de forma esencial de los factores ideológicos, sociales y económicos que la condicionan; del nivel de desarrollo general del país, del trasfondo histórico y filosófico del orden jurídico, del estilo propio del derecho penal del que se trate y del espíritu del sistema político interno; en términos generales, la reforma en materia penal depende naturalmente de la evolución de las condiciones políticas de un país. Por ello, la reforma del derecho penal, constituye siempre un fenómeno nacional de específico carácter y de una configuración individual fuertemente marcada.

Toda reforma se basa en unos determinados principios político-criminales; el interés por la reforma había de llevar al interés por la política criminal, luego entonces, toda reforma en derecho penal presupone una determinada política criminal. Por tanto, por política criminal se entiende de cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir su tarea de protección de la Sociedad.

Una reforma en materia penal, como decía **Gustav Radbruch**, no significa mejorar el derecho penal sino hacer un derecho penal mejor; por ello por reforma del derecho penal se entiende no sólo modificaciones marginales que se han mostrado oscuras y superadas, sino también los cambios a largo plazo operados en el sistema del derecho penal con la finalidad de adecuarse a las transformaciones sociales, y con ello, extraer consecuencias de los cambios en la concepción de las normas sociales.

La mejor política criminal es una buena política social, ello conlleva a estimar que una política criminal racional debe de contar con irracionalismos sociales, debe elaborarlos, cambiarlos a lo largo de plazos, pero no puede negarlos simplemente. Una política criminal que sea muy avanzada para su época pierde vinculación con su tiempo y se convierte, alejada a la realidad, en irracional, en algo peligroso.

NOTAS:

- 1.-) Cfr. Kaufmann, Armin. "Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik". Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen. 1954. (Traducción al español. E. Depalma, Buenos Aires Argentina. 1954. pag: VII).
- 2.-) Cfr. Zipf, Heinz, "Kriminal Politik. Eine Einführung in die Grundlagen". C. F. Müller, Grossdruckerei und Verlag GmbH, Karlsruhe.1973. (Traducción al español. Ed. Edersa, Madrid España. 1979. pag: 4)
- 3.-) Zipf, Heinz, ob. cit. nota anterior, pag:3.
- 4.-) Cfr. Zipf, Heinz, ob. cit. nota 2, pag: 4.
- 5.-) Zipf, Heinz, ob. cit. nota 2, pag: 5 y ss.
- 6.-) Roxin, Claus, "Kriminal Politik und Systemsstrafrechts". Walter de Gruyter, Berlin. 1970. (Traducción al español. Bosch, Casa Editorial, Barcelona España. 1972. pag: 81 y 82).
- 7.-) Roxin, Claus, ob. cit. nota anterior, pag: 19.
- 8.-) Schünemann, Bernd, "Grundfragen des modernen Strafrechtssystems".Walter de Gruyter & Co., Berlin.1984. (Traducción al español, Ed. Tecnos, Madrid España. 1991. pag: 63 y 64).
- 9.-) Roxin, Claus, "Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht". C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH; 1988. (Traducción al español. Ed. Ariel, Barcelona España; 1989. pag: 37).
- 10.-) Roxin, Claus, ob. cit. nota 6, pag: 44 y ss.
- 11.-) Roxin, Claus, ob. cit. nota 6, pag: 37.
- 12.-) Roxin, Claus. ob. cit. nota 6, pag: 55 y ss.
- 13.-) Roxin, Claus, ob. cit. nota 9, pag: 38.
- 14.-) Roxin, Claus, ob. cit. nota 9, pag: 38 y 40.
- 15.-) Roxin, Claus, ob. cit. nota 6, pag: 40, 41, 66 y ss.
- 16.-) Citado por Schünemann, Bernd, ob. cit. nota 8, pag:
- 17.-) Cfr. Schünemann, Bernd, ob. cit. nota 8, pag: 21.
- 18.-) Cfr. Schünemann, Bernd, ob. cit. nota 8, pag: 67.
- 19.-) Cfr. Schünemann, Bernd, ob. cit. nota 8, pag: 70.

CAPITULO SEXTO

LA CIENCIA JURIDICA PENAL Y EL DERECHO MEXICANO

A) LA SITUACION MEXICANA

1) Las Culturas o Imperios Mexicanos

México es la nación más antigua de América del Norte: claro que en sus inicios no presentaba la forma política y geográfica que tiene ahora; **pero cuando muchas regiones de Europa eran sólo modestas avanzadas del Imperio Romano, en la Altiplanicie Mexicana se erigían magníficas ciudades.** Mil años antes de la llegada de Cristóbal Colón a este continente, ya estaba habitado por pueblos que, según se supone, vinieron de Asia atravesando Alaska y las Islas Aleutianas. La palabra México, que dio su nombre a la nación y también a la capital, se deriva de la palabra "Metzli-Xitle", que literalmente significa "en el centro del lago de la luna". Pero antes de que los Aztecas o Mexicas llegaran a la región, hubo otros pueblos mucho más antiguos, no originarios del continente, sino procedentes, como se ha indicado al principio de otros tiempos. Esta primera etapa de la historia mexicana tiene que basarse en los sucesivos descubrimientos de la arqueología, relativamente modernos, y cuyos datos se encuentran en constante revisión.

La historia de las Culturas o Imperios Mexicanos representa para la humanidad una constante que no puede pasar por inadvertida por su aportación universal; ella la clasificaremos en cuatro periodos, denominándose el primero como Preclásico (de 1500 a. C. al 300 d. C.), posteriormente el Clásico (transcurre del año 300 al 900), subsecuentemente el Posclásico (del año 900 al 1200 a 1300) y un último llamado Histórico (1200 ò 1300 hasta la llegada de los españoles 1515/1525). Desde los Imperios Otomí, Maya-Quinche, Mixtecas y Zapotecas, Totonacas, Tarascos, Tlaxcaltecas, Yaquis, (Actualmente, los arqueólogos reconocen la existencia antes de la era cristiana de una cultura conocida por las extraordinarias muestras de su arte, que ha llegado hasta nuestros días y que se denomina "Imperio Olmeca", afirmandose que las grandes civilizaciones precolombinas les deben todas su origen), Nahuas, Toltecas, Aztecas/Mexicas, etc. Su estructuración social de cada una resulta sorprendente, siendo prueba de ello, su magnífico desarrollo en las ciencias matemáticas, ingeniería, astronomía, arquitectura, etc., en las artes, en la escultura, pero también en su organización política, económica y social. Sus formas de gobierno, en su religiosidad tan divergente, y principalmente en su ser bélico y su proverbial ferocidad, se traducen en uno de los logros más importantes de la evolución y desarrollo del hombre. En estos Señoríos se tenía una característica especial en común, aunque habitaban en una circunscripción geográfica real, en ellos no existía una unidad política, no tenían un sólo gobierno, ni estaban organizados desde un punto de vista económico como una unidad. Hablaban distintas lenguas y de continuo combatían unos con otros.

En referencia a su organización imperial gubernativa-política, los Imperios presentan un gran sentido jurídico en sus estructuras, y en torno a nuestra materia criminal, a dichas culturas no les era desconocido el derecho de castigar; las penas (castigos) y los delitos se encontraban ya en una vinculación exacta; pero es preciso no omitir que en este tópico, que son escasas las fuentes de información al respecto, por tal motivo indicamos de manera sumaria algunos datos:

a) El derecho de las Culturas Mexicanas no rigió uniformemente para todos los diversos pobladores del territorio mexicano, puesto que constituían diversas agrupaciones gobernadas por distintos sistemas y, aunque habla cierta semejanza, las normas jurídicas eran distintas.

b) Las notas esenciales en el derecho al castigo en los Imperios fue la severidad y la crueldad en las penas (castigos), influidas en cierta medida por cuestiones teocráticas y de la usanza.

c) De la Cultura Olmeca, que parece ser la más antigua (desde el siglo IX a. C.) poco se sabe acerca de su administración de justicia. En el caso de los Aztecas/Mexicas, se sabe que existieron jueces de elección popular -Teuctli-, que eran competentes para asuntos menores y duraban un año en el desempeño de sus funciones; y jueces vitalicios, encargados de asuntos más importantes que eran nombrados por el -Cihuacoatl-. El monarca tenía su tribunal, que conocía de apelación, y el cual sólo se reunía cada 24 días. Cabe aclarar que había tribunales especializados para sacerdotes, militares, etc. Se da noticia de un Código Penal de Netzahualcōyotl para Texcoco, así como la existencia de tres salas judiciales (civil, penal militar), a cuyos juzgadores designaba el rey, que era el magistrado supremo. Se indica de la existencia de Leyes Penales Tlaxcaltecas, así como de la situación que guardaban las penas con los Mayas y Tarascos.

d) De los delitos que se tiene noticia se habla del adulterio, el homicidio, la violación, el incendio, el hurto, la embriaguez, la traición al Rey, etc. y, entre las penas, se mencionan la de muerte, esclavitud, destierro, cárcel, decapitación o descuartizamiento, los castigos infames, estacamiento, la indemnización, etc., prácticamente todas las penas presentan como ya lo hemos mencionado, una severidad y crueldad en forma importante. Además, las Culturas conocieron la distinción entre intencionalidad y la imprudencia. **J. Kohler** indicó que "el derecho penal mexicano es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política". 1

Como podemos apreciar, en este derecho al castigo, también se buscó una finalidad, que al realizar su actividad, se lograra la situación de salvaguardar aquellos valores supremos (bienes jurídicos) para poder coexistir en sociedad; pero para decretar los castigos y las penas no bastaba únicamente la ejecución de un delito, sino que era menester un procedimiento, un enjuiciamiento, que la justificara, siendo de observancia obligatoria para los encargados de la función jurisdiccional; por ello, se ha expresado que "en los antiguos mexicanos existió, pues, como la actualidad existe, siempre la necesidad de reaccionar contra la conducta humana que ha contravenido el orden social". 2 Baste sólo comentar que a final de cuentas, la legislación de los Imperios no tuvo efecto alguno en la etapa siguiente de la historia de México, es decir, en "la Colonia", ya que en todos los aspectos siempre hubo una imposición, aceptación y sumisión del interés del español, para ser más exactos, tanto en sus leyes como también en su religión, y nunca una fusión; por ello, todo aporte histórico que se conoce y que se de a conocer, sólo tiene efectos históricos y anecdóticos, y en ningún caso algún matiz positivo o que pudiera originar tal, pero también sin omitir el comentario de **Silva Silva, Jorge A.** que "la historia del derecho no se limita al estudio inmanente del derecho o a su interacción con otras manifestaciones de cultura, sino que también comprende el punto de vista científico/espiritual, dentro del cual encaja la evolución de las ideas". 3

II.- La Epoca Colonial

En el año de 1517, cuando los españoles se encontraban ya establecidos en Cuba, el gobernador Diego Velázquez organizó una expedición al mando de Francisco Hernández de Córdoba, que llegó hasta Catoche en las costas de la península de Yucatan. Fue el primer grupo de europeos que arribó a tierras mexicanas y sostuvo escaramuzas con indios que se supone pertenecían a

alguna tribu maya. El jefe de este grupo murió a consecuencias de las heridas recibidas entonces. Al año siguiente, un sobrino del gobernador Velázquez, Juan de Grijalva exploró las costas del Golfo de México, descubriendo el río que hoy lleva su nombre y llegando hasta San Juan de Ulúa. Salieron a su encuentro algunos indios con los que trocó cuentas de vidrios y otras varatijas por pepitas de oro. El relato que hizo a su regreso a Cuba, animó a Hernán Cortés a preparar la tercera expedición a aquellas tierras, de acuerdo con el gobernador. Pero enterado de que este empezaba a desconfiar de su lealtad, se desentendió de él, zarpando de la Habana por su cuenta el 18 de Febrero de 1519, por lo cual se introdujo a escondidas en su propia nave. Así de esta manera, se inicia la conquista de la tierra dominada por los Aztecas, la cual se desarrolló en terribles luchas, heroicas, patrióticas, sangrientas y despiadadas por ambas partes, en la cual a final de cuentas el Español fue el conquistador y los Imperios los conquistados. El 13 de Agosto de 1521 es tomada la Cd. de Tenochtitlán, y poco a poco los españoles empiezan a tener dominio general de todos los Imperios.

Se empieza a consolidar de manera material la conquista y así se pasa a la segunda etapa de la historia de México, es decir, lo que se conoce como "La Colonia" que abarca de 1525 al 16 de Septiembre de 1810, en otras palabras, tres siglos de dominio español. Las guerras de conquista, las enfermedades llegadas de Europa, el sometimiento a trabajos forzados en el campo, la construcción y las minas, la desaparición del antiguo orden social y religioso, todo eso provocó que muchísimos indios murieran. La Nueva España era una posesión de la Corona de Castilla, es decir, el reino más importante de España; la autoridad máxima era el virrey, el cual representaba al monarca, éste tenía las funciones de gobernador, presidente de la audiencia, jefe de la real hacienda, capitán general de los ejércitos del virreynato y vicepatrono de la iglesia, es decir, el dirigente de la política del virreynato, ver que se hiciera justicia; además de tal virrey, existía en la Nueva España dos Audiencias o Tribunales Superiores cuyos funcionarios se encargaban de oír quejas de los pobladores, hacer justicia y asegurarse de que las leyes se cumplieran. Una estaría en la Cd. de México y la otra en Guadalajara. Así, el virreynato "impuso" un sólo gobierno, una misma economía, una misma lengua, una misma religión. Los transformó en un territorio con una unidad más poderosa que abarcaba geográficamente una extensión aproximada de 3' 950,000 Km².

Las leyes que tuvieron los antiguos mexicanos, desaparecieron casi totalmente durante la denominación española y fueron sustituidas por la legislación colonial. En tanto no habían sido expedidas especiales disposiciones para el imperio de ultramar, valían en América, las leyes de castilla, las que posteriormente sólo tuvieron validez como derecho subsidiario.

Entre las leyes de castilla que rigieron en México se mencionan: "Las Siete Partidas" (1250-1265), "La Nueva Recopilación" (1567), "La Novísima Recopilación de Leyes" (1805), "El Fuero Real" (1255), "El Ordenamiento de Alcalá" (1348), "Las Leyes de Toro" (1505), "Las Ordenanzas Reales de Castilla" (1414), etc.

En 1528 se comenzó a organizar a semejanza de los demás Consejos de la Corona, "El Gran Consejo de Indias", centro de consulta y legislación, tribunal, oficina de administración, y academia de estudios; este consejo creó una abundante y diversificada legislación de indias, aplicables a la población de la Colonia; estas leyes se complementaban con disposiciones dictadas por Virreyes, Audiencias y Cabildos.

En 1596 se formó la primera "Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias" y que para el año de 1680 (siglo XVII) contaba ya con 9 libros, pero siendo tan numerosa y diversa la legislación, ofrecía serios obstáculos en su aplicación y reinaba una confusión notable; como complemento de estas leyes se indican "Los Sumarios de Cédulas, Ordenes y Provisiones Reales que se ha despachado por su majestad para la Nueva España y otras partes especialmente desde el año de 1628 hasta, el año de 1677". Posteriormente, Ventura Belaña Eusebio prosiguió algunas de las partes de estos "sumarios" de Montemayor, los que reimprimió parcialmente en 1787; la colección recibe el nombre de "Recopilación sumaria de todos los Autos acordados de la Real Audiencia y Sala de Crimen de esta Nueva España y providencias de su superior gobierno". Así, las leyes de Indias constituyen el principal documento legislativo de la Colonia, también completado con los Autos acordados hasta Carlos III (1759), sin embargo, durante el siglo XVIII surge la necesidad de una revisión de la "Recopilación" y aparecen los 116 tomos del "Cedulario Indico" de Ayala (obra iniciada desde 1763).

Las numerosas cédulas, instrucciones, ordenanzas, leyes, se hacen presentes en los primeros años de la colonia; como primeros intentos legislativos se mencionan: "Provisiones, Cédulas, Instrucciones para el gobierno de la Nueva España" (1525-1563), "La Capulata" (1565), "Leyes y Ordenanzas Reales de las Indias del Mar Oceano" (1570), "La Recopilación de Cédulas" (1589), "Provisiones, Cédulas, Capítulos de Ordenanzas, Instrucciones y Cartas" (1596), "Los Nuevos Libros de Diego de Zorrilla" (1605), etc.

En 1792 fue aprobado por Carlos IV, el "Proyecto de Código Indiano" que, sin embargo, hasta fines de la época colonial no entró en vigor.

Cabe mencionar entre otras leyes aplicables exclusivamente en la colonia, "Las Ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del cuerpo de minería de la Nueva España y de su Tribunal", "La Ordenanza para el establecimiento e instrucción de Intendentes del Ejército y Provincia en el Reino de la Nueva España" y "La Ordenanza de Gremios de la Nueva España".

Por último rigió en la Colonia, todo el Derecho de Castilla, del que ya hicimos referencia en su lugar oportuno.

Como vemos, la llegada del Conquistador provocó en los primeros momentos una dualidad de sistemas jurídicos bajo una misma corona: El Sistema Jurídico Indígena y el Español. El Indígena, fundado en la legislación precolombina, continuó funcionando hasta que se consolidó la conquista y mientras no se opusiera a los lineamientos básicos de la legislación española.

Muchas de estas legislaciones contenían reglamentación en materia al derecho del castigo, sin embargo, no existía un grupo de normas organizadas institucionalmente para regular la materia y el procedimiento penal, y aunque las Siete partidas pretendían tal instancia, nunca la hubo, en este tópico sólo prevaleció el interés personal del español; por eso, el desenvolvimiento de la vida en sus diversos órdenes, requirió indispensablemente la adopción de medidas encaminadas a frenar toda conducta lesiva a la estabilidad social, y a los intereses de la corona española en su nuevo dominio. Distintos tribunales, apoyados en factores religiosos, económicos, sociales y políticos, pretendieron encauzar la conducta de los indios y españoles. Para la persecución del delito en sus formas especiales de manifestación y para aplicar las sanciones pertinentes, se

introdujeron: "El Tribunal de Santo Oficio de la Inquisición para las Indias Occidentales" (1569), "El Tribunal de Audiencia", "El Tribunal de la Acordada", "El Juicio de Residencia", etc.

Después de hacer mención de la legislación en cuestión de crímenes del Derecho Indiano y citar algunos de los Tribunales que prevalecieron, hablaremos a continuación de manera breve, de las caracterizaciones que contenía ese derecho al castigo.

a) El derecho al castigo indiano su caracterización corresponde con lo propio de los principios informativos de la situaciones criminales en la península ibérica.

b) "El derecho al castigo de la estructura social y política indiana, su contenido se presenta como prueba del progresivo fortalecimiento del poder, nota distintiva de una etapa histórica en la que ya se encuentra asentado el carácter público de la sanción, o penalización de las conductas que provocan o pueden provocar una determinada alteración en aquella configuración político social; y es que, por un lado, continuando un proceso evolutivo medieval, el Rey tiene suficiente fuerza como para a través de la ley exigir una conducta sujeta al orden imperante en la república o comunidad política, en tanto que, por otra parte, esa misma actividad regia irá tomando bajo su control un más amplio haz de acciones de cuya realización se derivarían, o podrían derivarse, ciertas consecuencias atentadoras del buen gobierno, -según **Francisco Tomás y Valiente-**" 5 Ello lo traducimos nosotros, en el atros y la barbarie de las penas que imperaron en esta etapa histórica del derecho en México.

c) El ordenamiento en el ámbito del crimen de la monarquía se dirige en esta época a la protección o amparo de la estructura socio/política, y si para ello las normas enumeran o mencionan casuísticamente las actividades o conductas sancionables, los preceptos de carácter penal se sancionan en el marco del derecho indiano o los planteamientos que aisladamente se hace de la literatura jurídica indiana van dirigidos a imponer el cumplimiento de las directrices políticas. Preceptos atribuyendo a los virreyes capacidad de perdonar delitos e imponiéndoles la obligación de que procedieran al castigo de los cometidos con anterioridad a su entrada en el gobierno, o normas cuya finalidad sería la de poner al alcance de la justicia los medios que precisara para la persecución del delincuente apuntan la importancia que se da a la represión del delito.

d) De la definición que sobre Delito da el proemio de la Partida VII: "Todo mal fecho que se face a placer de una parte, e daño, e a deshonor de la otra. Ca estos fechos a tales son contra los mandamientos de Dios, e contra buenas constumbres, e contra los establecimientos de las leyes, e de los fueros, e derechos". se propició la diferenciación entre delitos públicos y delitos privados.

e) Otra nota es la de que, no elaborándose conceptos abstractos sobre los distintos delitos, la norma penal es descriptiva, lo que representando la carencia de una filosofía impulsora de la tipificación de los delitos, como se concibe actualmente, determina que el ordenamiento de la época proceda bien al criterio de enumerar en una norma los distintos supuestos a través de los cuales se muestra la ruptura del orden social, bien al dictado de unas normas que, contemplando cada una de ellas una concreta manifestación de un determinado delito, facilitan su conocimiento.

f) Consecuencia de la comisión de un delito era, lógicamente, la imposición de una pena ó - enmienda de pecho o escarmiento, que es dado según la ley a algunos por los yerros que hicieron-

Ley VII, XXXI, I de Partidas y que podían presentar una doble modalidad: corporal o pecuniaria. -según afecte a la persona física del reo, o que recaiga sobre sus bienes; en su conjunto se trata de penas a las que se aplica el abjetivo de ordinaria siempre que se encuentren determinadas por las leyes. en otro caso, se habla de penas arbitrarias en tanto que dejadas al arbitrio de quien juzga, si bien siempre se aplicara algunos de los tipos de pena previstos en las leyes: horca, garrote, mutilación, minas, galeras, destierro, cárcel, obras públicas, infamias, azotes, y verguenzas; en el texto de Partidas VII, XXXI, IV.

De todo esto, y teniendo una somera idea del derecho al castigo indiano que prevaleció en la Colonia, es necesario tener en cuenta las siguientes observaciones: Señala **Antonio Ramos Pedrueza**: "Nueva España estaba regida por los Códigos Españoles que en materia penal regían en la Madre Patria, modificados por reales cédulas y decretos del Consejo de Indias y Acuerdos de las Audiencias de México y Guadalajara. Entre los primeros ninguno tuvieron la aplicación que las Siete Partidas y la Novísima Recopilación. La Séptima Partida trata de los delitos, los define y explica. Su definición y penalidad constituyen una mezcla incoherente de Derecho Romano y costumbres bárbaras, de Derecho Canónico y Leyes Godas; la penalidad más cruel y los principios más sombríos y atrasados de la época medio-eval reglamentaron los juicios. En vano buscamos unidad de criterios, principios fundamentales; nada encontramos en esa legislación reflejo de esa moral del siglo XIII. La partida Séptima es ya el génesis del procedimiento inquisitorial, de la prueba por sospechas y de sus páginas escritas en el sonoro romance de su época, parece surgir la Inquisición futura y la España intolerante y fanática de los Autrias". ("La Ley Penal en México, de 1810 a 1910". México, 1911, Antonio Ramos Pedrueza, pag.: 3 y ss.) Por su parte **Jorge Vera E.** explica: "El concepto de delito en la legislación española, aún después del fuero juzgo, es religioso político, pues es considerado ya como un acto pecaminoso que infringe los cambios de la religión, ya como una infidencia al Estado, o como una agresión perjudicial a la seguridad y armonía de los individuos asociados. La penalidad es una expiación, una vindicta, o una forma de escarmiento, según las circunstancias, y dentro de estos tres conceptos adolece el espíritu de barbarie en que se inició la formación de la nacionalidad española, y a la vez, del rigor militar, de la constitución política de ésta y de la desigualdad de clases". 6 "Los Españoles trajeron consigo sus normas jurídicas propias, fruto de una elaboración más o menos paciente en la que la voluminosa herencia romana se habla amalgamado con las tradiciones celtíberas y germanicas, a veces deformadas por la ambición del conquistador que en muchas oportunidades se apartó de la letra de los textos legales" como afirma **Francisco González de la Vega.** 7

Como notamos, esta etapa de la historia del derecho al castigo mexicano, constituye sin lugar a dudas, **el capítulo más oscuro de la ciencia penal en México.** situación que prevaleció por tres siglos. Por último, para concluir este párrafo hacemos el recordatorio de **Manuel de Lardizábal y Uribe** (1739 - 1820), uno de los máximos representantes del Iluminismo del Derecho Penal en el mundo, y ser, "El Primer Penalista de la América en dominio de España". del cual ya se habló en su momento oportuno.

III).- La Epoca Independiente

Dada la situación social que prevalecía en lo que algún tiempo se le denominó Nueva España, en México se empiezan a presentar movimientos de luchas por la independencia de nuestra nación; causas internas empiezan a dar origen a estos movimientos al igual que influencias externas de

otras naciones. En 1810, Septiembre 16, un grupo de patriotas inician la lucha por la independencia nacional, la cual se logró después de 11 años. Cuando en 1821, Febrero 24, con respaldo de Guerrero, Iturbide firma un documento en que invitaba a todos los habitantes de la Nueva España a olvidar sus divisiones y a unirse para alcanzar la independencia. A este documento se le llamó Plan de Iguala o de las Tres Garantías. A mediados de 1821, llegó de España Juan O'Donohú, último español enviado para gobernarla. Este se dio cuenta de que los mexicanos querían la independencia, y convencido de que no podría gobernarla y de que era imposible cambiar lo que se había avanzado para la liberación del país, firmó con Iturbide los Tratados de Córdoba, mediante los cuales reconoció la independencia de México. En 1821, Septiembre 27, al frente del Ejército Trigarante, Iturbide entró a la Cd. de México: todo el país celebró así la consumación de la independencia.

1).- Los Primeros Indicios Legislativos

Pero la situación al otro día fue desconcertante, confusa y desconsoladora; se instala una junta provisional de Gobierno, encargada de redactar el Acta de Independencia y de organizar un Congreso que decidiera la forma de gobierno para el país. La situación era difícil: El comercio marítimo se hallaba suspendido; las fronteras no estaban bien señaladas en el norte ni en el sureste; en un promedio de cuatro millones de kilómetros vivían menos de siete millones de habitantes; habían muerto seiscientos mil hombres: casi la décima parte de la población y la mitad de los que trabajaban en minas, campos y fábricas estaban abandonados, casi nadie pagaba impuestos al gobierno que aumentaban día con día, sobre todo para mantener el ejército. En los caminos abundaban los bandoleros y casi nadie se atrevía a salir a comerciar. La nueva nación que comenzaba su vida propia había conseguido su libertad y ahora tendría que organizar un gobierno propio y reconstruir lo que había sido dañado durante esos años de luchas. Todos insistían en las riquezas de México y le profetizaban una vida esplendorosa. Pocos se daban cuenta de que la guerra lo había empobrecido. La sociedad había quedado desorganizada y el desorden político era abrumador. Por estos motivos, es acertada la afirmación de Carrancá y Trujillo, al expresar que "natural era que el nuevo Estado nacido con la independencia política se interesara primeramente por legislar sobre su ser y funciones. De aquí que todo empeño legislativo mirase primero al Derecho Constitucional y Administrativo". 8

El justo y necesario abrir un paréntesis para no omitir el primer ideal político jurídico de nuestra nación:

En plena lucha de independencia contra los españoles, Morelos comprende que la lucha necesitaba tener un centro de gobierno que coordinara las operaciones militares y diera "Personalidad Jurídica a la Nación", por lo cual decidió reunir un Congreso Nacional en Chilpancingo y en su primera sesión Morelos dio a saber su programa político, -bandera, forma y vida a la nacionalidad mexicana-. Para orientar los trabajos a los legisladores, da a conocer un inmemorable pensamiento denominado "Los Sentimientos de la Nación", y que a la postre el Congreso establecido Apatzingan, diera a advertir a la opinión "El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, 1814, octubre 22" (Constitución de Apatzingan) y aunque no pudo entrar en vigor, en ella se establece ya a la República como forma de Estado, se declara "la desaparición de la esclavitud" y "la igualdad de todas las razas".

Ahora bien, retomando la línea histórica del derecho en México, los mexicanos de aquel entonces se encontraban divididos en la forma de cómo debería de ser gobernada la nación: Unos querían una república y otros la monarquía, así la tentativa monárquica de Iturbide y posteriormente el interés por un régimen federal, trajo como consecuencia "la primera Constitución Mexicana de 1824". Esta fue promulgada en 1824, Octubre 24, la cual adoptó el sistema de gobierno republicano representativo, popular, y federal; la nación se llamaría Estados Unidos Mexicanos. El país fue dividido en 19 Estados libres y soberanos en su régimen interior, y cuatro territorios dependientes del centro; además se creó el D.D.F. para la residencia de los poderes de la unión. El poder para su ejercicio se dividía en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, - que se confiaba en su Suprema Corte de Justicia, a los Tribunales de Circuito, y en los Juzgados de Distrito-. Esta nueva organización política concedía la facultad de los Estados Federales de legislar en materia o jurisdicción local; por esta razón se tiene como primer indicio legislativo en nuestra materia: El bosquejo General de Código Penal para el Estado de México del año de 1831. 9 Posteriormente en el Estado de Veracruz en base a esta directriz, promulgó: El "Codigo Penal para el Estado de Veracruz", de 1835, siendo la primera codificación mexicana en la materia. 10

A ello, mencionamos el comentario de Antonio Ramos Pedrueza por la importancia que reviste: " las discusiones sobre las ventajas de tal o cual sistema de gobierno... no permitieron la expedición de leyes penales de interés público. Sólo el odio político, el rencor de las facciones, encontraron en las expediciones de leyes penales una arma contra el enemigo: innumerables leyes, decretos, y disposiciones se expidieron desde esa época hasta el triunfo de la República de 1867. Leyes todas que no son sino medidas de circunstancias de carácter meramente político y que no pueden analizarse con el criterio científico, ni marcan época alguna en la evolución de nuestro derecho penal; iguales observaciones pueden hacerse de las innumerables disposiciones para castigar los delitos militares" ("La Ley Penal en México de 1810 a 1910", México 1911, Antonio Ramos Pedrueza, pag: 6). Efectivamente, ello se traduce en una simple reglamentación dispersa en donde sólo el interés personal o de grupo, prevaleció como medio de control social.

En 1836, la nación sufre una transformación en su sentir social, recallendo en el carácter constitucional jurídico, pasando de una república, aún sistema central republicano, en 1836, Diciembre 30. Así se promulgan "Las Siete Leyes Constitucionales", que establecieron el régimen centralista gubernamental y administrativo de la nación, el cual dura hasta 1846, en que se vuelve al sistema federal. Ello fue producto del conflicto de intereses de grupos que existía entre los mexicanos, la división imperante entre ellos, y los problemas que se incrementaban día a día en esa lucha interna, pero además, por si fuera poco, nuestra nación se presenta ante problemas exteriores: El primero fue reconocer la independencia de Texas, otro, un problema de deuda con Francia y posteriormente una de las más trágicas, la guerra con los Estados Unidos de América con resultados desastrosos. México fue obligado a firmar el Tratado de Guadalupe Hidalgo, por el cual perdió los Estados de Nuevo México, Alta California, Texas y una parte de Tamaulipas, que esta entre los Rios Nueces y Bravo, es decir, una extensión aproximada de 2'378.000 Km 2 y sus excelentes puertos en ambos Oceanos. Baste indicar que a partir de 1836 a 1857 existieron 33 Presidentes, desde José Justo Corro a Ignacio Comonfort. Todas estas circunstancias fueron obstáculos para la organización de la justicia penal; la inestabilidad de los gobiernos no permitieron jamás un estudio serio, completo y reflexivo de ningún problema jurídico. Sobre la legislación en materia penal hacemos alusión a las siguientes: "Ley Orgánica de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del fuero común, 1837".

La cual trato de dividir las jurisdicciones en toda la nación por materia, una Civil y otra Criminal "Bases Orgánicas de la República Mexicana 1843". Reglamentación de fueron, de los procedimientos en los Juicios Criminales y de los Tribunales.

"Procuraduría de los pobres, 1847", dada en San Luis Potosí, que sirvió de inspiración a la Defensoría de oficio a nivel nacional.

"Ley de Julio de 1848", que establece un proceso sumario y verbal en el DDF, para juzgar a ladrones, homicidas, y saltadores.

"Proyecto de Código Criminal y Penal para el Estado de Veracruz de 1851-1852".

"Ley de enero 17 en materia criminal de 1853".

"Bases para la Administración de Justicia de materia Penal", 1853. Abril 22.

"Ley Penal de 1857". Enero 5.

Sin embargo, como ya se ha recalado, se trata de pura reglamentación para reprimir la criminalidad de orden policial y organización de instituciones judiciales. José A. Ceniceros y Garrido han reafirmado: "hasta 1857, no existen bases fundamentales de un derecho penal propiamente mexicano, estando caracterizado el régimen de represión por una verdadera anarquía en cuanto a las disposiciones de fondo, pues la mayor parte de las dictadas se refieren al procedimiento y a la jurisdicción, para activar los procesos y hacer más efectivas las penas ante el creciente aumento de la criminalidad". 11

2).- El Código Penal de 1871

La Guerra contra los Estados Unidos de América hizo que los mexicanos por primera vez sintieran la necesidad de estar unidos. A mediados del siglo XIX existían en México dos Partidos Políticos: El Conservador y el Liberal, las dos fuerzas políticas querían mejorar la situación, pero no estaban de acuerdo en la forma de conseguir lo que el país necesitaba. En 1857, bajo la presidencia del C. Valentín Gómez Farías, se aprueba "La Nueva Constitución", en Febrero 5 del mismo año, que organiza a la Nación en una república representativa, democrática y federal, compuesta por 23 Estados libres y soberanos en su régimen interior, pero unidos en una Federación. La nueva Constitución era democrática, liberal e individualista y estableció, las bases jurídicas de la Nación y del Estado Mexicano, en la cual sus postulados fueron las experiencias de treinta y cinco años de estériles luchas de partidos. Esta declaraba la libertad de enseñanza, de imprenta, de industria, de comercio, de trabajo y de asociación. Volvía a organizar el país como una república federal. Pero entre lo más importante, incluía un capítulo dedicado a las garantías individuales, un procedimiento judicial para proteger esos derechos conocido como "Juicio de Amparo o Juicio de Garantías", siendo su génesis: Las amargas vivencias de nuestra nación; por otra parte, se apoya la autonomía de los municipios, en que se divide los Estados desde un punto de vista político. Por tal motivo, se ha señalado que es en la Constitución de 1857, donde se "sientan las bases de derecho penal mexicano propiamente dicho", poniéndose fin a la dominante anarquía legislativa. Fue en esta Constitución donde se plasma por primera vez el principio de que las penas sólo pueden ser aplicadas en base a una ley vigente, con anterioridad al hecho. Estas bases legislativas serán ampliadas posteriormente con los legisladores de 1860 y de 1864.

En 1862, siendo Presidente de la república el C. Lic. Benito Juárez, la Nación sufre otra intervención por parte de Europeos, por franceses: México vuelve a tener una inestabilidad

política y durante el Imperio de Maximiliano de Habsburgo, de 1864 a 1867, en nuestra materia, se nombra una Comisión formada por Teodosio Lares y otras personas miembros del Consejo de Estado del Imperio para que redactaran el "Código Penal y de Procedimientos Penales" (Código de Instrucción Criminal y Penal Franceses de 1865 y 1866). Proyecto que no llegó a tener vigencia por la caída del Imperio y el restablecimiento de la república; por ello, restablecido el gobierno republicano, el Estado de Veracruz pone en vigor sus codificaciones tanto de procedimientos como los de carácter sustantivo, un civil y un penal: "El Código Penal de Corona de 1869, para el Estado de Veracruz". 12 y la "Ley Juárez de Jurados Criminales de 1869", Junio 15. Posteriormente, restablecido el gobierno republicano del C. Lic. Benito Juárez, se realiza "El Primer Código Federal". Comenta **A. Ramos Pedrueza**: "Causa maravilla que en medio de los tremendos problemas políticos en que se vió envuelto el gobierno de Don Benito Juárez, haya tenido serenidad bastante para pensar en la formación de los Códigos Civil y Penal, base fundamental del derecho mexicano; cuando el Ejército Francés se preparaba ya para emprender con formidables elementos de guerra el sitio de Puebla, el ilustre reformador no descuidaba a atender a problemas jurídicos de inmensa trascendencia". (La Ley Penal en México de 1810 a 1910,...) Benito Juárez entre sus más grandes meritos estribó en la firmeza de sus principios con que defendió la integridad de la constitucionalidad y el orden que necesitaba México, así como en la independencia de la patria contra el invasor extranjero.

En 1862, se nombra una comisión encargada de redactar un proyecto de Código Penal, pero la guerra interrumpió sus labores; restaurada la paz y el régimen republicano se nombra en 1868, a los C. Lics. Martínez de Castro Antonio, Manuel Zamacona, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Motellano, entre otros, para que se reorganice y se reintegre la comisión. Durante dos años y cinco meses, la comisión laboró empeñosamente siendo de pública opinión que casi todo el proyecto fue obra del Sr. Martínez de Castro. Así, en 1871, se aprueba y promulga el Código Penal para que comenzase a regir en 1872, con el nombre de "Código Penal para el D.D.F. y el territorio de Baja California para delitos comunes, y para toda la república respecto a delitos federales".

Las Entidades Federativas siguieron rápidamente el buen ejemplo del Distrito Federal: Ya que dos años antes, en 1869, Veracruz había expedido su Código Penal; seis meses antes de que se promulgara el del D.F. Guanajuato publicó el que formuló el Sr. Lic. Andrés Tovar, y casi al mismo tiempo Yucatán publica su cuerpo de leyes penales; en el año siguiente, 1872, Guerrero, Campeche, Zacatecas y San Luis Potosí; en 1873, Chiapas y Coahuila; en 1874, Tamaulipas y Sinaloa; 1875 los Estados de México, Hidalgo y Puebla; en el año siguiente y poco tiempo después, Colima, Oaxaca, Morelos, Tlaxcala, Chihuahua, Durango, Nuevo Leon, Aguascalientes, Queretaro, Tabasco, Michoacan, Jalisco.

Como vemos, puede por tanto indicarse que la ley penal en ese tiempo estaba casi unificada; tal unificación fue espontánea, lo cual enseña que aparte de cualquier contexto filosófico y científico de la sustantividad de la ley, están las necesidades imperante de un pueblo.

De nuestra primera Legislación Criminal Federal, ya **Franz von Liszt** en su tiempo, da referencia de ella en su Lehrbuch:

12).- **Das ausserdeutsche Strafgesetzbuch des 19. Jahrhunderts.**

1).- **Die Geschichte des Strafrechts.**

XI).- **Die mittel-und-sudamerikanischen Staaten.**

1. México, Eisemann Z.14 und StGB. Z. 113. StGB. vom 7 Dezember 1871,

neue Fassung 1884. Deutscher Übersetzung als Beilage zu Z. 14.- Militär StGB. vom 13 Oktober 1898. 13

Así de esta etapa codificadora **Jorge Vera** explica: "La aparición de los Códigos significaba, en la evolución jurídica del país, no sólo el advenimiento de la claridad, del orden y del método de las leyes sustituyendo a la era de las legislaciones superpuestas, concurrentes y supletorias cada una de las cuales, pretendiendo aclarar las anteriores, venía a producir nuevas dudas, obscuridades y contradicciones, que agotaban la inteligencia de los tratadistas de la época; no. esa aparición, significaba especialmente, el desarrollo sistemático de todos los principios jurídicos, que las nuevas necesidades de la vida humana trajeron como contingente en el progreso del siglo XIX". 14

La aparición de estas codificaciones en este movimiento legislativo penal, dan prueba que después de la consolidación del gobierno del C. Lic. Benito Juárez, la nación mexicana entra a una etapa importante, se da una república restaurada, el respeto a la Constitución y a las leyes de reforma, dan la consolidación del Estado mexicano, disminuyendo el desorden político, y México comenzó a ser una república vigilante de sus leyes.

Esto trajo como consecuencia que, posteriormente a la promulgación de la legislación penal, durante casi las siguientes cuatro décadas, es decir, hasta 1910 aparecían algunas leyes importantes.

"1870, Dic. 20	Ley sobre la libertad preparatoria,
"1872, Nov. 30	Ley sobre aprehensiones por medio de exhortos,
"1873, Feb. 28	Decreto declarando el delito de peculado de la competencia federal,
"1879, Sept. 4	Imposición de penas a contrabandistas,
"1880	Código de procedimientos Penales,
"1886, Ago. 4	Previniéndose se dé aviso a la Secretaría de Relaciones de toda causa criminal incoada ante un extranjero,
"1889, Nov. 30	Decretos que establecen la gracia de libertad provisional y libertad preparatoria en materia federal,
"1890, Feb. 11	Código de Procedimientos Penales,
"1894	Código de Procedimientos Penales en materia Federal, (Se promulgo en 3 partes, 1895, 1896, 1897)
"1896,	Regulación relativa a la organización judicial penal común,
"1896, Jun. 6	Ley reglamentaria de la Constitución sobre procedimientos para exigir la responsabilidad a los altos funcionarios de la federación,
"1897, May. 11	Ley sobre monumentos arqueológicos, estableciendo penas por violación de los preceptos de las mismas,
"1897, May. 19	Ley sobre extradición,
"1898, Oct. 13	Código Penal Militar, (Del que anteriormente se hizo mención al citar a von Liszt)
"1899, Abr. 29	Parte penal de la Ley sobre Ferrocarriles,

El Código Penal de 1871, denominado también "Código Juárez" o "Código Martínez de Castro", constó de 1152 artículos y 28 transitorios, su orientación filosófica fue la Escuela Clásica Italiana, influido someramente por un espíritu positivista, ya que en él se admiten algunas medidas preventivas y correccionales, de la libertad preparatoria y retención, fija un riguroso catálogo de agravantes y atenuantes que impiden considerar circunstancias no previstas. Uno de los principales méritos de este ordenamiento legal fue, el de haber acogido con gran enjundia los axiomas de las doctrinas más consistentes en la etapa en que nació. El pensamiento de **J. Bentham** y posteriormente las obras de **Ortolán**, de **Cheuveau** y **Hellel**, hicieron conocer en nuestro foro, las doctrinas de la Escuela Clásica, aunado a las necesidades sociales, fungen en su directriz.

Al Código de 1871 se le dio un carácter "provisional" y ella duro hasta 1929, es decir, 58 años; en ese provisional periodo se presentaron las reformas o modificaciones siguientes:

-Ley de 1884, Mayo 26, reformando la fracción XIV del artículo 46 del Código Penal y diversos artículos relativos a los delitos de culpa en general y de los delitos de robo, abuso de confianza, lesiones, homicidio, adulterio y ultrajes a la autoridad; esta ley fué modificada en lo que refiere al delito de robo por el decreto de 1894, Mayo 22 que estableció penalidad especial y procedimientos especiales también para el delito indiciado.

-Reformas de 1896, Jun. 6 y Sept. 5, y de 1897, Dic. 8 y 13, sobre la libertad preparatoria, prisión, retención, trabajo en las prisiones, períodos en la misma, indulto y abuso de confianza para adaptar varios textos del Código Penal al régimen penitenciario, que la conclusión de la penitenciaría de México exigía plantear.

-Ley de 1900, Sept. 14, sobre el reglamento provisional de la penitenciaría y decreto de 1879, Dic. 13, promulgando la organización de los Establecimientos Penales en el Distrito Federal. Reglamento de 1900 Nov. 20 sobre la Junta de Vigilancia de Cárceles.

-Reforma constitucional sobre subsistencia de la pena de muerte para delitos de orden común y los que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Ley estableciendo en 1908, Jun. 20 la pena de relegación.

-1903 siendo presidente el C. Gral. Porfirio Díaz por conducto de la Secretaria de Justicia se designó una comisión, encargada de formular un proyecto sustancial de reformas al Código Penal de 1871; tal comisión estuvo precedida por el Lic. **Miguel S. Macedo**, la cual trabajo durante bastante tiempo; los trabajos se presentaron en 1912, Jun. 11; sin embargo, ya en ese tiempo México se encontraba en una de sus etapas políticas más importantes de transición, nos referimos a la "Revolución Mexicana".

3).-El Código Penal de 1929.

La vida política de México después de la muerte del C. Lic. Benito Juárez, efectivamente, fue de calma, de una paz interna, la cual duró cuatro décadas dentro de las cuales el C. Gral. Porfirio Díaz fue presidente por "treinta y un años", sin embargo, esa supuesta calma tuvo un alto precio. El pueblo mexicano estaba hastiado del desorden y la guerra; Díaz se propuso imponer la paz a cualquier costo. México no tenía dinero, ni se lo querían prestar en ningún lado porque no había pagado sus deudas con puntualidad. Había que atraer capital extranjero, pero nadie invertiría en México si no había estabilidad y paz. Con mano dura Díaz trato de eliminar las diferencias de opiniones sobre asuntos de política, y se dedicó a mejorar el funcionamiento del gobierno. "Poca política y mucha administración" era el lema de ese tiempo. La paz no fue total, pero Díaz

consiguió mantener el orden mediante el uso de la fuerza pública. Policías y soldados persiguieron lo mismo a los bandoleros que todo intento de oposición. Con el orden aumento el trabajo y se hizo posible el desarrollo económico, pues el país contaba con recursos y los empresarios podían obtener buenas ganancias; indudablemente se presenta lo que se conoce como la prosperidad porfiriana (En la cuestión económica, sólo en un determinado grupo de personas, también en algunos aspectos culturales; pero en la gran mayoría de los habitantes, nunca la tuvieron). Cada vez había más ricos, pero cada vez, más había millones de pobres; los reclamos sociales se hacían cada vez más presentes, a medida que pasó el tiempo, fue creciendo el descontento por la miseria en que vivía la mayoría de la gente y por que la dictadura de Díaz era insoslayable. Cada día era más difícil mantener el orden; en los últimos años del porfirato se vivía un clima de represión. La fuerza de las armas se utilizó con violencia creciente; de eso dan muestra la torpeza con que se negociaron y la dureza con que se reprimieron "La Huelga de Cananea" (1906) en Sonora, y de "Rio Blanco" (1970) en Veracruz, así como la manera en que se persiguió a los periodistas que criticaban al régimen y a cualquiera que manifestara una opinión que fuera oficial. La Revolución no se hizo esperar, la cual inicia el 1910 y como bandera de ésta, fué el reclamo social para el pobre, el campesino, el obrero; las figuras de Francisco I. Madero, Emiliano Zapata, Francisco Villa, Venustiano Carranza, Alvaro Obregón, entre otros, se hacen presentes en las batallas revolucionarias que se originaron en todo el país; esas demandas sociales reclaman también la necesidad de analizar la Constitución del 1857.

Después de esas luchas empiezan a prevalecer los criterios jurídicos políticos en unos de los bandos, dando como consecuencia una unidad nacional, es decir, el apego a la ley y un nacionalismo ferviente le dan la bienvenida al siglo XX.

A finales de 1916, los revolucionarios se reunieron en Querétaro para reformar la Constitución y, decidieron redactar una nueva, pues las circunstancias de México en ese momento eran muy diferentes a las que había en tiempo de Juárez. "La nueva Constitución se promulga en 1917", en ella se incorporaron ideas de todos los grupos revolucionarios, retomó las libertades y los derechos del ciudadano, así como los ideales democráticos y federales de la de 1857. Reconoció los derechos sociales, como el de huelga y de organización de trabajadores. México comienza su reestructuración hacia la época moderna.

Al reaparecer la tranquilidad y consolidada la revolución, los primeros gobiernos emanado de ella, nombraron diversas comisiones encargadas de llevar a cabo la revisión de las legislaciones, cuya vejez e insuficiencia se palpan a diario en la praxis. En referencia a nuestra materia, el C. Presidente de la república Lic. Emilio Portes Gil expidió en 1929, el segundo Código Federal en materia penal, conocido también como "Código de Almaraz", por haber formado parte de la comisión redactora el señor Lic. José Almaraz, quien expresa que se acordó presentar un proyecto fundado en la Escuela Positiva Italiana. Este Código penal tiene 1228 artículo y 5 transitorios, el cual no realizó integralmente los postulados de la escuela positivista por obstáculos de orden constitucional y errores de carácter técnico. El Código de Almaraz tuvo serias dificultades de aplicación, tanto por la técnica del nuevo ordenamiento como por sus consecuencias materiales, sus defectos de funcionamiento y hasta sus errores de redacción, fueron los motivos que originaron que a los dos años siguientes apareciera un nuevo ordenamiento penal federal, pero cabe destacar que entre uno de sus aciertos, fue la supresión de la pena de muerte. En este mismo año aparece el "Código de procedimiento penales" de 1929.

4).-El Código Penal de 1931

Efectivamente, los errores que contenía el Código de 1929 motivaron que en 1931, el mismo C. Presidente de la república Lic. Emilio Portes Gil determinara la elaboración de un nuevo Código Penal. La Comisión integrada por Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Ernesto Garza, Jose Angel Ceniceros, Jose López Lira y Carlos Angeles, concluyeran sus trabajos con la redacción del actual:

"Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal", de 1931.

Este Código fue promulgado por el C. Presidente de la república Ing. Pascual Ortiz Rubio.

El Código de 1931 consta en la actualidad de 413 artículos y un sólo artículo transitorio. De él se ha dicho, que es de orientación ecléctica y pragmática, basada en las doctrinas clásica y positivista, lo cual se deduce del mismo texto y de los trabajos elaborados por sus redactores. Su contenido ha sido constantemente modificado en los puntos particulares al correr de los años; a él se le ha introducido muchísimas reformas, habiéndose elaborado varios proyectos para sustituirlo. Entre ellos:

- Anteproyecto de Reformas al Libro 1º del Código Penal de 1931, 1934, Dic. 4,
- Proyecto de reformas del año de 1942 para el Código penal vigente,
- Proyecto de Código Penal de 1949 para el D.F. y Territorios Federales,
- Proyecto de Chico Goerne de Código Penal de 1958,
- Anteproyecto de código penal de 1958,
- Proyecto de Código Penal para el D.F. en materia de fuero común y para toda la república en fuero federal, 1958,
- Proyecto de Código Penal para el D.F. en materia de fuero común y para toda la república en fuero federal 1983.

Y dentro de sus innumerables reformas, se ubica la última de 1994

En este mismo año aparecen leyes penales de carácter objetivo:

- Código de procedimientos penales vigente para el D.F. 1931,
- Código federal de procedimientos penales, 1934,
- Además, un Código de justicia militar.

Junto a este Código de 1931, coexisten los diversos Códigos de las Entidades Federales que son consecuencia del régimen federal adoptado por nuestra nación para su gobierno (Art. 40 Constitucional, república representativa, democrática, y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación). Así, Código Penal para la Entidad Federativa de:

México	1960	Morelos	1946
Michoacán	1962	Nayarit	1956
Aguascalientes	1949	Nuevo Leon	1943
Baja California N.	1959	Oaxaca	1944
Baja California S.	1988	Puebla	1943

Campeche	1943	Querétaro	1987
Coahuila	1941	San Luis Potosí	1944
Colima	1955	Sinaloa	1939
Chiapas	1958	Sonora	1949
Chihuahua	1938	Tabasco	1948
Durango	1944	Tamaulipas	1956
Guanajuato	1978	Tlaxcala	1957
Guerrero	1986	Veracruz	1980
Hidalgo	1945	Yucatán	1938
Jalisco	1933	Zacatecas	1936

*Claro, con sus respectivas reformas al transcurrir el tiempo.

A esta multiplicidad de legislaciones penales vigentes en una misma nación, se les clasificó en líneas filosóficas que siguieron el c.p. de 1871, el c.p. de 1929 y el c.p. 1931; lo cierto es que ningún Código Penal estatal en la actualidad, sigue las líneas filosóficas de los primeros dos, sino más, se empieza a dar muestras de avance científico en determinados ordenamientos punitivos estatales. De este tema, se comenta en el liminar de la obra "Leyes Penales Mexicanas T.I. 1979", del cual nos permitimos transcribir esta importante transición:

"Una tercera etapa en la codificación penal mexicana, se inicia en Veracruz con el código penal de 1944... el código mencionado entra en vigencia el primero de julio de 1948, iniciándose así un movimiento legislativo que aún no ha concluido, que se separa de la legislación federal de 1931 y que sin desconocer la importancia de los antecedentes y tradición legislativa nacionales, tiende a la superación de este texto; corriente en la que se puede afiliar los proyectos federales de 1949, 1958 y 1963, el código Sonora 1949, el de Guerrero 1953, el de Baja California de 1959, el del Estado de México 1961, el de Michoacán de 1962, como también los mismos proyectos veracruzanos de 1951 (parte General) y 1954".

"En el año de 1963, finalmente se redactó el proyecto de código penal tipo para la república mexicana... Se agrega a este esfuerzo legislativo el código penal para el Estado de Guanajuato de 1978 y el proyecto del código penal para el Estado de Veracruz de 1979", 15 (Nosotros adicionaríamos el código penal para el Estado de Guerrero 1984 y el proyecto de código penal para el D.F. en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal de 1983, el código penal para el Estado libre y soberano de Veracruz llave de 1980).

Con estas referencias, México da muestra de una vez terminada sus etapas de transición entra a una época de estabilidad política y social, basada en la democracia de los mexicanos, en el cumplimiento cabal del Estado de Derecho; y aunque existen muchos problemas, retos, también existen grandes hombres. En nuestra materia, es necesario dar vista atrás, analizar el presente, y plantear nuestro futuro, en referencia a la legislación criminal, a la ciencia jurídica penal, a nuestra jurisprudencia, y a nuestros problemas diarios, por que entre los deberes inoperables que tiene una sociedad, ninguno tal vez más ineludible que solventar, es el del delito, ubicándolo sobre las bases ético sociales actuales y en el cumplimiento de las exigencias político criminales.

"Esos orígenes legislativos ayudarán naturalmente a encontrar el verdadero contenido de un ordenamiento jurídico, pues para encontrar el sentido el código penal no basta con leerlo de principio a fin, sino que es evidente, entre otras exigencias que, como escribe **Stammler**", el

contenido concreto de un determinado orden jurídico sólo puede llegar a conocer y a definir exactamente en su modalidad peculiar por el estudio de sus orígenes históricos" 16

5).- El Desarrollo Penal hasta nuestros días

En este último párrafo, nos limitaremos a realizar algunos breves comentarios en referencia a, nuestro ordenamiento jurídico en materia penal vigente, y a nuestra jurisprudencia.

Como anteriormente se indicó, nuestro ordenamiento punitivo data de la expedición realizada por C. Presidente Pascual Ortiz Rubio con fecha de 1931. A él, le han seguido una innumerable cantidad de reformas y proyectos que han intentado sustituirlo; sin embargo, tal situación no se ha presentado. Pero para no intentar realizar una reseña de todas las modificaciones que se ha presentado, baste indicar los antecedentes más cercanos de las últimas reformas que ha sufrido nuestro ordenamiento legal penal: Un movimiento de modificaciones penales modernas se inicia hace un promedio de 3 lustros, con el anteproyecto de código penal para el Estado de Veracruz de 1979; de ahí sigue el anteproyecto de código penal para el Distrito Federal de 1983 (donde surge las reformas que entraron en vigor en 1984), y las últimas de 1994, Enero 10. (no obstante, es necesario expresar que durante todo este tiempo, se ubican una cantidad no pequeña de reformas e incluso de nuevos códigos estatales en materia penal con una orientación distinta a la que ha caracterizado al código penal del Distrito Federal) Además, muchas de las reformas suscitadas a partir de la aparición del código penal, no presentan una nueva orientación filosófica y política acorde a los postulados de nuestra Constitución y que responda a las exigencias de nuestra realidad.

En Septiembre de 1994, se realizaron las reformas a los artículos 16, 19, 20, 119 y la derogación de la fracción XVIII del 107 de la Constitución, resaltando las referentes a los artículos 16 y 19 que hace alusión a los requisitos para la orden de aprehensión que debe librar la autoridad judicial, y los requisitos para el auto de formal prisión que debe dictar la autoridad judicial; en ellas se presentan cambios de nomenclaturas procesales, que son estructuras básicas de la actividad diaria del Ministerio Público, y del Juzgador; nos referimos a lo que se denomina "elementos del tipo penal" (antes cuerpo del delito) y de "la probable responsabilidad" (anteriormente, presunta responsabilidad). Con ello, se imprime un matiz más preciso y técnico a la estructura del delito, trayendo como consecuencia, que la legislación penal y el código de procedimientos penales presente modificaciones en su contenido, para poder reafirmar los alcances de esta reforma constitucional. Por tanto, es así como resultan las reformas de Enero 10 de 1994. En donde se presentan nuevos contenidos a los artículos 7, 8, 9, 12, 13, 15, y 17 entre otros del código penal federal. En ellos esta contenido lo que se conoce como teoría del delito en términos generales.

Pero veamos, nuestro ordenamiento legal vigente en materia penal, se denomina: "Código Penal - para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la república en materia de fuero federal". Este consta de dos libros, los que, a su vez, están estructurados de varios títulos y capítulos. El primer libro contiene lo que se denomina como parte general de Derecho Penal y segundo contiene la parte especial del Derecho Penal. En el primero, se hace referencia a la responsabilidad penal, a las penas y medidas de seguridad, a la aplicación de sanciones, a la ejecución de sentencias y a la extinción de la responsabilidad penal; en el segundo, se describen las diversas figuras delictivas, las que son clasificadas según el bien jurídico que protegen. Este

ordenamiento consta de 413 artículos y un artículo único transitorio. El código parte en su estructura general de dos aspectos: uno dogmático y otro en base a un criterio filosófico y político.

Ahora bien, sobre el contenido técnico jurídico que contiene el Código a partir de las reformas, se encuentran soluciones a muchos problemas que antes no eran resueltos, tanto en el momento de su aplicación, como en lo de su contenido jurídico.

Prueba de ello son las reglamentaciones a lo que se conoce como "omisión impropia o comisión por omisión", las precisiones en lo que se entiende por "conducta dolosa" o por "conducta culposa", y lo referente a las "causas de exclusión del delito" en donde la regulación del error de tipo, error de prohibición, el consentimiento del titular del bien jurídico o la falta de elementos del tipo penal, son ejemplo de la nueva regulación jurídica. Además, la reglamentación en torno al criterio de la culpabilidad, en el sistema de incriminación de los delitos culposos, los aspectos de despenalización y de incriminación en la parte especial del Código penal, entre otros, marcan una nueva pauta en nuestro trabajo diario. Pero esto tiene una base y una consecuencia. La primera, es que se parte de concepciones más actualizadas sobre el desarrollo de la teoría del delito al momento de legislar en la materia, y ello trae como consecuencia, en que se tiene que desechar los criterios ya antiguos de la jurisprudencia y que esta se adecue o que se encuentre en la obligación de ajustarse a lo que dice la ley, ya que no se puede seguir manejando criterios ya ampliamente superados por los problemas y, que la dogmática no responda con adecuadas soluciones. Con esto, no podemos en este lugar, referirnos a la explicación de las reformas, pero su propio contenido bastará ubicarlo en el desarrollo del presente trabajo.

Resta sólo indicar, que esperamos que dentro de un plazo no muy largo sea abrogado por completo este ordenamiento, y sea reemplazado por otro nuevo, trayendo consigo el inicio de una nueva época en nuestra legislación criminal.

B) LA DOGMÁTICA PENAL EN MÉXICO.

Sobre el desarrollo de nuestra dogmática jurídica penal indicamos lo siguiente: El proceso del conocimiento científico de la estructura jurídica del delito no ha sido ajeno a los estudios de los juristas mexicanos. En ellos, siempre ha existido la preocupación por los grandes problemas jurídicos que encierra el delito; sin embargo, existen determinadas situaciones que merecen algún comentario. Sobre la pauta ideológica que ha servido de directriz en nuestros ordenamientos legales, los estudios de los juristas mexicanos se han desenvuelto lentamente. **Moisés Moreno Hernández** ¹⁷ ha clasificado las distintas etapas del derecho penal mexicano de la siguiente manera: I. Etapa, de 1871 a 1931: Período eminentemente de política criminal; II Etapa, de 1931 a 1950: Período predogmático; III. Etapa, de 1950 a 1965: Período dogmático; IV. Etapa: de 1965 a la fecha período: moderno de la dogmática.

1).- Efectivamente, sobre las ideas que inspiraron el surgimiento de la ciencia penal en Europa, el desarrollo de los primeros códigos penales en América y, por tanto en México, tuvo su repercusión. En la base ideológica y política de la ciencia penal de finales del siglo XIX, es decir, sobre la concepción de las Escuelas italianas, tanto clásica como positiva, (vid. supra cap. I y VI) se intentó dar solución a los problemas que presentaba la criminalidad. ¹⁸ A la misma vez, la preocupación de los juristas mexicanos de la época por tratar de interpretar el contenido del

ordenamiento penal, se hace presente en los estudios de **Juan Manuel Díaz Barreiro**, 19 **De Medina y Ormachea**, 20 **Ricardo Rodríguez**, 21 **Miguel S. Macedo** 22 **Ceniceros y Garrido** 23 entre otros; sin embargo, es a partir de la obra de **Carrancá y Trujillo, Raúl**, 24 y de otros autores que le siguen, cuando por primera vez se realiza el primer estudio sistemático de la teoría del delito. Este afirma. "La Ciencia del Derecho Penal (Dogmática Jurídica Penal) tiene como finalidad la sistematización de los conceptos del delito, del delincuente y de la pena, para llegar a una noción universal y abstracta del injusto como fenómeno humano, social y jurídico. Al delincuente se le aprecia como un ser y no como un ente conceptual y a la pena como una consecuencia política y social, que se aplica para conseguir los fines correspondientes". 25

Tiempo después los estudios de **Francisco González de la Vega**, 26 **Carlos Franco Sodi**, 27 **Ricardo Abarca**, 28 **Antonio P. Moreno**, 29 de **Machorro Narváez**, 30 etc., expresan su preocupación por el carácter científico jurídico de la ciencia penal.

2).- Transcurre el tiempo y la dinámica de la ciencia penal en México camina lento a comparación de otros países. 31 Por otra parte, la influencia de autores españoles e italianos se hace presente. México, país de libertad y de respeto a los derechos del ciudadano, dio asilo político a varios Profesores españoles que buscaban un refugio en tierras extrañas (también, en Colombia, Argentina, Venezuela, Uruguay, etc) e influyeron con su pensamiento en los juristas mexicanos; trayendo toda la técnica jurídica alemana, **Jiménez de Asúa**, representa la esquemática de la teoría del delito. quien afirma: "Wilhelm Sauer -antes de que se despegara por el rigorismo autoritario- construyó con designio filosófico, frente a la faz positiva de los caracteres del delito, su aspecto negativo. Pero el filósofo- jurista alemán no llega al logro de su propósito, puesto que no consigue exponer orgánicamente todos los problemas que la infracción abarca. "Completando su doctrina", diremos que cada ausencia de los requisitos del delito crea un instituto jurídico-penal de importancia superlativa. Veámoslo en el siguiente esquema: Aspecto positivo: actividad, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condicionalidad objetiva y punibilidad. Aspecto Negativo: falta de acción, ausencia de tipo, causas de justificación, causas de inimputabilidad, causas de inculpabilidad, falta de condición objetiva y excusas absolutorias. He ahí el plan de nuestro trabajo en que nos proponemos ilustrar cada uno de los caracteres positivos del delito, y junto a ellos, su aspecto negativo". 32 Junto a este español y con las bases antes mencionadas, se indican a **Mariano Ruiz Funes**, **Mariano Jiménez Huerta**, **Francisco Blasco Fernández Moreda**, **Fernando Arilla Bas**, **Constancio Bernaldo de Quiroz**, **Faustino Ballve**, **Ricardo Calderón Serrano**, entre otros, pero que a la misma vez muchos de sus criterios particulares resultan de interés. Creemos que dentro de los que permanecieron por siempre en nuestro país, el de mayor criterio científico sea el Sr. **Mariano Jiménez Huerta**, pero a parte de ello, su lugar en nuestra dogmática tiene un sitio especial. 33

3).- Ahora bien, retomando la línea dogmática mexicana, en la década de los años 50, los trabajos de **Celestino Porte Petit C.** se empiezan a ubicar, en donde la estructura causalista del delito encuentra su desarrollo, pero a la vez, ejerce influencia en la gran mayoría de todos los autores mexicanos de la época. En él, su influencia en los estudios de los profesores italiano es imprescindible, pero en la que mantiene un criterio más coherente y que a la par, la influencia de Jiménez de Asúa es relevante. Por otra parte, en esta etapa de la ciencia jurídica penal mexicana, el pensamiento del **Dr. Porte Petit** se hace latente en varias legislaciones penales estatales de nuestra república.

En esta época se agregan **Luis Fernández Doblado**, 35 a **Fernando Castellanos Tena**, 36 **Francisco Pavón Vasconcelos**, 37 **Igancio Villalobos**, 38 **Franco Guzmán**, 39 **García Ramírez**, 40 **Vela Treviño**, 41 **Malo Camacho**, 42 **César Augusto Osorio Nieto**, 43 **Irma G. Amuchateguí Requena**, 44 **Miguel Angel Cortez Ibarra**, 45 entre otros; obras que conforman la dogmática penal dominante en nuestro país; sin embargo, nos permitimos transcribir lo siguiente: "En la doctrina penal mexicana no existe aun. acuerdo sobre la estructura del delito, ni una línea de criterio respecto de la relación que deben darse entre los diversos elementos, ni mucho menos si la acción es aprendida o no en su estructura ontológica; en la dogmática penal dominante se sostiene un concepto causal de acción, y es en virtud de ello, lo que se han determinado los contenidos y límites de los diversos elementos del delito". 46 (vid. supra cap. II y III)

4).- En referencia a una Etapa Moderna se empiezan a presentar avances en el estudio de los problemas de la teoría del delito. El finalismo no es extraño en la ciencia penal mexicana, aunque si su explicación y comentario es minoritario. A partir de las nuevas reformas al Código Penal Federal obliga al tratadista o estudioso de la ciencia penal a adoptar nuevos criterios, a reelaborar posiciones y a abandonar decisiones obsoletas. Los primeros indicios por el manejo de la estructura finalista del delito se encuentran en los estudios de **Olga Islas de González y Mariscal y Elpidio Ramírez**, 46 en la década de los sesenta, bajo una concepción lógica matemática del delito y en la cual se afirma "haber llegado a los distintos conceptos jurídicos que manejan, haber superado las deficiencias del "metodo tradicional y construido, una estructura lógica del derecho penal; 47 Sin embargo, **Moreno Hernández** aclara que "El contenido de la dogmática jurídica penal no puede hacerse matemáticamente o a través de métodos o criterios estrictamente naturalísticos. Todo el derecho penal está impregnado de valoraciones no podrían ser de otra manera; su propia naturaleza determina, por ello, que el método para analizarlo no puede estar desprovisto de consideraciones valorativas, de espiritualidad". 48 A ello, es prudente no omitir que en este período se encuadra a **Eugenio Raúl Zaffaroni** quién por ese tiempo se encontraba en México realizando docencia e investigación y defiende por primera vez en nuestro país, una posición finalista. En esta época moderna de nuestro momento actual, se suman los trabajos de **Moisés Moreno Hernández** 49 cuya formación intelectual doctoral se desarrollo en la Universidad de Bonn, República Federal Alemana, bajo la dirección de **Hans Welzel** y **Armin Kaufmann**, lo cuál representa la transición de las nuevas generaciones de penalistas mexicanos.

En nuestro momento, la gran mayoría de las obras de derecho penal se desarrollan en criterios causalistas, no están actualizados en referencia de información de la legislación penal mexicana, y sus estudios en relación con un tema particular de la ciencia penal contemporánea, es casi inexistente. Y aunque han aparecido últimamente algunas obras de derecho penal, 50 no responden a las expectativas necesarias. Por tanto, creemos que en nuestro presente no existe todavía un "Tratado" cuyo contenido pueda responder a las exigencias que toda instrucción universitaria reclama.

C) EL PROGRAMA DE ESTUDIO DE LA FACULTAD DE DERECHO (UNAM).

Ahora bien, por lo que respecta al Plan o Programa de estudios en materia penal de la Facultad de Derecho de la U. N. A. M., éste es de reciente data; la materia penal es estudiada en cuatro semestres consecutivos, bajo el sistema de que en el 1o. semestre se estudia la "Introducción al Derecho Penal", en el 2o. semestre se analiza la "Teoría del delito"; ello presupone que

terminando el estudio de los dos primeros semestres se tiene bajo una visión clara y precisa, la estructura jurídica del delito, por tal motivo se introduce en el 3o. semestre el estudio de "Delitos en Particular I", y se complementa tal estudio en el 4o. semestre con "Delitos en particular II y Delitos Especiales". Este nuevo programa fue aprobado por tres instancias correspondientes: Por el H. Consejo Técnico en sesiones de 1993, Marzo 30, abril 14, 15 y 19 , y en Junio 9 y 21, respectivamente. Por la Comisión de Trabajo Académico del H. Consejo Universitario en sus sesiones de 1993, Junio 15 y 29, y por el H. Consejo Universitario en su sesión de 1993, Septiembre 2. Este nuevo plan académico reestructuró todas las materias impartidas en la Facultad de Derecho, sustituyendo al anterior programa universitario por que éste no podía ya ofrecer los requisitos necesarios para la instrucción profesional del universitario. Anteriormente la materia penal se estudiaba en sólo dos semestres, se iniciaba tal estudio a partir del 2o. semestre bajo la denominación "Penal I", en el cual se abarcaba la Introducción al Derecho Penal y el análisis de la Teoría del Delito, en el 3o. semestre se estudiaba la materia "Penal II", la cual comprendía todos los supuestos de hechos típicos comprendidos en el ordenamiento jurídico en particular.

Creemos que dentro de una perspectiva, es loable que se haya realizado esta modificación al programa, ya que el tiempo destinado para tal estudio era realmente muy breve y no se alcanzaba a agotar la enseñanza de la materia; sin embargo, es necesario saber cómo se realizó el nuevo programa académico, y sólo bastará saber qué es lo que se tiene que enseñar, es decir, qué es lo que se imparte de la materia en cada semestre, a lo cual podemos adelantarnos a afirmar que es ahí donde encontramos una disyuntiva, ya que tal programa académico en referencia a la materia penal, es precario, deficiente y aberrante lo que se presume estudiar en cada semestre conforme a este nuevo programa; a ello agregamos que al momento de realizar la impresión del nuevo programa no se revisó la cuestión ortográfica, ya que ésta presenta faltas de ortografía; en otras palabras, no se le dió el interés debido a tal plan de estudios. Ello solamente nos produce una cuestión: tristeza. Veamos:

-En lo que a contenido respecta al 1o. semestre en donde se supone se estudia la "Introducción al Derecho penal" se tiene que cubrir lo siguiente: Situación sistemática y alcances del derecho penal y, esencia del derecho penal; posteriormente los ámbitos objetivos y subjetivos de la aplicación de la ley penal, siguiéndole la estructura de la norma penal bajo tres incisos: tipo, punibilidad y norma de cultura subyacente; y de manera desconcertante se prosigue al estudio del iter criminis, de la tentativa, la consumación y el concurso de persona, en unos cuantos incisos; por último, se termina regresando al estudio del concurso de normas, en donde hay que examinar el concurso ideal, concurso material, la reincidencia, la acumulación, la habitualidad y el concurso aparente de normas; a esto sólo resta adicionar lo relativo a las consecuencias de la responsabilidad penal, en donde según esto, se tiene que contemplar de una forma muy breve, penas y medidas de seguridad; por otra parte de manera dispar, la prevención general y particular con tendencias internacionales en la política criminal.

Con esto se concluye el estudio del primer curso de derecho penal y nos remiten a una bibliografía "básica" y "complementaria", la cual no contiene ninguna obra de carácter introductorio en la materia y, sólo conforman un conglomerado de obras, las cuales ni siquiera aparecen en una ordenación alfabética, ni mucho menos en un orden sistemático de acuerdo con su contenido científico. En lo que se refiere a la cuestión ortográfica se escribió Johalmes en vez de Johannes, Jurgen o Jorge en lugar de Jürgen. Rinnhart en vez de Reinhart,

Belling en lugar de Beling, Rodan en vez de Roda, Apuntamiento en lugar de Apuntamientos, etc., etc. Lo cierto es que en base a un estudio introductorio, el actual programa revela pobreza de conocimientos contemporáneos del derecho penal; al menos hubieran contemplado un espacio para el estudio de la historia legislativa penal en México.

-El 2o. semestre ubica la parte más importante de la materia, nos referimos a "la Teoría del Delito" y si el programa del primer semestre presenta fallas, nos atreveríamos a expresar que lo que concierne al programa del 2o. semestre presenta una panorámica desalentadora. Sobre su contenido se tiene que enseñar lo siguiente:

A).- Explicar las principales corrientes doctrinarias que se han formulado para estudiar al delito y sus características; Entre ellas la teoría psicológica y la teoría normativista, (?)

B).- Se continúa con el estudio de los presupuestos del delito, en los cuales mencionan:

Sujeto Activo (Calidad y número)

Sujeto Pasivo (Calidad y número)

El objeto material

El objeto jurídico

C).- Se prosigue con el estudio del delito en base a las corrientes de la doctrina, es decir, se repite de manera imprudente el tema del inciso A)

Con esto se entra al estudio de los elementos del delito bajo una concepción heptatómica, esto es, conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad; a lo cual, los incisos que preceden cada elemento en estudio presentan contradicción, en algunos casos son incompletos, y en otros, ya es obsoleto su análisis. En otros términos, tal programa carece de actualización en dos perspectivas: la primera, por que el ordenamiento penal sustantivo modificó su estructura en su libro de la parte general, en base de unos conocimientos más avanzados y por las necesidades político-criminales que requerían tales modificaciones; por lo que cabe a la segunda: tal programa representa un atraso considerable con respecto a los avances científicos aquí mostrados a un nivel contemporáneo.

Sobre la cuestión bibliográfica, los comentarios emitidos en torno al estudio del primer semestre serían de la misma naturaleza. Antes de concluir, veamos lo siguiente: "Así mismo, el maestro en ejercicio de su libertad de cátedra estará facultado para seleccionar de los contenidos que integran el programa, aquéllos que considere más relevantes fundamentales y que por lo tanto deben ser expuestos por él mismo, ya que dependiendo de la extensión del programa habrá temas que no pueda explicar durante el semestre, pero éstos podrán ser desarrollados por los alumnos, mediante la vía de la investigación o por aquellas actividades extraescolares que el maestro determine para **cubrir la totalidad de los contenidos del programa**". EN FIN; Podríamos continuar comentando los dos restantes cursos de derecho penal; sin embargo, también presentan las mismas condiciones y sería estéril seguir con lo mismo, pero podemos expresar lo siguiente: En las nuevas generaciones hay "**Neues Denken für eine neue Zeit**". Todo el mundo tiene derecho a poder equivocarse, y muchos lo han hecho en varios aspectos. Pero también es verdad que a todos les está permitido mejorar gracias a la experiencia. En esto nosotros afirmamos: La experiencia es un fenómeno del espíritu, no una secreción de la vejez.

NOTAS:

- 1).- Kohler, J., "El Derecho Penal de los Aztecas", en *Criminalia* T. III, México, 1936/1937. pag: 228 y ss.
- 2).- Cfr. "Leyes Penales Mexicanas". T I, Cd. de México, 1979. pag: 10.
- 3).- Silva Silva, Jorge A., "Derecho Procesal Penal". Ed. Harla, S.A. México, 1991. pag: 65.
- 4).- "Leyes Penales Mexicanas". T. I. ob. cit. nota 2, pag: 10.
- 5).- Tomás y Valiente, Francisco, "El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta" -Siglo XVI, XVII y XVIII-. Madrid España, 1969. pag: 477.
- 6).- Cfr. Ceniceros y Garrido, "Breve Reseña Histórica sobre el Derecho Penal Mexicano", en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, T I, No. 1 Agosto 1933, pag: 9.
- 7).- González de la Vega, Francisco, "La Evolución del Derecho Penal en México", en *Revista de la Universidad Pontificia Bolivariana*, No. 48/49, pag: 643 y 644.
- 8).- Carrancá y Trujillo, Raúl, "Derecho Penal, Parte General. T I", 10o. ed. México, 1972. pag: 81.
- 9).- Cfr. Porte Petit C. Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. I", 12o. ed. Ed. Porrúa, México. 1989. pag: 43
- 10).- Cfr. Porte Petit C. Celestino, ob. cit. nota anterior, pag: 44
- 11).- Ceniceros y Garrido, ob. cit. nota 6, pag: 9.
- 12).- Cfr. Porte Petit C. Celestino, ob. cit. nota 9, pag: 46
- 13).- Liszt, Franz von, "Lehrbuch des deutschen Strafrecht. Allgem. Teil". 18o. Aufl; völlig durchgearbeitete auflage (Achtzehnte); J. Guttentag. Verlagsbuchhandlungs Gmbh. Berlin. 1911. Seite:
14).- Ceniceros y Garrido, ob. cit. nota 6, pag: 9.
15).- Leyes Penales Mexicanas, T I, ob. cit. nota 2, pag: 12.
16).- Leyes Penales Mexicanas, T I, ob. cit. nota 2, pag: 12 y 14.
17).- Moreno Hernández, Moisés, "Sobre el estado Actual de la Dogmática Jurídico Penal Mexicana," en *Criminalia*, 1992. pag: 56 y 60.
18).- Cfr. Moreno Hernández, Moisés, ob. cit. nota anterior, pag: 57 y ss.
19).- Diaz Berreiro, Juan, "Derecho penal mexicano. Dicionario", México 1873.
20).- De Medina y Ormachea, "Código penal mexicano. Sus motivos, concordancias y leyes complementarias", 1879. y "Legislación penal de los pueblos latinos", México, 1899.
21).- Rodríguez, Ricardo, "El Derecho penal", México, 1902.
22).- Macedo, Miguel S, "Apuntes para la historia del Derecho penal mexicano" 1931.
23).- Ceniceros y Garrido, "La ley penal mexicana", México 1934.
24).- Carrancá y Trujillo, Raúl, "Derecho penal mexicano" 1o. Ed. 1937.
25).- Carrancá y Trujillo, Raúl, ob. cit. nota anterior, pag:
26).- González de la Vega, Francisco, "Derecho penal mexicano. los Delitos Tomo I, 1935 y Tomo II 1937" México.
27).- Franco Sodi, Carlos, "Nociones de derecho penal ("Parte General)", México 1940.
28).- Abarca, Ricardo, "El Derecho penal en México", México 1941.
29).- Moreno, Antonio de P., "Curso de derecho penal mexicano, parte especial, Delitos en particular". México, 1944.
30).- Machorro Narvaez, "Derecho penal especial", México. 1948
31).- Moreno Hernández, Moisés, ob. cit. nota 17, pag: 60 y ss.
32).- Jiménez de Asúa, Luis, "La Ley y el delito". Buenos Aires-Argentina. 1958. pag: 209.
33).- Moreno Hernández, Moisés, ob. cit. nota 17. pag: 61 y 62

- 34).- Porte Petit C., Celestino, "Importancia de la dogmática jurídica penal", México, 1954. "Apuntamientos de la parte general del derecho penal", México 1959, "Programa de la parte general de Derecho penal", México, 1990, entre otros.
- 35).- Fernández Doblado, Luis, "Culpabilidad y error" México.
- 36).- Castellanos Fena. Fernando, "Lineamientos elementales de derecho penal", 4o. Ed. México 1967.
- 37).- Pavón Vasconcelos, Francisco, "Nociones de derecho penal mexicano" 1964.
- 38).- Villalobos, Ignacio, "Derecho penal mexicano" 1960.
- 39).- Franco Guzmán, Ricardo, "La subjetividad y la ilicitud", 1951 "La Culpabilidad y su aspecto negativo" en Criminalia. 1955, "Ensayo de la teoría sobre la culpabilidad de los menores" en Criminalia. 1955. Es necesario hacer mención que Franco Gúzman realizó estudios de posgrado en Italia.
- 40).- García Ramírez, Sergio, "Derecho penal", U. N. A. M. México, 1990. "Imputabilidad en el derecho penal mexicano". U. N. A. M. México, 1968. y otros más.
- 41).- Vela Treviño, S., "Antijuridicidad y justificación" México, 1976.
- 42).- Malo Camacho, G, "La tentativa del delito" U.N.A.M. México 1971.
- 43).- Osorio Nieto, "Síntesis del derecho penal" 1983.
- 44).- Amuchategui Requena. Irma. "Derecho Penal" Ed. Harla 1993.
- 45).- Cortez Ibarra, Miguel, "Derecho Penal" 1983.
- 46).- Olga Islas y Elpidio Ramírez, "Lógica del tipo en el derecho penal", 1970.
- 47).- Moreno Hernández, Moisés, ob. cit. nota 17, pag: 77 y 69.
- 48).- Moreno Hernández, Moisés, ob. cit. nota 17, ag: 69 y 77.
- 49).- Moreno Hernández, Moisés, "**Aplicación de la teoría del acción finalista al Código penal veracruzano**", (tesis) Jalapa, Ver., 1971; "**Der finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht**", (tesis doctoral), **Bonn, Bundesrepublik Deutschland**, 1977. usw. usw.
- 50).- Torres López, Mario Alberto, "Las Leyes Penales "(Dogmática y Técnica Penales) México, 1993. Reinoso Davila, Roberto, "Introducción al Estudio del Derecho Penal" 2 ed. México 1994. "Teoría del Delito" México, 1994. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, "Teoría del Delito", Sistema Causalista y Finalista. México 1994. González Quintanilla, José Arturo. "Derecho Penal Mexicano. Parte General", México, 1991. Villarreal Pales, Arturo, "Culpabilidad y Pena" México, 1994. entre otros.

CONCLUSIONES

1).- Todo trabajo de investigación tiene que tener un espíritu de expresión científica, pero tampoco puede omitir aquellos principios propios que lo informan, con arreglo a sus fuentes, a su doctrina, y a su práctica, ya que de lo contrario no respondería a las necesidades reales de la solución de los problemas. Un logro total sobre una buena investigación será posible analizando y reanalizando, una y otra vez en sucesivas reelaboraciones, los objetos de su preocupación, en base con los ulteriores puntos de vista de la teoría de la legislación y de la práctica. Sólo así con esta elaboración será factible llegar a edificar las bases de una auténtica teoría del derecho penal, que marque la línea de la interpretación de la reforma del derecho positivo, en donde las nuevas generaciones de juristas desempeñarán un papel importante.

2).- Toda ciencia no puede edificarse exclusivamente por una conglomeración de datos o información, ya que ello la convertiría solamente en erudición o enciclopedismo. A esto se tiene que tener presente que, cuando en relación a una gran constelación de cuestiones, alguien se toma la libertad de decir lo que en propiedad debería acontecer, en ese momento existe ciencia.

3).- Debido a la amplia vinculación que se presenta entre las nociones sistemáticas y de contenido, creemos que, en base a la dinámica, a la fructificación pero también a su complejidad que presenta la dogmática jurídica penal, no se puede expresar que de ella se encuentre una potestad absoluta, sino que existe la información, la cognición sistemática jurídica suficiente.

4).- El ápice trascendental en la historia del derecho criminal no se encuentra bajo la condición de la elaboración de una ley importante, o en base de otra instancia, sino que está vinculado mucho más generalmente con la evolución de la cultura. El progreso del pensamiento jurídico penal es también la historia de su apertura y ampliación. Así, el derecho penal es de naturaleza histórico positiva y la historia vista de un modo amplio se nos presenta siempre como un proceso de ascensión cultural.

5).- La ciencia del derecho penal se ubica en la época moderna partiendo de la escuela del derecho natural y posteriormente del *Aufklärung*. En el mundo antiguo el derecho al castigo se caracterizó por la casuística y la exégesis, por caracteres empíricos, prácticos y simples, en donde se presentan algunos rasgos dispersos de la ciencia del derecho penal apenas distintos de la filosofía universal. El iluminismo tuvo como característica fundamental su espíritu liberal jurídico, a lo cual bajo su época de desarrollo, se matizó una metodología crítica y práctica, como característica común. Sobre su directriz jurídica, su aportación ideológica liberal, se manifiesta hoy como "patrimonio cultural de toda ciencia penal posterior", que dominio exclusivo de una sola tendencia.

6).- Con los movimientos en materia penal - Escuelas Penales- se comienza a dar el inicio y desarrollo de la ciencia del derecho penal, en donde la Dogmática Jurídica Penal encuentra su punto de partida. Con la aparición de los primeros estudios bajo una línea, se empieza a presentar los correspondientes como negación de los primeros, lo cual, dio como origen a lo que se conoce como "Lucha de Escuela". Polémica que trajo como resultado una profusa literatura y que independiente de todos los errores, extralimitaciones de contenido que incurrieron las partes, fue prolífico ulteriormente, tanto en el estudio de la dogmática como en el cultivo de la política criminal; sin embargo, las particularidades de sus controversias no tienen, sino un interés histórico, en donde sus aspectos políticos de su polémica se tienen como meras opiniones ensayísticas y anecdóticas. Dentro de uno de sus puntos de referencia, fue la justificación de la

aplicación de la pena, en donde se le da un carácter retributivo (t. absolutas), bajo una contrapartida de carácter preventivo sea general o especial (t. relativas), lo cual trajo a la postre como principal consecuencia para la ciencia del derecho penal, la paulatina formación de las llamadas estructuras de la unión (t. mixtas): Se reconoce el carácter retributivo de la pena, que se combina con los fines preventivos, con la salvedad de que el carácter retributivo no debe resultar modificado por la consideración de la prevención.

7).- Sobre la etapa de la lucha de escuelas y de las teorías de la imputación, la ciencia jurídica penal, encuentra su moderación, pero a la misma vez su contenido eminente jurídico al ser definido el delito como acción típica, antijurídica y culpable.

8).- En base a los estadios sobre la cual parte la definición de lo que es delito, los fundamentos filosóficos y materiales han dado origen al desarrollo de los subconceptos; primero basado en una concepción naturalística como producto del **positivismo jurídico**, siendo complementada posteriormente bajo la **línea del neokantismo de Baden Baden**; ejemplo de ello, son los elementos objetivos y subjetivos del tipo, presupuestos objetivos y subjetivos de las causas de justificación, elementos positivos y negativos de la culpabilidad, entre otros. En la línea general de sus fundamentos, el concepto de acción, sirvió como eje fundamental en la estructura del delito en base al criterio de la causalidad, es decir, la teoría de la equivalencia de las condiciones, dio la directriz del concepto. Se llama concepto "causal de acción", porque en él la voluntad humana sólo es abarcada en esa función causal, es decir, la concepción causalista, tanto naturalística como valorativa, encuentra su desarrollo. Pero la ciencia y la dinámica misma del derecho penal localiza respuestas que las otras dos concepciones no aportaban, en base a la **naturaleza de las cosas y de las estructuras lógico-objetivas**; se lleva a cabo una reestructura de los subconceptos de los estadios que conforman la definición del hecho delictivo; por tanto, se ubica por completo el análisis jurídico de cada acción criminal, es decir, la concepción finalista del delito se hace presente y, con ello, vino a resolver muchas cuestiones que todavía permanecían sin respuesta. A partir de esto, los delitos de comisión dolosa, los delitos culposos y los delitos omisivos, se manifiestan como entes propios, jurídicamente. Así, habrá que analizar metódicamente en todo caso, los conceptos de conducta (acción u omisión), tipo objetivo, tipo subjetivo (dolo o culpa)= supuesto de hecho típico, antijuridicidad (causas de justificación dando las causas de exclusión del injusto) y la culpabilidad (causas de exculpación). Ultimamente mediante los postulados de un **neokantismo ulterior en relación con las ciencias sociales**, se trata de fundamentar la necesaria orientación de las elaboraciones dogmáticas a los criterios de política criminal, y así pasar a configurar el sistema del delito desde perspectivas funcionales o teleológicas.

9).- El desarrollo de la evolución de la estructura jurídica del delito se ha expresado en los baremos de la concepción causalista y finalista; sin embargo, la dogmática penal contemporánea ya no ofrece un cuadro de disociación inconciliable entre las concepciones, sino, un proceso de desarrollo que indica una creciente aproximación a los conceptos más trascendentales, **empero**, donde bajo la estructura finalista del delito y las consideraciones político-criminales el estudio del delito encuentra su pauta.

10).- La realidad de la ciencia jurídica penal mexicana presenta un poco de dificultades, -por no decir disyuntivas- y es algo compleja, no se parte de la nada pero si existe un retraso considerable; se encuentra en un período de transición en donde se aventura un cambio positivo.

11).- El movimiento de reforma penal debe de tender a lograr que nuestra legislación penal se adecúe, a las líneas filosóficas y jurídicas que expresa la Constitución política y, por otra parte, responda a las exigencias de nuestra realidad, pero que a la vez, se ajuste a los criterios contenidos en instrumentos internacionales que México ha suscrito. Sin embargo, en esto hay un punto muy importante que resaltar, es decir, la necesidad de vincular los conceptos del ordenamiento objetivo con los conceptos sustantivos, ya que sólo estrechando tales contenidos (ley sustantiva-ley procesal), se podrán lograr los objetivos político-criminales que requiere el sistema de justicia penal.

12).- La perplejidad de la función material que reviste un ordenamiento jurídico penal, necesita del desarrollo de una actividad intelectual y, por tanto, de los conocimientos de técnicas que se den a la tarea de indicar con precisión y claridad, que es lo que puede ser objeto de intervención del poder punitivo del Estado, en donde la presencia de otras instancias de control del actual delictivo, y de otros medios informales, son datos que evidentemente también deben ser tenidos en cuenta si se quiere aprehender en su globalidad la realidad a la que las normas jurídico penales se refiere, porque hay que tener presente, que existen treinta y una legislaciones penales estatales y una legislación penal federal.

13).- Por último, como anteriormente se observó, nuestra situación es un poco "sui generis", en ella existen errores y aciertos, fracasos, problemas, pero también soluciones, hay iniciativa e interés, pero también existe oportunismo; sin embargo, por todo lo que pueda estar, expresamos:

**"En los Estados Unidos Mexicanos actuales,
Todos los obstáculos son temporales...",
"Todos los problemas pueden ser resueltos.
donde existe el deseo... existe la manera",
"Para el hombre, al hombre del mañana....
en los Estados Unidos Mexicanos de hoy".**

"Por mi raza, hablara mi espíritu".

SUPLEMENTO BIOGRAFICO

Cesare Bonessana, Marques de Beccaria

Nace en Milano, 1738, Marzo 15.

Fallece en 1794, Noviembre 28. A los 56 años.

"Dei delitti e delle pene"

A los veinticinco años de edad escribe su famosa obra; la comienza en Marzo de 1763 y estaba terminada en 1764, mismo año en que aparece en Livorno, sin pie de imprenta, ni nombre de autor, por temor a las dificultades que pudiera proporcionar su publicación.

La obra atemiza con dureza singular los abusos de la práctica criminal imperante, exigiendo una reforma a fondo. **Beccaria** sigue a **Hugo Grotius**: La justicia humana es cosa distinta de la justicia divina, que la justicia penal no tiene nada que ver con Dios; la justicia penal encuentra su fundamento en la utilidad común, en el interés general, en el bienestar de mayor número. La filosofía penal liberal se concreta en el pensamiento de **Beccaria** en una fórmula jurídica que resultaba del "Contrat Social" de **Rousseau**: 'Nadie puede ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley'.

Sus ideas se esparcen pronto, y algunas Cortes Europeas lo llaman para que contribuya a la tarea reformadora en que se encuentran empeñadas.

Transcurre el tiempo y poco se va alejando de la vida pública, donde lo había situado la fama de su libro, replegándose a la vida privada. El resto de sus días fué un empleado sin brillo, sólo preocupado de su labor cotidiana.

Su obra fue traducida a varios idiomas: alemán, español, francés, inglés, portuges, ruso, entre otros.

Giovanni Carmignani

-Nace en 1768 y Fallece en 1847.

-Fue Profesor de la Universidad de Pisa.

-Sus obras fundamentales son:

Teoria delle leggi della sicurezza sociale 1843.

Elementa Jurisprudentia Criminalis 1808.

(Titulada en sucesivas ediciones como Elementa Iuris Criminalis)

Pellegrino Rossi

-Nace en 1787 y fallece en 1848. (Su actividad política le llevó a morir asesinado en Roma, por móviles de esta clase)

-A los 26 años fue profesor de la Universidad de Bologna, emigrado a Suiza por razones políticas, fue profesor en Ginebra y más tarde fundó en París, Francia, la Cátedra de Derecho Constitucional.

-Sus obras son:

En 1824, publica su "Traité de Droit Pénal" que escribió en Ginebra y publicó en París.

Francesco Carrara

-Nace en 1805 y Fallece en 1888.

-Fue Discípulo de G. Carmignani.

-Fue Profesor de Derecho Penal en el Liceo de Luca (A partir de 1854 enseñó también allí Derecho Civil ocupando después la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Pisa 1859), donde sucede a su maestro.

-Fue diputado y senador.

-Entre sus principales obra:

Lecciones sobre la fuerza física del Delito.

Lineamientos de práctica legislativa penal .

Notas del proyecto del Código Penal Italiano.

Reminiscencias de Cátedra y Foro 1883.

Programa del Corso de Diritto Criminale dettato nella Reggia Università di Pisa 1859.

Oposcoli di Diritto Criminale 1859/74.

Cesare Lombroso

- 1835-1909, Nace en Verona, Italia.
- Estudió medicina en la Universidad de Pavia y posteriormente en Viena, lugar donde conoce el método experimental que aplicara posteriormente a sus investigaciones.
- Fue profesor extraordinario en Pavia, a partir de 1876, ocupó la Cátedra de Medicina Legal en la Universidad de Turín.
- Ejerce la carrera de médico en el Ejército de Piemonte.
- Tiene obras de muy diversa naturaleza:
 - Esistenza de una fosetta cerebellare mediana nel cranio di un delinquente, 1871. -informe del Instituto Lombardo, Vol. V, Fasc. 18
 - L'uomo delinquente in rapporto all' antropologia, alla giurisprudenza e alla psiquiatria, 1876.
 - Medicina Legal de las alineaciones mentales, 1863.
 - Tratado Antropológico Experimental del Hombre Delincuente, 1886.

Raffaele Garófalo

- 1851-1934, Nace en Nápoles, Italia.
- Estudió en la Universidad de Nápoles con Enrico Pessina; fué desde 1887 titular de la Cátedra de Derecho Penal en la misma Universidad.
- Desde muy joven ejerce la carrera judicial como magistrado, llegando ha ser Presidente del Tribunal de Casación; posteriormente colabora con E. Ferri en el Progetto preliminare di codice penale italiano.
- Sus principales obras son:
 - Di un criterio positivo della penalita, 1880. (Lo coloca al frente de los proselitos de la escuela positiva).
 - Criminologia, 1885. (Aquí aborda lo que se creyó la sistematización jurídica de las doctrinas criminológicas del positivismo)

Enrico Ferri

- 1856-1929, Nace en Benedetto, Italia.
- Salió de la Escuela de Ardigo; en sus años de formación fue discípulo de Roberto Ardigo, Pietro Ellero y Francesco Carrara.
- Desde 1881, fue profesor ordinario de Derecho penal, enseñando la Cátedra en la Universidades de Bologna, Pisa, Roma, Siena.
- Participa activamente en la política, figurando en el partido socialista, y además realiza el Progetto preliminare di codice penale italiano en 1921, con colaboración de R. Garófalo.
- Sus Obras:
 - La teoria dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio, 1878.
 - Nuovi orizzonti del diritto penale, 1881.
 - Sociologia Criminale, 1891.
 - Principi de Diritto Criminale, 1927.

Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach

(1775-1833)

Jurista de impresionante saber filosófico y de gran erudición científica, bases de su duradero éxito. Pensador crítico formado en la filosofía de su maestro **I. Kant**. Fue profesor primero en Jena, Kiel y Landshut, ponente en el departamento de Justicia Bávaro y más tarde vicepresidente del Tribunal de Apelación de Ansbach

Sus principales obras son:

- Revisión der Grundsätze und Begriff des positiven peinlichen Rechts, 1799-1800.**
- Kritik des Kleinschrodischen Entwurfes eines StGB für die Kurpfalz Bayerischen Staaten, 1804.**
- Betrachtung über Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, 1821.**
- Akteamässige Darstellung merkwürdiger Verbrechen, 1828.**

El StGB Bávaro de 1813 fue proyectado por **Feuerbach**, en 1804 publica su crítica del proyecto de **Kleinschrod** de 1802 y, a causa de esto, es encargado de la preparación de un nuevo proyecto. Terminado su trabajo en 1807, tras deliberaciones de la comisión de legislación, es impreso en 1810 y promulgado, después de nuevo acuerdo, como Código Penal, en Mayo 16 de 1813. Esta legislación penal influyó en diferentes territorios (el derecho general regional) y en Estados extranjeros.

El Código de **Feuerbach**, fué el primero entre los códigos penales de esa época, tanto por su fecha de promulgación, como por mucho, por su contenido. Aunque a pesar de los defectos que pudo tener, mantuvo muy alto el nombre de la ciencia de la legislación alemana más allá de las fronteras, y fue vinculado a la comparatividad del Código Penal Francés, por eso no es extraño calificarlo como uno de los más importantes modelos de Códigos Penales Europeos del Siglo XIX. El Código penal bávaro (varias veces reformado), tuvo una vigencia hasta su sustitución por el de 1861, este último en base común con el Código Penal Prusiano de 1851.

Por todo esto **Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach**, es el iniciador de la legislación penal alemana y padre del derecho penal moderno.

Karl Binding

- Nace en Francfort im Main en 1841, Junio 4 y Fallece en 1920, Abril 7.
- Fue profesor en Bassel, Freiburg und Leipzig.
- Es el más genuino representante de la tendencia histórico-positiva, su originalidad fue tan grande como su sabiduría: nadie mejor que el, en el manejo de leyes, ordenanzas, decretos, etc., y de los datos históricos.
- Fue su doctrina de las normas la que le dio notoriedad justísima, esta obra en su plan originario no era tan basto: debió reducirse aún estudio sobre la culpa, y el manuscrito en que se contenía el índice de materias que habían de ser desarrolladas, se lo presentó **K. Binding** a su padre como un presente. Se publicó por primera vez en 1872.

Sus Obras son:

- A) Die Normen und ihre Uebertretung, Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des delikts.**
- Normen und Strafgesetz 1872
 - Schuld, Vorsatz
 - 1a. Parte Zurechnungsfähigkeit, Schuld. 1914
 - 2a. Parte Der Rechtswidrige Vorsatz. 1916
 - Der Irrtum. 1918
 - Die Fahrlässigkeit. 1919

*Dada la gran extensión de la obra que impedía su lectura a muchos profesionales de la carrera judicial y del foro, y para poner sus pensamientos al alcance de todos, imprimió un pequeño libro, que no es un resumen de sus normas, pero que está elaborado con las mismas ideas.

- B) Die Schuld im Deutschen Strafrecht. Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit Kurzes Lehrbuch.**
C) Handbuch des Strafrechts, Band I, 1885.
D) Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil 1863.
E) Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts Besonder Teil.
- Erste Abteilung 1904
 - Zweite Abteilung 1905

*Los últimos años de él fueron muy laboriosos, se apresuró a dar fin a sus trabajos y a reunir algunos estudios dispersos. como los que había publicado sobre el derecho penal y procesal, que colecciono en 1915, y los que había escrito sobre derecho público desde 1848 hasta la Const. de 1919.

F) Die Freigabe der Vernichtung lebensunwertan leben, junto con Alfred Hoche que fue su último trabajo 1920.

-Sus discípulos han sido en Alemania **Johannes Nagler** und **Ernest von Beling**, pero además su influencia en todos los penalistas de su tiempo y aún posteriores, hasta 1933, fue decisiva.

Sobre la personalidad de **Karl Binding**, **Reinhart Maurach** explicó:

Este gran dogmático, último representante de las teorías absolutas del derecho penal alemán, fue arrastrado contra su voluntad por la "Lucha de Escuelas", producida en los últimos decenios de su vida. Su sistema dogmático, basado en la autoridad de la ley y en el mandato de la norma, era de tal claridad, tan esencialmente arraigado a la concepción absoluta de la pena, que, solo obligado por la necesidad, tomó actitud de frente a los problemas planteados por la "revolución de Liszt". Y complementa: -El positivismo de **Binding** conduce necesariamente a la autoridad de la ley. Tan sólo desde la ley puede explicarse que el delito constituye oposición, desobediencia a la ley, siendo el objeto de la pena mostrar al delincuente su impotencia frente a aquella, sujetarle a la "fuerza victoriosa del Derecho". Así **K. Binding** señaló que toda norma subyace un bien jurídico, es un juicio de valor, como resultado legislativo y por ello toda transgresión implica una lesión al bien jurídico.

Su principal trabajo fue: La dogmática jurídico penal.

Franz von Liszt

Nace en Wien en el año de 1851, Marzo 2 y fallece en Berlin en el año de 1919, Junio 22.

-Fue discípulo en las Universidades Alemanas de **Adolf Merkel**, de **Glaser** y **Wahlberg** representantes de la Escuela Vienesa de Derecho Penal y de **Rudolf von Ihering**.

-Se dedicó a impartir cátedra de Derecho en diversas Universidades, primero en Giessen (1879) y en esa época de su docencia, aparece su gran obra **“Das Deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung systematisch dargestellt, 1^o Auflage 1881**, obra que llega a las 26as. ediciones; a partir de la 25a. edición de la obra fue reelaborada por su discípulo **Eberhard Schmidt** y en la aparición de la 2a. edición aparece con el título de: **“Lehrbuch des deutschen Strafrecht”**. La obra fue traducida al portugués, griego, serbio, ruso, japonés, francés, inglés y español.

1^o/1881, 2^o/1884, 3^o/1888, 4^o/1891, 6^o/1894, 8^o/1897, 12^o/13^o/1903, 14^o/15^o/1905, 18^o/1911, 21^o/22^o/1919, *25^o/1927, 26^o/1932. En ese mismo año de 1881 funda la **“Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”** que es la revista más importante de nuestra disciplina en Alemania hasta hoy día.

-En 1882 imparte cátedra en Marburg, en donde celebra su famoso discurso: **“Der Zweckgedanke im Strafrecht” (Marburger Universitätprogramm)**; época misma que en 1888, Diciembre 31 funda junto con **Adolf Prins** y **Gerald von Hammel** la **“Internationale Kriminalistische Vereinigung”**.

-Posteriormente da cátedra en Halle (1889), allí realiza su trabajo sobre **“Kriminal politischen Aufsätze”**.

-Por último, termina dando cátedra en Berlín a partir de 1899.

Dentro de sus obras se mencionan las siguientes, entre otras:

* **Strafrechts fälle für akademischen Gebrauch.**

* **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, B. I und B. II.**

(Que es una obra especial que recolecciona sus artículos)

-Dentro de otra área del derecho, fue profesor de derecho internacional en Berlín, su tratado se denomina **“Das Völkerrecht systematische dargestellt”**, y que posterior a su muerte fue reeditado por **Fleischmann**. 12^o 1925.

-**Franz von Liszt**, es el penalista que aporta una sistemática moderna del derecho penal, es un **“Dogmático Moderno”**, además, a partir de él obtienen las cuestiones político criminales, una gran importancia en base y función del Derecho Penal.

Ernest von Beling

Nace en Glogau/Silesia en 1866, junio 19 y fallece en München en el año de 1932, mayo 18.

Estudió en la Universidad de Breslau y de Leipzig, fué discípulo de **Karl Binding**. Empieza su carrera docente en Breslau en 1893, allí fue nombrado profesor extraordinario en 1897 y al año siguiente reemplazó al profesor **H. Bennecke**. En 1900 pasa a Giessen como sucesor de **Reinhard von Frank**; dos años más tarde es llamado a Tübingen en cuya Universidad fue rector, y en 1913 muere **Karl von Birkmeyer**, se le nombra profesor en München. Sus discípulos fueron entre otros, **Edmund Mezger** y **Karl Engisch**.

Dentro de sus obras de carácter sustantivo mencionamos:

-Die Lehre vom Verbrechen

Trabajo en la que **E. von Beling** destaca por primera vez la importancia y sentido estricto del tipo; se publica en Tübingen, 1906.

-Die Lehre vom Tatbestand

Trabajo publicado con motivo del homenaje a **R. von Frank** en el año de 1930.

-Grundzüge des Strafrechts,

-Strafrechtliche Abhandlungen des juristischen Seminars Der Universität Breslau. (herausgegeben von Bennecke)

Y de carácter abjetivo:

-Lehrbuch des Strafprozessrecht, gemeinsam mit H. Bennecke. usw. usw.

Acercas de las aportaciones que hace **E. von Beling** a la dogmática jurídica penal, **Juan Bustos Ramírez** nos señala:

El aporte de **Ernest von Beling** que se encuadra totalmente en la más pura tradición racionalista, es su concepto de tipo, que por su parte formaliza al delito, pero por otra, otorga garantías al individuo frente al Estado, y que en último término es en sí, una consecuencia del principio "Nullum crimen, nulla poena sine lege" de **Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach**, por tanto una aplicación más precisa de la determinabilidad legal del delito.

Además el concepto de tipicidad de **E. von Beling** permitió dar al delito un estricto contenido jurídico positivo.

Su planteamiento representa en Alemania el retorno al clasicismo e impone un tecnicismo jurídico en el tratamiento del fenómeno criminal.

Para **E. von Beling**, sin embargo a través de **F. von Liszt**, recoge muchos aportes positivistas pero formalizándolos especialmente a través de su concepción de tipo y de su esquema de delito. Debido a ello con razón se habla generalmente del sistema **Liszt-Beling**, apesar de que ambos autores tenían una concepción totalmente diferente.

E. von Beling recoge de **F. von Liszt** el sistema de determinación naturalística del delito (de lo Gral. a lo Particular) y al mismo tiempo su análisis anatómico que permita distinguir claramente lo objetivo de lo subjetivo y lo descriptivo de lo normativo.

E. von Beling siguiendo la línea de **Karl Binding** vuelve con toda fuerza nuevamente al marco concreto y excluyente del derecho positivo, con lo cual abre un camino muy rico y fecundo a la dogmática jurídica penal que se ha extendido hasta nuestros días.

Hans Welzel

Nació en Artern (Turingia), el 25 de Marzo de 1904.

Realizó estudios de Jurisprudencia y Filosofía en las Universidades de Jena y Heidelberg bajo la dirección de los neokantianos **Burno Bauch** y **Heinrich Rickert**, el fenomenólogo **P. F. Linke** y el historiador de la filosofía **Max Wundt** (1923-1928). En 1928 presentó en Jena su tesis doctoral sobre "**La teoría jusnaturalista de Samuel Pufendorf**"

En 1935 obtuvo la "Habilitación" en la Universidad de Köhl con su trabajo "Naturalismo y filosofía de los valores en el Derecho Penal" (**Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht**). A partir de 1937 y hasta 1952, fuè profesor de Filosofía del Derecho y Derecho penal en la Universidad de Göttingen. Desde 1952 y hasta 1974, enseñò Derecho penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Bonn.

Muere a los 74 años de edad en la Ciudad de Bonn, 1977.

Dentro de sus innumerables obras mencionamos:

'Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts in seine Grundzügen, (1940).

'Das neue Bild des Strafrechtssystems, (1961).

Obras fundamentales que han sido traducidas al Español, Italiano, Japones, Koreano, Inglés, entre otros.

También:

Strafrecht und Philosophie, Kölner Universitätzeitung 12 (1930); Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung (1947); Gesetz und Gewissen, DJT Festschrift, B I (1960); Naturrecht und materiale Gerechtigkeit (1962); Zur Dogmatik im Strafrecht, festschrift Für F. Maurach (1972), Vom irreden Gewissen (1949); Die deutsche Strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale handlungslehre (1966); Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Allg. Teil eines neuen StGB auswirken? Materialien, B. I (1954); Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft, Erinnerungsgabe Für M. Grünhut (1965); usw., usw.

'Realizada por Moisés Moreno Hernández. En el liminar de la traducción al español de "Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft", 1965.

Winfried Hassemer

Nace en Gau Algesheim/Rhein, 1940.

De 1959 a 1963 estudios de derecho en Heidelberg, Ginebra y Saarbrücken. 1964-1969, asistente en el Instituto de Filosofía Jurídica y Social de la Universidad de Saarland. 1967, doctorado (bajo la dirección de **Arthur Kaufmann**). 1970, assessorexamen. 1970, asistente en el Instituto de Filosofía del Derecho de München. 1972, habilitación en derecho penal, derecho procesal penal, filosofía del derecho y sociología del derecho en München. Desde esa fecha catedrático de teoría del derecho, sociología del derecho y derecho penal en la Universidad de Frankfurt am Main.

Publicaciones (sin contar artículos) : Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, 1968. Grundprobleme der zeitensässischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 1971 (en col. con **Arthur Kaufmann**). Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973, 1980. Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974. Hauptprobleme der General prävention, 1979 (junto con **Klaus Lüderssen**, **Wolfgang Naucke**). Einführung in die Sozialwissenschaften 1983 (junto con **K. Lüderssen** y **W. Naucke**). Además, estudios sobre temas de derecho penal, procesal penal, filosofía del derecho, teoría del derecho y sociología jurídica.

Aparecida en la versión española de la Obra "Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart", 1992. de **Kaufmann** und **Hassemer**.

INDICE BIBLIOGRAFICO GENERAL:

I.-) DE LA LITERATURA JURIDICA PENAL EUROPEA.

A.-) DE LA ALEMANA:

Baumann, Jürgen:

-Grundbegriffe und Systems des Strafrechts. Eine Einführung in die Systematik and Hand von Fällen. 4o. Aufl: W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köhl; 1972. (Traducción al Español por Conrado A. Finzi; Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina; 1973).

-Strafrechtsfälle und Lösungen -A.T. 3o. Aufl; Ernst und Werner, Giesekingi Blielfeld; 1969. (Traducción al Español por Conrado A. Finzi; Ed. Pannedille, Buenos Aires Argentina; 1971).

Beling, Ernst von:

-Grundzüge des Strafrechts. 11o. Auflage 1930. (Traducción al Español por Sebastian Soler; Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina; 1944).

-Die Lehre von Tatbestand. 1o. Aufl; 1906. (Traducción al Español por Sebastian Soler; Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina; 1944).

Bockelman, Paul :

-Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme. 1o. Aufl; Gottingen; 1949. (Traducción al Español por Carlos Fontan Balestra y Eduardo Friker; Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina; 1960).

Busch, Richard:

-Moderne Wandlugen der Verbrechenslehre. 1o. Aufl; Tübingen; 1949. (Traducción al Español; Ed. Temis, Bogotá Colombia; 1970).

Dohna, Alexander Graf zu:

-Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4o. Aufl; Bonn; 1950. (Traducción al Español por Carlos Fontan Balestra y Eduardo Friker; Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina; 1958).

-Die Rechtswidrigkeit. Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre. 1o. Aufl; Halle; 1905. (Traducción al Español por Faustino Ballvé Pallise; Ed. Juridica Mexicana, Cd. de México, D.F.; 1959).

Frank, Reinhard von:

-Über den Aufbau des Schuldbegriffs. Giessen; 1907. (Traducción al Español por Sebastian Soler; P.S.D.P. U. Chile, Santiago de Chile; 1966).

Gallas, Wilhelm:

-Beiträge zur Verbrechenslehre. Heidelberg; 1959. (Traducción al Español por Juan Cordoba Roda; Bosch, Casa Editorial, Barcelona España; 1959).

Goessel, Karl-Heinz:

Viejos y Nuevos Caminos de la Teoria de la Imprudencia.

Estado Actual de la Teoria del Delito de Omisión.

-Articulos del autor, reunidos en la obra: "Dos Estudios sobre la Teoría del Delito". Ed. Temis-Libreria, Bogotá Colombia; 1984. Versión directa al Español por el propio autor.

Goldschmidt, James:

-Normativer Schuldbeffriff, en "Festgabe für R. v. Frank", B I, Tübingen, 1930. (Traducción al Español por Margarethe von Goldschmidt y Ricardo C. Nuñez; Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina; 1943).

Hassemer, Winfried:

-Einführung in die Grundlagen des Strafrechts. 1o. Aufl; Beck, München; 1981. (Traducción al Español por Francisco Muñoz Conde y Miguel Arroyo Zapatero; Bosch, Casa Editorial, Barcelona España; 1984)

-La Renuncia a la Pena como Instrumento Político Criminal, en "Política Criminal y Reforma del Derecho Penal". Ed. Temis-Librería, Bogotá Colombia; 1982. Trad. al Español por Joan Josep Queralt.

Jescheck, Hans-Heinrich:

-Lehrbuch des Strafrechts. 3o. Aufl; Duncker & Humblot, Berlin; 1978. (Traducción al Español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde; Bosch, Casa Editorial, Barcelona España; 1981) (2 vols).

-Rasgos Fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal, en "Política Criminal y Reforma del Derecho Penal". Ed.. Temis-Librería, Bogotá Colombia; 1982. Trad. al Español por Santiago Mir Puig.

Kaufmann, Armin:

-Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. (Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik). 1o. Aufl; Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen; 1954. (Traducción al Español por Enrique Bacigalupo y E. Garzon Valdez; Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina; 1971).

-La Misión del Derecho Penal, en "Política Criminal y Reforma del Derecho Penal". Ed. Temis-Librería, Bogotá Colombia; 1982. Trad. al Español por Santiago Mir Puig.

-La Parte Dogmática del Proyecto Alternativo, en la "Reforma Penal en Países en Desarrollo". D.G.P. U.N.A.M. Acatlán México; 1978. Trad. al Español por Julio B. J. Maier.

-Der Dolus Eventualis im Deliktsaufbau, die Auswirkungen der Handlungs und der auf die Vorsatzgrenze, en "Revista Jurídica Veracruzana". México; Trad. al Español por Moisés Moreno Hernández.

Kern, Eduard:

-Strafrechtsfälle, I, aus dem allgemeinen Teil des StGB. 3o. Aufl; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin; 1959. (Traducción al Español por Conrado A. Finzi y Ricardo C. Nuñez; Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina; 1976).

-Strafrechtsfälle II, aus dem Besondern Teil des StGB. 3o. Aufl; C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin; 1959. (Traducción al Español por Conrado A. Finzi y Ricardo C. Nuñez; Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina; 1976).

Liszt, Franz von:

-Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Allgem. Teil. 18o. Aufl; völlig durchgearbeitete Auflage (Achtzehnte); J. Guttentag, Verlags buchhandlung G. m. b. H. Berlin; 1911. (Traducción al

Español por Quintiliano Saldaña y Luis Jiménez de Asúa; Ed. Reus, s/d. Madrid España; 1918).
(3 vols.)

-Der Zweckgedanke im Strafrecht. (Marburger Universitätprogramm). (Traducción al Español;
Ed. Temis, Bogotá Colombia: 1990).

Maurach, Reinhart:

-Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch; by Verlag C. F. Müller, Karlsruhe.
(Traducción al Español por Juan Córdoba Roda; Ed. Ariel, Barcelona España; 1962). (2 vols.)

Mezger, Edmund:

-Strafrecht. Ein Lehrbuch. 3o. Aufl; Berlin und München; 1949. (Traducción al Español por Jose
Arturo Rodriguez Muñoz; Ed. Rev. Der. Pdo., Madrid España; 1955). (2 vols.)

-Strafrecht. Ein Studienbuch, Allg. Teil. 6o. Aufl; Berlin und München; 1955. (Traducción al
Español por Ricardo C. Nuñez; Cardenas Editor y Dist., México; 1990).

Niese, Werner:

-La teoría finalista de la acción en el derecho penal alemán. (Traducción al Español del Italiano,
en Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo XI, enero-julio de 1961. Núms. 41-42,
pp.275-300).

Roxin, Claus:

-Kriminalpolitik und Systemsstrafrechts; Walter de Gruyter, Berlin; 1970. (Traducción al
Español por Francisco Muñoz Conde; Bosch, Casa Editorial, Barcelona España; 1972).

-Öffene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale; Walter de Gruyter & Co., Berlin; 1970.
(Traducción al Español por Enrique Bacigalupo; Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina; 1970).

Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip,

Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke,

Prävention und Strafzumessung,

Zur jüngsten Diskussion über Schuld,

Prävention und Verantwortlichkeit.

-Artículos del autor reunidos en la obra "Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal".

Inst. Ed.. Reus, Madrid España; 1981. Traducción al Español por F. Muñoz Conde.

Einführung in die Grundprobleme des Strafrechts,

Wandlungen der Strafrechtswissenschaft,

-Artículos del autor, reunidos en la obra: "Iniciación al Derecho Penal de Hoy". Srdo. P.

U.de Sevilla, España; 1981. Traducción al Español por Francisco Muñoz Conde y

Domingo M. Luzón Peña.

Sentido y límites de la Pena Estatal,

Franz von Liszt y la Concepción política criminal del Proyecto Alternativo,

La Propuesta Minoritaria del Proyecto Alternativo,

Contribución a la Crítica de la Teoría Final de la Acción,

Reflexiones sobre la problemática de la Imputación en el Derecho Penal,

Infracción del Deber y Resultado de los Delitos Imprudentes,

Sobre el fin de protección de la Norma en los Delitos Imprudentes,

Culpabilidad y Responsabilidad, como categorías sistemáticas jurídico-penales,

En el límite entre comisión y omisión,

Sobre el Desistimiento de la Tentativa Inacabada.

- Artículos del autor reunidos en la obra: "Problemas Básicos del Derecho Penal". Ed. Temis-Librería, Bogotá Colombia; 1982. Traducción al Español por Joan Josep Queralt.
- Concepción Bilateral y Unilateral del Principio de Culpabilidad.
- Texto de la Conferencia dada por el autor en Varias Universidades Japonesas en el Otoño de 1979.
- La Reforma del Derecho Penal en la Republica Federal Alemana.
- Texto de la Conferencia dada por el autor en la Escuela Nacional de Estudios Superiores Acatlán-, U.N.A.M.

Roxin, Artz, Tiedemann:

- Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht. C.F. Müller Juristischer Verlag GmbH; 1988. (Traducción al Español por Juan Bustos Ramírez; Ed. Ariel, Barcelona España; 1989).

Sauer, Wilhelm:

- Allgemeine Strafrechtslehre. 3o. Aufl; Walter de Gruyter, Berlin; 1955. (Traducción al Español por Juan del Rosal y Jose Cerezo; Bosch, Casa Editorial. Barcelona España; 1956).

Schünemann, Bernd: (mit Beiträge von Achenbach, Amelung, Haffke, Rudolphi und Wolter):

- Grundfragen des modernen Strafrechtssystem. Walter de Gruyter & Co. Berlin; 1984. (Traducción al Español por Jesus María Silva Sánchez Ed. Tecnos, Madrid España; 1991).

Schüler-Springorum, Horst:

- Cuestiones Básicas y Estrategicas de la Política Criminal. Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina; 1988.

Stratenwerth, Günther:

- Strafrecht, Allgemeine Teil I, Straftat, 2o. Aufl; C. H. Verlag; 1976. (Traducción al Español por Enrique Bacigalupo y Gladys Romero Edersa, Madrid España; 1982).

Tatschuld und Strafzumessung,

Die Zukunft des Strafrechtlichen Schuldprinzips.

- Artículos del autor, reunidos en la obra: "El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad". Edersa, Madrid España; 1982. Traducción al Español por Enrique Bacigalupo y Agustín Zugaldía E.

- Tendencias y Posibilidades de una Reforma del Derecho Penal, en "Política Criminal y Reforma del Derecho Penal ". Ed. Temis-Librería, Bogotá Colombia; 1982. Trad. al Español.

Welzel, Hans:

- Das Deutsche Strafrechts. Eine Systematische Darstellung. 11o. Aufl; Walter de Gruyter & Co., Berlin; 1969. (Traducción al Español por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez; Editorial Jurídica de Chile; 1970).

- Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre. 4o. Aufl. Verlag Otto Schwartz & Co. Göttingen; 1961. (Traducción al Español por Jose Cerezo Mir; Ed. Ariel Barcelona España; 1964).

- Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft. (Traducción al Español por Moisés Moreno Hernández; en "Revista mexicana de ciencias penales", No. 1. México, 1978).

-Verdad y Límites del Derecho Natural. (Traducción al Español por Ernesto Garzón Valdés; en "Revista Jurídica Veracruzana", No. 4, Oct-Nov-Dic., México, 1972).

Wessels, Johannes:

-Strafrecht. Allgemeiner Teil. 6o. Aufl; C.F. Müller, Karlsruhe und Heidelberg; 1976. (Traducción al español por Conrado A. Finzi; Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina; 1980).

Zipf, Heinz:

-Kriminal Politik. Eine Einführung in die Grundlagen. C.F. Müller, Grossdruckerei und Verlag GmbH, Karlsruhe; 1973. (Traducción al Español por Miguel Izquierdo Macías-Picavea; Ed. Edersa, Madrid España; 1979).

B).- DE LA ITALIANA:

Antolisei, Francesco:

-Manuale di Diritto Penale, Parte General. 8o. ed; Milano; 1980. (Traducción al Español por Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redin; Ed. Temis, Bogotá Colombia; 1988).

Bettiol, Giuseppe:

-Istituzioni di Diritto e Procedure Penale. 3o. ed; Padova; 1973. (Traducción al Español por Faustino Gutiérrez-Alvis y Conradi; Bosch Casa Editorial, Barcelona España; 1977).

Carnelutti, Francesco:

-Teoría General del Reato. Padova; 1933. (Traducción al Español por V.c., Argos, Cali Colombia; s/f).

Maggiore, Giuseppe:

-Diritto Penale, Parte Generale, I-II. 5o. ed. Bologna; 1951. (Traducción al Español por el Padre José J. Ortega Torres; Ed. Temis, Bogotá Colombia; 1989).

Pessina, Enrico:

-Elementi di Diritto Penale. 4o. ed; Napoli; 1952. (Traducción al Español por Hilarion González del Castillo; Ed. Reus, Madrid España; 1936).

Scarano, Luigi:

-Il Tentativo. Napoli; 1952. (Traducción al Español por Luis E. Romero Soto; Ed. Temis, Bogotá Colombia; 1960).

C).- DE LA ESPAÑOLA:

Arroyo de las Heras, Alfonso:

-Manual de Derecho Penal. El Delito. 1o. ed; Ed. Aranzadi. Madrid España; 1985.

Cerezo Mir, José:

-Curso de Derecho Penal Español. Parte General. 2o. ed; Ed. Tecnos, Madrid España; 1981.

-Problemas Fundamentales del Derecho Penal. Ed. Tecnos, Madrid España; 1982.

Córdoba Roda, Juan:

- Una Nueva Concepción del Delito. (La Doctrina Finalista). Ed. Ariel, Barcelona España; 1963.
- Culpabilidad y Pena. Bosch, Casa Editorial, Barcelona España; 1977.
- El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoría del Delito. Bosch, Casa Editorial, Barcelona España; 1962.

Gimbernat Ordeig, Enrique:

- Estudios de Derecho Penal. Ed. Tecnos, Madrid España; 1990.

Gomez Benitez, Jose Manuel:

- Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal, Parte General. 1o. de., Reimpresión; Ed. Civitas, Madrid España; 1984/88.

-Jiménez de Asúa, Luis:

- Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. 3o. ed; Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina; 1958.

Landrove Díaz, Gerardo:

- Introducción al Derecho penal Español. 2o. ed; Ed. Tecnos, Madrid España; 1987.
- Las Consecuencias Jurídicas del Delito. 3o. ed; Ed. Tecnos, Madrid España; 1991.

Larraurí, Elena:

- La Imputación Objetiva. Ed. Temis, Bogotá Colombia; 1989.

Luzón Cuesta, Jose María:

- Compendio de Derecho Penal. Parte general. 4o. ed; Ed. Dykinson, Madrid España; 1990.

Mir Puig, Santiago:

- Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría del Delito. 2o. ed; P.P.U. Barcelona España; 1985.
- Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. 2o. ed; Bosch, Casa Editorial, Barcelona España; 1982.

Muñoz Conde, Francisco:

- El Desistimiento Voluntario de Cometer el Delito. Bosch, Casa Editorial, Barcelona España; 1972.
- El Error en Derecho Penal. Tirant lo Blanch alternativa, Valencia España; 1989.
- Introducción al Derecho Penal. Bosch, Casa Editorial, Barcelona España; 1975.
- Teoría General del Delito. Reimpresión; Ed. Temis, Bogotá Colombia; 1990.

Polaino Navarrete, Miguel:

- Derecho Penal. Parte General T. 2o. ed; Bosch, Casa Editorial. Barcelona España; 1990.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo:

- Derecho Penal. Parte General. 10. Reimpresión; Ed. Civitas, Madrid España; 1978.

Sainz Cantero, Jose Antonio:

-Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 3o. ed. Bosch, Casa Editorial, Barcelona España; 1990.

II).- DE LA LITERATURA JURIDICA PENAL AMERICANA,

A).- DE LA ARGENTINA:

Bacigalupo, Enrique:

-Delitos Impropios de Omisión. 2o. ed; Ed. Temis, Bogotá Colombia; 1983.

-Estudios de Derecho Penal y Política Criminal. Cardenas, Editor y Distribuidor, México; 1989.

-Manual de Derecho Penal. Parte General. Reimpresión; Ed. Temis, Bogotá Colombia; 1989.

Fontan Balestra, Carlos:

-Derecho Penal, Introducción y Parte General. 12o. ed; Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina; 1989.

Zaffaroni, Eugenio Raúl:

-Manual de Derecho Penal. Parte General. 2o. ed, 1o. Reimpresión; Cardenas, Editor y Distribuidor, México; 1991.

-Política Criminal Latinoamericana. Perspectivas y Disyuntivas. Ed. Hammurabi, Buenos Aires Argentina; s/f.

B).- DE LA COLOMBIANA:

Fernández Carrasquilla, Juan:

-Derecho Penal Fundamental. T. I-II. 2o. ed, Reimpresión; Ed. Temis, Bogotá Colombia; 1989.

-Delito y Error. Perspectiva político/criminal. Ed. Temis, Bogotá-Colombia; 1990.

Reyes Echandla, Alfonso:

-Derecho Penal. Parte General. 2o. Reimpresión de la 11o. ed; Ed. Temis, Bogotá Colombia; 1990.

C).- DE LA CHILENA:

Bustos Ramirez, Juan:

-Control Social y Sistema Penal. PPU; Barcelona España; 1987.

-Introducción al Derecho Penal. Ed. Temis, Bogotá Colombia; 1986.

-Manual de Derecho Penal. Parte General. 3o. ed; Ed. Ariel, Barcelona España; 1989.

D).- DE LA MEXICANA:

Moreno Hernández, Moisés:

-Consideraciones Dogmáticas y Políticas Criminales sobre la Culpabilidad.

Artículo del autor, reunido en la obra: "El Poder Penal del Estado". Homenaje a Hilde Kaufmann; Ed. Deplama. Buenos Aires Argentina; 1985.

- El Proyecto de Código Penal Colombiano de 1976. Introducción y Comentario.
Artículo del autor, reunido en la "Revista Mexicana de Ciencias Penales", año 1, No. 1, enero-junio 1978, México.
 - Estudio de Introducción a "Vom Bleibeden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft" de Hans Welzel.
Artículo del autor, reunido en la "Revista Mexicana de Ciencias Penales", año 1, No. 1, enero-junio 1978, México.
 - Orientaciones Político Criminales de las Recientes Reformas al Código Penal del D.F.
Artículo del autor, reunido en la obra: "10o. Aniversario del INACIPE 1976", INACIPE, México. 1986. T-II.
 - Presente y Futuro de la Legislación Penal. (Una Visión de Conjunto).
Artículo del autor, reunido en la obra "Hacia el Derecho Penal del Nuevo Milenio", 1o. ed; INACIPE, México; 1991.
 - Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídico Penal Mexicana. (Hacia una mayor vinculación entre Dogmática Penal y Política Criminal)
Artículo del autor, reunido en la obra "Criminalia", año LVIII núm. 3 México, D.F. 1992.
- Porte Petit Candaudap, Celestino:
- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. I. 12o. ed; Ed. Porrúa, México; 1989.
 - Programa de Derecho Penal. Parte General. 3o. ed; Ed. Trillas, México; 1990.

LEGISLACIONES:

- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**
- CODIGO PENAL- PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.-**