

40761



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

"CAMPUS ARAGÓN"
DIVISION DE CIENCIAS SOCIALES

2/29.

LOS ELEMENTOS DEL TIPO Y LA RESPONSABILIDAD
PENAL A LA LUZ DE LA ACCIÓN FINALISTA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A:

JAVIER JIMÉNEZ MARTÍNEZ

TUTOR: DR. ARTURO ARRIAGA FLORES

260935

SAN JUAN DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO. MAYO 08 DE 1998



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.

A MIS PADRES:

DOÑA MARÍA MARTÍNEZ TADEO.
MUJER DE GIGANTE Y NOBLE CORAZÓN
QUE SIEMPRE HA ESTADO A MI LADO
EN EL DIFÍCIL SENDERO DE LA VIDA.
LA MAS GRANDE BENDICIÓN QUE DIOS
ME HA DADO

DON FRANCISCO JIMÉNEZ CORDERO (+)¹
HOMBRE DE TEMPLE Y DE BATALLA
DEFENSOR INCANSABLE DE SU PUEBLO.

NO LOS DEFRAUDARE

A MIS HERMANOS DE SANGRE Y DE LUCHA :

JULIO
BERBARDINO
GABRIEL
REY
JUANA
HÉCTOR
AMELIA
ENMO

GRACIAS POR SU COMPRENSIÓN Y APOYO
PARA LOGRAR ESTE HUMILDE Y SENCILLO PELDAÑO
DE MI VIDA

¹ *Apenas iniciada la primavera, escribía las últimas líneas de este sencillo trabajo recepcional en mi humilde estudio cuando falleció mi padre, lo lamentable y doloroso de ese deceso, fue no haberme podido despedir personalmente de él debido a las circunstancias que privaron antes y aún después de su muerte, solo le pido a Dios que lo tenga en una mejor vida en el cielo.*

A MIS SOBRINOS:

**NICANOR, CESAR, EVERARDO, LUCELIA, DELFINO,
EVA, JUAN, LUZVEIDI, GLORIA, REY, VIRGILIO,
RICARDO, OSCAR, VERONICA Y MARTHA.**

**ESPERO QUE COMPRENDAN QUE LA SUPERACIÓN
CONSTITUYE UNA OBLIGACIÓN EN LA FAMILIA**

**A SAN MIGUEL, ECATEPEC, OAXACA
LA TIERRA QUE ME VIO NACER**

**A SAN MIGUEL APARECIDO
MI PATRÓN Y MI GUÍA ESPIRITUAL**

**A: JOSÉ JUAN MARÍN SAYAS
MI HERMANO DE LUCHA**

**A: MIGUEL ÁNGEL VELASCO RAMOS
ESTOY SEGURO QUE TU ESFUERZO
CULMINARÁ EN VICTORIAS PARA BIEN
DE LOS TUYOS**

A MI AMIGO

MTRO. SALVADOR CORTÉS CORTÉS

**SU ALTA CALIDAD MORAL Y HUMANA
A ESTADO PRESENTE EN LOS MOMENTOS
MÁS DIFÍCILES DE MI LUCHA ACADÉMICA**

GRACIAS

**AL SR. DR. EN DERECHO
ARTURO ARRIAGA FLORES
MI PADRE INTELECTUAL**

A MIS MAESTROS:

GRACIAS POR DARME PARTE DE SUS VIDAS.

A MIS COLEGAS Y AMIGOS INTELECTUALES:

**DR. ENRIQUE DIAZ ARANDA
MTRO. ROGELIO MIGUEL FIGUEROA VELÁZQUEZ
MTRO. MIGUEL ANGEL RUIZ SÁNCHEZ
MTRO. JESÚS B. GUINTO LÓPEZ
MTRO. LUIS GARCIA LÓPEZ**

**GRACIAS POR ENSEÑARME A PROBAR LAS
MIELES DEL CONOCIMIENTO INTELECTUAL**

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

"CAMPUS ARAGON"

MI TEMPLO SAGRADO DEL SABER

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS DE GENERACION:

*GRACIAS POR SU COMPAÑERISMO
HACIA ESTE HUMILDE Y SENCILLO
ARTESANO DEL DERECHO*

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS DE TRABAJO

GRACIAS POR SU APOYO INCONDICIONAL

A LA FAMILIA VÁSQUEZ FLORES

GRACIAS POR SU APOYO

A LOS SEÑORES DOCTORES EN DERECHO

ALVARO BUNSTER BRICEÑO
FRANCISCO GONZALO REYES SALAS
RAÚL CARRANCÁ Y RIVAS
RICARDO FRANCO GÚZMAN
EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT
JUAN MANUEL CARLOS DAZA GÓMEZ
RAFAEL MÁRQUEZ PIÑEIRO
FERNADO CASTELLANOS TENA
MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ

QUIENES SIN SER SU OBLIGACIÓN, SU GENEROSIDAD
LOS HIZO CONTRIBUIR CON SUS CONSEJOS
EN CUANTO AL FONDO Y A LA FORMA. DE ESTE TRABAJO

MI ETERNA GRATITUD.

A LOS INTEGRANTES DEL HONORABLE SÍNODO

DR. ARTURO ARRIAGA FLORES
MTRO. MIGUEL ANGEL MEDINA MÉNDEZ
MTRO. PEDRO UGALDE SEGUNDO
MTRO. JAIME FLORES CRUZ
MTRO. ISIDRO CASA RESÉNDIZ

GRACIAS POR SU PACIENCIA EN LA REVISIÓN
Y SUS CONSEJOS APORTADOS EN EL
PRESENTE TRABAJO RECEPECIONAL.

REFLEXIONES

" EN UNTIEMPO, TENÍA BIEN RECUERDO, MUCHOS DONES DE LA VIDA: ERA SABIO, GENIO, PROFESIONAL, JURISTA Y ARTESANO DEL CONOCIMIENTO; MÁS TARDE, FUI GENIO, PROFESIONAL, JURISTA Y ARTESANO; HOY ME DOY CUENTA QUE SOLO SOY UN SIMPLE Y SENCILLO ARTESANO DEL DERECHO "

"EL SERVICIO PUBLICO CONSTITUYE UNA DE LAS VERTIENTES DE DESARROLLO LABORAL, SIEMPRE QUE SEA CON HONESTIDAD Y VOCACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO, QUIEN INGRESA A ELLA, PARA UTILIZARLA COMO ESCUDO DE SU ACTOS ARBITRARIOS, DE PRETPOTENCIA, O MEZQUINOS INTERESES, NO ES SINO UN SIMPLE ESTORBO, UN ROEDOR QUE MUCHO DAÑO LE HACE A LA SOCIEDAD"

"LA PREPOTENCIA Y LA SOBERBIA DE UNSERVIDOR PÚBLICO, ES UN ACTO VIL Y COBARDE, ES UNA SIMPLE MUESTRA DE CARENCIA INTELECTUAL, PUES, QUIEN SE ESCUDA EN SU PUESTO, PARA VIOLENTAR LA LEY, ES UN PELIGROSO DELINCUENTE Y, QUIEN LO HACE MOSTRANDO UN PEDAZO DE CARTÓN - CHAROLA-, ES MÁS FRAGIL QUE EL PROPIO CARTÓN"

"EN EL TRIÁNGULO PROCESAL, ÓRGANO ACUSADOR, DEFENSORES Y JUZGADORES, ESTAMOS OBLIGADOS A IMPEDIR CUALQUIER ACTO DE CORRUPCIÓN, QUE IMPLIQUE UN AGRAVIO A LA SOCIEDAD, PUESTO QUE ES UN PELGROSO DELINCUENTE QUIEN DA EL DINERO U OTRA COSA COMO EL QUE LA RECIBE; EL QUE OBLIGA A ACTUAR DE UNA U OTRA FORMA A UN SUBORDINADO AL MARGEN DE LA LEY COMO QUIEN LA OBEDECE SABRIENDO QUE CONSTITUYE UN ACTO ILCITO "

EL AUTOR

LOS ELEMENTOS DEL TIPO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL A LA LUZ DE LA ACCIÓN FINALISTA

INTRODUCCION I - VII

CAPITULO I

NOCIONES DEL CONCEPTO DE DELITO

1.1. <i>noción doctrinal de delito</i>	1
1.1.1. Etimológico.....	2
1.1.2. La Escuela Clásica	3
1.1.3. La escuela Positiva	4
1.1.4. La Terza Scuola o Tercera Escuela.....	5
1.1.5. Como Ofensa de bienes jurídicos	7
1.2. <i>noción jurídica - dogmática del delito</i>	8
1.2.1. <i>Noción jurídica - dogmática sustancial</i>	8
1.2.1.1. Totalizador	8
1.2.1.2. Analítico	9
1.2.1.2.1. Franz Von Liszt	11
1.2.1.2.2. Belin.....	11
1.2.1.2.3. Mayer.....	12
1.2.1.2.4. Mezguer.....	13
1.2.1.2.5. Jiménez de Asúa	13
1.2.1.2.6. Francesco Antolisei	14
1.2.2. <i>Noción Jurídico- dogmático Formal</i>	15
1.2.2.1. Código Penal Alemán	16
1.2.2.2. Código Penal Español	16
1.2.2.3. Código Penal Mexicano	17
1.2.2.3.1. De Veracruz de 1835.....	17
1.2.2.3.2. De Martínez de Castro de 1871.....	18
1.2.2.3.3. Del Distrito y Territorios Federales de 1929.....	18
1.2.2.3.4. Vigente de 1931	19

CAPITULO II

EVOLUCION DE LA TEORÍA DEL DELITO

2.1. Definición de Teoría del Delito	20
2.2. Diversas Teorías del delito	22
2.2.1. <i>Teoría causalista - naturalista del delito (1881-1900)</i>	24
2.2.1.1. Autores causalistas - naturalistas del delito	24
2.2.1.1.1. Fran Von Liszt	25
2.2.1.1.2. Beilín	26
2.2.1.2. Estructura causalista o naturalista del delito	27
2.2.1.3. Análisis de los elementos de la teoría causalista - naturalista del delito	28
2.2.1.3.1. Conducta	29
2.2.1.3.2. Tipicidad	30
2.2.1.3.3. Antijuridicidad	32
2.2.1.3.4. Culpabilidad	32
2.2.2. <i>Teoría Causalista - Neoclásica o Neokantiana del Delito (1900-1930)</i>	34
2.2.2.1. Autores	34
2.2.2.2. Estructura Neoclásica o Neokantiana del delito	35
2.2.2.3. Análisis de los elementos del delito en la teoría Neokantiana	36
2.2.2.3.1. Conducta	36
2.2.2.3.2. Tipicidad	36
2.2.2.3.3. Antijuridicidad	37
2.2.2.3.4. Culpabilidad	37
2.2.3. <i>Teoría irracionalista del delito (1930-1945)</i>	39
2.2.3.1. Características de la teoría irracionalista del delito	40
2.2.4. <i>Teoría Finalista del delito (1945-1960)</i>	42
2.2.4.1. Autores	42
2.2.4.1.1. Alexander Graf Zu Dohna	43
2.2.4.1.2. Hans Welzel	44
2.2.4.2. Estructura de la teoría finalista del delito	45
2.2.4.3. Análisis de los elementos del delito en la teoría finalista	46
2.2.4.3.1. Tipicidad	46
2.2.4.3.2. Antijuridicidad	46
2.2.4.3.3. Culpabilidad	47
2.2.5. <i>Teoría funcionalista del delito (1960-1990)</i>	48
2.2.5.1. Autores	48
2.2.5.1.1. Claus Roxin	49
2.2.5.1.2. Gunter Jakobs	50
2.2.5.2. Estructura de la teoría funcionalista del delito	51
2.2.5.3. Análisis de los elementos del delito en la teoría funcionalista	51
2.2.5.3.1. Tipicidad	52
2.2.5.3.2. Antijuridicidad	53
2.2.5.3.3. Culpabilidad	53
2.2.6. <i>El método lógico matemático</i>	55

2.2.6.1. El tipo penal.....	56
2.2.6.2. La tipicidad.....	58
2.2.6.3. La violación del deber jurídico penal.....	58
2.2.6.4. Cupabilidad.....	58

CAPITULO III

ESTRUCTURA FINALISTA DEL DELITO

3.1. El comportamiento humano.....	61
3.1.1. Formas de comportamiento.....	63
3.1.1.1. Acción.....	63
3.1.1.2. Omisión.....	65
3.1.1.2.1. Propia.....	66
3.1.1.2.2. Impropia.....	67
3.2. Elementos Generales del delito a la luz de la teoría finalista.....	69
3.3. El tipo penal finalista.....	70
3.4. Estructura del tipo penal finalista.....	71
3.4.1. Elementos objetivos.....	72
3.4.2. Elementos subjetivos.....	75
3.5. Tipicidad finalista.....	79
3.6. Atipicidad Finalista.....	79
3.7. Antijuridicidad finalista.....	80
3.7.1. La exclusión de la antijuridicidad finalista.....	81
3.8. Culpabilidad.....	83
3.8.1. Elementos de la culpabilidad finalista.....	84
3.8.2. Causas que excluyen la culpabilidad.....	86

CAPITULO IV

LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL FINALISTA

4.1. Ausencia de comportamiento.....	90
4.1.1. Causas de Ausencia de comportamiento.....	91
4.1.2. Análisis de las causas de ausencia de comportamiento.....	93
4.1.2.1. Fuerza irresistible.....	93
4.1.2.2. Movimientos Reflejos.....	95
4.1.2.3. Estados de inconciencia.....	95
4.2. El tipo penal Finalista.....	96
4.3. Funciones del tipo penal.....	97
4.4. Clasificación del tipo penal en orden al comportamiento.....	98
4.5. Elementos del Tipo Penal o supuesto de hecho típico.....	98

4.5.1. Elementos objetivos generales del tipo penal finalista	100
4.5.1.1. Análisis particular de los elementos objetivos generales del tipo	103
4.5.1.1.1. Bien jurídico u objeto jurídico	104
4.5.1.1.2. Ofensa del bien jurídico protegido.....	106
4.5.1.1.2.1 Lesión	107
4.5.1.1.2.2. Peligro	109
4.5.1.1.2.2.1 En concreto.....	111
4.5.1.1.2.2.2. En abstracto.....	112
4.5.1.1.3. Los sujetos del delito	113
4.5.1.1.3.1. El sujeto activo	113
4.5.1.1.3.2. Autoría.....	114
4.5.1.1.3.3. Participación.....	117
4.5.1.1.3.4. El sujeto pasivo.....	118
4.5.2. Elementos objetivos Especiales o excepcionales del tipo penal finalista.	119
4.5.2.1. El objeto.....	120
4.5.2.1.1. Material	119
4.5.2.1.2. Jurídico.....	121
4.5.2.2. Calidad del sujeto activo	121
4.5.2.3. Resultado.....	121
4.5.2.3.1. Material.....	122
4.5.2.3.2. Formal.....	123
4.5.2.4. Nexo causal	124
4.5.2.4.1. Teoría de la equivalencia del las condiciones	126
4.5.2.4.2. Teoría de la causalidad adecuada	127
4.5.2.4.3. Teoría de la Relevancia.....	128
4.5.2.4.4. Teoría de la imputación objetiva.....	128
4.5.2.5. Medios comisivos.....	132
4.5.2.6. Elementos normativos.....	132
4.5.2.6.1. Jurídicos.....	133
4.5.2.6.2. Extrajurídicos.....	134
4.5.2.7. Circunstancias.....	134
4.5.2.7.1. Modo	135
4.5.2.7.2. Lugar	136
4.5.2.7.3. Tiempo	136

CAPITULO V

LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL

5.1. Los elementos subjetivos del tipo penal	137
5.2. Análisis particular de los elementos subjetivos generales del tipo penal doloso.....	140
5.2.1. El dolo.....	140
5.2.1.1. Elementos del dolo.....	142
5.2.1.1.1. Intelectual	142
5.2.1.1.2. Volitivo.....	143
5.2.1.2. Formas o grados de dolo	144
5.2.1.2.1. De primer grado.....	144

5.2.1.2.2. De segundo grado	146
5.2.1.2.3. Eventual	147
5.2.1.3. Causas de exclusión del dolo	148
5.2.1.3.1. Error de tipo	148
5.2.1.3.1.1. Sobre el objeto de la acción	151
5.2.1.3.1.2. En el golpe	153
5.2.1.3.1.3. En la relación de causalidad	154
5.2.1.3.1.4. Dolus generalis	155
5.2.1.3.1.5. Sobre elementos accidentales del tipo	156
5.3. Los elementos subjetivos especiales del tipo penal	156
5.3.1. Análisis particular de los elementos subjetivos especiales	159
5.3.1.1. La intención	159
5.3.1.2. La tendencia especial	160
5.3.1.3. El ánimo	160
5.3.1.4. El propósito	160
5.3.1.5. Motivos	161
5.3.1.6. Los impulsos afectivos	161
5.3.1.7. La actitud	162
5.4. la culpa	162
5.4.1. Elementos Generales del Tipo Penal	164
5.4.2. Clases de culpa	166
5.4.2.1. Consciente	166
5.4.2.2. Inconsciente	167
5.4.3. Elementos Generadores de la culpa	167
5.4.3.1. La imprudencia	168
5.4.3.2. La negligencia	168
5.4.3.3. La impericia	169
5.4.3.4. La violación de normas legales	169
5.5. El comportamiento típicamente adecuado	170
5.6. Falta de comportamiento típicamente adecuado	170

CAPITULO VI

LA ANTIJURIDICIDAD

6.1. El concepto de antijuridicidad finalista	173
6.2. Las causas de justificación	175
6.3.1. Elementos de las causas de justificación en general	178
6.3. Análisis particular de las causas de justificación	179
6.3.1. Defensa legítima	180
6.3.1.1. Elementos doctrinarios de la Legítima defensa	181
6.3.1.2. Su ubicación en el Código Penal vigente	181
6.3.1.3. Elementos señalados en el Código penal vigente	182
6.3.2. Estado de necesidad	182
6.3.2.1. Justificante	183
6.3.2.2. Elementos doctrinarios del Estado de necesidad justificante	184
6.3.2.3. Su ubicación en el Código Penal Vigente	185

6.3.2.4. Elementos señalados en el Código Penal vigente.....	185
6.3.3. Ejercicio de un derecho.....	185
6.3.3.1. Clasificación	187
6.3.3.2. Elementos doctrinarios.....	188
6.3.3.3. Su ubicación en el Código Penal vigente.....	189
6.3.3.4. Elementos señalados en el Código Penal vigente.....	189
6.3.4. Cumplimiento de un deber	189
6.3.4.1. Elementos doctrinarios	192
6.3.4.2. Su ubicación en el Código Penal vigente.....	192
6.3.4.3. Elementos señalados en el Código Penal vigente.....	192
6.3.5. Consentimiento del ofendido.....	193
6.3.5.1. Clases de consentimiento	193
6.3.5.1.1. Como excluyente del tipo.....	193
6.3.5.1.2. Como excluyente de la antijuridicidad.....	194
6.3.5.2. Su ubicación en el Código Penal Vigente	194
6.3.5.3. Elementos señalados en el Código Penal vigente.....	195

CAPITULO VII

LA ESTRUCTURA FINALISTA DE LA CULPABILIDAD

7.1. El concepto de culpabilidad finalista	196
7.1.1. Etimológico	196
7.1.2. Doctrinal	197
7.2. Elementos de la culpabilidad finalista	199
7.3. Análisis particular de los elementos de la culpabilidad finalista.....	200
7.3.1. La capacidad de culpabilidad (imputabilidad).....	200
7.3.1.1. Elementos que componen la capacidad de culpabilidad	201
7.3.1.1.1. La comprensión de lo injusto (elemento intelectual)	202
7.3.1.1.2. Determinación de la voluntad (elemento volitivo).....	202
7.3.1.2. Causas que excluyen la capacidad de culpabilidad(imputabilidad).....	203
7.3.1.3. Grados de exclusión de la capacidad de culpabilidad	204
7.3.1.3.1. Total	204
7.3.1.3.1.1. Por minoría de edad	205
7.3.1.3.1.2. Por modificaciones anormales de la personalidad.....	205
7.3.1.3.2. Disminuida.....	207
7.3.1.3.3. Exclusión culpable de la capacidad de culpabilidad	209
7.3.2. El conocimiento de la prohibición.....	210
7.3.2.1. Elementos del conocimiento de la prohibición.....	211
7.3.2.2. Causas que excluyen el conocimiento de la prohibición.....	212
7.3.2.2.1. El error de prohibición inevitable.....	213
7.3.2.2.2. El error de Prohibición evitable.....	213
7.3.3. La exigibilidad de otra conducta	214
7.3.3.1. Elementos de la exigibilidad	215
7.3.3.2. Causas que excluyen la exigibilidad de otra conducta	215

7.3.3.3. Analisis de las causas que excluyen la exigibilidad de otra conducta	217
7.3.3.3.1. Estado de necesidad exculpante.....	217
7.3.3.3.2. Exceso en la Defensa legitima.....	218
7.3.3.3.3. Miedo insuperable.....	219
7.3.3.3.4. Obediencia jerárquica o debida.....	219

CONCLUSIONES.....	222
--------------------------	------------

PROPUESTAS	229
-------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA GENERAL.....	i - vi
----------------------------------	---------------

INTRODUCCIÓN

¿Cómo salió esta sentencia? Penalmente responsable, tajante respondi, pero... esto es un encargo de la ciudadana Juez, me indicó con temor aquella diminuta mujer - la secretaria de acuerdos - en ese entonces la titular del juzgado se encontraba de vacaciones, me dirigí de inmediato con el entonces Juez por ministerio de Ley, para plantearle la problemática de que, aún y cuando de constancias procesales habian quedado plenamente reunidos tanto los elementos del tipo y la responsabilidad penal, se pretendía la absolución del acusado; sin embargo, luego de escuchar mis argumentos, me dijo que "solamente debía obedecer instrucciones" puesto que no era más que un "simple trabajador" hecho que más tarde fue ratificado por la titular del juzgado a su regreso; ella sabía del hecho y, por lo tanto, ella dió la orden para resolver en el sentido que se me estaba indicando. Luego de que la susodicha secretaria y el malogrado juzgador se dieron cuenta que tenía en mis manos una grabación en audio casi completa de aquel evento, y con la advertencia de ser denunciados por el suscrito, de inmediato firmaron la resolución en el sentido que el suscrito la había proyectado para borrar cualquier evidencia - como ya es costumbre - imperó la intolerancia y la irracionalidad jurídica de la secretaria de acuerdos, del juez por ministerio de ley y de la propia titular del juzgado, todos son cómplices de la barbarie, la corrupción y la intolerancia, así, hemos corroborado una vez más que dentro del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, existen hombres de valor, honestos, incorruptibles y con plena vocación de servicio, a ellos nuestro reconocimiento y gratitud, pero también existen sujetos, que, lejos de contribuir en la correcta aplicación del derecho, la descomponen con sus comportamientos criminales; pues, no son sino unas simples "ratas" en palabras del Doctor Eduardo López Betancourt y que ahora lo hacemos nuestro, ese hecho nos causó una profunda indignación y nos llevó a la reflexión para abandonar de mutuo propio la relación laboral para no contaminarnos con la basura que mucho daño le hace a la sociedad cada día más agraviada, pues, quienes estamos convencidos de nuestros ideales y además tenemos alternativas de supervivencia laboral y económica, jamás nos sujetaremos a la opinión corriente, mezquina, denigrante y vulgar, y, menos aún a las

acciones que violenten la ley, venga de donde venga, no seremos ni hoy ni mañana un "simple trabajador" porque cuidamos sobre todas las cosas, nuestra dignidad, no trabajaremos ni colaboraremos con delincuentes, guiados por su instinto animal, ellos, le causan un daño irreversible a la sociedad y al pueblo de México. Mal que hemos repugnado y seguiremos repugnando desde nuestras trincheras como servidor público, académico o estudiante una y otra vez, siempre que sea posible¹

Derivado de la anterior y triste realidad, y viendo que por un lado, algunos señores encargados de aplicar el derecho padecen de una enorme "miopía jurídica" o bien la "nada jurídica" hemos decidido desarrollar nuestro trabajo recepcional, bajo el título "los elementos del tipo y la responsabilidad penal a la luz de la acción finalista" teoría hoy dominante; y, cuyos orígenes se encuentran básicamente en el derecho penal alemán; pues, antes de las reformas de 1994 tanto al Código Federal de Procedimientos Penales como su análogo del Distrito Federal operaba la antigua teoría causalista a la que el padre del finalismo lo llamó "ciega" puesto que se entendía a la acción del hombre como un obrar sin dirección, así a esta teoría únicamente le interesaba la acción y el resultado, y, no es sino hasta en el año de 1994 cuando a instancias del Doctor Moisés Moreno Hernández, se introdujo después de casi 50 años en nuestro derecho penal el sistema de la acción finalista que había y ha tenido auge tanto en Alemania como en España, es así como mediante reformas tanto al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 de su análogo del Distrito Federal en el año de 1994 se introduce la vigencia del sistema finalista alemán, cuyo postulado fundamental es "la dirección final de la acción del hombre", y, entonces empieza a aparecer confusamente por los pasillos de universidades y órganos encargados de aplicar el derecho, y, sobre todo del derecho penal de una manera confusa, se

¹ *Hecho que no fue denunciado ante las instancias correspondientes por razones de seguridad personal, puesto que durante nuestra corta permanencia en el tribunal, observamos que existe una gran complicidad de los actos entre las propias autoridades judiciales, ello, aunado a que nuestro tiempo era sumamente reducida y valiosa, ya que estábamos más dedicados a tareas académicas y de investigación que ha acumular tesoros ilícitos, entonces preferimos no revolvemos con la basura burocrática que mucho daño le hace a la sociedad. Sin embargo, por considerarlo de utilidad pública, al final del presente trabajo recepcional incluimos nuestra renuncia presentada para entonces, únicamente para efectos académicos.*

convirtió en el fantasma de la oscuridad jurídica - Período al que nosotros hemos bautizado como el *oscurantismo jurídico penal* - la pesadilla del que aún hoy en día todavía no hemos asimilado, aunque, debemos reconocer que también hay la suerte de que frente a este oscurantismo jurídico tenemos la fortuna de que existen valiosos juristas inmersos en los órganos encargados de aplicar el derecho o de procurar su aplicación, sin embargo, su sencillez intelectual hace que a pesar de su excelente dominio del finalismo argumenten con modestia que “el desconocimiento de los nuevos contenidos de nuestros ordenamientos jurídico penales, se ha hecho patente en nuestra realidad profesional, hablando en general desde la procuración e impartición de justicia, así como de los juristas que nos hallamos inmersos en el drama penal,”ⁱⁱ

Frente al intento de perfeccionar nuestro sistema de derecho penal con la adopción del finalismo, es necesario advertir de que, no son pocas las veces en donde las cuestiones políticas han estado por encima de la ley, en donde algunos administradores del poder y aplicadores del derecho - limosneros o simples trabajadores - no son sino marionetas inservibles manejados y manipulados por el poder político, o manejados por sus superiores o quienes les hayan hecho el favor de darles una “oportunidad laboral” en donde no saben hacer otra cosa, sino obedecer ciegamente, esa es nuestra realidad, ello desde luego aunado a las torpezas jurídicas en que se encuentran algunos de los juzgadores, pues se ha preferido la salida más cómoda, protegiendo sobre todas las cosas, su empleo y permitiendo que el poder político pisotee una y otra vez el derecho; que el más influyente se debore al más débil; antes bien, debe agregarse la contribución de los jóvenes estudiantes de hoy, que, lejos de constituirse en verdaderos juristas no hacen sino seguir la rutina viciada del abogado tradicional, su argumento “es el sistema” y con ello se concretan a repetir las viejas tradiciones, lo que nuestros malos antecesores nos han legado; de ahí que, se entrenan en las aulas para sobornar a las autoridades encargadas de aplicar el derecho - adviértase que para ganar un

ⁱⁱ Flores, Cruz Jaime, *Metodología de la nueva estructura del delito en México*, Tesis que para obtener el grado de maestro en Derecho presentó en la División de Ciencias Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, “Campus Aragón”, México, 1996, Pág. 97

asunto con tan bochornosas y vergonzosas artimañas no se necesita haber pasado por las aulas académicas y mucho menos de nuestra noble institución universitaria que no merece esas conductas antisociales - de este panorama también participan en no menos ocasiones los docentes, sembrando poco a poco la semilla de la intolerancia, el germen de la corrupción y las mieles del soborno en los jóvenes que más tarde seguirán el más triste camino que todo "abogado" corriente puede seguir: el de la corrupción, la intolerancia, la prepotencia y la incapacidad de aplicar el derecho.

Ahora bien, nuestra investigación jurídica que proponemos y para lograr nuestro objetivo que más adelante hemos señalado, lo hemos dividido básicamente en 7 fases, etapas, o capítulos, mismo en el que de una manera general se contienen los siguientes aspectos:

El capítulo PRIMERO al que hemos intitulado "Nociones del Concepto de Delito" desarrollaremos, en principio, el concepto del delito comenzando por las escuelas que la evolución del derecho penal ha reconocido, tales como la escuela clásica, positivista y la denominada tercera escuela, posteriormente nos remitiremos a la noción jurídica del delito en el que señalaremos como han entendido al delito a través de la evolución jurídica sustancial en el que haremos referencia a los pensadores más sobresalientes, habida cuenta que, el desarrollo de este capítulo o fase nos permitirá tener una visión general de la evolución del concepto del delito.

En el SEGUNDO capítulo o fase denominado "Evolución de la Teoría del Delito" esbozaremos las distintas teorías y métodos que a lo largo de la historia han estudiado al delito, intentando darle una estructura adecuada; veremos causalismo - naturalismo, causalismo - neoclásico o neokantiano, irracionalismo, finalismo y funcionalismo, señalaremos como se han entendido los elementos del delito en cada una de estas teorías, ello con el objeto de precisar la aportación de estas teorías; y, además, nos será de utilidad como marco de referencia para los capítulos subsecuentes.

En el TERCER capítulo o fase al que hemos intitulado “Estructura finalista del Delito” señalaremos de una manera general como se estructura la teoría del delito a la luz de la teoría reinante sin entrar en el análisis profundo de sus elementos, veremos el panorama estructural de los elementos esenciales del delito - comportamiento típicamente adecuado, antijuridicidad y culpabilidad - de ahí que constituya el esqueleto del delito. Este capítulo nos servirá para el desarrollo de los subsecuentes, pues constituirá fundamentalmente el pilar de donde partiremos para el desarrollo específico de los elementos del tipo y la responsabilidad penal a la luz de la teoría dominante: el Finalismo alemán

En el CUARTO capítulo o fase al que hemos intitulado “Los Elementos Objetivos del Tipo Penal Finalista” señalaremos fundamentalmente cuales son aquellos elementos objetivos o externos que de acuerdo con la doctrina alemana y española componen el tipo penal, es decir aquellos elementos que se refieran al hecho y al autor, desarrollaremos a detalle dichos elementos basándonos sobre todo en el derecho penal alemán sin que ello constituya una limitante.

El QUINTO capítulo o fase denominado “Los Elementos Subjetivos del Tipo Penal Finalista” señalaremos en primer término cuales son dichos elementos, y, posteriormente los desarrollaremos de manera detallada, lo anterior, con el objeto de que no quede duda alguna, de cuales son los elementos subjetivos del tipo penal; y, por el otro, como se deben entender dichos elementos y su ubicación en la teoría del delito a la luz de la teoría dominante.

El SEXTO capítulo o fase intitulado “La Antijuridicidad Finalista” señalaremos en primer término cuando un comportamiento es antijurídico y, luego, desarrollaremos las causas de justificación, ello con el objeto de concluir que ante la ausencia de alguna de las mismas es lo que hace que un comportamiento sea antijurídico, es decir, cuando una acción u omisión no se encuentre amparado por una de estas causas, el comportamiento es antijurídico

En el SEPTIMO y último capítulo o fase intitulado “ La Culpabilidad Finalista” señalaremos cuales son los elementos que integran la culpabilidad a la luz del finalismo; y, en seguida, desarrollaremos de manera detallada cada uno de dichos elementos con el objeto de entender su naturaleza.

En cuanto a las hipótesis que se pretenden demostrar, básicamente y debido al planteamiento del problema, que sustentará el presente trabajo de investigación son las siguientes:

- a) Si el legislador al hacer referencia los elementos del tipo penal los enumeró sistemáticamente, en esa misma medida, orden y metodología es pertinente señalar los elementos que componen la responsabilidad penal.
- b) Si el Juzgador para dictar una resolución necesita estudiar todos y cada uno de los elementos del tipo penal, antes bien, es procedente que haga lo mismo para acreditar la responsabilidad y que queden así plasmados en la resolución para fundamentar en todo caso la necesidad de la pena .
- c) Si los bienes jurídicamente tutelados por le ley penal son de vital importancia, entonces para que un juzgador dicte una resolución es necesario que estudie previamente todas y cada una de los presupuesto referido al autor y al hecho, habida cuenta que, es su obligación constitucional y legal.
- c) Si para imponer una sanción, se estudian los antecedentes del agente activo del delito, asi como sus anteriores ingresos, también es pertinente que en esa misma medida se estudie la necesidad de imponer o no esa pena atendiendo a la política criminal.

En cuanto al método de trabajo, creemos que por un lado, el método inductivo será una herramienta esencial para la construcción de nuestro trabajo y, por el otro, la interpretación

hermenéutica nos ayudará a dilucidar la estructura de la teoría reinante, y, finalmente mediante el análisis y la síntesis del material existente tanto extranjero como nacional que abordan el tema problema de nuestra investigación, complementándolo desde luego con la investigación.

Por lo que respecta a la técnica de investigación a utilizar creemos de gran utilidad la investigación documental, auxiliándonos desde luego de la investigación de campo, y, sin lugar a duda de la investigación participante.

Así las cosas creemos que conforme a la estructura de nuestro trabajo, y, después de haber transcurrido ya de por sí cuatro largos años de que entraron en vigor estas reformas penales que introdujeron al finalismo alemán, litigantes, acusadores, juzgadores e incluso investigadores, seguimos - al menos eso creemos - sin entender eso que llaman "finalismo" eso sí, algunos nos adornamos con lujo exagerado al pronunciarlo con elegancia pero en realidad no sabemos en que consiste, no la asimilamos, y, más aún, las generaciones que ya no alcanzaron a escuchar por desgracia este pensamiento alemán en las aulas - que por cierto le hacen mucho daño tanto a la carrera y a las instituciones encargadas de aplicar el derecho - pues, niquiera se han tomado la molestia de actualizarse; de esta guisa jurídica - lo más importante para nosotros - es que nuestro trabajo ayudará a cualquier jurista que se interese por el "finalismo alemán" a entenderlo, a jugar con sus principios, a desmenuzarlo y como su lógica consecuencia a proponer cambios en nuestro sistema de aplicación y administración del derecho, este es el fin último de nuestra investigación jurídica, y no otra, antes bien, debemos advertir, que no faltará y a eso nos exponemos porque estamos convencido de nuestro objetivo académico, de quien profanamente se de a la tarea de criticar nuestro humilde y sencillo esfuerzo ante su impaciencia e incapacidad de superarla: dejemos este humilde trabajo a la prueba de sus más auténticos detractores.

EL AUTOR

MAYO 08 DE 1998

CAPITULO 1

NOCIONES DEL CONCEPTO DE DELITO

El presente capítulo al que hemos denominado “naciones del concepto de delito” servirá como cimiento para el objetivo planteado al inicio de nuestro trabajo de investigación, aquí desarrollaremos los conceptos fundamentales del delito, partiendo básicamente desde dos grandes vertientes; por un lado, el concepto doctrinal conforme a las escuelas penales que hicieron presencia en el desarrollo de la historia penal, iniciando con Carrara hasta Birbaum y, el concepto dogmático jurídico desde el punto de vista jurídico sustancial, esto es, las distintas definiciones que los penalistas han proporcionado desde Fran Von Liszt hasta la aportación del distinguido maestro español Luis Jiménez de Asúa; y, por otra parte, contemplaremos el aspecto jurídico formal en donde básicamente analizaremos el concepto de delito partiendo conforme los Códigos Penales Extranjeros que a nuestro parecer han tenido una influencia decisiva en nuestro derecho penal, tales como el alemán y español; finalmente, concluiremos el capítulo con la definición del delito que se ha hecho en nuestra legislación desde el Código Penal de Veracruz de 1835 hasta el vigente de 1931, esperando con ello, cumplir el objetivo propuesto en el presente capítulo, que es precisar el concepto de delito que utilizaremos en el desarrollo de todo nuestro trabajo.

1.1. NOCIÓN DOCTRINAL DEL DELITO

Consideramos pertinente analizar la definición del delito partiendo básicamente de los conceptos que la doctrina ha aportado desde distintos instituciones o puntos de vista; y, para ese efectos el orden ha seguir es el siguiente:

- a) Etimológico
- b) Escuela Clásica
- c) Escuela Positiva

- d) Tercera Escuela
- e) El delito como ofensa de bienes jurídicos

La anterior enumeración obedece más que a la evolución de las escuelas penales, a nuestro método de trabajo que hemos optado para el desarrollo de nuestra investigación, pasemos, pues, al desarrollo de los aspectos enumerados.

1.1.1. DEFINICIÓN ETIMOLÓGICA DE DELITO

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, la palabra delito proviene del término *delicto*, y, entre sus múltiples acepciones implica culpa, crimen, quebrantamiento de la ley, acción u omisión voluntaria castigado por la ley con pena grave;¹ por su parte, Rafael Márquez Piñeiro citando a los italianos Francesco Carrara y Eugenio Cuello Calón advierte que la palabra delito “proviene del latín , *supino* del verbo *delinquir, delinquere*, que significa desviarse, resbalar, abandonar;”² o como refiere Castellanos Tena “deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley”³

Como se observa, desde el punto de vista etimológico, los criterios e interpretaciones son divididos; así, nosotros y a pesar de los riesgos que implica adherirse a una postura, opinamos que lo correcto es que tal y como lo precisa el diccionario de la Lengua Española, la palabra delito proviene del término latino *delicto* y significa en su connotación etimológica el quebrantamiento de la ley mediante una acción u omisión voluntaria del hombre.

¹ *Diccionario de la Real Academia Española*, Tomo II, 19ª. Edición, Espasa Calpe, Madrid, España, 1970, Pág. 432

² Márquez Piñeiro, Rafael, *Derecho Penal - parte General*, 3ª. Edición, Trillas, México, 1994, Pág. 131

³ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 29ª. Edición, Porrúa, México, 1991, Pág. 125

1.1.2. EL DELITO EN LA ESCUELA CLÁSICA

La noción clásica del delito se da fundamentalmente durante el apogeo del derecho penal italiano, iniciándose con el pensamiento de Emanuel Kant y alcanzando su máximo esplendor con Francesco Carrara; así los autores que formaron parte de la escuela clásica y aportaron en su momento una concepción clásica de delito conforme al maestro español Luis Jiménez de Azúa⁴ son:

- a) Giovanni Carmignani
- b) Giandomenico Romagnosi
- c) Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach
- d) Pellegrino Rossi
- e) Francesco Carrara

Por cuestiones de metodología, advertimos que no desarrollaremos todos los conceptos de los autores enumerados, sino únicamente aquellos que más influencia tuvieron en el desarrollo y evolución del derecho penal en general.

Para el italiano Giovanni Carmignani⁵ el delito es “la infracción de la ley del Estado protectora de la seguridad pública y privada mediante un hecho del hombre cometido con perfecta y directa intención”; por su parte, el máximo exponente de la escuela clásica Francesco Carrara precisa que el delito “es la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso”⁶

⁴ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el Delito*, 3ª. Edición, Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1958, Pág. 202, véase también a Castellanos Tena, Fernando, *Op. Cit.* Págs. 51 - 55

⁵ Fontán Balestra Carlos, *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, 2ª. Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1990, Pág. 326

⁶ Carrara Francesco, *Programma de Derecho Criminal*. Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Tomo I, 4ª. Edición, Témis, Bogotá, Colombia, 1977, Pág. 40, véase también a Castellanos Tena Fernando, *Op. Cit.* Pág. 54, en el mismo sentido Carlos Fontán Balestra en su obra ya citada Pág. 326

Como se advierte, la escuela clásica centraba fundamentalmente la noción de delito en dos aspectos fundamentales; por un lado, aparece la norma como el instrumento rector de comportamientos; y, por el otro, la seguridad pública y privada como su fin último; por ello, los elementos sobre lo que se construyó el concepto de delito en la escuela clásica a nuestro entender fueron los siguientes:

- a) Infracción de la Ley del Estado
- b) Afectación de la seguridad pública
- c) Acto externo e imputable del hombre
- d) Acto Políticamente dañoso

1.1.3. EL DELITO EN LA ESCUELA POSITIVA

Es en la escuela positiva en donde aparece la *noción sociológica* del concepto del delito, se presenta como la negación radical de la escuela clásica, pretendiendo cambiar el sistema represivo, suprimiendo su fundamentación objetiva y dando preponderancia a la personalidad del delincuente, en ese orden de ideas los juristas de la escuela positiva a quienes la historia conoció como “los evangelistas”⁷ son los siguientes

- a) Cesar Lombroso
- b) Enrico Ferri
- c) Rafael Garófalo

Aunque César Lombroso en definitiva no aportó en si una definición de delito sino más bien señaló las características del delincuente al precisar que “el delincuente nato es idéntico al loco moral, con base epiléptico, explicable por atavismo y con un tipo físico y psicológico especial”⁸ no así Rafael Garófalo, ya que, al abordar su concepto de delito natural advierte

⁷ Márquez Pifeiro Rafael, Op. Cit. Pág. 73

⁸ Jiménez de Asúa, Luis, Op. Cit. Pág. 49

que “delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales(piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad ”⁹; por su parte, Enrico Ferri precisa que “ para que el delito exista - se necesita - que la lesión se haya producido a impulsos de un móvil antisocial;”¹⁰ en tal virtud para la escuela positiva el delito constituye un fenómeno natural y social producido por tres factores de orden diverso: antropológicos, físicos y sociales; biológica y psíquicamente el delincuente es un anormal. Todo infractor moralmente responsable o no, tienen responsabilidad legal si incide en el campo de la ley penal ¹¹

De los conceptos señalados por los pensadores del positivismo, quienes como se observa más que aportar una definición del delito, no hacen sino señalar los factores que directa o indirectamente inciden en su comisión, sobre esa base nosotros advertimos que los elementos sobre los que se fundamenta la definición del delito en la escuela positiva fueron en general los siguientes:

- a) Violación del sentido moral de los hombres
- b) Violación de las reglas necesarias para la adaptación del hombre en sociedad
- c) Violación que tiene su origen en factores antropológicos , físicos y sociales del hombre

1.1.4. EL DELITO EN LA TERZA ESCUOLA O TERCERA ESCUELA

La tercera escuela o también conocida como la escuela critica, ecléctica o Terza Scuola como lo llamó Emmanuel Carnevale o como lo prefirió Bernardino Alimena “Positivismo crítico o naturalismo crítico” ¹² precisamente porque adopta una postura intermedia entre la

⁹Antolisei, Francesco, *Manual de Derecho Penal* Tomo I, 8ª. Edición, Témis, Bogotá, Colombia, 1988, Pág. 117, véase también a Luis Jiménez de Asúa Op. Cit. Pag. 204 y Fernando Castellanos Tena. Op. Cit. Pág. 126

¹⁰ Fontán Balestra Carlos, Op. Cit. Pág. 330

¹¹ Cfr. Márquez pifeiro Rafael, Op. Cit. Págs. 73-74

¹² Cfr. Bustos Ramírez, Juan. *Introducción al Derecho Penal*, Témis, Bogotá, Colombia, 1986, Pág. 154

escuela clásica y la positiva, escuela que asume la negación del libre albedrío; y, de acuerdo con Fernando Castellanos Tena¹³ y Rafael Márquez Piñeiro¹⁴ los autores de esta escuela son los siguientes:

- a) Bernardino Alimena
- b) Emmanuel Carnevale

Esta escuela señala la autorizada pluma de don Fernando Castellanos Tena concibe al delito “ como fenómeno individual y social, inclinándose también hacia el estudio científico del delincuente”¹⁵; o como lo refiere Juan Bustos al precisar que tanto Carnevale como Alimena “rechazan el libre albedrío de la escuela clásica y se declaran partidarios del determinismo. Pero al mismo tiempo rechazan la idea de hacer responsables a los inimputables, consecuencia lógica dentro del positivismo a causa de la peligrosidad de los inimputables y su responsabilidad social por el hecho siempre de vivir en sociedad ... Introduce el concepto de dirigibilidad. La acción penal tiene sentido respecto de sujetos dirigible y resulta improcedente para aquellos que no representan tal característica; lo que no quiere decir que respecto de ellos no sea posible ningún medio defensivo, por el contrario, respecto de ellos se puede actuar con medios no penales, es decir, las medidas de seguridad ... así, por una parte no acepta el libre albedrío y sí el determinismo, con lo cual acoge postulados del positivismo; pero al mismo tiempo con su aspecto de dirigibilidad evita sacar las consecuencias a que llega el positivismo y logra un criterio en cierto sentido de responsabilidad, diferente del de los clásicos y del positivismo, que le permite hacer una distinción semejante a la de la escuela clásica entre imputables e inimputables”¹⁶

Respecto de la concepción del delito que presenta la tercera escuela, se advierte que ya desde entonces aparece, por un lado, derivado de los principios de determinismo y dirigibilidad el concepto de imputabilidad e inimputabilidad, hecho que cuestiona lo que hoy en día

¹³ Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 69

¹⁴ Cfr. Márquez Piñeiro Rafael. Op. Cit. Pág. 75

¹⁵ Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. Pág. 69, véase también a Márquez Piñeiro Op. Cit. Pág. 76

¹⁶ Bustos Ramírez Juan, Op. Cit. Págs. 154-155

constituye un presupuesto de la culpabilidad, “la imputabilidad o capacidad de culpabilidad” y, por el otro, intenta al menos desde el punto de vista científico el estudio del delincuente, de tal manera que siguiendo a las opiniones encontradas podemos señalar que los elementos o conceptos que aportó esta institución fueron:

- a) Imputabilidad e inimputabilidad
- b) Determinismo del comportamiento
- c) Dirigibilidad del comportamiento

1.1.5. EL DELITO COMO OFENSA DE BIENES JURIDICOS

Esta posición se le atribuye a Birnbaum quien definió al delito como “una lesión de bienes o intereses jurídicos o como un peligro para ellos. Bien jurídico es todo aquello, material o incorporal, que satisface las necesidades humanas (individuales o colectivas). El bien jurídico constituye el objeto de la protección penal y la finalidad del ataque delictivo, para destruirlo, exteriorizarlo o sencillamente ponerlo en peligro. Conocer el bien jurídico del tipo penal es el mejor medio de interpretar dicho tipo... Dicha noción explica el contenido material del delito (lesión o peligro), determina la finalidad del ordenamiento penal (protección de bienes jurídicos) y fundamentalmente la sistematización de los delitos en la parte especial del derecho penal”¹⁷

Del pensamiento jurídico derivado la escuela de Birbau, adviértase que ya para entonces se comienzan a construir los primeros cimientos de la estructuración sistemática del delito aportando para al efecto conceptos fundamentales que aun hoy en día siguen siendo de vital utilidad en el pensamiento jurídico penal; por ende, de la opinión descrita se concluye que los elementos que esta escuela tomó en cuenta para definir al delito son los siguientes:

- a) Objeto de protección de la norma
- b) Bien jurídico protegido

¹⁷ Márquez Piffeiro Rafael, Op. Cit. Págs. 134 -135

- c) Ofensa del bien jurídico protegido
- d) Lesión del bien jurídico protegido
- e) Peligro del bien jurídico protegido

1.2. NOCION JURIDICA - DOGMÁTICA DEL DELITO

Para el estudio y análisis del concepto jurídico - dogmático del delito es opinión dominante que este aspecto se divide doctrinalmente en dos grandes rubros que son:

- a) Jurídico sustancial
- b) Jurídico formal

1.2.1. LA NOCION JURIDICA - DOGMATICA SUSTANCIAL DEL DELITO

Desde esta concepción, debe estudiarse la esencia del delito para determinar cuales son sus elementos, pues las nociones formales no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido¹⁸; ahora bien, para estudiar al delito desde el punto de vista jurídico sustancial puede hacer desde los siguientes aspectos fundamentales

- a) Unitario, totalizador o sintético
- b) Analítico o atomizador

1.2.1.1. EL CONCEPTO UNITARIO (TOTALIZADOR O SINTÉTICO DEL DELITO)

Desde este punto de vista "el concepto total del delito resume básicamente una idea sobre aquello que debe constituir el punto de partida de la teoría jurídica del delito. En este concepto se condensa lo que se entiende globalmente por digno de represión, o por merecedor de pena. Se trata - dice el maestro español - de una idea que guarda estrecha relación con la teoría de la pena y que, a su vez, opera dentro de la teoría del delito como el axioma principal de la

¹⁸ Ibidem Pág. 133, en el mismo sentido Castellanos Tena, Op. Cit. Pág. 129

misma"¹⁹; por su parte, Roberto Reynoso Dávila advierte que el concepto unitario o totalizador del delito "estima el delito como un bloque monolítico, como una entidad inescindible en elementos inversos, que no se deja, para expresar una expresión vulgar, rebanar. Es decir, el delito es un todo orgánico, no fraccionable, su verdadera esencia, la realidad del delito no está en cada uno de sus componentes ni tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad"²⁰; o como resume Fernando Castellanos Tena al decir que "el delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble"²¹

De las opiniones vertidas en los puntos que anteceden se observa que desde el punto de vista unitario o totalizador del delito, constituye un todo orgánico indivisible, y, para su estudio no puede fraccionarse porque se pierde en todo caso la esencia del mismo; por lo que, creemos que esta postura es errónea para estudiar la teoría del delito, puesto que si bien es cierto que el delito es un todo orgánico, la verdad es que un todo tiene sus partes y para el estudio y entendimiento de un todo desde luego que es imprescindible comenzar por el conocimiento de las partes; por lo tanto, creemos que hoy en día esta posición ha sido ciertamente superada y como consecuencia no es aplicable a nuestro trabajo de investigación, si así fuera no tendríamos objeto de estudio y daríamos de una vez por todas terminado nuestro trabajo, y, sería un grave fracaso intentar construir una teoría del delito conforme a esta opinión.

1.2.1.2. EL CONCEPTO ANALÍTICO O ATOMIZADOR DEL DELITO

De una manera general el concepto analítico o atomizador estudia al delito descompuesto en sus propios elementos, pero considerándolos en su conexión íntima, al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito. El análisis no es la

¹⁹ Bacigalupo Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Témis, Bogotá, Colombia, 1989, Pág. 69

²⁰ Reynoso Dávila, Roberto, *Teoría General del Delito*, 2ª. Edición, Porrúa, México, 1997, Pág. 7

²¹ Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. Pág. 129

negación de la unidad, sino el medio para realizarla,²² puesto que para entender el delito, es menester el ilícito penal por sus elementos constitutivos, evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el conocimiento cabal de sus partes; ello no implica, por supuesto, la negación de que el delito integra una unidad,²³ así pues aquí se contempla al delito como un todo, pero acepta que puede fraccionarse en elementos, y estos a su vez estudiarse en forma autónoma, pero sin olvidar que los mismo se interrelacionan o dependen entre sí y que forman una unidad²⁴

Ahora bien, partiendo de las dos corrientes que acabamos de analizar opinamos que la unitaria o totalizadora que ve al delito como un todo orgánico y que no se puede desintegrar para su estudio como ya lo señalamos en el punto que antecede, de ninguna manera hoy en día encuentra un sustento jurídico sólido, pues tanto de la propia dogmática, la ley y la jurisprudencia se advierte la necesidad de estudiar de manera analítica el delito, es decir descomponer el todo en fracciones, sin que ello implique que exista divorcio ente uno y otro elemento, ello con el objeto de entender el contenido sustancial y total del delito; pues, bien sabemos que como todo ente tiene sus componentes y sin que por ello pierda su esencia, así por ejemplo un aparato electrónico es tal porque se encuentra estructurado con una serie de piezas y cuando existe una falla, el técnico, revisará las mismas, lo desarmará para verificarlo y en su caso ubicar el desperfecto y una vez detectada la falla proceder a la reparación de la pieza defectuosa, pues, en sí no se puede entender un aparato de tal naturaleza en términos abstractos, sino en un conjunto de piezas, en fin, todo constituye un mundo de estructuras que nos rodea y sobre el cual gravitamos; y, por lo tanto nos adherimos al concepto analítico, pues ello nos llevará a entender todos y cada uno de los elementos que estructuran al delito.

Ahora bien, con el objeto de señalar las diferentes concepciones del delito desde el punto de vista analítico, señalaremos básicamente el pensamiento de los autores que definen al delito desde esta perspectiva y que son los siguientes:

²² Cfr. Reynoso Dávila Roberto, Op. Cit. Pág. 6

²³ Cfr. Castellanos Tena, Op. Cit. Pág. 129

²⁴ Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del delito*, 4ª. Edición, Porrúa, México, 1997, Pág. 8

- a) Franz Von Liszt
- b) Ernst Von Beling
- c) Max Ernst Mayer
- d) Edmundo Mezger
- e) Luis Jiménez de Asúa
- f) Francesco Antolisei

Para el desarrollo del presente apartado, en primer término describiremos los conceptos dogmáticos de los juristas enumerados y en seguida enumeraremos los elementos que el concepto contiene, veamos.

1.2.1.2.1. FRANZ VON LISZT

Para el alemán Franz Von Liszt el delito “es un acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena”²⁵

De la definición dogmática de delito aportado por Liszt se advierte que sus elementos son los siguientes:

- a) Acto
- b) Culpable
- c) Antijurídico
- d) Punible

1.2.1.2.2. ERNST VON BELING

Para Ernst Von Beling delito es “la acción típica, antijurídica, culpable, sometido a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad”²⁶ o bien la “

²⁵ Fontán Balestra, Carlos, Op. Cit. Pág.334

²⁶ Jiménez de Asúa, Luis, Op. Cit. Pág. 206

acción típica, contraria al derecho, culpable, adaptable a una pena y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad”²⁷

Es precisamente el maestro de Munich, quien por primera vez introduce el elemento tipicidad como presupuesto de todo delito, haciendo famoso aún hoy en día su principio de que *no hay delito sin tipicidad, o bien “nullum crimen, nulla poena sine lege”* para él, no es posible calificar de delictuosa una conducta mientras de ella no se haya hecho una previa descripción por el legislador abstracta en una norma positiva; solo en ese supuesto puede afirmarse que la conducta es típica; la tipicidad surge así como un elemento autónomo del delito, de eminente naturaleza descriptiva - objetiva, e independiente del juicio de valor sobre su antijuridicidad y del contenido subjetivo de la conducta misma. El *tatbestand* belgiano nace, pues, como algo abstracto y objetivo; lo primero porque no pertenece a la vida real sino a la ley; y lo segundo porque su función se agota en la descripción formal de la conducta²⁸, es así como el hoy inmortal maestro alemán advierte desde entonces que estructuralmente los elementos que integran el delito son los siguientes:

- a) Acción
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- d) Culpabilidad
- e) Punibilidad
- f) Condiciones objetivas de penalidad

1.2.1.2.3. MAX ERNS MAYER

Para Max Ernst Mayer el delito, estructuralmente es un “acontecimiento típico, antijurídico e imputable”²⁹

²⁷ Reyes Echandía, Alfonso, *Tipicidad*. Temis, Bogotá, Colombia, 1989, Pág. 3

²⁸ *Idem*

²⁹ Jiménez de Asúa, Op. Cit. Pág. 206

De tal suerte que la definición dogmática de delito propuesto por Max Ernest Mayer se advierte que gravita aún todavía en los elementos señalados por sus antecesores y cuyos elementos constitutivos del delito en su concepto son:

- a) Acontecimiento
- b) Típico
- c) Antijurídico
- d) Imputable

1.2.1.2.4. EDMUNDO MEZGER

Para el jurista Alemán Edmundo Mezger el delito es la “acción típicamente antijurídica y culpable”³⁰

De acuerdo con el autor de la “*ratio essendi*” si bien es cierto, en su definición de delito, tal pareciera que estructuraba al delito con cuatro elementos por separado, es decir, acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, la verdad es que, tomando en cuenta que para él la tipicidad, constituía no solo la descripción típica, sino más bien el fundamento de la antijuridicidad y como consecuencia indicio de antijuridicidad, estructuró al delito únicamente de dos elementos que son:

- a) Acción, típica y antijurídica
- b) Culpabilidad

1.2.1.2.5. LUIS JIMENEZ DE ASÚA

Luis Jiménez de Asúa define dogmáticamente al delito señalando sus elementos que son a su entender la “actividad, adecuación típica; antijuridicidad, imputabilidad; penalidad; y, en

³⁰ Idem

ciertos casos, condiciones objetivas de punibilidad³¹

De esta manera, los elementos del delito que se desprende del concepto dogmático que aporta el maestro español son los siguientes:

- a) Actividad
- b) Adecuación típica
- c) Antijuridicidad
- d) Imputabilidad
- e) Penalidad
- f) Condiciones objetivas de punibilidad

1.2.1.2.6. FRANCESCO ANTOLISEI

Para el italiano Francesco Antolisei el delito “ es aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, está en contradicción con los fines del Estado y exige como sanción una pena criminal ”³²

Desde esta perspectiva los elementos estructurales del delito de acuerdo con la opinión de Antolisei son los siguientes:

- a) Comportamiento humano
- b) Contradicción con los fines del Estado
- c) Sanción criminal

El concepto de delito aportado por el maestro italiano tiene uno de los méritos que a nuestro entender suple de por sí lo que se había venido manejando por los autores señalados

³¹ Idem

³² Antolisei Francesco, Op. Cit. Pág. 119

con anterioridad, pues, se había en muchos casos utilizado el vocablo "acción" creando una cierta confusión de siesta abarcaba tanto a la acción como a la omisión; sin embargo, con el término introducido por Antolisei de "comportamiento" en lugar de acción las dudas en nuestro concepto se despejan pues en ella se engloba tanto a la acción y a la omisión, término que a partir de este momento lo hacemos nuestro en la medida de lo posible.

1.2.2. NOCION JURIDICO - DOGMATICO FORMAL DEL DELITO

La noción jurídico formal del delito se encuentra apegada a la ley, que impone su amenaza penal. El delito es verdaderamente configurado por su sanción penal. Si no hay ley sancionadora no existe delito, aunque la acción haya sido inmoral y gravemente perjudicial en el plano social. Se trata de una noción incompleta pues no preocupa la naturaleza del acto en sí, sino que solo atiende a los requisitos formales"³³

En este orden de ideas como podemos observar la noción o concepto jurídico formal de delito se refiere al concepto que se encuentra previsto en la ley, y en este caso en la ley penal sin que se señale su estructura fundamental; por ello, para el desarrollo del presente punto precisaremos, por un lado, los conceptos de delito que existen en los Códigos Penales extranjeros más importantes que a nuestro juicio constituyen los pilares de las modernas codificaciones y que en nuestro concepto son los siguientes:

- a) Código Penal Alemán
- b) Código Penal Español

La anterior selección obedece no a un capricho profesional, sino a la constante que han seguido nuestros juristas e investigadores mexicanos al abordar cualquier tema de derecho penal y sobre todo de la teoría del delito en general, tomando siempre como modelos o como guías a los Códigos enunciados por estar estructurado fundamentalmente conforme a

³³ Márquez Piñeiro Rafael, Op. Cit. Pág. 132

los postulados de la teoría de la acción finalista.

1.2.2.1. CÓDIGO PENAL ALEMÁN

El Código Penal Alemán hace en primer lugar la diferencia entre delitos y crímenes, precisa que “ crímenes son los hechos antijurídicos amenazados en el mínimo con pena privativa de libertad de un año, delitos son los hechos antijurídicos amenazados en el mínimo con pena privativa de libertad más benigna o con pena pecuniaria ”³⁴

De acuerdo con el Código Penal Alemán como se observa, estructuralmente el delito se compone de los siguientes elementos:

- a) Hecho
- b) Antijuridicidad
- c) Punibilidad

1.2.2.2. CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El código Penal español define al delito como “las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley ”³⁵

En este orden de ideas jurídico formalmente, el Código Penal Español estructura al delito con los siguientes elementos

- a) Conducta

³⁴ *Código Penal Alemán* artículo 12, véase también a Wessels Johannes, *Derecho Penal- parte General*, traducción de Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1980, Pág. 7

³⁵ *Código Penal Español*, véase también a Muñoz Conde Francisco, *Teoría General del delito*, Temis, Bogotá, Colombia, 1990, Pág. 2. Consúltese también al mismo autor en su obra *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1993, Pág. 188

- b) Tipicidad
- c) Punibilidad

1.2.2.3. CÓDIGO PENAL MEXICANO

Para el análisis del concepto de delito en el Código Penal Mexicano es preciso hacerlo no solo conforme al Código Penal vigente como ya lo hemos señalado en los puntos que anteceden sino a partir de todos aquellos Códigos Punitivos que han regido la vida criminal de nuestro país, ello desde luego, nos permitirá comprender de una manera gradual la evolución que ha tenido dicho concepto hasta el que en nuestros días se encuentra contemplado en nuestro Código penal en vigor. Así las cosas, analizaremos dicho concepto a partir de los siguientes cuerpos normativos:

- a) Código Penal de Veracruz de 1835
- b) Código Penal de Martínez de Castro de 1871
- c) Código Penal de Almaráz de 1929
- d) Código Penal vigente de 1931

1.2.2.3.1. CÓDIGO PENAL DE VERACRUZ DE 1835

El Código Penal de Veracruz de 1835 más que proporcionar una definición técnica de delito señaló los casos en que existía delito diciendo en su artículo 89 que “en toda infracción de la ley penal se supone que hay delito, su autor queda sujeto a las penas del derecho mientras no pruebe excepción legal”³⁶

De los elementos que se señalan en el Código Penal de Veracruz de 1835, se advierte que los elementos que tomó en cuenta dicha normatividad penal son los siguientes

- a) Infracción de la Ley penal

³⁶ *Leyes Penales Mexicanas*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Tomo I, México, 1979, Pág. 34

- b) Autor
- c) Pena

1.2.2. ~~1.3.2.~~ CÓDIGO PENAL DE MARTÍNEZ DE CASTRO DE 1871

El código Penal de Martínez de Castro de 1871 definió al delito en su artículo 4 como “ la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda”³⁷

Del concepto de delito vertido en el Código penal de Martínez de Castro se precisa que como elementos constitutivos y estructurales del delito son los siguientes:

- a) Infracción de la ley penal
- b) Voluntabilidad
- b) acción u omisión

1.2.2. ~~1.3.3.~~ CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929(DE ALMARÁZ)

El código penal de Almaráz de 1929 definió al delito en su artículo 11 como “ la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal ”³⁸

Desde este punto de vista, los elementos que componían la definición del delito de acuerdo con el Código Penal de 1929 también conocido como Código Penal de Almaráz fueron los siguientes:

³⁷ Ibidem Pág. 372

³⁸ Ibidem, Tomo III, Pág. 122

- a) Lesión de un derecho protegido
- b) Sanción penal

1.2.2.3.4. CÓDIGO PENAL VIGENTE DE 1931

El Código Penal en vigor de 1931 para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia Federal define al delito en su artículo 7 como “el acto u omisión que sancionan las leyes penales”, de donde se desprende que los elementos de la definición son los siguientes

- a) Comportamiento
- b) Punible

CAPITULO II

EVOLUCION DE LA TEORIA DEL DELITO

El presente capítulo al que hemos intitulado “evolución de la teoría del delito ” intentaremos dar un panorama o esbozo general de las distintas corrientes que han estudiado a la teoría del delito y además han pretendido darle una estructura partiendo del estudio de sus elementos, así observaremos la forma como cada una de dichas concepciones la ha estructurado, así como el significado de cada uno de los elementos que de acuerdo con cada corriente en su momento han entendido a delito, ello con el objeto de ubicar de manera precisa al lector de las distintas teorías que ha registrado la teoría del delito, veamos

2.1. DEFINICIÓN DE TEORÍA DEL DELITO

En el derecho penal extranjero la autorizada pluma del maestro Italiano Giuseppe Maggiore precisa que “ así como hay una teoría general del derecho, hay una teoría general del delito. Esta, se encuentra comprendida en aquella; recibe de ella luz y a la vez ilumina ... Si la teoría del delito es ciencia, con los mismo títulos que la ciencia general del derecho, debe tener una estructura sistemática y una organización lógica que responda a criterios de rigurosa necesidad . Determinar esta estructura , señalar la organización interna de la doctrina del delito, es la parte más delicada de la ciencia del derecho penal. y también, a causa de esa delicadeza , la parte más controvertida;”³⁹ aquí comienza el estudio de la parte general del derecho penal en estricto sentido ⁴⁰

En nuestro Derecho Penal Mexicano Eduardo López Betancourt en su teoría del delito

³⁹ Maggiore Giuseppe, *Derecho Penal*, Tomo I, 2ª, Edición, Témis, Bogotá. Colombia, 1989, Pág. 268

⁴⁰ Mancilla Ovando, Jorge Alberto, *Teoría Legalista del Delito*, Porrúa, México, 1989, Pág. 9

enseña que “la teoría del delito es la parte medular del derecho penal. Conocerla, adentrarse en ella, constituye el mecanismo más adecuado para familiarizarse con el ilícito,- más adelante agrega que, este es - renglón fundamental dentro del universo jurídico ... es una parte de la ciencia del derecho penal; comprende el estudio de los elementos positivos y negativos del delito, así como sus formas de manifestarse ”⁴¹; por su parte Carlos Daza advierte que “La teoría General del Delito es un instrumento que sirve para unir el mundo fáctico con el mundo normativo, el primero es la concreción de un hecho material y el segundo la descripción legal; unidos conforman el injusto ,para posteriormente, realizar el juicio valorativo consistente en la imputación personal (Culpabilidad). Derivado de estos juicios tenemos una consecuencia jurídica ”⁴²

Por nuestra parte, opinamos que la teoría del delito constituye la parte medular del derecho penal que se encarga del estudio de los elementos que estructuralmente conforman o integran en su conjunto el delito, es el corazón viviente del derecho penal que sin su existencia es imposible el entendimiento y el dinamismo entre el mundo fáctico y el mundo normativo, es la piedra angular de todo sistema penal, el alma de los penalistas; por ello es necesario precisar que esta parte medular del derecho criminal se encarga del estudio de un todo estructurado pero no dividido, de elementos que integran al delito, pero también, frente a esos elementos integradores o conformadores del delito, existen otros que en su caso la destruyen, y, en este capítulo únicamente analizaremos de una manera general a la luz de las distintas corrientes o teorías (causalismo, finalismo y funcionalismo) que han intentado estudiar al delito con el objeto de darle una estructura por cierto cada día más compleja, análisis que no constituirá un estudio de fondo de cada uno de los elementos que aporta cada teoría sino la referencia conceptual de cada una de estas teorías, habida cuenta que el estudio analítico de cada uno de sus elementos serán analizados en capítulos subsecuentes.

⁴¹ Betancourt López Eduardo, *Teoría General del Delito*, 4ª. Edición, Porrúa, México, 1997, Pág. 3

⁴² Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, *Teoría General del delito* , Cárdenas Editor y Distribuidor , México, 1997, Pág. XIII

2.2. DIVERSAS TEORÍAS DEL DELITO

En el presente punto señalaremos la estructura de injusto partiendo de la evolución de la teoría del delito, por ello, nuestro punto de partida será básicamente el análisis de las etapas que señala la historia penal.

Raúl, Eugenio Zaffaroni⁴³ lejos de señalar las teorías que han estudiado estructuralmente al delito refiere a los autores a quienes se les atribuye estas teorías que son:

- a) Franz Von Liszt
- b) Ernst Von Beling
- c) Edmundo Mezger
- d) Hans Welzel

En la polémica científica de la teoría del delito dice el maestro de Munster Alemania Johannes Wessels⁴⁴ son básicamente tres las teorías que tienen mayor trascendencia, dichas teorías son:

- a) Teoría causal - naturalista de la acción
- b) Teoría finalista de la acción
- c) Teoría social de la acción

Antes de pasar al siguiente punto de vista, hemos de señalar que la posición doctrinal que antecede basa su análisis desde un solo nivel, parte o elemento del delito que, es el comportamiento. Desde otra óptica para Shuneman⁴⁵ las etapas por las que ha pasado la evolución de la teoría del delito son las siguientes:

⁴³ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Cárdenas Editor y Distribuido. México, 1988, Págs. 345-349

⁴⁴ Cfr. Wessels, Johannes, Op. Cit. Págs 22-231

⁴⁵ Schuneman Bernd, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. En el sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, traducción de Jesús - María Silva Sánchez, Técnos, España, 1984, Pág. 43

- a) Naturalismo
- b) Neokantismo
- c) Total o Irracional
- d) Finalismo
- e) Funcionalismo

Las principales doctrinas que existen para estudiar la teoría del delito señala Carlos Daza⁴⁶ son:

- a) Concepción Clásica
- b) Concepción Neoclásica
- c) Concepción finalista
- e) Sistema Funcionalista

Visto las diferentes posturas que adoptan cada uno de los juristas señalados, nótese que no son uniformes en sus criterios, desde luego, es evidente que hay puntos esenciales en los que coinciden principalmente en cuanto a los sistemas causalista, finalista y funcionalista, cuestión que no sucede con el Neokantismo y el totalitarismo o irracionalismo; Por ello, creemos pertinente desarrollar la evolución de la teoría del delito de acuerdo con la clasificación propuesto por el maestro alemán Bernd Schuneman, pues, a decir del maestro alemán son 5 fases o teorías por las que ha pasado la evolución de la teoría del delito, y, precisa que “ Si se intenta clasificar los numerosos principios y proyectos de sistematización del moderno derecho penal asumiendo la natural vaguedad en cuanto a los detalles, en grandes grupos configurados a partir de los fundamentos filosóficos y las concepciones sistemáticas que la sustentan, cabe distinguir cinco épocas en la elaboración del sistema del derecho penal: Estos son el naturalismo, el neokantismo, el irracionalismo, el finalismo y funcionalismo ”⁴⁷; en esa medida, a nuestro parecer, es la postura más completa, habida cuenta que es semejante a la que como hemos visto también propone el talento mexicano Carlos Daza. Por

⁴⁶ Cfr. Daza Gómez. Carlos Juan Manuel, Op. Cit. Pág. 39

⁴⁷ Schuneman, Bernd Op. Cit. Pág. 43

ello, para el desarrollo de la evolución de las distintas teorías del delito nos parece adecuado hacerlo bajo el sistema de Schuneman - Daza, es decir, bajo las siguientes teorías:

- a) Causalismo - Naturalismo
- b) Causalismo - Neoclásico o Neokantiano
- c) Total o Irrracional
- d) Finalismo
- e) Funcionalismo

2.2.1. LA TEORÍA CAUSALISTA - NATURALISTA DEL DELITO (1881 - 1900)

La Teoría causalista, naturalista o clásica como también se le conoce aunque las posiciones en general no son unánimes, en una aproximación arriesgada en concepto de Hans Welzel⁴⁸ y Bernd Schuneman⁴⁹ comienza a imperar del año de 1881 y cobra su auge hasta el año de 1900, aunque advertimos que algunos otros juristas prefieren señalar como tiempo de su culminación después del año señalado; por nuestra parte hemos preferido optar por la fecha de referencia.

2.2.1.1. AUTORES CAUSALISTAS - NATURALISTAS

Es opinión dominante que los creadores de la teoría naturalista - causalista del delito a decir de Wessels⁵⁰ son en esencia los siguientes:

- a) Franz Von Liszt
- b) Ernst Von Beling

⁴⁸ Welzel Hans, *Derecho Penal Alemán*, 4ª. Edición, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1993, Pág. 47

⁴⁹ Cfr. Schuneman Bernd, Op. Cit. Págs. 43 y 47

⁵⁰ Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 22, véase también a Welzel Hans en su obra citada Pag. 46, igualmente Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, Op. Cit. Pág. 39; véase también a Gándara Ojeda Ricardo, en su *cátedra del 25 de octubre de 1995, en la División de Estudios de Posgrado e Investigación de la UNAM, "Campus Aragón"*

En toda empresa, es condición impostergable conocer en principio, los orígenes y la evolución de un fenómeno, ese binomio permitirá en cualquier etapa corregir los errores del pasado, es por eso que en el presente punto aunque sea de una manera sintetizada pero substancialmente señalaremos el pensamiento de los creadores de la teoría naturalistas - causalista, veremos como en su momento conceptualizaron al delito, como la estructuraron y como entendieron a cada uno de los elementos que la componían.

2.2.1.1.1. FRAN VON LISZT

En principio, Franz Von Liszt precisó que el delito “es el acto humano culpable antijurídico y sancionado con una pena”⁵¹

Del concepto de delito que aporta por primera vez Von Liszt se advierte que para entonces el delito se conceptuaba como una conducta antijurídica culpable y punible y por lo tanto sus elementos constitutivos fueron los siguientes:

- a) Conducta
- b) Antijuridicidad
- c) Culpabilidad
- d) Punibilidad

aa) Fran Von Liszt señala en su tratado de Derecho Penal, que, la conducta es entendida como “el acto de comisión consistente en causar (mejor dicho provocar) un resultado...El resultado debe ser causado (provocado) por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa efecto”⁵²

⁵¹ Muñoz Conde, Francisco, y García Arán Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1993, Pág.191; véase también a Marmolejo Salazar Edith, *Teoría de los presupuestos y elementos típicos*, en textos jurídicos de Caballeros del Derecho A.C., número 8, edición propia de la asociación, México, 1996, Pág. 05

⁵² Lizst Fran Von, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, traducción de Luis Jiménez de Asúa, Réus, Madrid, España, 1916 , Pág. 292, véase también a Donna Edgardo Alberto, *Teoría del Delito y de la Pena*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992, Pág. 5

bb) La antijuridicidad en el causalismo de Franz Von Liszt señala Francisco Muñoz Conde es entendida “como una simple valoración del acto , del proceso causal objetivo externo”⁵³

cc) La culpabilidad de Liszt fue concebida “en un sentido meramente psicológico, como la relación subjetiva entre el acto y su autor, formando así las llamadas formas de la culpabilidad, dolo y culpa, precedidas por la constatación de la capacidad psíquica del autor, la llamada imputabilidad”⁵⁴

dd) La punibilidad en el pensamiento Liszt es la consecuencia de la conducta, típica, antijurídica y culpable

2.2.1.1.2. ERNST VON BELING

Ernst Von Beling definió al delito como “ La acción típica, antijurídica , culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad.”⁵⁵

De la definición de Ernst Von Beling respecto del delito, se observa ya con claridad la existencia del elemento “tipicidad”, así, partiendo de dicha concepción, la estructura del delito Beliniano se componía de los siguientes elementos:

- a) Conducta
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- d) Culpabilidad

⁵³ Muñoz Conde Francisco y Mercedes García Aran, Op. Cit. Pags. 191-192.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Cit. Por. Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el delito*, Pag. 206, véase también a Reyes Echandia Alfonso, *Tipicidad*, Pag. 3, así como Carlos Fontán Balestra *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Pág. 334

aa) Para Ernst Von Beling, la conducta dice Carlos Fontán Balestra⁵⁶ es entendida al igual que Von Liszt como una voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de causalidad.

bb) La tipicidad constituyó uno de los aportes fundamentales de Beling a la ya teoría existente de Von Liszt, el supuesto de hecho típico fue uno de sus grandes descubrimientos, pues, como bien precisa Muñoz Conde, por primera vez aportó el concepto de "tipicidad", cumplimentando con ello y desde luego superando a los elementos aportados por Von Liszt, entendiendo a la tipicidad como "la descripción del suceso objetivo externo en la norma penal; la subsunción en ella no significaba todavía nada, pero era el punto de referencia de las sucesivas valoraciones y se convertía en una característica conceptual del delito"⁵⁷;

cc) La antijuridicidad se entendió en el sistema de Beling al igual que Liszt como la contradicción entre la causación del resultado y el orden jurídico

dd) Finalmente, la culpabilidad lo entendió como la relación psicológica entre la conducta y el resultado en forma de dolo o de culpa⁵⁸

2.2.1.2. ESTRUCTURA CAUSALISTA - NATURALISTA DEL DELITO

De las anteriores elementos de las definiciones del delito aportado tanto de Fran Von Liszt como de Ernst Von Beling, precursores del naturalismo - causalismo, señala Muñoz Conde que "la valoración del acto, concebido de un modo causal objetivo, constituía la antijuridicidad; la valoración del autor y de los componentes subjetivos del delito pertenecía a la culpabilidad"⁵⁹; por ello, se advierte que para dicha teoría al que por cierto el insuperable maestro alemán Hasn Welzel le llamó "teoría ciega," el delito, se estructuraba o componía de los siguientes elementos:

⁵⁶ Cfr. Fontán Balestra Carlos, OP. Cit. Pags. 334-335, véase también a Raúl Eugenio Zaffaroni Op. Cit. Pág. 347

⁵⁷ Muñoz Conde, Francisco y García Arán Mercedes. Op. Cit. Pág. 192

⁵⁸ Cfr. Fontán Balestra, Carlos, OP. Cit. Pags. 334 - 335, véase también a Raúl Eugenio Zaffaroni Op. Cit. Pág. 347

⁵⁹ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, Op. Cit. Pág. 192

- a) Elementos Objetivos
- b) Elementos subjetivos

aa) Los elementos objetivos del delito conforme al causalismo - naturalismo señala Juan Manuel Carlos Daza⁶⁰ se compone de los siguientes elementos:

- a) Conducta
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad

bb) Por su parte el elemento subjetiva del delito conforme a la teoría causalista precisa el mismo autor, está compuesto por la culpabilidad que abarca sus dos especies o formas que son:

- a) Dolo
- b) Culpa

2.2.1.3. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA CAUSALISTA - NATURALISTA DEL DELITO

En principio, la teoría causalista o clásica definió al delito como “un comportamiento humano dependiente de la voluntad que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior,”⁶¹ en este tenor y toda vez que ya en su oportunidad hemos señalado la definición del delito conforme a los autores del causalismo, pasemos pues al análisis de los elementos del delito a la luz de la teoría ciega, ello con el objeto de precisar como fueron entendidos cada uno de dichos elementos.

⁶⁰ Cfr. Daza Gómez, Carlos Juan Manuel Op. Cit. Pág. 40

⁶¹ Reynoso Dávila, Roberto, Op. Cit. Pág. 11

2.2.1.3.1. LA CONDUCTA O COMPORTAMIENTO CAUSALISTA

En el causalismo la voluntad "no es dirigido conscientemente desde el fin a alcanzar, sino que transcurre ya sea causalmente ciego o bien como sucede considerablemente en la naturaleza orgánica, en especial en el mundo animal - adecuado ciertamente al fin, pero sin conciencia del fin (instintivamente) - agrega el autor de la teoría vidente - el concepto causal de acción desarrollado por Von Liszt - Beling y fundamentado más detenidamente por Radbruch, la fraccionaba en dos partes constitutivas diferentes: el proceso causal externo (objetivo), por un lado, y el contenido de la voluntad, simplemente subjetivo, por otro. De acuerdo con ello, la acción sería el mero proceso causal que desencadena la voluntad (el impulso voluntario o la invasión) en el mundo exterior (efecto de la voluntad), sin tomar en consideración si el autor lo ha querido o si lo podía prever (contenido de la voluntad);⁶² en tal virtud esta teoría "ve en la acción humana un suceso causal, por el cual solo debe interesar el movimiento corporal provocado por un acto voluntario, con sus consecuencias en el mundo externo, y no el sentido social del suceso"⁶³; por ello, en el causalismo se concibió "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 solo quiere referirse al acto psicofísico que provoca la tensión muscular o la omisión de la misma;⁶⁴ así el comportamiento en el sistema de la acción causalista no es sino la voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de causalidad⁶⁵.

De acuerdo con los puntos de vista señalados, Roberto Reynoso Dávila precisa que el causalismo "trata a la conducta como factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevó al sujeto a cometerla. Los causalistas - dice - explican la existencia de la acción delictiva, cuando un sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta

⁶² Welzel Hans, *Derecho Penal alemán*, Págs. 38-46

⁶³ Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 22

⁶⁴ Stratenwerth, Gunter, *Derecho Penal*, parte general, traducción de Gladys Romero, Edersa, S.A. Madrid, España, 1976, Págs. 51-52

⁶⁵ Zaffaroni Eugenio Raúl, Op. Cit. Pág. 346

necesariamente la finalidad que se proponía al hacerlo, porque esta no pertenece a la conducta. Se concibe a la acción como un proceso causal natural y extrajurídico, libre de valor, como simple causación, sin tomar en cuenta la voluntad rectora;⁶⁶ en ese mismo sentido Octavio Alberto Orellana Wiarco refiere que la acción el causalismo “ es un factor de orden natural desencadenante de un resultado material, es simple y sencillamente un proceso causal”⁶⁷

Como se observa, en la teoría naturalista o causalista del delito desarrollado principalmente por los alemanes Fran Von Liszt y Ernst Von Beling, el comportamiento fue entendido no como un actuar dirigido hacia un fin determinado, sino como un proceso natural o movimiento corporal generadora de un resultado; es decir, en aquella etapa cualquier comportamiento del hombre constituía un hecho relevante para el derecho penal, y, por lo tanto merecía ser sancionado; por nuestra parte creemos que con justa razón esta posición doctrinaria fue en definitiva superada por el pensamiento jurídico alemán desde hace más de cincuenta años, y del cual nosotros apenas hace cinco años pudimos asimilarlo, pues, seguir pensando como los causalistas de que el comportamiento existe en virtud de cualquier movimiento corporal que produce un resultado, sería tanto como admitir que cualquier movimiento de la vista, la lengua o cualquier otra podría constituir una acción u omisión penalmente relevante, lo que es de pleno derecho inaceptable y, como consecuencia se estaría perdiendo o al menos destruyendo la naturaleza del derecho penal, ya que se estarían investigando hechos que incluso no tendrían relevancia para el derecho penal. Desde este punto de vista se tendría que investigar y, en su caso sancionar el hecho de que un gato entrase a una cocina y destruyera los vasos de cristal o cualquier otras cosa, lo cual es totalmente absurdo.

2.2.1.3.2. LA TIPICIDAD CAUSALISTA

Señala Alfonso Reyes Echandía que para el maestro alemán Ernest Von Beling a quien en términos concretos se le atribuye el principio “no hay delito sin tipicidad ” o nulla poena sine

⁶⁶ Reynoso Dávila, Roberto, Op. Cit. Pág. 11

⁶⁷ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del Delito*, 5ª. Edición, Porrúa, México, 1997, Pág. 11

lege, con maestría insuperable señaló que “no es posible calificar de delictuosa una conducta mientras de ella no se haya hecho una previa descripción abstracta en una norma positiva; solo entonces puede afirmarse que la conducta es típica; la tipicidad surge así como un elemento autónomo del delito de eminente naturaleza descriptivo - objetivo, e independiente del juicio de valor sobre su antijuridicidad y del contenido subjetivo de la conducta misma. El tatbestand beliniano nace, pues, como algo abstracto y objetivo; lo primero porque no pertenece a la vida real sino a la ley, y lo segundo porque su función se agota en la descripción formal de la conducta”⁶⁸; señala también al respecto Zaffaroni que la tipicidad se entendió para entonces por el causalismo “como prohibición de la causación de un resultado”⁶⁹; o como bien refiriere Juan Bustos que la tipicidad constituye “la descripción externa de la acción sin contenido normativo ni elemento subjetivo. Su relación con la antijuridicidad se fijó como indicio. La tipicidad resulta ser una característica objetiva sin valoración o subjetividad (incolora o sin sangre). Lo que interesa constatar es el resultado producido por la acción y la relación de causalidad. La tipicidad es descriptiva y objetiva ”⁷⁰

Uno de los legados mas preciados y vigentes sino es que la única de la etapa del causalismo, constituye el tipo penal; pues, hasta antes de Von Ernst Beling como hemos visto no existía este elemento dentro de la dogmática penal como parte estructural de un hecho penalmente relevante; así, el tipo vino a constituir el presupuesto sine qua non para presumir que un comportamiento posiblemente fuera delictuoso, además, este nivel estructural vino a convertirse en el cimiento y pilar de los sistemas normativos, de ahí que, aun hoy en día el tatbestand Beliniano tiene su mérito, el refuerzo de la seguridad jurídica de los hombres y en forma paralela el límite del poder público en materia penal mediante la selección únicamente de los comportamientos penalmente relevantes para el derecho penal; de lo contrario imaginemos el grado de arbitrariedad que se haría presente del poder público en materia penal.

⁶⁸ Reyes Echandia Afonso, *Tipicidad*, Pág. 3

⁶⁹ Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Op. Cit.* Pág. 347

⁷⁰ Cfr. Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal Español*, Ariel, Barcelona, España 1984, Pág. 159

2.2.1.3.3. LA ANTIJURIDICIDAD CAUSALISTA -NATURALISTA

En la teoría causalista - naturalista del delito la antijuridicidad constituyó un concepto meramente *formal*, y, como tal constituye juicio de valor que recae sobre la acción, contemplada como un aspecto objetivo; en el juicio de valor no se toma en cuenta el elemento subjetivo. La valoración de este proceso de la naturaleza, al considerar su dañosidad social o ataque a bienes jurídicos, viene a ser una valoración; por ello, La antijuridicidad es un elemento objetivo y valorativo siempre que el comportamiento humano esté en contradicción entre la causación del resultado y el orden jurídico; así en el causalismo lo antijurídico constituye más bien, la valoración de un acto, que en su esencia fundamental es contraria a las normas o valores de la sociedad que Garófalo denomina sentimientos altruistas de piedad y probidad que todo grupo social posee por el simple hecho de vivir en sociedad.

En tal virtud, la antijuridicidad como elemento de la estructura del delito como se observa que constituye un aspecto meramente objetivo que recae en el juicio de valor del hecho que está en contradicción con la norma y los valores que posee por derecho natural la sociedad, tales como la probidad, el altruismo o la moral, de lo que se deduce que desde el causalismo se advertía ya de por sí la existencia de comportamientos típicos jurídicos, es decir, que aun cuando la acción u omisión penalmente relevante estuviera adecuado a un supuesto de hecho típico, podría estar de acuerdo con la ley, y, por lo tanto constituía un comportamiento jurídico o justificado.

2.2.1.3.4. LA CULPABILIDAD CAUSALISTA

La culpabilidad en la teoría causalista del delito es entendida como la relación psicológica entre la conducta y el resultado en forma de dolo o de culpa; es decir, constituye un proceso psicológico que se encuentra en el sujeto y está relacionado con el hecho. La culpabilidad es el aspecto subjetivo del delito. Su presupuesto es la imputabilidad y sus especies son el dolo y la culpa (*Zaffaroni Pag. 347/Daza pág. 43*)

Adviértase que, en el sistema causalista, la culpabilidad formaba parte del aspecto subjetivo del delito y se entendía como la relación psicológica entre el sujeto activo del hecho y el resultado obtenido, además, esta culpabilidad psicologista comprende o se compone de los dos aspectos que entonces se conocieron como "formas de culpabilidad" y que son los siguientes:

- a) Dolo
- b) Culpa

aa) Durante la vigencia de la teoría causalista del delito imperó la corriente psicologista de la culpabilidad, y este de acuerdo con Von Liszt el dolo como forma de la culpabilidad comprende no solamente el conocimiento de todas las circunstancias del hecho concreto, sino también el conocimiento de que esas circunstancias de hecho en particular, pertenecen a la definición legal o tipo penal el acto;⁷¹ en tal tesitura Orellana Wiarco señala que el dolo en el causalismo se forma de: la representación de los hechos y circunstancias del acto, la previsión del resultado, la representación de la causalidad del acto, en los delitos de comisión, y la representación del no impedimento en los delitos de omisión.⁷²

bb) La culpa como especie de la culpabilidad en el sistema causalista refiere el extinto maestro mexicano Sergio Vela Treviño, es la forma de manifestación de la culpabilidad mediante una conducta causalmente productora de un resultado típico que era previsible y evitable por la simple imposición a la propia conducta del sentido necesario para cumplir el deber de atención y cuidado exigible al autor, atendiendo a las circunstancias personales y temporales concurrentes con el acontecimiento; así los elementos de la culpa son: una conducta causalmente típica, una violación del deber exigible al autor, y un resultado previsible y evitable⁷³

⁷¹ Cfr. Lizst Franz Von, Op. Cit. Págs, 248 - 249

⁷² Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto Op.Cit. Págs, 50-51

⁷³ Cfr. Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e Inculpabilidad- Teoría del Delito*, 2ª. Edición, Trillas, México, 1990, Pág. 245

2.2.2. TEORÍA CAUSALISTA - NEOCLÁSICA O NEOKANTIANA DEL DELITO (1900 - 1930)

Esta teoría según el maestro alemán Bernd Schuneman⁷⁴ tuvo vigencia de 1900 a 1930 a esta concepción Juan Manuel Carlos Daza Gómez⁷⁵ también lo conoce como teoría "neoclásica" y señala que también se le ha llamado la teoría normativa o causalismo valorativo, desde luego, debemos señalar que el maestro mexicano, enfoca su punto de vista atendiendo más bien a la culpabilidad.

2.2.2.1. AUTORES DE LA TEORÍA NEOKANTIANA DEL DELITO

Aun cuando quienes refieren a esta teoría carecen de uniformidad en cuanto a los autores que la crearon, adhirieron o siguieron, de una manera interrelacionada, los principales exponentes de esta teoría de acuerdo con Stratenwerth,⁷⁶ Muñoz Conde⁷⁷, Juan Bustos Ramírez⁷⁸ y Ricardo Ojeda Gándara⁷⁹ son:

- a) Reinhar Frank
- b) Hegler
- c) Max Ernst Mayer
- d) Edmundo Mezger
- e) Richard Honing
- f) Erich Schwinge
- g) Gustavo Radbruch

En este punto no contamos con suficientes elementos para afirmar que cada uno de

⁷⁴ Cfr. Schuneman Bernd Op. Cit. Pág. 43

⁷⁵ Cfr. Daza Gómez, Carlos Juan Manuel Op. Cit. Pág. 43

⁷⁶ Cfr. Stratenwerth, Gunter Op. Cit. Pag. 3

⁷⁷ Cfr. Muñoz Conde Francisco y García Aran Mercedes, Op. Cit. Pág., 193

⁷⁸ Cfr. Bustos Ramírez, Juan, *Introducción al Derecho Penal*, Témis, Bogotá, Colombia, 1986 Pág. 162

⁷⁹ Gándara Ojeda Ricardo, Cátedra citada

estos autores haya aportado una teoría del delito en sí, sino que, cada uno de ellos aportó una nueva concepción en cuanto a alguno de los elementos o niveles del delito, así tenemos que en particular y por sus características fundamentales el concepto del tipo en esta teoría se le atribuye a Mayer, la culpabilidad a Reinhar Frank, la antijuridicidad a Edmundo Mezger; en fin, es toda una mezcla de conceptos que, desde luego más adelante optaremos por un criterio que nos sirva como parámetro para el desarrollo de esta teoría.

2.2.2.2. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA NEOKANTIANA DEL DELITO

Si partimos de que el delito fue definido por a Max Ernesto Mayer como “ un acontecimiento típico, antijurídico e imputable,”⁸⁰ y por Edmundo Mezger como “la acción típicamente antijurídica y culpable”⁸¹, podemos advertir junto con Bernd Schuneman⁸² que los elementos estructurales de acuerdo con la Teoría Neokantiana del delito se compone o estructura por los siguientes elementos:

- a) Conducta
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- c) Culpabilidad
- d) Condiciones objetivas de punibilidad

Una vez señalado de una manera general los elementos del delito conforme a la teoría neokantiana de acuerdo con los conceptos vertidos por sus autores y seguidores, pasemos al desarrollo de cada uno de dichos elementos para comprender como fueron entendido dichos elementos.

⁸⁰ Jiménez de Azúa, Luis *La ley y el delito* Pág. 206

⁸¹ Idem

⁸² Cfr. Schuneman, Bernd. Op. Cit. Pág. 52

2.2.2.3. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO EN LA TEORÍA NEOKANTIANA

Una vez que hemos señalado por un lado, quienes son los autores de la teoría Neokantina, y de manera selecta definido al delito con los autores que a nuestro juicio son los más importantes en esta corriente y que serán fundamentales para el desarrollo de nuestro trabajo, pasemos al desarrollo de cada uno de los elementos del delito de acuerdo con esta corriente.

2.2.2.3.1. LA CONDUCTA EN LA TEORÍA NEOKANTIANA

Para Edmundo Mezger, la conducta es la voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de la causalidad⁸³ o bien, el acto interno de voluntad y la manifestación externa de este son requisitos de la acción⁸⁴

Obsérvese que en cuanto al comportamiento humano, la acción fue entendido igualmente como en el sistema Liszt - Bebing como un acto humano voluntario externo generadora de un resultado, cuestión, que no tiene mayor problema en su interpretación como observamos.

2.2.2.3.2. LA TIPICIDAD EN LA TEORÍA NEOKANTIANA

La tipicidad para uno de los pilares de la teoría neoclásica o neokantismo, "si bien el tipo es independiente de la antijuridicidad, está sin embargo a ella ligada por un vínculo indiciario, en cuanto considera que su función no es simplemente descriptiva sino reveladora de una contrariedad entre la conducta y las normas de cultura legalmente reconocidas. Es claro que el indicio de antijuridicidad que el tipo penal contiene puede destruirse cuando se demuestre que, a pesar de ser típica, la conducta en concreto no lesiona el ordenamiento jurídico,"⁸⁵ al mismo respecto Zaffaroni advierte que la tipicidad en esta teoría " para precisar la tipicidad

⁸³ Cfr. Zaffaroni Raúl Eugenio Op. Cit. Pág. 349

⁸⁴ Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, Op. Cit. Pág. 3

⁸⁵ Reyes Echandia, Alfonso, *Tipicidad*, Pág. 4

de ciertas conductas no queda otro recurso que tomar en cuenta aspectos subjetivos (se llamaron aspectos subjetivos del injusto)..., así la tipicidad se entendió como prohibición de la causación de un resultado que eventualmente también toma en cuenta elementos subjetivos”⁸⁶ y finalmente Daza precisa que la tipicidad en este sistema “Se le considera como ratio essendi - dando origen a la hoy memorable aportación del alemán Edmundo Mezger, teoría indiciaria - de la antijuridicidad. Se habla así del tipo del injusto. En su condición de mera descripción, exenta de valoración, como apunta la teoría clásica, se ve afectada por el descubrimiento de los elementos normativos del tipo y los elementos subjetivos del injusto;”⁸⁷

2.2.2.3.3. LA ANTIJURIDICIDAD EN LA TEORÍA NEOKANTIANA

La antijuridicidad en el sistema neoclásico o neokantiano se vio desde un concepto puramente *formal*, de ahí que, se le “da un carácter sustantivo a la antijuridicidad, señalando que su esencia está dada por una norma objetiva de valoración, esto es, que ella contiene juicios (de valor) desde el sistema jurídico sobre determinados hechos y estados; por ello, la antijuridicidad ha de ser comprendida como la lesión objetiva de las normas de valoración. Este contenido penetra todo el injusto y lo convierte en un concepto normativo, con lo cual entran en consideración en el tipo los llamados elementos normativos y, por otro parte, lleva a señalar la indisolubilidad entre tipicidad y antijuridicidad, que termina en los elementos negativos del tipo;”⁸⁸ es decir, la antijuridicidad se le consideraba como la “contradicción entre la causación del resultado y el orden jurídico”⁸⁹

2.2.2.3.4. LA CULPABILIDAD EN LA TEORÍA NEOKANTIANA

La culpabilidad en el sistema neokantino señala Alfonso Reyes Echandía se le atribuye

⁸⁶ Zaffaroni Raúl, Eugenio Op. Cit. Pág. 349

⁸⁷ Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, Op. Cit., Pág. 44

⁸⁸ Bustos Ramírez, Juan, *Introducción al derecho penal*, Pag. 163, véase también a Carlos Daza Op. Cit. Pag. 44

⁸⁹ Zaffaroni, Op. Cit. Pág. 349

Reinhard Frank para quien "la culpabilidad no es un nexo psicológico entre el agente y su comportamiento sino un juicio que se emite sobre quien, habiendo podido comportarse conforme al deber que le era exigible, ha actuado de un modo contrario a ese deber; - de ahí que el elemento "la exigibilidad" como obra o aportación fundamental de Berthold Freudenthal y que se encuentra previsto en la fracción IX del artículo 15 del Código Penal en vigor es elemento fundamental de la culpabilidad - trátase pues, de un fenómeno complejo de cuya estructura forman parte el dolo, la culpa, la imputabilidad y la normalidad de la motivación, y puesto que en ella intervienen esos elementos, bien puede sintetizarse su esencia en la reprochabilidad. De este modo, dolo y culpa dejan de constituir el fenómeno mismo de la culpabilidad para convertirse simplemente en elementos suyos;"⁹⁰ por su parte James Goldschmidt señala que en cuanto a la culpabilidad "el sujeto tiene el deber de comportarse conforme al ordenamiento jurídico, pero actúa contrariamente a este; ahora bien, ese actuar antijurídicamente solo le es reprochable en la medida en que pudiendo obrar conforme al ordenamiento y teniendo el dominio del hecho, actuó culpablemente;"⁹¹ en tal tesitura la culpabilidad en el sistema neokantiano es "reprochabilidad, Pero conteniendo también el dolo y la culpa;"⁹² para Daza la culpabilidad en el neoclasicismo "es un juicio de reproche al autor por haber realizado un hecho típico y antijurídico, pudiendo haber actuado conforme a lo que ordena el derecho. La culpabilidad además, de tener un contenido determinado de carácter psicológico (dolo y culpa), es un juicio de desvalor; la culpabilidad es reproche. Para esta doctrina la imputabilidad, el dolo y la culpa son formas de ella"⁹³

Obsérvese que en el sistema causalista neoclásico o neokantismo de acuerdo con los elementos señalados por la doctrina, la culpabilidad de acuerdo con Reinhard Frank se entendió como la relación psicológica entre el agente del hecho y el resultado, formado parte de la culpabilidad, las formas de culpabilidad: el dolo y la culpa, y, además se le agregaba un juicio de valor que da origen al reproche del autor por el hecho que ha originado el delito,

⁹⁰ Reyes Echandia, Alfonso, *Culpabilidad*, 3ª. Edición, Bogotá, Colombia, 1991, Pág. 8

⁹¹ Goldschmidt, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1943, Pág. 23-24, véase también a Alfonso Reyes Echandia. *Culpabilidad*, Pág. 8

⁹² Zaffaroni, Raúl Eugenio Op. Cit. Pág. 349

⁹³ Daza Gómez, Carlos Juan Manuel Op. Cit. Pág. 44

en este orden de ideas los elementos de la culpabilidad en la teoría neokantiana son:

- a) Imputabilidad (aptitud espiritual normal de autor)
- b) El dolo y la culpa (relación entre el autor y el hecho)
- c) Exigibilidad (normalidad de las circunstancias en que el autor obra)

2.2.3. LA TEORÍA IRRACIONALISTA DEL DELITO (1930-1945)

Si bien es cierto que esta teoría se originó y aplicó únicamente en Alemania, la verdad hay que reconocer que es precisamente esta nación, la que una y otra vez ha dado pauta para poner al día los avances del derecho penal y sobre todo de la teoría del delito, por ello, creemos pertinente señalarlo y analizarlo; así “el abanderado de esta corriente destructora fue George Dahm, para quien el único criterio válido de ilicitud es la potencialidad que el hecho tiene de vulnerar o poner en peligro el orden moral que emerge del pueblo y de la raza. De conformidad con este planteamiento, antes que a la tipicidad de la conducta, el juez debe mirar a su capacidad de lesionar tales intereses; en la balanza de la justicia, de un lado esta el hombre con su comportamiento y del otro la comunidad ultrajada; los demás son criterios formales que deben ser desestimados ... y no es de extrañar - dice Echandia - una tan peregrina y peligrosa tesis, pues, la tipicidad como función garantizadora de la libertad individual, son patrimonio de los regímenes democráticos y letra muerta en los Estados totalitarios”⁹⁴; a se mismo respecto Sebastián Soler agrega que el derecho penal alemán de la época Hitlerina influido por la concepción nacionalista del Estado, al destruir los principios fundamentales del derecho penal liberal, tal como el de *nullum crimen nulla pena sine lege*, tenía que renegar de la tipicidad porque ella se convertía en un obstáculo para la punibilidad de conductas que significasen un peligro al nuevo ordenamiento jurídico⁹⁵

⁹⁴ Cfr. Reyes Echandia Alfonso, *Tipicidad*, Pág. 7, véase también a Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*. Volumen III, 2ª. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1959, Pág. 765

⁹⁵ Cfr. Soler Sebastián, *Derecho Penal liberal, soviético y nacionalista, en la revista “Cursos y Conferencias”*, Buenos Aires, Argentina, julio de 1937, Pág. 372

Esta etapa del irracionalismo jurídico penal prevalece en Alemania como se observa tras la toma del poder por el nacional socialismo, pues a la toma del poder el nacional socialismo, había conquistado casi por completo el escenario de la dogmática jurídico penal. Esta teoría abarca de 1930 a 1945 y de esta etapa la información es casi mínima, por lo que no es posible determinar cuales eran los elementos que integraban al delito o como se entendía para entonces cada uno de ellos; sin embargo, de acuerdo con la terminología de “totalizadora” tal pareciera que el delito era entonces un todo monolítico que no se encontraba estructurado como en el causalismo o el neokantismo por ejemplo, pese a ello en el siguiente punto intentaremos señalar las características del delito de una manera general en esta etapa.

2.2.3.1. CARACTERÍSTICAS DEL DELITO EN LA TEORÍA IRRACIONALISTA

Bajo el sistema irracionalista se vino a destruir el avance que tanto los causalistas y neokantistas con mucho esfuerzo habían construido en el derecho penal alemán; y lo que para esa época fue todavía más delicado se ponderó el “interés nacional” antes que la seguridad jurídica de las personas; ya que por un lado, se vio al elemento “tipicidad” como un obstáculo para la defensa social de la nación, de manera que ésta constituyó una etapa de autoritarismo e irracionalidad, en donde lo mismo se juzgaba y sancionaba un comportamiento que para el derecho penal fuera relevante o irrelevante, siempre que penetrara al ámbito del poder que los propios alemanes disfrazaron como también suele hacerse lamentablemente en nuestro país por “interés nacional”; en esa medida y siguiendo al maestro alemán Bernd Schunemann ⁹⁶ las características del delito en la teoría irracionalista fueron las siguientes:

- a) Se atacó la debilidad del razonamiento neokantiano
- b) Censuraba la parcialidad de una construcción teleológica de los conceptos
- c) Se reducía el criterio del bien jurídico protegido
- c) Se alimentó en su mayor parte de fuentes políticas e ideológicas
- c) Se rechazó la agudeza del sistema neokantiano como producto de un pensamiento penal liberal

⁹⁶ Cfr. Schuneman Bernd, Op. Cit. Págs. 53 - 54

- d) Las causas de exculpación se entendieron como debilitamiento socialista del esqueleto del derecho penal
- e) Se propagó una perspectiva totalizadora
- f) El sistema se convirtió en un irracionalismo y al decisionismo
- g) Se suprimió el supuesto de hecho típico en todas sus funciones
- g) Los anteriores elementos trajeron consigo la autosupresión de la ciencia del derecho penal

El irracionalismo jurídico penal, constituye en nuestra opinión el germen maligno de la humanidad, la incapacidad de superar un problema con maestría; por ello, de esta etapa podemos aprender a manera de reflexión que el hecho de que el derecho y sobre todo el derecho penal se encuentre manipulado e influido por el sistema político no fue privativo de Alemania, hoy en día si bien es cierto que en México contamos con cuerpos normativos que regulan o al menos se intenta regular los hechos penalmente relevantes así como órganos creados per se para aplicar el derecho, de cualquier forma el irracionalismo jurídico penal en nuestro país ha estado presente una y otra vez en los actos de autoridad, ya que, en principio, los proyectos de reformas en principio se han dejado en la mayor de las veces sino es que en todas en manos de los legisladores, - es facultativo de ellos constitucionalmente - en donde a lo único que atienden estos "representantes populares" no son sino a sus intereses políticos, ya sea individuales o de grupos; y, aún cuando existen juristas mexicanos distinguidos en el campo del derecho penal, la apertura que se les ha dado su participación es mínima en la construcción de las leyes, así también cuando alguno de estos investigadores envía una propuesta para su estudio - por el órgano facultado constitucionalmente - no se hace sino dejarlos en el archivo con el pretexto de no ajustarse a los requerimientos sociales, este hecho poco a poco nos ha estado llevado al irracionalismo jurídico penal como el que padeció el pueblo alemán, pues como hemos visto este irracionalismo es una herramienta que legitima el abuso del poder al amparo de la ley penal, legitima los actos autoritarios del poder, originándose así un principio del Estado totalitario como bien ya ha sido señalado este sistema jurídico penal es privativo de estas formas de gobierno y todo ello generalmente surge por miedo al respeto de los derechos más fundamentales de los habitantes de una nación y en este caso de México, elevamos, pues, desde ahora nuestra más enérgica protesta

frente a cualquier intento más de implementar este irracionalismo jurídico penal en nuestro país y hacemos votos para que las iniciativas sea sometidas tanto al debate no solo parlamentario, sino al debate académico de altura, seguramente ello no constituirá la perfección pero al menos constituirá un sano intento en busca de un mejor régimen de derecho y de derecho penal y no solo constituir un "país de leyes" que son pisoteados al antojo de quienes ostentan el poder.

2.2.4. TEORIA FINALISTA DEL DELITO (1945-1960)

La teoría de la acción finalista dice Bern Schuneman⁹⁷ prevalece de 1945 a 1960 tras el derrumbamiento de la dominación nacionalista, comenzando así a la construcción de todo un sistema penal por la vía de la crítica y el debate jurídico y científico del derecho penal y, sobre todo de la teoría del delito, sepultando con ello de una vez y para siempre el irracionalismo y la intolerancia política, de ahí que aquellos pensadores que permanecieron rezagados por salvar su vida, volvieron a renacer para dar continuidad a su proyecto de construcción de un derecho penal moderno, un ilustre sobreviviente es ni mas ni menos que el propio Welzel. Echo lo anterior pasemos ahora al desarrollo de la hoy vigente teoría reinante: la teoría de la acción finalista.

2.2.4.1. AUTORES DE LA TEORIA FINALISTA

Los principales creadores de la teoría finalista del delito de acuerdo con Wessels⁹⁸ y Daza⁹⁹ son:

- a) Von Weber
- b) Alexander Graf Zu Dohna
- c) Hans Welzel,

⁹⁷ Schuneman Bernd, Pág. 43

⁹⁸ Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 22

⁹⁹ Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, Pág. 45

- d) Reinhar Maurach
- e) Gunter Stratenwerth
- f) Armin Kaufmann

Para el estudio de los elementos de la teoría del delito a la luz de la acción finalista únicamente analizaremos de manera resumida los postulados de los dos principales pensadores de esta teoría; es decir:

- a) Alexander Graf Zu Dohna
- b) Hans Welzel

2.2.4.1.1. ALEXANDER GRAF ZU DOHNA

En primer término Alexander Graf Zu Dohna definió al delito como la “ transgresión culpable de las normas - agrega que - primordialmente , todo delito es acción, pues únicamente una acción humana puede hoy tener por consecuencia una pena. No se puede llegar a determinar el concepto de delito, sin referirse a la característica acción. Hasta que punto la afirmación de que el delito es acción necesita ser rectificad, resultará de posteriores consideraciones. Desde el punto de vista de la valoración del objeto, se presentará, como segunda característica general del delito, la antijuridicidad; como tercera, la culpabilidad. Con ello llegamos al siguiente resultado sintético: Delito es acción antijurídica y culpable - agrega más adelante el elemento tipicidad-”¹⁰⁰

De acuerdo con la definición de delito aportado por Alexander Graf Zu Dohna los elementos del delito o niveles son los siguientes:

- a) Acción
- b) Tipicidad

¹⁰⁰ Graf Zu Dohna Alexander, *La Estructura de la teoría del Delito*, 4ª. Edición, Traducción de Carlos Fontán Balestra. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1958, Págs. 11 y 14

c) Antijuridicidad

d) Culpabilidad

Para entender el significado que Alexander Gaf Zu Dohna, precursor de la teoría de la acción finalista, tenía de los elementos o características que en su concepto estructuraban al delito pasemos a su desarrollo.

aa) La acción “es, esencialmente, concreción de voluntad. Esa voluntad puede ser dirigida o producir o evitar la actividad corporal. Tomados en ese sentido, acción y omisión son las dos formas de manifestarse la acción”¹⁰¹

bb) De la antijuridicidad dice Zu Dohna que un sujeto “actúa antijurídicamente, siempre que no exista un fundamento de justificación”¹⁰²

cc) La culpabilidad “es obra de un comportamiento psíquico que merece desaprobación... es la determinación de voluntad contraria al deber. Esta noción encierra la esencia de la llamada doctrina de la culpabilidad”¹⁰³

2.2.4.2. HANS WELZEL

Para el maestro alemán y padre del finalismo “la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito... La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionados lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior”¹⁰⁴

De tal manera que desde el punto de vista del padre del finalismo alemán los elementos o niveles que estructuran al delito son:

¹⁰¹ Ibidem Pág. 18

¹⁰² Ibidem Págs. 46, 60-62

¹⁰³ Ibidem Pág. 60

¹⁰⁴ Welzel Hans, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 57

- a) Tipicidad
- b) Antijuridicidad
- c) Culpabilidad

De esta trilogía de los elementos del delito Welzeniano que hemos transcrito vino a cimentar con muros de acero y de una vez por todas lo que hasta hoy en día conocemos con el sistema o teoría de la acción finalista y, es opinión dominante que esta teoría es aceptada tanto por los propios finalistas como para extraños, hecho esta aclaración pasemos al siguiente punto que comprende el desarrollo de la estructura de los elementos del delito de acuerdo con el finalismo alemán.

2.2.4.2. ESTRUCTURA DE LA TEORIA FINALISTA DEL DELITO

Para el estudio de la estructura del delito de acuerdo con la teoría reinante del delito, seguiremos fundamentalmente como arquetipo de todo nuestro desarrollo la opinión de su más firme defensor Hans Welzel; así, desde la óptica del maestro alemán como ya bien lo señalamos en el punto que antecede los elementos o niveles que integran estructuralmente al delito son los siguientes:

- a) Tipicidad
- b) Antijuridicidad
- c) Culpabilidad

Para el entendimiento del significado que Hans Welzel le dió a cada uno de los elementos enumerados y que estructuran al delito frente a la acción finalista y que en esencia se siguen comprendiendo y aplicando en su sentido original creemos pertinente referirnos a manera de síntesis al significado de los mismos en los puntos siguientes:

2.2.4.3. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO EN LA TEORÍA FINALISTA

En el presente punto únicamente desarrollaremos los elementos que propone Welzel en su concepción del delito que ya hemos enumerado y en el que por cierto no incluye la conducta, mismo que será ampliamente incluido y analizado posteriormente cuando precisemos a partir de los elementos aportados tanto por Zu Dohna y Welzel y que hoy en día constituyen los pilares de la teoría del delito, veamos.

2.2.4.3.1. LA TIPICIDAD FINALISTA

Para Hans Welzel “ el tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos formales posibles de conducta humana. La norma prohíbe la realización de estas formas posibles de conducta humana. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibida , esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma - y por lo tanto diríamos nosotros tal conducta es típica - . De ahí se deriva la antinormatividad de la conducta .. Tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida(del contenido de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual;”¹⁰⁵ es decir, frente al finalismo el tipo es la descripción de un comportamiento prohibido, dicha descripción ha sido creada por el poder público. Así si un sujeto despliega un comportamiento que reúne todas las exigencias descritas por el tipo, ese hecho merecerá el calificativo de típico.

2.2.4.3.2. ANTIJURIDICIDAD

Para Hans Welzel la antijuridicidad “es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto”¹⁰⁶, es decir, desde el punto de

¹⁰⁵ Ibidem Pág. 59-60

¹⁰⁶ Idem

vista del finalismo, la antijuridicidad no es otra cosa que el comportamiento que despliega un sujeto está en choque con la norma penal y por ende ese comportamiento no se encuentra amparado por un precepto que la justifique.

2.2.4.3.3. CULPABILIDAD

Para la teoría de la acción finalista la culpabilidad “no es un tipo psíquico, sino el juicio de valor sobre un juicio psíquico que existe o falta. Es el reproche del proceso volitivo: en las acciones dolosas, la reprochabilidad de la decisión de cometer el hecho; en la producción no dolosa de resultados. El reproche por no haberlo evitado mediante una actividad regulada de modo finalista”¹⁰⁷ o bien, la culpabilidad “...fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el derecho, aunque el habría podido observar las exigencias del deber ser del derecho. El hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este poder en lugar de ello del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica ...Culpabilidad es reprochabilidad de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto culpabilidad de voluntad, solo aquello respecto del cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad. Así en cuanto a sus facultades y predisposiciones ya sean valiosas o mediocres, solo aquello que el hace con ellas o como las ponen en movimiento en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer con ellas o como hubiera podido o debido ponerlas en movimiento, le puede ser tomado en cuenta como mérito o reprochado como culpabilidad”¹⁰⁸ o como bien concluye Moisés Moreno que la teoría de la acción finalista considera a la culpabilidad “ como presupuesto de la punibilidad, reconoce el ingrediente ético de aquella y el contenido retributivo de la pena: y al concebirla sobre la

¹⁰⁷ Welzel, Hans, *La Teoría de la acción finalista*, Traducción de Eduardo Friker, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1951, Pág. 33

¹⁰⁸ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán* Págs. 166-167

base de la posibilidad de actuar de diversa manera, está implicando el reconocimiento de la libertad del hombre, del hombre como persona...¹⁰⁹

2.2.5. TEORÍA FUNCIONALISTA DEL DELITO (1960- 1990)

Señala el maestro alemán Bernd Schuneman que el funcionalismo está a punto de lograr un desarrollo impetuoso, quizá en 1990¹¹⁰. La moderna teoría funcionalista cuyo eje fundamental se encuentra en la función político criminal del derecho penal como lo veremos durante el desarrollo del presente punto, constituye la posición más reciente y más actualizada dentro del moderno derecho penal alemán.

2.2.5.1. AUTORES DE LA TEORÍA FUNCIONALISTA DEL DELITO

Los máximos exponentes de la moderna teoría funcionalista del delito de acuerdo con la autorizada pluma del alemán Bernd Schuneman¹¹¹ y Carlos Daza¹¹² son:

- a) Claus Roxin
- b) Gunter Jakobs

Al igual que lo hemos venido haciendo con las teorías que ya desarrollamos en este capítulo haremos una síntesis del pensamiento de cada uno de los autores señalados con el objeto de tener la noción de los elementos que proponen, veamos.

¹⁰⁹ Moreno Moises, *Consideraciones dogmáticas y político criminales sobre la culpabilidad*, en el poder penal del Estado, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1985, Pág. 397

¹¹⁰ Schuneman Bernd Op. Cit. Pág. 43

¹¹¹ Cfr. Ibidem Pág. 20

¹¹² Cfr. Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, Op. Cit. Págs. 47-48

2.2.5.1.1. CLAUS ROXIN

Claus Roxin mantiene una postura moderada, mientras que Jakobs es radical¹¹³ Así Roxin “parte de la necesidad de orientar la dogmática a la política criminal, acoge las finalidades político criminales de un modo más global, comprendiendo que las diversas finalidades se limitan entre si. Muy significativo es que Roxin no oriente su sistema a los fines de la pena , sino a los fines del derecho penal, que, para él, son algo más que lo anterior”¹¹⁴, el propio Roxin advierte al exponer los elementos del delito que esta “tiene que partir de que las concretas categorías del delito - tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad - deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político criminal”¹¹⁵ al respecto Carlos Daza advierte que Claus Roxin retoma el pensamiento de Fran Von Liszt sobre la política criminal, utilizando esta postura para sustentar que el fin de la pena es la prevención general. Lo más sobresaliente de esta teoría es que pone en tela de juicio la culpabilidad normativa, aportando la imputación personal, sustentada en la prevención general como fin de la pena, es decir, propone un cambio en la fundamentación de la culpabilidad al señalar que se supera la pugna entre el libre albedrío y determinismo. Cabe destacar la imputación objetiva y subjetivas a nivel de tipicidad”¹¹⁶

De esta guiza podemos precisar que los elementos o como les llama el propio Roxin “categorías del delito ” son los mismos que contempla el finalismo pero como lo veremos más adelante en su desarrollo con significados distintos, es decir todo enfocados desde el punto de vista de la política criminal con miras a la prevención general . Así dichos elementos o categorías son:

- a) Tipicidad
- b) Antijuridicidad

¹¹³ Schuneman Bernd, Op.Cit. pag. 21, véase también a Carlos Daza Op. Cit. Pág. 48

¹¹⁴ Schuman Bernd, Op. Cit. Pág. 20

¹¹⁵ Roxin Claus, *Política criminal y Sistema de Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1972, Pág. 40

¹¹⁶ Daza Gómez, Carlos Juan Manuel Op. Cit. ,Pág. 48

c) Culpabilidad

2.2.5.1.2. GUNTER JAKOBS

Gunter Jakobs “parte de la necesidad de una renormativación como base de la fundamentación normativa de las categorías y los conceptos; ello con independencia de que, ya en el plano de la teoría de los fines de la pena, su concepción de la prevención general positiva sea criticable en si misma. En todo caso, resulte correcta o no la interpretación anterior”¹¹⁷, Daza advierte que el radicalismo de Jakobs se ensaña en que “propone un funcionalismo que sustituya la base ontológica del finalismo, por un fundamento normativo”¹¹⁸

En este orden de ideas siguiendo a Edgardo Alberto Donna¹¹⁹ los elementos que estructuran al delito en el funcionalismo de Jakobs son los siguientes:

- a) acción
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- d) Culpabilidad

De acuerdo con lo señalado, procederemos al análisis de los elementos del delito desde el punto de vista de la teoría funcionalista del delito de acuerdo con el matiz moderado de Roxin y el radicalismo de Jakobs, ello con el objeto de tener una idea general del pensamiento de ambos juristas alemanes; así, de acuerdo con esta teoría funcionalista los elementos o categorías del delito son los mismos que los del finalismo visto desde luego desde otra

¹¹⁷ Schuneman Bernd, Op. Cit. Pág. 20

¹¹⁸ Cfr. Daza Gómez Carlos Juan Manuel, Op. Cit. Pág. 48

¹¹⁹ Cfr. Donna Edgardo Alberto, Op. Cit. Págs, 186-187

óptica; ya que, como tanto el propio Roxin como Jakobs señalan que para el estudio de la teoría del delito se debe partir la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad¹²⁰

2.2.5.2. ESTRUCTURA FUNCIONALISTA DEL DELITO

De acuerdo con las anteriores exposiciones tanto de Claus Roxin como de Gunter Jakobs fundadores del moderno funcionalismo alemán, los elementos estructurales o integrantes del delito son los siguientes:

- a) Tipicidad
- b) Antijuridicidad
- c) Culpabilidad

2.2.5.3. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS EN LA TEORÍA FUNCIONALISTA

Para el desarrollo de los elementos que estructuran al delito en el presente apartado como ya lo hemos precisado tomaremos en cuenta el punto de vista de los dos autores alemanes con el objeto de tener una visión general, así, primeramente señalaremos la posición de Roxin y en inciso separado la posición del radicalismo de Jakobs, veamos.

En primer término, respecto del comportamiento humano no lo hemos incluido como un elemento del delito o categoría del mismo, pues como lo veremos más adelante no constituye un elemento o categoría del delito, sino más bien un presupuesto del que el legislador no puede prescindir; sin embargo, a manera de ubicar desde el punto de vista general dicho concepto en esta corriente hemos de hacer los siguientes señalamientos:

¹²⁰Roxin Claus, *Política Criminal y sistema de Derecho Penal* .Pag. 40, véase también la obra del mismo autor y otros , *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Ariel, Barcelona, España, 1989, Pág. 36. en el mismo sentido Schunemann Bernd Op. Cit. Pág. 64, así como Donna Alberto Edgardo OP. Cit. Págs. 186-187

a) En cuanto a la conducta o comportamiento humano para Roxin al parecer no tiene importancia que los causalistas y finalistas le asignaron, pues en múltiples ocasiones muestra su desprecio conceptual de la forma de conducta, así por ejemplo, al referirse a la infracción que comete al sujeto que tenía la obligación de custodiar bienes ajenos señala que “es indiferente la forma en que el autor ha hecho esto, si de todos modos lesiona su deber en una manera perjudicial para el patrimonio - mas adelante agrega - desde el punto de vista del Estado de derecho, no radica por consecuencia en la falta de la descripción de la acción, son en la vaguedad de los deberes a que se refiere - cuando se trata de la infracción de un deber nacido del papel social desempeñado, que constituye determinado 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”¹²¹

b) Para Gunter Jakobs “el centro del sistema es la acción del autor. Si no aparecen dominantes motivos que permitan evitar su acción ilícita. La existencia de una acción estará atada al poder de motivación del autor, ya que, la acción es solo tomada como un sentido impreso al contenido: esto tanto en el dolo como en la culpa”¹²².

2.2.5.3.1. LA TIPICIDAD EN LA TEORIA FUNCIONALISTA

La tipicidad en la teoría funcionalista “se deriva directamente el que una conducta humana solo 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, Aquí bastará establecer que la tipicidad es siempre el primer presupuesto de la punibilidad de una conducta”¹²³

¹²¹ Roxin Claus. *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, Págs. 44 - 45

¹²² Donna Edgardo, Alberto, Op, Cit, Pág. 186

¹²³ Roxin, Claus. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Pág. 37, véase también la obra del mismo autor, *Política Criminal y sistema de Derecho Penal*, Pág. 40

2.2.5.3.2. LA ANTIJURIDICIDAD EN LA TEORÍA FUNCIONALISTA

a) Respecto de la antijuridicidad funcionalista Claus Roxin señala que “ no toda conducta típica resulta punible. Sin perjuicio de su prohibición general puede resultar autorizada. A tales autorizaciones se las denomina causas de justificación. Una causa de justificación no afecta en nada a la tipicidad de una conducta, pero si excluye su antijuridicidad , su contradicción con el derecho”¹²⁴ el mismo autor justifica y explica en otra de sus obras la naturaleza de la antijuridicidad en los siguientes términos “La antijuridicidad es el sector de las soluciones sociales a los conflictos, el campo en el que chocan los intereses individuales opuestos o las exigencias sociales con las necesidades del individuo. Cuando se trata de conciliar las intervenciones necesarias de carácter administrativo con el derecho a la personalidad en general y con la libertad de actuación del ciudadano, y cuando situaciones de necesidad inminentes e imprevisibles exigen una decisión: se trata siempre de la regulación, socialmente justa, de intereses contradictorias. Ciertamente no es esto nada nuevo. Pero hasta ahora no han sido suficientemente puesto en claro las consecuencias dogmáticas que deben deducirse y que en comparación con la interpretación del tipo tiene un carácter complementario distinto”¹²⁵

b) Para Jakobs “en la antijuridicidad se carece del contenido recto de la motivación, y ella se funda en una falta de fidelidad al derecho. Distingue aquí Jakobs entre el contenido de la norma y el reconocimiento de ella. Solo se requiere la posibilidad del conocimiento de la norma. Si el injusto aparece, lo decisivo es la fidelidad al derecho, y esto es un problema de la culpabilidad”¹²⁶

2.2.5.3.3. LA CULPABILIDAD EN LA TEORÍA FUNCIONALISTA DEL DELITO

Especial cuidado requiere el análisis de la culpabilidad en la teoría funcionalista del delito,

¹²⁴ Roxin Claus , *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Pág. 37

¹²⁵ Roxin, Claus, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal* , Pág. 40

¹²⁶ Donna Edgardo, Alberto, *Op.Cit*, Págs. 186- 187

pues, es precisamente en este elementos o categoría en donde se encuentra por un lado la aportación del pensamiento moderado de Roxin, y, por el otro, el radicalismo de Jackobs, ambos en la misma batalla, ambos ponen la lupa y centran su atención en la culpabilidad, en la necesidad de la pena y en la prevención general frente a la política criminal, veamos

a) Para el moderado Claus Roxin “ el injusto penal , es decir, una conducta típica y antijurídica, no es sin más punible. La calificación como injusto expresa tan solo que el hecho realizado por el autor es desaprobado por el derecho, pero no autoriza a concluir que aquel deba responder personalmente por ello, esta es una cuestión que ha de decidirse en un tercer nivel de valoración, el de la culpabilidad. Ya hemos establecido anteriormente que no debe imponerse pena alguna sin culpabilidad. Consecuentemente, una conducta típica y antijurídica puede no resultar punible si el autor en el caso concreto ha actuado sin culpabilidad”¹²⁷ o como bien señala en otra de sus obras lo decisivo - dice el maestro de Munich es - que la categoría jurídica denominada culpabilidad tiene mucho más que ver con el problema de si conviene o no sancionar penalmente en una situación concreta, que averiguar que si el agente pudo o no actuar diversamente, cuestión esta empíricamente difícil de comprobar no es poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación, por ello sugiere reemplazar el vocablo culpabilidad por responsabilidad, así dice el autor alemán “la categoría delictiva que tradicionalmente denominamos 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 que 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,”¹²⁸ en tal virtud para la teoría de Roxin “no basta demostrar que el sujeto a actuado típica y antijurídicamente, habiendo podido hacerlo de otro manera, para deducirle punibilidad, es necesario además

¹²⁷ Roxin Claus, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal penal*, Pág. 39

¹²⁸ Roxin Claus, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, Págs. 40-41, véase también Reyes Echandia Alfonso, *Culpabilidad*, Págs. 20 y 21

que el legislador haya decidido político criminalmente que desde el punto de vista de la prevención especial o general, la sanción penal es necesaria »¹²⁹

a) Para el radical Jakobs “para determinar la culpabilidad se debe estimar cómo la presión social, puede ser atribuida o cargada a la culpabilidad del autor, como molestia tanto de la sociedad, como de terceros, por el hecho de vivir en sociedad. De tal manera que definir la culpabilidad, depende en gran medida de la constitución de la sociedad o de un sistema social. Pero también hay que ver el problema desde el fin de la pena. En síntesis, el concepto de culpabilidad es funcional, formado como concepto. Es una regulación según la exigencia del fin de la pena, para una sociedad con una precisa constitución. Con esto quiere decir Jakobs, que el concepto de culpabilidad es formal, de manera que solo la finalidad da contenido a la culpabilidad. El fin es el reconocimiento de la norma. Pero la determinación de la culpabilidad implica ver a quien le corresponde cargar con el conflicto...”¹³⁰

2.2.6. EL MÉTODO LÓGICO MATEMÁTICO

Lo que se ha dado por llamar en México el modelo lógico matemático, no es en nuestro concepto, sino un método de interpretación, ya que si bien es cierto tiene un método único y novedoso en el derecho penal mexicano, lo cierto es que carece de un objeto de estudio propio, toda vez que, lo que hace es sistematizar los postulados del finalismo alemán y, precisamente esta es la característica que nos lleva a afirmar que dicha vertiente ni es una teoría como algunos de sus adeptos lo han dado por llamar, ni un modelo, más bien, constituye un método de trabajo de sistematización del finalismo tal y como lo veremos durante el desarrollo de la materia de nuestra investigación, es pues, un método de interpretación, en nuestro trabajo este método es de utilidad mínima, sin embargo con el fin de tener una noción panorámica lo enunciaremos en las líneas que siguen.

¹²⁹ Reyes Echandia, Alfonso, *Culpabilidad* Pág. 21

¹³⁰ Donna Edgardo, Alberto, Op. Cit. Pág. 187

Los creadores de este método son Olga Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez, la primera y su más sólida defensora define al delito como “la culpable concreción de un tipo legal”¹³¹

Como podemos observar de la definición que propone Olga Islas, en comparación con las posiciones doctrinarias extranjeras que hemos venido señalando existe un paralelismo jurídico, más bien pareciera ser un tanto ruin, puesto que los elementos que de acuerdo con ella componen el delito son:

- a) Culpabilidad
- b) Concreción de un tipo legal

Tal pareciera que para que un comportamiento sea típicamente adecuado, primeramente tiene que ser culpable, lo que carece de toda lógica, puesto que, primero como hemos venido analizando es la concreción de un tipo legal y después se verá si la misma es culpable o no; lo interesante de este método consiste en que el tipo penal lo representa mediante símbolos y distingue al mismo tiempo entre presupuestos del delito y elementos del delito.

2.2.6.1. EL TIPO PENAL

El tipo es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos;¹³² y que desde este punto de vista del modelo lógico matemático se expresa de la siguiente manera:

N= Deber jurídico penal

¹³¹ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los Delitos contra la Vida*, 3ª. Edición, Trillas, México, 11991, Pág. 57

¹³² Cfr. Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico del Peculado*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 10º. Aniversario, Tomo I. México, 1986, Pág. 275

B= Bien jurídico típico

A= Sujeto Activo Típico, con su semántica particular

A1= Voluntabilidad

A2= Imputabilidad

A3= Calidad de Garante

A4= Calidad específica

P= Sujeto pasivo típico, que comprende

P1= Calidad específica

P2= Pluralidad específica

M= Objeto Material

En este mismo orden de ideas los elementos del delito conforme al método de interpretación lógica matemática los elementos del delito son:

K= Kernel Típico, integrado por

J1= Voluntad dolosa

J2=Voluntad culposa

I1=Actividad

I2=Inactividad

R=Resultado material

E=Medios de Comisión

G=Referencia temporal

S= Referencia espacial

F=Rerencia de ocasión

W1 + W2 = Lesión o puesta en peligro del bien jurídico, típicos

V= Violación del deber jurídico penal

C= Culpabilidad

2.2.6.2. LA TIPICIDAD

La tipicidad de acuerdo con el método lógico matemático, es la correspondencia unívoca uno a uno entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito; es decir, que para cada elemento del tipo tiene que haber una porción de contenido del delito que satisfaga la semántica de aquel y para cada porción de contenido del delito tiene que haber un elemento del tipo que exija su concreción.

2.2.6.3. LA VIOLACIÓN DEL DEBER JURÍDICO PENAL (ANTI JURIDICIDAD)

La violación del deber jurídico penal, es lo que conocemos en la generalidad finalista como la antijuridicidad, en este método se ha dicho que si los tipos son prohibiciones de conducta en función de la tutela o de uno o más bienes jurídicos, entonces la realización de la conducta que lesiona o pone en peligro esos bienes jurídicos es violatoria del deber jurídico penal, excepto cuando esa misma conducta está ordenada o permitida por una norma jurídica diversa, ya sea penal o extra penal.

2.2.6.4. LA CULPABILIDAD

La culpabilidad de acuerdo con este método "es reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal. Por el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otras alterternativas de actuación no lesiva o menos lesiva"¹³³

¹³³ Islas, de González Mariscal Olga, *Análisis Lógico de los delitos contra la vida*, Pág. 69

CAPITULO III

LA ESTRUCTURA FINALISTA DEL DELITO

En el presente capítulo al que hemos intitulado la “estructura finalista del delito” señalaremos y analizaremos de una manera general los elementos o categorías del delito ya no conforme a todas las corrientes como lo hicimos en el capítulo que antecede, sino únicamente conforme a la teoría reinante de la acción finalista; y, por ello evidentemente lo haremos de una forma hasta donde sea posible cuidadosa y minuciosa, con tal precisión es necesario advertir que frente a cada elementos o categoría que analizaremos y que integra o forma parte del delito también señalaremos su aspecto negativo, es decir, lo contrario a dichos elementos integradores, su aspecto negativo.

De acuerdo con lo señalado en el párrafo que antecede y aún como ha sido precisado en el capítulo inmediato anterior, Hans Welzel no tomó al “comportamiento” como parte integradora del delito, sino más bien, como un elementos esencial o presupuesto de todo hecho, mismo del que el legislador no puede prescindir; por ello, de acuerdo con nuestro método de trabajo y por cuestiones didácticos nosotros ubicaremos al comportamiento en un primer plano como hasta ahora lo ha hecho la opinión dominante, de tal manera que, desde esta perspectiva en forma gráfica tanto los elementos o categorías que integran al que nosotros hemos denominado elementos “integradores” del delito, así como las categorías o elementos negativos del delito al que hemos denominado como “desintegradores”, porque ante la presencia de ellos, desintegran o, más bien destruyen o impiden la integración del elemento correspondiente; y, por ende, hacen imposible continuar el estudio de los demás elementos o categorías para su integración del delito; así, desde la perspectiva finalista se puede expresar de la siguiente manera:

ELEMENTOS INTEGRADORES

- a) Comportamiento
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- d) Culpabilidad

ELEMENTOS DESINTEGRADORES

- a) Exclusión del comportamiento
- b) Exclusión de la tipicidad
- c) Exclusión de la Antijuridicidad
- d) Exclusión de la culpabilidad

De acuerdo con el orden propuesto hemos de desarrollar el presente capítulo, es decir, estudiaremos en primer término al elemento integrador del delito y luego el aspecto que destruye dicho elemento, veamos.

Enseña Wessels que el "punto de partida del derecho penal es la conducta humana unida a consecuencias socialmente perjudiciales. Base jurídica de la responsabilidad es el hecho injusto con el cual debe comenzar metodológicamente toda investigación. Sin hecho no hay autor, y sin injusto no existe culpabilidad. Solo después de la valoración del hecho podrá dictarse el veredicto de culpabilidad contra el autor,"¹³⁴ por su parte Welzel sentencia que "el delito parte de una acción... para el finalismo, la acción(u omisión) se encuentran previstos en la ley, el legislador no puede prescindir del contenido de la voluntad, ésta impregnada de finalidad; así, cuando el tipo dice "al que engañando" "al que se apodere"; está considerando acciones graves socialmente negativas, con un sentido finalístico. Este proceso de selección de acciones finalísticas en derecho penal se denomina tipificación de acciones (final). Por eso el contenido de la voluntad (finalidad) forma parte ya de la descripción típica. La finalidad concreta en derecho penal en forma de dolo o de imprudencia y en forma activo u omisiva"¹³⁵

Como ya lo señalamos con anterioridad primeramente estudiaremos a la conducta como cimiento para el estudio de la teoría del delito, elemento o categoría sine qua non, al

¹³⁴ Wessels Johannes, Op. Cit. Págs. 19-20

¹³⁵ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Op. Cit. Págs. 87, 96-97

que identificaremos con el término de “comportamiento” por ser desde nuestro punto de vista el término más adecuado.

3.1. EL COMPORTAMIENTO HUMANO

Por ser el comportamiento humano uno de los elementos primarios, diríamos nosotros la materia prima, base y pilar fundamental de donde parte el estudio no únicamente de la teoría del delito sino en general de todo el derecho penal, ello, sin que se prejuzgue sobre los elementos del delito, por ello, creemos en la necesidad de precisar el concepto, mismo de lo que constituye el comportamiento humano partiendo en primer término desde el punto de vista etimológico, luego de las posiciones doctrinarias que existen en el derecho penal extranjero y nacional, para finalmente aterrizar con la posición contenida en el actual Código Penal en vigor.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española,¹³⁶ la palabra conducta procede del latín *conducta*, que significa, conducida, guiada; en otra de sus acepciones, conducta implica el porte o manera con que los hombres gobiernan sus vidas y dirigen sus acciones. En tal virtud el término conducta en lo general, es lo suficientemente ambigua como para designar actividad y, en éste sentido se aplica tanto a objetos animados como inanimados, comprender algo significa comprender también lo opuesto: yo comprendo lo que es actuar en forma honesta justo en la medida en que comprendo lo que es actuar deshonestamente. He aquí porque la conducta que es producto de la comprensión, y solo esa comprensión, es aquella para lo cual existe una alternativa¹³⁷

Al respecto, Welzel precisa que la conducta como “la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad. Esta conducta puede ser una acción, esto es, el ejercicio efectivo de actividad final, o la omisión de una acción, esto es, el

¹³⁶ *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II, Pág. 341

¹³⁷ Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano*, UNAM-Porrúa, México, 1995, Pág. 589

no ejercicio de una actividad final posible. Para las normas del derecho penal la acción está con mucho en primer plano, mientras que la omisión queda notoriamente en un segundo plano"¹³⁸, así "la concurrencia de un comportamiento humano constituye el primer requisito de la antijuridicidad por ser común a todo tipo, puede anteceder al estudio de la adecuación de la conducta a una clase de tipo. La Tipicidad constituirá, pues, el segundo requisito de la antijuridicidad..."¹³⁹ puesto que constituye un hacer voluntario final¹⁴⁰

En el derecho penal mexicano el distinguido maestro Fernando Castellanos Tena enseña que la conducta es " el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, en caminado a un propósito" ¹⁴¹ o bien consiste en un "peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria, consiste exclusivamente en una actividad o movimiento corporal, o bien en una inactividad, una abstención, un no hacer, tanto el actuar como el omitir, el hacer como el no hacer, tiene íntima conexión con un factor de carácter psíquico que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la actividad esperada." ¹⁴²

El Código Penal en vigor en su artículo séptimo sentencia que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales; lo que en buena lógica debemos entender que la conducta que se exterioriza en una acción o en una omisión en contravención con los preceptos legales es sancionada por las as leyes penales.

En este orden de ideas, podemos por nuestra parte concluir que el comportamiento humano a la luz de la teoría de la acción finalista, es aquel movimiento que realiza el hombre con dirección y con el propósito de alcanzar un fin determinado eligiendo para ello los medios adecuados existentes dentro del mundo normativo.

¹³⁸ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 38

¹³⁹ Mir Puig, Santiago, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª. Edición, Bosch - Casa Editorial, Barcelona España, 1982, Págs 57-58

¹⁴⁰ Zaffaroni, Raúl Eugenio, Op. Cit. Pág. 349

¹⁴¹ Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. Pág. 149

¹⁴² Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal - Parte General*, 10ª. Edición, Porrúa, México 1991, Pág. 386

3.1.1. FORMAS DE COMPORTAMIENTO

Ahora bien, atento al desarrollo del concepto de lo que debe entenderse por conducta tanto de su acepción etimológica, doctrinaria y lo referido en el actual Código Penal, podemos concluir que la conducta puede manifestarse en sus tres formas hoy en día aunque excluida de nuestro actual Código Penal por una mala interpretación del finalismo pero si aceptada por la doctrina penal finalista general que en esencia son:

- a) Acción o actividad
- b) Omisión propia
- c) Omisión impropia o comisión por omisión

3.1.1.1. LA ACCIÓN O ACTIVIDAD FINALISTA

Toda la vida comunitaria del hombre se estructura, para bien o para mal, sobre la actividad final del hombre. Esto presupone que los miembros de la sociedad pueden actuar consientes del fin, es decir, proponerse fines, elegir los medios requeridos para su obtención y ponerlos en movimiento con conciencia del fin, esta actividad final se llama acción. Se diferencia del simple suceso de la naturaleza en cuanto éste no es dirigido conscientemente desde el fin a alcanzar, sino que transcurre ya causalmente ciego o bien como sucede considerablemente en la naturaleza orgánica, en especial en el mundo animal adecuado ciertamente al fin, pero sin conciencia del fin (instintivamente) precisamente la capacidad de la voluntad humana de proponerse cualquier fin y sobre la base de su saber causal, poder realizar éstos fines de acuerdo a un plan posibilitan al hombre la peculiaridad específica, la plenitud y vastedad de su existencia histórica, de su cultura y civilización... Acción humana es ejercicio de actividad final, así, la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento finalista y no solamente causal. La finalidad o actividad finalista de la acción. Se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de

su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido consciente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso gráficamente hablando, la finalidad es vidente, la causalidad es ciega (Welzel. *Derecho*, Pág. 38/*La Teoría de la Acción Finalista*, Págs. 19-20), en tal virtud “La acción es una conducta humana relacionada con el medio ambiente, dominada por una voluntad dirigente y encaminada hacia un resultado. Esta conducta humana es la base común o, al menos, el elemento constitutivo común a todas las formas de aparición del delito ...abarca tanto los casos en que esa voluntad dirigente prevé el resultado típico (hechos dolosos), como aquellos en los cuales la voluntad está dirigida a un resultado distinto del típico causado por el autor, debido a la falta de dirección apropiada (hechos culposos)”¹⁴³ en este orden de ideas la acción finalista, sentencia que “la acción humana no es sólo un proceso causal dependiente de la voluntad, sino, por su propia esencia, ejercicio de actividad final. La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan perseguido mediante la utilización de sus recursos...la conducción final de la acción tiene lugar en tres momentos: empieza con la anticipación mental de la meta, sigue con la elección de los medios necesarios para la consecución de la misma y concluye con la realización de la voluntad de la acción en el mundo del suceder real - o también siguiendo a la teoría de la relevancia de la acción dice el pensador alemán - es el comportamiento humano socialmente relevante”¹⁴⁴ en este orden de ideas advertimos que “la acción es un comportamiento exterior evitable, o dicho de otra manera un comportamiento que puede evitarse si el autor se hubiera motivado para hacerlo ...un comportamiento es evitable cuando su autor tenía la posibilidad de dirigirlo finalmente, en dirección a un fin por él mismo

¹⁴³ Maurach, Reinhart. *Derecho Penal-Parte General*, Traducción de Jorge Bofill Genzsh y Enrique Aimone Gibson, 7ª Edición, Astrea, Buenos, Aires Argentina, 1994, Pág. 242

¹⁴⁴ Heinrich Jescheck, Hans, *Tratado de Derecho Penal-Parte General*, Tomo I. 3ª Edición, traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch - Casa Editorial, Barcelona, España, 1978 Págs. 293-296

determinado...este concepto de acción alcanza a todo actuar final, toda omisión no consciente y a todo hecho culposo individual de acción u omisión,"¹⁴⁵ la voluntad no puede ser escindida de su contenido, es decir, de su finalidad, puesto que toda conducta debe ser voluntaria y toda voluntad tiene un fin¹⁴⁶

De la definición de la conducta o comportamiento humano señalado en los puntos que anteceden, se advierte que a diferencia del causalismo en donde la acción constituye un movimiento corporal voluntario sin conciencia del fin que se persigue, en la teoría de la acción finalista motivo de nuestra investigación, la acción como forma de comportamiento humano no solo constituye un movimiento corporal, sino la actividad que lleva a cabo el hombre encaminado a un fin, y, fin que para alcanzarlo elige el método, elige los medios, lleva a cabo un sentido de dirección.

Ahora bien, en los delitos de acción desde el punto de vista del finalismo no existe problema alguno para determinar la intención de un sujeto, puesto que el agente desde el momento en que se representa un evento como posible, delibera y luego resuelve llevarlo a cabo mediante la exteriorización del hecho, indudablemente que su comportamiento activo lleva en sí implícito y conscientemente una dirección final; sin embargo, la teoría del finalismo tiene sus reverses como lo veremos más adelante, de ahí los inconvenientes que en forma por demás visible hacen de ella sus detractores.

3.1.1.2.LA OMISION O INACTIVIDAD FINALISTA EN GENERAL

El poder de la voluntad humana no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino que comprende también la omisión de ella. Junto a la acción aparece la omisión como una segunda forma independiente dentro de la conducta humana, susceptible de ser regida por la

¹⁴⁵ Bacigalupo, Enrique, Op. Cit. Pág. 92

¹⁴⁶ Zaffaroni, Raúl Eugenio, Op. Cit. Pág. 349

voluntad dirigida por el fin¹⁴⁷ que consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado”¹⁴⁸

En este orden de ideas, el significado de la conducta finalista Welzeniana aun se sigue conservando en su sentido original, es decir, que todos entendemos por acción u omisión el actuar dirigido del hombre hacia una dirección para la obtención de un fin propuesto de ahí que conforme a la teoría finalista el comportamiento omisivo puede constituir en una mera actividad, sin embargo, hay otros en lo que independientemente de la voluntad omisiva requieren de otro ingrediente, es así como los comportamientos omisivos frente al finalismo pueden ser de dos clases, que en esencia son:

- a) Omisión propia
- b) Omisión impropia o comisión por omisión

3.1.1.2.1. LA OMISIÓN PROPIA EN LA TEORÍA FINALISTA

En los casos de delitos de omisión propios enseña Welzel se“ impone pena simplemente a la infracción de un deber de actuar, por ejemplo el omitir una denuncia de planes delictivos, la prestación de socorros en caso de accidentes. Este grupo comprende los casos principales de los llamados delitos de omisión propios¹⁴⁹ esos hechos punibles se agotan en la infracción a una norma preceptiva y en la simple omisión de una actividad exigida por la ley¹⁵⁰ de ahí que un comportamiento será omisivo o de pura omisión, si el sujeto viola un mandato de acción, o sea, si no hace lo que debe hacer¹⁵¹

¹⁴⁷ Welzel Hans, Derecho Penal Alemán Pág. 237

¹⁴⁸ Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal-Parte general*, 8ª. Edición, Bosch , Barcelona, España. 1975, Pág. 271

¹⁴⁹ Cfr. Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán* ,Págs. 239 - 240

¹⁵⁰ Cfr. Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 208

¹⁵¹ Cfr. Ranieri Silvio, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Traducción de Jorge Guerrero, Tomo I, Témis, Bogotá, Colombia, 1975, Pág. 298

De acuerdo con lo esgrimido por los dos autores alemanes respecto de la omisión propia creemos que no existe problema alguno para su interpretación, puesto que, no es más que el no actuar cuando se tiene la obligación por parte de la ley, es decir, el sujeto emite un comportamiento pasivo frente a una obligación o mandato que le impone la ley.

3.1.1.2.LA OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN

Respecto de los delitos de omisión impropios o de comisión por omisión es de advertirse que “junto a estos mandatos establecidos por ley, existe además un vasto grupo de mandatos que obligan a evitar la inminente lesión de bienes jurídicos, sin estar sancionado expresamente por la ley. Su transgresión se castiga, generalmente de acuerdo con el marco penal de aquellos delitos de comisión que se refieren a la realización de la misma lesión del bien jurídico. Así por ejemplo la madre que deja morir de inanición a su hijo se le pena de conformidad a las disposiciones penales que castigan a los delitos de homicidio. Este amplio grupo de delitos de omisión que no están colocados expresamente bajo sanción por la ley penal, son denominados delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropios...En los delitos de omisión impropios se exige evitar un resultado”¹⁵² en esta clase de comportamientos “los hechos punibles en los cuales quien omite está obligado, como garante, a evitar el resultado, correspondiendo la comisión, valorativamente a la realización del tipo legal mediante una acción activa...Los delitos impropios de omisión son un reflejo de los delitos de comisión y corresponden a los delitos de resultado. Aquí, la producción del resultado reprobado pertenece al tipo de lo injusto. El garante, que lesiona el deber que le incumbe de evitar el resultado, realiza un tipo penal, que está construido en la ley como un delito comisivo, en el cual se basa principalmente una norma prohibitiva”¹⁵³, en tal tesitura “a diferencia de lo que sucede en el delito de acción, en el delito de comisión por omisión no basta con la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido, para imputar un resultado al sujeto de la omisión. Es preciso además, que

¹⁵² Welzel Hans. *Derecho Penal Alemán*, Pág. 240

¹⁵³ Wessels, Johannes Op. Cit. Págs. 208 -209

este sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumbe en razón de su cargo o profesión. Esta obligación especial, convierte al sujeto en garante de que el resultado producido no se realice, de ahí el nombre de posición de garante”¹⁵⁴.

De acuerdo con las opiniones vertidas en los delitos de omisión impropia como se observa, consiste en una abstención, un no obrar cuando se está obligado por la ley a actuar debido a una característica especial que en ese momento tiene el sujeto y que la doctrina ha conocido como “garante”, precisamente porque tiene la obligación de garantizar que no se ofenda el bien jurídico protegido por la norma, y del que se le ha encargado, así como impedir el resultado; de acuerdo con lo hasta ahora señalado y siguiendo Stratenwerth ¹⁵⁵ y Wiarco, ¹⁵⁶ junto con la opinión dominante, la calidad de garante tiene sus fuentes en los siguientes actos jurídicos:

- a) La Ley
- b) El Contrato
- c) El hecho anterior que pone en peligro el bien jurídico o actuar precedente
- d) Las relaciones especiales de comunidad y el ámbito de dominio
- e) Obligación profesional
- f) Especial relación de lealtad

Una vez terminado el análisis de una manera general del comportamiento humano, así como de las formas de la misma conforme a la teoría reinante como primer presupuesto para entrar al estudio de la teoría del delito, pasemos ahora al estudio de cada uno de los elementos o categorías que integran o estructuran al delito, así como de las que la desintegran, conforme a la teoría de la acción finalista, Veamos.

¹⁵⁴ Muñoz Conde Francisco, *Teoría General del Delito*, Pág. 34

¹⁵⁵ Cfr. Stratenwert Gunter, Op. Cit. Pág. 293

¹⁵⁶ Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Op. Cit. Pág. 141

3.2. ELEMENTOS GENERALES DEL DELITO A LA LUZ DE LA TEORÍA FINALISTA

El padre del finalismo alemán en su Derecho Penal alemán que “la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito...La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionados lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior”¹⁵⁷, en el mismo sentido Claus Roxin advierte que “los presupuesto generales de la punición de una conducta, que deben cumplirse siempre para declararla punible, se clasifican en tres categorías: Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.”¹⁵⁸ A ello, en España José Cerezo Mir apunta que “la acción o la omisión típica y antijurídica tienen que ser culpables para que constituyan delito”¹⁵⁹

De lo señalado tanto por Welzel, Roxin, José Cerezo Mir y Bacigalupo ¹⁶⁰ se desprende que los elementos o categorías en estricto sentido que integran al delito o forman parte de su estructura conforme a la multicitada teoría son como lo señalamos en líneas anteriores los siguientes:

- | | |
|--------------------|--------------------------------|
| a) Tipicidad | a) Ausencia de tipicidad |
| b) Antijuridicidad | b) Ausencia de antijuridicidad |
| c) Culpabilidad | c) Ausencia de culpabilidad |

Como se observa, Frente a los elementos o categorías estructurales manejados por el causalismo que son conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, La teoría de la acción finalista hoy imperante maneja de manera semejante los mismos elementos pero con diferente estructura y significado, naturalmente; por ello, partiendo de la estructura del delito de Graf Zu Dohna y del incuestionable maestro Hans Welzel, la teoría del delito conforme a la estructura finalista, es opinión dominante que su estructura o sus categorías

¹⁵⁷ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 57

¹⁵⁸ Roxin Claus, et al, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, pag. 36, véase también su obra, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, Pág. 40

¹⁵⁹ Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español*, 3ª. Edición, Tecnos, Madrid, España, 1990, Pág. 253.

¹⁶⁰ Cfr. Bacigalupo, Enrique. Op. Cit. Pág. 72

como los llama Claus Roxin, son los que ya han sido enumerados y por lo tanto trabajaremos bajo esa sistemática.

3.3. EL TIPO PENAL FINALISTA

Es precisamente en el tipo penal, en donde realmente comenzamos el estudio de los elementos o categorías que estructuran al delito, así, primeramente pasaremos a aportar la definición de lo que es el tipo en la teoría finalista y luego señalaremos como se compone o estructura dicho tipo.

El tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos formales posibles de conducta humana. La norma prohíbe la realización de estas formas posibles de conducta humana. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibida, esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma - y por lo tanto diríamos nosotros tal conducta es típica - . De ahí se deriva la antinormatividad de la conducta .. Tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual (*Welzel, Derecho Págs. 69-60*), puesto que del principio de legalidad se deriva directamente el que una conducta humana solo 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 (*Roxin, et al Introducción, Pág. 37*); en este orden de ideas, tipo es la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible. La abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento; la connotación descriptiva puntualiza el carácter preferentemente objetivo del tipo, y dicese preferentemente, porque algunas veces aparecen en el referencias normativas y subjetivas (*Echandia, Tipicidad, Pág. 7*)

De tal manera que el concepto de tipo no se agota en la descripción del comportamiento humano sino que constituye ya el principio de que dicho comportamiento puede ser antijurídico, o antinormativo como dice el propio Welzel; derivado de ello, nosotros

opinamos que tipo “es la descripción cerrada o abierta de un comportamiento relevante previsto en la ley penal cuyo objeto es la protección de un bien jurídico”, decimos cerrados, desde luego refiriéndonos a aquellas descripciones en donde el juzgador ya no tiene la libertad de interpretación valorativa del hecho en concreto, a diferencia a los tipos penales abiertos en donde de por sí el legislador deja intencionalmente al juzgador la libertad de valoración del hecho en particular como en los hechos culposos.

3.4..ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL FINALISTA

El todo se compone de sus partes, si falta una de esas partes, el todo es inservible, es inútil, así el tipo penal es un todo compuesto de muchas partes, si llega a faltar cualquiera de sus partes, no existe la adecuación del comportamiento al supuesto de hecho típico; por ello el tipo constituye la mayor parte del tipo general (en sentido amplio), sobre todo - en los delitos dolosos, en los cuales contiene una descripción precisa de los elementos objetivos y subjetivos de la acción, incluyendo el resultado. Por el contrario, en los delitos culposos, el tipo en sentido restringido se refiere generalmente solo al resultado (*Welzel, Derecho, Pág. 69*), de ahí que dentro del tipo de lo injusto, hay que hacer una distinción entre características del tipo descriptivas y normativas, objetivas y subjetivas (*Wessels, Op. Cit. Pág. 42*), de donde resulta que los requisitos concretos del supuesto de hecho típico (tipo penal) se clasifican en los que caracterizan el comportamiento desde fuera, y aquellos otros que lo hacen desde dentro. De acuerdo con esto, se distingue entre supuesto de hecho típico objetivo y subjetivo, aunque, se pondrá de manifiesto más adelante que existen acciones cuyos aspectos exteriores e interiores no pueden separarse en la descripción (*Stratenwerth, Op. Cit. Pág. 75*)

De lo anterior, se advierte que el tipo penal o supuesto de hecho típico estructuralmente se compone de dos aspectos fundamentales que son:

- a) Elementos objetivos (tipo objetivo o supuesto de hecho típico objetivo)
- b) Elementos subjetivos (tipo subjetivo o supuesto de hecho típico subjetivo)

Una vez precisado la estructura del tipo penal o supuesto de hecho típico como le llama Stattenwerth y tras haber precisado que se estructura, veamos ahora que parte o elementos del tipo pertenecen a lo objetivo y cuales a lo subjetivo.

3.4.1. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL

El tipo objetivo es el núcleo - real material de todo delito. Delito no es únicamente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho. El fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad de un hecho externo. El hecho externo es por ello, la base de la estructuración dogmática del delito. La objetivación de la voluntad encuentra su expresión típica en las circunstancias del hecho objetivas (Welzel, *Derecho*, Pág. 76), estos elementos objetivos son las circunstancias que determinan la manifestación externa del hecho; pueden ser descriptivas o normativas, referirse al hecho o al autor (Wessels, *Pág. 43*), constituye la objetivación de la voluntad integrante del dolo y comprende características externas del autor (Daza, *Pág. 46*), puesto que se refieren a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, que son esenciales, como las que dan lugar al tipo autónomo, y a veces también se presentan elementos accidentales, que solo califican, agravan o privilegian al tipo autónomo (Wiarco, *Pág. 98*)

Con el objeto de tener todavía un panorama más amplio respecto de cuales son los elementos del tipo objetivos y cuales subjetivos, veamos cuales son las posiciones doctrinales. Así por ejemplo para el pare del finalismo¹⁶¹ son elementos objetivos del tipo, tipo objetivo o supuesto de hecho típico los siguientes:

- a) la acción
- b) La ofensa del bien Jurídico
- c) Medios especiales
- d) Circunstancias objetivas del hecho de determinados delitos

¹⁶¹ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 76

e) Circunstancias atenuantes o agravantes

Para Wessels¹⁶² siguiendo al finalismo precisa que la parte objetiva del tipo penal está integrado con los siguientes elementos:

- a) sujeto del hecho
- b) Objeto del hecho
- c) objeto de la ejecución del hecho
- d) Formas especiales de comisión
- e) Otras modalidades del hecho
- f) La producción de un resultado
- g) Relación causal

Para el maestro mexicano Octavio Orellana Wiarco¹⁶³ los elementos objetivos del tipo penal conforme al finalismo son lo siguientes:

- a) El sujeto activo
- b) El Sujeto pasivo
- c) Bien jurídico protegido
- d) Conducta
- e) Resultado
- f) Elementos Normativos
- g) Circunstancias objetivas de atenuación o agravación

Para nuestros maestros Carrancá y Rivas y Carlos Daza¹⁶⁴ los elementos que integran la parte objetiva del tipo penal o supuesto de hecho típico objetivo son:

¹⁶² Wessels, Johannes Op. Cit. Pág. 42

¹⁶³ Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Op. Cit. Pág. 99

¹⁶⁴ Cfr. Daza Gómez Carlos Juan Manuel Pags. 89-100

- a) acción
- b) Omisión
- c) Relación de causalidad o nexo causal
- d) Causalidad o imputación objetiva
- e) Resultado

Como se observa, la doctrina tanto extranjera como nacional no es unánime en cuanto a aquellos elementos del tipo penal que forman el aspecto objetivo, frente a esas divergencias y por cuestiones de método nosotros de una manera convencional proponemos desde ahora una clasificación, señalando, cuales son los elementos que forman parte del tipo penal o supuesto de hecho típico objetivo, mismo al que dividiremos en dos rubros: objetivos generales y objetivos especiales, ello como bien lo señalamos, de manera convencional y para tener una sistematización propia frente a las diversas opiniones; en tal tesitura, gráficamente el tipo penal o supuesto típico objetivo quedará estructurado de la siguiente manera:

a) Elementos objetivos generales del tipo penal

- aa) Bien Jurídico protegido
- aa) Ofensa del bien jurídico protegido
- aa) Autores del delito
- aa) Participes del delito

b) Elementos objetivos especiales del tipo penal

- bb) Objeto
- bb) Calidad del sujeto activo
- bb) Resultado
- bb) Nexo causal
- bb) Medios comisivos
- bb) Elementos normativos

bb) Circunstancias

Hecho la anterior clasificación convencional que desde nuestro muy particular punto de vista constituye un punto de partida para optar por un método propio, un plan personal que sea útil y sencillo no solo para los conocedores del derecho sino para cualquier persona que a primera vista entienda el contenido del presente trabajo.

3.4.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL

Toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere (momento intelectual) y por la decisión al respecto de querer realizarlo (momento volitivo). Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo¹⁶⁵; así, los elementos subjetivos del tipo son circunstancias que corresponden al ámbito psíquico y al mundo de representaciones del autor¹⁶⁶ y que está formado por el dolo y los elementos subjetivos. El dolo se agota en la finalidad dirigida al tipo objetivo¹⁶⁷ estos elementos subjetivos del tipo atienden a condiciones de la finalidad de la acción (u omisión), o sea al dolo, y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo¹⁶⁸

Una vez que hemos hecho las precisiones conceptuales de lo que tanto en la doctrina extranjera como la nacional han entendido por aspecto subjetivo del tipo penal pasemos ahora a ver cuales son esos elementos del tipo penal que forman su estructura o parte subjetiva.

Para Welzel¹⁶⁹ los elementos subjetivos del tipo o supuesto de hecho típico conforme a su teoría hoy imperante esta formado por los siguientes elementos:

¹⁶⁵ Cfr. Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 77

¹⁶⁶ *Ibidem* Pag. 43

¹⁶⁷ Cfr. Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, *Op. Cit.* Pág. 46

¹⁶⁸ Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Op. Cit.* Pág. 99

¹⁶⁹ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 77

- a) Dolo
- b) Culpa

Por su parte, Octavio Alberto Orellana Wiarco¹⁷⁰ señala que los elementos subjetivos del tipo en la teoría finalista son los siguientes

- a) El dolo
- b) La culpa
- c) Elementos subjetivos específicos

Por su parte, Juan Manuel Carlos Daza señala que “la parte subjetiva del tipo está formado siempre por el dolo . El que puedan concurrir varias características subjetivas dependen de la estructura del tipo”¹⁷¹

En cuanto a los elementos que integran o forman parte de la estructura subjetiva del tipo penal creo que no han y ningún problema, pues, como ha quedado precisado la doctrina es casi unánime en cuanto a que esta se encuentra integrado por el dolo y la culpa; sin embargo, al igual que lo hicimos al abordar los elementos objetivos, lo mismo haremos en el presente apartado, es decir, que por cuestiones de método señalaremos una clasificación propia para trabajar sobre ella y no perdernos, así, tenemos que los elementos subjetivos del tipo penal o supuesto de hecho típico lo hemos dividido al igual que los elementos objetivos en dos rubros: generales y especiales, de manea que gráficamente quedaría representado como sigue:

a) Elementos subjetivos generales del tipo penal

- aa) Dolo
- aa) Culpa

b) Elementos subjetivos especiales o específicos del tipo penal.

¹⁷⁰ Orellana Wiarco Octavio Alberto, Op, Cit, Pág. 99

¹⁷¹ Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, Op. Cit. Pág. 101

- bb) La intención
- bb) La tendencia especial
- bb) El ánimo
- bb) El propósito
- bb) Los motivos
- bb) Los impulsos afectivos
- bb) La actitud

En conclusión, si bien es cierto que la doctrina tanto extranjera como nacional no es unánime en cuanto a aquellos elementos del tipo o supuesto de hecho típico que forman el aspecto objetivo cuestión que no sucede con el aspecto subjetivo, lo que sí es cierto es que desde el punto de vista de la teoría reinante el supuesto de hecho típico conforme a la opinión dominante se compone, por un lado, de un aspecto objetivo y por el otro de uno subjetivo; de eso ni duda cabe, ahora bien, por cuestiones de método nosotros de una manera convencional proponemos desde ahora una clasificación, señalando, por una parte, cuales son los elementos que forman parte del tipo penal o supuesto de hecho típico objetivo, mismo al que dividiremos en dos rubros: objetivos generales y objetivos especiales; por otra, los elementos que forman la parte subjetiva del tipo penal o supuesto de hecho típico y al igual que lo objetivo lo dividiremos en dos rubros: subjetivos generales y subjetivos especiales, todo ello como bien lo señalamos de manera convencional y para tener una sistematización propia frente a las diversas opiniones; en ese tenor de ideas gráficamente el tipo penal o supuesto de hecho típico tomando en cuenta tanto su aspecto objetivo como subjetivo quedaría estructurado de la siguiente manera:

a) Elementos objetivos generales del tipo penal

- aa) Bien Jurídico protegido
- aa) Ofensa del bien jurídico protegido
- aa) Autores del delito
- aa) Partícipes del delito

b) Elementos objetivos especiales del tipo penal

- bb) Objeto
- bb) Calidad del sujeto activo
- bb) Resultado
- bb) Nexo causal
- bb) Medios comisivos
- bb) Elementos normativos
- bb) Circunstancias

c) Elementos subjetivos generales del tipo penal

- cc) Dolo
- cc) Culpa

d) Elementos subjetivos especiales o específicos del tipo penal

- dd) La intención
- dd) La tendencia especial
- dd) El ánimo
- dd) El propósito
- dd) Los motivos
- dd) Los impulsos afectivos
- dd) La actitud

Desde ahora hacemos notar que bajo esta sistemática trabajaremos en su momento cuando analicemos detalladamente los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo penal en capítulos subsecuentes.

3.5. LA TIPICIDAD FINALISTA

En éste sentido la acción u omisión de un sujeto será típicamente adecuada únicamente cuando el comportamiento que se le atribuye reúne los elementos objetivos y subjetivos generales y en su caso especiales previstos en el tipo penal correspondiente, solo, y solo así podemos hablar entonces de una tipicidad del comportamiento o más correctamente de un comportamiento típicamente adecuado, pues, la acción u omisión desplegado por el agente a llenado con exactitud el molde previsto en la ley, en fin, se ha acreditado los elementos del tipo; puesto que “la determinación de la totalidad de los elementos que le pertenecen, (circunstancias de hecho) constituye la función en sentido propio del supuesto de hecho típico. Si un comportamiento realiza todos los requisitos de un supuesto de hecho típico merecerá el calificativo de *típicamente adecuado*”¹⁷²

3.6. LA ATIPICIDAD FINALISTA

Si el comportamiento que se le atribuye al agente le llegare a faltar alguno de los elementos generales, o en su caso, especiales objetivos o subjetivos previstos en el tipo penal o supuesto de hecho típico de que se trate, estaremos en presencia del aspecto negativo de la tipicidad, es decir, la atipicidad, pues en todo caso el comportamiento que se le atribuye al agente no puede calificarse como típicamente adecuado, puesto que el molde previsto en la ley penal no es llenado en su totalidad a pesar de que el agente haya desplegado su acción u omisión y, en esa medida al faltar alguno de dichos ingredientes no es posible continuar o entrar al estudio de la antijuridicidad. A esto podemos llamarlo correctamente “falta de adecuación al supuesto de hecho típico” o “comportamiento típicamente adecuado” no tipicidad, pues con la vigencia del finalismo alemán éste término ha quedado ya en desuso.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

¹⁷² Stratenwerth, Gunter Op. Cit. Pág. 63

3.7. LA ANTIJURIDICIDAD FINALISTA

La antijuridicidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto (*Welzel, Derecho Pág. 60*), ya que ocasionar un resultado típico solo da lugar a un ilícito jurídico penalmente relevantes si implica la realización de un riesgo no permitido. En la actualidad, este principio encuentra, en lo esencial, creciente reconocimiento. En parte, ya está expresado en la teoría de la imputación objetiva en forma tal que un resultado solamente es imputable cuando proviene de la creación o elevación de un peligro jurídicamente desaprobado; en parte también, se lo encuentra insito en la regla que establece que tanto los comportamientos dolosos como los culposos solamente están prohibidos cuando lesionan un deber general de cuidado; finalmente, también se lo encuentra implícito en la afirmación de que el riesgo permitido constituye una causa de justificación que vale también para los hechos dolosos (*Stratenwerth, Pág. 122*); en tal tesitura toda acción comprendida en un tipo de lo injusto de los delitos de acción dolosos o culposos será antijurídica si no concurre una causa de justificación (*Cerezo Mir, Pág. 403*)

De acuerdo con los puntos de vista señalados, la antijuridicidad de un comportamiento típicamente adecuado no es otra cosa sino el juicio de valor, que por un lado expresa que la acción puede ser contraria a la norma y lo será cuando no exista causa de justificación; y, por otra parte, toma en cuenta la conducta externa del autor. Así al injusto solo le interesa el fin que el sujeto se ha propuesto, en esa medida ni duda cabe, bajo cualquier óptica que se pretenda opinar la antijuridicidad es en amplio sentido entendida como la contradicción existente entre la conducta prohibida con el orden jurídico; por ello, como bien se observa dentro de la concepción descrita de los juristas tanto alemanes, españoles y mexicanos centran su atención en la oposición del comportamiento humano con la norma, es decir, la falta de autorización de la norma respecto del comportamiento en particular. Esto es la antijuridicidad del comportamiento típicamente adecuado.

3.7.1. LA EXCLUSION DE LA ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad puede ser excluida, dando así origen a las causas de justificación, al respecto la doctrina no es unánime, pues cada autor señala los que considera que son causas de justificación, ya que, dichas causales no puede determinarse en forma definitiva, todo dependerá más bien, del grado de generalización, pues el sistema finalista no constituye un sistema cerrado sino que se observan numerosas superposiciones así como lagunas; en este orden de ideas el propio Han Welzel¹⁷³, señala que hay causas de justificación que están reguladas en disposiciones especiales, no en las propias disposiciones, y, además, existen causales de justificación legisladas en la propia disposición penal; por ello, dicho autor divide dichas causales en dos grupos que gráficamente se resume en los siguiente

I) Causas de justificación reguladas en disposiciones especiales que comprende

1) Situaciones de necesidad, que comprende

- a) Defensa necesaria
- b) Estado de necesidad del derecho civil
- c) Estado de necesidad supralegal

2) Situaciones que requieren de una intervención de una fuerza inmediata, que comprende

- a) Autoayuda
- b) Detención provisional

3) Consentimiento del ofendido

II) Causas de justificación legisladas en la propia disposición penal

- a) Los casos previstos en la ley para la apertura de correspondencia postal

¹⁷³ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Págs. 99-100

- b) El permiso de la autoridad para la realización de juegos de azar
- c) El consentimiento del titular del derecho

Por su parte, Stratenwerth¹⁷⁴, el mismo que refiere que las causas de justificación no pueden determinarse en forma definitiva, señala las siguientes causas de licitud:

- a) El consentimiento del lesionado
- b) El consentimiento probable
- c) El estado de necesidad del derecho civil (agresivo y defensivo)
- d) La defensa necesaria
- e) El estado de necesidad justificante
- f) El derecho de intervención en relación de subordinación (autorizaciones dispensadas a las autoridades y el derecho de corrección)
- g) El derecho de autoayuda

Por nuestra parte y de forma provisional señalamos que la causas de justificación que operan en el derecho penal mexicano son enunciativamente los siguientes:

- a) Defensa Legítima
- b) Estado de necesidad justificante
- c) Cumplimiento de un deber
- d) Ejercicio de un derecho
- e) Obediencia jerárquica o debida
- f) Consentimiento del ofendido

De tal manera que si frente al comportamiento típicamente adecuado llegare a existir cualquiera de estas causales de justificación, la acción u omisión no será antijurídica porque está permitido por la ley, de manera que las causas de justificación excluyen la antijuridicidad

¹⁷⁴ Stratenwerth Gunter , Op. Cit. Págs 124-155

de un comportamiento típicamente adecuado. Motivo de análisis de cada una de estas causas de justificación será en el penúltimo capítulo de nuestro trabajo cuando abordemos precisamente el tema de la antijuridicidad finalista, por ahora solo dejamos asentado de manera provisional hipotéticamente cuales son los casos más comunes de justificación de nuestro derecho penal mexicano. En esa medida pasemos al siguiente elemento o categoría estructural del delito. La culpabilidad

3.8. LA CULPABILIDAD FINALISTA

Para la teoría finalista del delito la culpabilidad “es reprochabilidad de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto culpabilidad de voluntad, solo aquello respecto del cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad. Así en cuanto a sus facultades y predisposiciones ya sean valiosas o mediocres, solo aquello que el hace con ellas o como las pone en movimiento en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer con ellas o como hubiera podido o debido ponerlas en movimiento, le puede ser tomado en cuenta como mérito o reprochado como culpabilidad”¹⁷⁵ en ese mismo sentido Zaffaroni enseña que la culpabilidad finalista es “entendida como reprochabilidad;”¹⁷⁶ o como bien enseña Alfonso Reyes Echandia que la culpabilidad en la teoría finalista “es un puro juicio valorativo de reproche que se le hace a una persona por haber actuado antijurídicamente, teniendo la posibilidad de conocer lo injusto de su hecho. Un sujeto es culpable, pues, cuando habiendo podido formar una voluntad de acción adecuada a la norma actuó con voluntad antijurídica”;¹⁷⁷ por su parte, Daza enseña que la culpabilidad en la acción finalista constituye un juicio de reproche que se le formula al autor por no haber adecuado su conducta a derecho, a pesar de que está en situación de hacerlo¹⁷⁸

¹⁷⁵ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Op. Cit. Pág. 166

¹⁷⁶ Zaffaroni, Raúl Eugenio, Op. Cit. Pág. 349

¹⁷⁷ Reyes Echandia, Alfonso, *Culpabilidad*, Pág. 14

¹⁷⁸ Welzel, Hasn, *Derecho penal Alemán*, Pág. 170, véase también a Reyes Echandia Alfonso, *Culpabilidad*, Pág. 14

En efecto, a diferencia de lo que sucedía en el causalismo en donde culpabilidad es la relación psíquica del autor con el hecho y el resultado y que esta culpabilidad albergaba tanto al dolo como a la culpa, por el contrario, en la teoría hoy reinante la culpabilidad es un juicio de valor, es un reproche que se le hace al autor por no haber actuado conforme a la norma pudiendo haberlo hecho, así que, en el finalismo culpabilidad es *reprochabilidad* por el hecho, veamos cuales son sus elementos.

3.8.1.ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD FINALISTA

Los elementos de la culpabilidad a la luz de la teoría reinante o presupuestos de la reprochabilidad ¹⁷⁹ son los siguientes:

- a) Que el autor sea Imputable
- b) Que el autor haya comprendido el carácter injusto de su comportamiento
- c) Que el autor sea capaz de motivarse de acuerdo con la norma

El maestro de Basilea Gunter Stratenweth¹⁸⁰ seguidor y participe del finalismo señala que los requisitos de la culpabilidad son:

- a) Que el autor haya sido capaz de obrar responsablemente
- b) Comprender que el hecho no esté autorizado
- c) Determinación de comprensión, es decir abstenerse del hecho

Desde el punto de vista de la acción finalista Wessels¹⁸¹ siguiendo a la opinión sustentada por la mayor parte de los autores, señala que la culpabilidad se compone de los siguientes elementos:

¹⁷⁹ Welzel, Hasn, *Derecho Penal Alemán*, Págs. 169- 170

¹⁸⁰ Cfr. Stratenwert, Gunter, Op. Cit. Pág. 165

¹⁸¹ Cfr. Wessles Johannes, Op. Cit. Pág. 113

- a) Capacidad de culpabilidad
- b) Las características especiales de la culpabilidad previstas en casos determinados
- c) La forma de culpabilidad por dolo o culpa
- c) Conciencia de lo injusto (posibilidad de comprender lo injusto)
- d) Ausencia de causas de exculpación

Para Francisco Muñoz Conde ¹⁸² los elementos de la culpabilidad conforme a la teoría de la acción finalista son:

- a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad
- b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido
- c) La exigibilidad de un comportamiento distinto

En la doctrina nacional y siguiendo al finalismo alemán Carlos Daza, ¹⁸³ Orellana Wiarco ¹⁸⁴ y López Bertancourt ¹⁸⁵, de manera excepcional coinciden en que los elementos de la culpabilidad finalista son los siguientes

- a) Imputabilidad (capacidad de culpabilidad)
- b) La posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito del hecho realizado
- c) La Exigibilidad de una conducta conforme a la ley

Ahora bien, para concluir con el estudio de la culpabilidad evidentemente nos declaramos partidarios del finalismo alemán Welzeniano, lo cual no obsta para que incluyamos la aportación valiosa desde nuestro punto de vista de Claus Roxin, pues de ninguna manera el hecho de que se le obligue al juzgador a determinar la necesidad de si la pena es necesaria o no desde el punto de vista de la política criminal creo que no le hace ningún daño a nuestro

¹⁸² Cfr. Muñoz Conde Francisco. *Teoría General del Delito*, Pág. 134

¹⁸³ Cfr. Daza Gómez, Carlos, Juan Manuel, Op. Cit. Pág. 47

¹⁸⁴ Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Op. Cit. Pág. 118

¹⁸⁵ Cfr. López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, 4ª. Edición, Porrúa, México, 1997, Pág. 205

derecho penal y menos aún al sistema penitenciario mexicano, por el contrario, ayudará al enriquecimiento de nuestra doctrina y, por ende de nuestro derecho, no sea que suceda lo que con el finalismo, despertemos cincuenta años después que los alemanes; por ello, creemos que adoptando un dualismo entre el finalismo y funcionalismo tomando en cuenta desde luego que como vimos en líneas anteriores, el finalismo constituye un sistema habierto, de ahí que conforme al binomio señalado los elementos que componen la culpabilidad a nuestro juicio deberían ser:

- a) La capacidad de culpabilidad (imputabilidad)
- b) El conocimiento de lo injusto
- c) La exigibilidad de otro comportamiento distinto
- d) La pena debe ser necesaria desde el punto de vista político - criminal
- e) Prevención general

Hemos señalado cuales son los elementos integradores que estructuran la culpabilidad finalista, veamos a manera de resumen las causas de ausencia de culpabilidad finalista, es decir cuales son los elementos que impiden que exista reprochabilidad, y, que en nuestra doctrina nacional se ha dado por denominar "causas de inculpabilidad", nosotros preferimos denominarlos "causas que excluyen la culpabilidad", veamos

3.8.2. LA EXCLUSION DE LA CULPABILIDAD

Problema grave ha sido inclusive hoy en día determinar en si cuales son los casos que excluyen, o disminuye la culpabilidad, Stratenwer con maestría insuperable refiere que "en principio , en el caso de las personas no adultas, no se discute que la responsabilidad jurídico penal se deba excluir o limitar. Sin embargo, la diferencia de opiniones comienza ya con respecto a quien se debe considerar como adulto. Así mismo, el desarrollo del menor puede ser diverso según las condiciones sociales y las diferentes épocas - agrega que - según el texto de la ley es incapaz de culpabilidad el que, en la comisión del hecho, no puede comprender lo ilícito del mismo u obrar de acuerdo con esa comprensión a causa de una perturbación anímica

morbosa o de una perturbación profunda de la conciencia o por debilidad mental o por otra grave anormalidad anímica ... Si la capacidad del autor de comprender la ilicitud del hecho o de obrar de acuerdo con ella resulta, en el momento del hecho, considerablemente disminuida... se reducirá su capacidad de culpabilidad. En este caso, es posible una atenuación de la pena... pero también hay ocasiones en que el sujeto emite un comportamiento que excluye culpablemente su capacidad de culpabilidad"¹⁸⁶

De lo anteriormente señalado, se advierte que el autor hace una división de los aspectos que abarca la culpabilidad que afecta su integración y que en gráficamente podemos representarla de la siguiente manera:

I. Exclusión total de culpabilidad por incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad plena)

1) Por minoría de edad

b) Como consecuencia de perturbaciones psicológicas

bb) Perturbación anímica morbosa

bb) perturbación profunda de la conciencia

bb) Debilidad mental

bb) Grave anormalidad anímica

2. Exclusión disminuida de la culpabilidad (imputabilidad disminuida)

3) Exclusión culpable de la capacidad de culpabilidad

II. Exclusión de la culpabilidad por desconocimiento de la prohibición

a) Error de prohibición inevitable (origina una conducta inculpable)

¹⁸⁶ Stratenwert, Gunter Op. Cit. Págs 166 y 174

b) Error de prohibición evitable (puede dar lugar a una culpabilidad culposa)¹⁸⁷

En este apartado, se estudian las causas de justificación putativas, puesto que estas se hacen presente por el desconocimiento de la prohibición.

III. Exclusión de la culpabilidad por no exigibilidad de otro comportamiento

- a) Estado de necesidad disculpante
- b) Estado de necesidad de conciencia
- c) Exceso en la defensa necesaria
- d) Encubrimiento cometido por un pariente
- e) Estado de necesidad durante una declaración

De una manera general Orellana Wiarco¹⁸⁸ señala que las causas de exclusión de la culpabilidad o como les denomina “causas de inculpabilidad” en general son:

- a) Causas que dan lugar a la inimputabilidad
- b) Los casos de error de prohibición que destruyen la conciencia de la antijuridicidad
- c) Causas de inexigibilidad de otra conducta

Con lo anterior, damos por bien terminado el capítulo de la estructura finalista del delito, que nos servirá como marco teórico, habida cuenta que en los capítulos subsecuentes estudiaremos y analizaremos con más precisión y detalle cada una de las categorías del delito conforme a la teoría reinante, pasemos, pues, al desarrollo del capítulo los elementos objetivos del tipo penal finalista.

¹⁸⁷ Cfr. Orellana Wiarco, Op. Cit. Pág. 158

¹⁸⁸ Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto Op. Cit. Pág. 161

CAPITULO IV

LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL FINALISTA

Para el desarrollo del presente capítulo al que hemos intitulado “los elementos objetivos del tipo penal finalista” estudiaremos primeramente todos los elementos que integran el tipo penal finalista tanto sus elementos positivos, esto es aquellos elementos necesarios para su integración, así como sus elementos negativos, es decir aquellos que impiden la integración del tipo y hacen que un comportamiento no pueda ser típicamente adecuado; así aun cuando en el capítulo que antecede ya hemos analizado el comportamiento y las formas que reviste lo cierto es que no estudiamos a su elemento contrario, esto es los casos de ausencia de comportamiento, por ello, y para llevar nuestra sistemática estudiaremos en un primer plano al comportamiento humano esto lo haremos fuera de los elementos del supuesto de hecho típico, toda vez que como ya lo hemos venido señalando que no forma parte del tipo sino más bien es un imperativo del cual el legislador mismo no puede prescindir en la creación legislativa; pues ello constituye el pilar, el cimiento de toda la estructura del delito; y, por lo tanto lo estudiaremos en un primer plano y fuera de los elementos del supuesto de hecho típico.

Hecho lo anterior, abordaremos el estudio de los elementos que conforme a la teoría de la acción finalista integran el tipo penal, así, en un primer plano hemos dividido a los elementos objetivos del tipo en generales y especiales, como igualmente lo señalamos en el capítulo que antecede, los primeros son aquellos elementos objetivos que todo tipo penal sin excepción alguna requiere para su integración independientemente de su naturaleza; los segundos son aquellos elementos objetivos que únicamente en determinados tipos se requieren por sus características excepcionales.

De igual forma los elementos subjetivos del tipo los hemos dividido por cuestiones de método en generales y especiales, los primeros básicamente lo constituyen el dolo y la culpa, pues son las dos únicas formas de comisión de un ilícito, los segundos por el contrario son aquellos que únicamente se hacen presentes en determinados tipos para su integración por ejemplo el estado de ánimo las intenciones, etcétera, veamos.

Antes bien, puesto que como ya en el capítulo que antecede prácticamente analizamos el comportamiento y sus formas (véase *supra* 3.1. y ss.) de tal suerte que para no caer en repeticiones innecesarias al comenzar el análisis de los elementos objetivos del tipo penal comenzaremos por estudiar a partir del aspecto negativo del comportamiento, es decir, cuales son las causas que la excluyen, hecha tal aclaración, procedamos.

4.1. LA AUSENCIA DE COMPORTAMIENTO HUMANO

No existirá comportamiento cuando el pensamiento y la voluntad del hombre no llena las características de la acción, siempre que no haya sido iniciada una manifestación exterior de voluntad; en la omisión hay que referirse a la no producción de los efectos que habría tenido la actividad jurídicamente esperada (Wessels. Pág. 27); ya que toda conducta que no sea voluntaria en el sentido de espontaneidad y motivada, supone ausencia de acto humano (Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito*, Pág. 220); de tal manera que no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad (Muñoz Conde, *Teoría*, Pág. 16), de ahí que “si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, la ausencia o falta de aquella, abarca la ausencia de acción o de omisión; es decir, el aspecto negativo entraña la actividad y la inactividad involuntarias;”¹⁸⁹ de donde se deduce que “quien ejecuta un acto sin voluntad no ejecuta un acto humano, sino que es asiente de un hecho que ocurre fuera de su dominio y, a veces, contra su propia determinación y por ser vencidas sus propias fuerzas”¹⁹⁰. De tal manera que conforma al finalismo la ausencia de comportamiento “se presenta cuando el sujeto no plantea

¹⁸⁹ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, 13ª. Edición, Porrúa, México, 1990, Pág. 322

¹⁹⁰ Villalobos, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 4ª. Edición, Porrúa, México, 1983, Pág. 345

la realización de un fin típico, no ha seleccionado los medios para lograrlo, no ha considerado los efectos concomitantes, y el resultado se produce como un mero proceso causal”¹⁹¹

En tal sentido, y, desde el punto de vista de la acción finalista, nosotros podemos decir que no existe comportamiento humano cuando el agente no ha dirigido su voluntad hacia la obtención de un fin determinado y como consecuencia su obrar no tiene sentido, no tiene dirección, no tiene ni persigue un fin, es un mero proceso causal ciego producto de las propias funciones vitales o por alguna causa que altera el desarrollo normal o la capacidad para plantarse en el momento del hecho objetivos, antes bien, es equiparable a cualquier acto de la naturaleza o de los seres irracionales, en fin, es un movimiento que lo puede hacer inclusive un aparato electrónico, y, por lo tanto son acontecimientos irrelevantes para el derecho penal.

Sin embargo, como el derecho penal, es por su naturaleza de extrema delicadeza, no puede dejar al arbitrio de cualquier persona cuales son los hechos que no constituyen conductas, sino que tanto la doctrina extranjera y nacional han elaborado ciertos parámetros que permiten determinar cuando nos encontramos frente a un hecho que no constituye comportamiento humano, dando así origen a las llamadas causas de ausencia de conducta que de una manera sintetizada señalaremos en el punto que sigue.

4.1.1. CAUSAS DE AUSENCIA DE COMPORTAMIENTO

Existen dentro del derecho penal una serie de causas que influyen en el hombre y que lo convierten en un autómata, en un instrumento, y en ese estado el sujeto puede emitir hechos meramente causales con resultados materiales o formales. A éstas causas se les ha conocido como ya lo manifestamos “causas de ausencia de comportamiento”; así dentro de la teoría de la acción finalista¹⁹² los casos de ausencia de comportamientos son los siguientes:

¹⁹¹ Orellana Wiarco, Op. Cit. Pág. 147

¹⁹² Cfr. Wessels Johannes, Op. Cit. Págs. 27 - 28

- a) Los movimientos reflejos (ataques espasmódicos, movimientos durante el sueño o estado de inconsciencia)
- b) Las reacciones de miedo simplemente instintivas, sustraídos al dominio de la voluntad
- c) La conducta obtenida por una fuerza externa irresistible (vis absoluta)
- d) Los actos sustraídos del control psíquico humano (realizado en estado de hipnósis)

Para Muñoz Conde¹⁹³ no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad y faltará la voluntad cuando el movimiento corporal se deriva de los siguientes casos:

- a) Fuerza irresistible
- b) Movimientos Reflejos
- c) Estados de inconsciencia

Para Orellana Wiarco¹⁹⁴ los casos de ausencia de comportamiento se pueden presentar por los siguientes casos:

- a) Caso fortuito
- b) Fuerza física exterior e irresistible

Para López Betancourt¹⁹⁵ los casos que dan origen a una ausencia de comportamiento son los siguientes:

- a) Vis absoluta o fuerza física superior exterior irresistible
- b) Vis maior o fuerza mayor
- c) Hipnotismo
- d) Sonambulismo

¹⁹³ Muñoz Conde Francisco, *Teoría General del Delito*, Págs. 17 -18

¹⁹⁴ Cfr. Orellana Wiarco, Op. Cit. Pág. 147

¹⁹⁵ Cfr. López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, Pág. 97

De acuerdo con las opiniones vertidas por los doctrinarios aludidos, creemos que la enumeración aportada por el español Francisco Muñoz Conde es la adecuada; por ello, para el desarrollo de dichas causales lo haremos conforme a dicha enumeración, es decir, analizaremos las causas de ausencia de comportamiento en el orden siguiente:

- a) Fuerza irresistible
- b) Movimientos Reflejos
- c) Estados de inconsciencia

4.1.2. ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS CAUSAS DE AUSENCIA DE COMPORTAMIENTO

La sistemática con las que analizaremos las causas de ausencia de comportamiento consistirá que, en principio señalaremos de una manera general las hipótesis que ya hemos enumerados en el punto que antecede, y, si el caso lo amerita, incluiremos porque no, las especies de los mismo con el objeto de profundizar en el tema, veamos.

4.1.2.1. LA FUERZA IRRESISTIBLE

La fuerza irresistible “es un acto de fuerza proveniente del exterior, que actúa materialmente sobre el agente... la consecuencia principal de esta eximente es que el que violenta, empleando fuerza irresistible contra un tercero, responde como autor directo del delito cometido, y el que actúa violentado por la fuerza irresistible no solo no responde, sino que su actuación es irrelevante penalmente, siendo un mero instrumento en manos de otro”;¹⁹⁶ señala al respecto el insigne maestro italiano Enrique Pessina que “...siempre que el hombre no es la causa verdadera, sino más bien un instrumento sometido a una fuerza mayor, siempre que el hombre está subordinado a la violencia, no obra por sí, llegando a ser inconcebible aquel propósito criminoso en el que se halla toda la esencia del dolo. Sin embargo, como

¹⁹⁶ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del delito*, Págs. 17 - 18

el hombre es una fuerza compuesta de dos elementos, uno la fuerza orgánica corpórea, otra la fuerza del espíritu, puede ser sometido a violencia: 1º. Cuando una fuerza mayor, dominando la fuerza orgánica del cuerpo, se sirve de ella para realizar un acto dado, 2º. Cuando una fuerza mayor, venciendo la del espíritu, hace que este impulse a la fuerza corpórea a alguna acción determinada. El primer caso constituye la violencia física, el segundo, la violencia moral...El derecho no puede ser violado por aquel que está materialmente forzado o materialmente impedido, pues la actividad jurídica presupone un fundamento natural de libre actividad física¹⁹⁷

Los movimientos realizados bajo el influjo de una fuerza exterior irresistible y absoluta señala el italiano Silvio Ranieri ¹⁹⁸puede ser de las formas siguientes:

- a) Fuerza Mayor (vis maior)
- b) Fuerza física (vis absoluta)

aa) La fuerza Mayor o vis maior se presenta cuando el hecho proviene de violencia física ejercida sobre el hombre por fuerzas de la naturaleza. Es decir, la fuerza mayor se presenta cuando el agente se ve coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza, como pudiera ser un terremoto, maremotos, ciclón, tornados, etc. ante cualquiera de estos u otros hechos que provengan de la naturaleza evidentemente que se excluye la acción y por lo tanto el hecho que produce un resultado es irrelevante para el derecho penal.

bb) Habrá fuerza física o vis absoluta si el hecho proviene de violencia física externa, ejercida por un hombre sobre otro hombre, sin que este pueda resistir o sustraerse a ello de cualquier otra manera, o en otros términos la fuerza física se refiere o se presenta cuando el agente actúa derivado de una fuerza física exterior irresistible, es decir derivado de una fuerza

¹⁹⁷ Pessina Enrique, *Elementos de Derecho Penal*, Traducción de Hilarión Gonzáles del Castillo, 4ª. Edición, Réus, Madrid, España, 1936, Pág. 344

¹⁹⁸ Ranieri, Silvio, Op.Cit. Págs. 305-306

superior a sus propias fuerzas y, por lo tanto, ejecuta lo que no ha querido ejecutar, ante esa falta de voluntad, evidentemente que se excluye la acción y en consecuencia el hecho constituye un evento irrelevante para el derecho criminal.

4.1.2.2. MOVIMIENTOS REFLEJOS

Señala Sebastian Soler que “ por un acto reflejo pueden ser producidas ciertas consecuencias en el mundo externo. El acto reflejo, sin embargo, es un movimiento que procede de un circuito nervioso cerrado sin alcanzar los centros superiores: es un acto puramente biológico cumplido por el cuerpo como organismo. Al no pasar del plano subcortical no alcanza a ser expresión del psiquismo. Carece, por tanto, de todo contenido espiritual y es insuficiente para constituir acción, pues esta debe ser no ya la obra de un cuerpo, sino de una persona”¹⁹⁹, señala al mismo respecto Muñoz Conde que “los movimientos reflejos, no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad. El estímulo del mundo exterior, es percibido por los centros censores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores”²⁰⁰. De manera que las hipótesis que constituyen movimientos reflejos enunciativamente son los siguientes:

- a) Convulsiones epilépticas
- b) Movimientos instintivos de defensa

4.1.2.3. ESTADOS DE INCONCIENCIA

Francisco Muñoz Conde señala que “también falta la acción en los estados de inconsciencia, en ellos, los actos que se realizan no dependen de la voluntad y, por consiguiente, no pueden considerarse acciones penalmente relevantes... aunque en los estados

¹⁹⁹ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, 8ª. Edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1978, Pág. 252

²⁰⁰ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Pág. 18

de inconsciencia falta la acción, pueden ser penalmente relevantes, si el sujeto se ha colocado voluntariamente en dicho estado para delinquir(el guardagujas se emborracha hasta quedar dormido para provocar intencionadamente un choque entre trenes) o llega a ese estado por negligencia (el guardagujas se queda dormido y no cambia a tiempo las vías, provocando el choque de trenes). En estos casos llamados *acciones libera in causa* lo relevante penalmente es el actuar precedente;²⁰¹ en este orden de ideas los estados de inconsciencia más comunes son los siguientes:

- a) Sueño
- b) Sonambulismo
- c) Hipnotismo
- c) Embriaguez letárgica

4.2. EL TIPO PENAL O SUPUESTO DE HECHO TÍPICO FINALISTA

El tipo penal o supuesto de hecho típico consiste en la descripción del comportamiento prohibido al que se refiere una amenaza penal; o bien constituye la descripción concreta de la conducta prohibida, representa la materia de la prohibición, de ahí que quien realiza un tipo penal, es decir quien se comporta en la manera descrita por la materia de la norma, obra siempre contrario a la norma, puesto que se ha colocado en el supuesto de hecho ²⁰²

Como ya ha sido precisado en los capítulos que anteceden, el tipo penal ha pasado por distintas etapas evolutivas, hasta alcanzar su máxima interpretación con la hoy doctrina reinante del finalismo alemán en donde se ha entendido al tipo penal como una abstracta descripción de comportamientos relevantes para el derecho penal. Esa descripción, desde luego cumple con ciertas funciones que a continuación señalaremos.

²⁰¹ Idem

²⁰² Cfr. Roxin Claus, *Teoría del Tipo penal*, traducción de Enrique Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979, Pág. 4

4.3. FUNCIONES DEL TIPO PENAL

En una seria reflexión, Roxin²⁰³ alude a tres clases de tipos de naturaleza meramente formal que son tipo garantía, tipo del error y tipo sistemático, mismos que explican de por sí las funciones que tiene el tipo y que en síntesis son:

- a) Función de garantía
- b) En referencia a la regulación del error
- c) Sistematizadora

Por su parte, Muñoz Conde²⁰⁴ alude que el tipo penal tiene las siguientes funciones

- a) Seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes
- b) Función de garantía
- c) Función motivadora

De acuerdo con las dos posiciones doctrinarias señaladas y en que coinciden de una manera general con las funciones que tiene el tipo penal, por nuestra parte siguiendo desde luego a dichas opiniones concluimos que las funciones que tiene el tipo penal o supuesto de hecho típico son:

- a) Selecciona comportamientos penalmente relevantes
- b) Garantiza la convivencia en sociedad
- c) Sistematiza los elementos del comportamiento
- c) Sirve como rector e comportamientos
- d) Garantiza el Estado de derecho

²⁰³ Ibidem Pág. 172

²⁰⁴ Cfr. Muñoz Conde Francisco, *Teoría General del Delito*, Pág. 40

4.4. CLASIFICACIÓN DEL TIPO PENAL EN ORDEN AL COMPORTAMIENTO

De acuerdo con la opinión dominante se advierte que los tipos penales o supuesto de hecho típico de acuerdo con la forma del comportamiento puede ser:

1. Tipos de comisión

- a) dolosos
- b) Culposos

2. Tipo de omisión

- a) Dolosos
- c) Culposos

4.5. LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL O SUPUESTO DE HECHO TIPICO FINALISTA

Con el objeto de partir de una base y así poder determinar como se encuentra estructurado el tipo penal o supuesto de hecho típico hemos de señalar, en un primer plano que, dentro del tipo de lo injusto, hay que hacer una distinción entre características del tipo descriptivas y normativas, objetivas y subjetivas; es decir, que el concepto de supuesto de hecho típico en su sentido más estricto se refiere solo a las circunstancias de hecho que fundamentan la ilicitud. Su núcleo está constituido en los delitos de acción por la descripción de la respectiva acción prohibida. Pero las acciones tienen un aspecto exterior y otro interior. Por lo tanto, los requisitos concretos de hecho típico se clasifican en los que caracterizan el comportamiento desde fuera, y aquellos otros que lo hacen desde dentro. De acuerdo con esto, se distingue entre supuesto de hecho típico objetivo o elementos objetivos del tipo penal y subjetivo o elementos subjetivos del tipo penal, aunque, como se pondrá de manifiesto más adelante, existen acciones cuyos aspectos exteriores no pueden separarse en la descripción;

(Wessels, Pág. 42/ Stratenwerth, Pág. 75) o bien como refiere Alfonso Reyes Echadía que “Welzel trata de la tipicidad dentro del capítulo destinado a la antijuridicidad y, como núcleo de lo injusto, distingue en ella dos aspectos: uno objetivo referido a la conducta, a su eventual resultado y a las características objetivas del autor del hecho, y otro subjetivo que asimila al dolo. No es muy diversa la sistematización que le da Maurach, ya que también habla de un tatbestand objetivo y de otro subjetivo;”²⁰⁵ en ese mismo sentido Francisco Muñoz Conde advierte que “el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado tipo objetivo) como subjetiva (llamado tipo subjetivo). En la primera se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica (el autor, la acción, las formas y medios de la acción, el resultado, el objeto material). En la segunda el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, efectos concomitantes y selección de medios),”²⁰⁶ a este respecto, Bacigalupo precisa que “el tipo penal de los delitos dolosos contiene básicamente una acción dirigida por el autor a la producción del resultado. El tipo penal de los delitos culposos, por el contrario, contienen una acción que no se dirige por el autor al resultado. En el primer caso se requiere, por tanto, una coincidencia entre el aspecto objetivo y el 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. Ambos tipos deben ser coincidentes... En el tipo de los delitos culposos, esta coincidencia entre lo ocurrido y lo conocido y querido no existe... Aquí la distinción entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo no tiene ninguna significación práctica y por ello no se utiliza. Excepcionalmente se afirma la existencia de un tipo subjetivo del delito culposo”²⁰⁷

De lo anteriormente señalado se advierte que por lo que respecta a los delitos de comisión dolosos, no hay ningún problema, pues como ha sido ya señalado por los tratadistas referido en el punto que antecede, se aprecia sin dificultad alguna un aspecto objetivo y otro subjetivo del tipo penal o supuesto de hecho típico; cuestión que evidentemente no sucede en los

²⁰⁵ Reyes Echadía Alfonso, *Tipicidad*, Pág. 9

²⁰⁶ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Pág. 52

²⁰⁷ Bacigalupo, Enrique, Op. Cit. Págs. 82-83

delitos de tipo penal culposos, pues como también ya se ha precisado excepcionalmente se habla de un aspecto subjetivo en el tipo penal culposo, aunado a ello, en el tipo culposo hacer una separación entre tipo objetivos y subjetivo no tiene ninguna relevancia; de ahí que, en lo sucesivo al estudiar un tipo penal o supuesto de hecho típico objetivo y uno subjetivo lo haremos partiendo fundamentalmente en los tipos de comisión dolosos y excepcionalmente nos referiremos a los tipos culposos. En este orden de ideas tenemos que las partes que comprende un tipo penal o supuesto de hecho típico son los siguientes:

- a) Tipo objetivo o supuesto de hecho típico objetivo.
- b) Tipo subjetivo o supuesto de hecho típico subjetivo.

4.5.1 LOS ELEMENTOS OBJETIVOS GENERALES DEL TIPO PENAL FINALISTA.

Welzel²⁰⁸ refiere que el tipo objetivo o supuesto de hecho típico objetivo está compuesto por los siguientes elementos:

1. Circunstancias del hecho que comprende

- a) Comportamiento humano
- b) Ofensa del bien jurídico
- c) Medios especiales de la acción (tiempo y lugar del hecho)

2. Circunstancias referidos al autor que comprende

- a) Delitos especiales que a su vez pueden ser.
 - aa) Propios
 - aa) Impropios

²⁰⁸ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Págs. 76 - 77

Para Stratenwerth²⁰⁹ los elementos que integran el tipo objetivo o supuesto de hecho típico objetivo son:

- a) El Autor
- b) La acción prohibida
- c) El Resultado
- d) El Objeto del hecho o de la acción
- e) Conexión exterior o nexo de causalidad

En otro orden Wessles²¹⁰ señala que “ por características objetivas (externas) del tipo se entienden las circunstancias que determina la manifestación externa del hecho; pueden ser descriptivas o normativas, referirse al hecho o al autor” y señala que estas características objetivas por la gran variedad de los tipos delictivos son lo siguientes:

- a) El sujeto del hecho
- b) El objeto del hecho
- c) La ejecución del hecho
- d) Las formas especiales de comisión
- e) Los medios u otras modalidades del hecho
- F) La producción de un resultado determinado
- g) La relación casual

Bacigalupo²¹¹ precisa que el contenido genérico del tipo penal está dada por los siguientes tres elementos que son:

- a) El autor
- b) La acción

²⁰⁹ Gunter, Stratenwert, Op. Cit. Págs 75 - 87.

²¹⁰ Wessels, Johannes, Op. Cit. Pág. 42 - 43

²¹¹ Bacigalupo, Enrique, Op. Cit. Pág. 83

c) La situación de hecho

De lo anteriormente señalado por la doctrina alemana y española, se advierte que no existe un criterio que unifique a los elementos objetivos del tipo o supuesto de hecho típico objetivos; por ello, nosotros opinamos que los elementos objetivos o tipo objetivo o supuesto de hecho típico objetivo podemos dividirlo como ya lo hemos venido señalando en dos grupos: generales y especiales, los elementos objetivos generales son todos aquellos que se encuentran presente de manera indiferente en cualquier tipo, los elementos objetivos especiales, son aquellos que se encuentran previstos únicamente en algunos tipos penales que por sus características particulares así lo ameritan, en tal tesitura, de manera gráfica y atendiendo a nuestro criterio didáctico de clasificación de los elementos objetivos generales y especiales del tipo penal quedará representado gráficamente en los siguientes términos:

a) Elementos objetivos generales del tipo penal

- aa) Bien Jurídico protegido
- aa) Ofensa del bien jurídico protegido
- aa) Autores del delito
- aa) Participes del delito

b) Elementos objetivos especiales del tipo penal

- bb) Objeto
- bb) Calidad del sujeto activo
- bb) Resultado
- bb) Nexo causal
- bb) Medios comisivos
- bb) Elementos normativos
- bb) Circunstancias

El criterio que nos ha llevado a optar por esta división de los elementos objetivos del tipo penal en generales y especiales, es que, si bien es cierto que todos esos elementos son partes integrantes del tipo penal, la verdad es que, partiendo de la diversidad de tipos o supuestos de hechos típicos, vgr. básico, subordinados, cualificados, autónomos, etc. se desprende que no todos los tipos son uniformes en su contenido o en los elementos que los estructuran, sino que unos requieren de elementos generales, elementos que están presentes en todos los tipos; sin embargo, hay otros tipos que además de esos elementos comunes a todos, requieren por sus características especiales de otros elementos adicionales, ingredientes que los hacen ser diferentes a otros tipos y estos elementos adicionales son los que en nuestro concepto hemos denominado “especiales” y que cuando el tipo los requiere adquieren el mismo rango que los “generales”; así por ejemplo en los delitos cometidos por servidores públicos se requiere precisamente de esta calidad en el sujeto activo del delito y si dicha calidad no existe la acción u omisión desplegada por el agente no será típicamente adecuada, precisamente porque ha faltado la calidad del sujeto activo. Hecho la anterior aclaración, pasemos al desarrollo de cada uno de los elementos que integran: el tipo objetivo general y especial bajo el esquema metodológico que ya hemos señalado, veamos.

4.5.1.1. ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS GENERALES DEL TIPO PENAL

Como ya lo hemos precisado en los puntos que anteceden, los elementos generales del tipo penal o supuesto de hecho típico objetivo finalista son los que se enumeran en este apartado y que analizaremos detenidamente en el orden siguiente esquema:

- aa) Bien Jurídico protegido
- aa) Ofensa del bien jurídico protegido
- aa) Autores del delito
- aa) Participes del delito

4.5.1.1.1. EL BIEN U OBJETO JURÍDICO PROTEGIDO

Antes de entrar al estudio del bien jurídico protegido por la norma es preciso diferenciar los conceptos siguientes:

- a) Bien jurídico protegido
- b) Objeto material del delito
- c) Objeto jurídico del delito

aa) Al referirse al *bien jurídico*, el padre del finalismo alemán enseña que “es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente... bien jurídico es todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones... Misión del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético sociales. El derecho penal - agrega el maestro alemán - lleva a efecto esta protección de bienes jurídicos del siguiente modo: mandando o prohibiendo acciones configuradas de determinada manera. Detrás de sus prohibiciones o mandatos se hallan los elementales deberes ético sociales cuya vigencia asegura conminando con pena su lesión”²¹² en tal virtud el bien jurídico penalmente tutelado constituye la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegido por el Estado que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan²¹³

bb) *Objeto material del delito* lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que recae la acción delictuosa²¹⁴ en ella recae la ejecución del delito²¹⁵

cc) *El objeto jurídico*, “es el bien jurídicamente tutelado, es decir, el bien o el hecho que es

²¹² Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 5

²¹³ Cfr. Zaffaroni Raúl, Eugenio, Op. Cit, Pág. 410

²¹⁴ Cfr. Castellanos Tena, Fernando, OP. Cit. Pág. 152

²¹⁵ Cfr. Betancourt López, Eduardo, *Teoría del Delito*, 4ª. Edición, Porrúa, México, 1997, Págs. 57 - 58

protegido por las leyes penales, el cual puede ser la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la propiedad privada...²¹⁶ en este orden de ideas entonces el objeto jurídico constituye el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan, y, por lo tanto, quien con su comportamiento lo lesiona o lo pone en peligro merece la sanción penal.

Frente al intento de diferenciar los tres conceptos entre bien jurídico protegido, objeto material y objeto jurídico, precisamos que entre bien jurídico tutelado por la norma penal y objeto jurídico no existe diferencia alguna tal y como se observa de las definiciones, la esencia de ambos conceptos son lo mismo, uno y otro aluden a un bien en particular como puede ser la vida, la libertad, la seguridad de la nación, el patrimonio del Estado, el buen desarrollo de los servicios públicos, en estos bienes el Estado tiene particular interés de que se mantengan intactos y esto es lo que conocemos como bien jurídico u objeto jurídico protegido por la norma; por el contrario, entre bien jurídico u objeto jurídico protegido o tutelado y objeto material del delito opera desde luego una gran diferencia; pues, éste último es aquel objeto que puede ser una persona o cosa sobre el que recae la acción u omisión delictuosa, así, por ejemplo en los delitos contra la vida y la integridad corporal el bien jurídico u objeto jurídico del delito es la salud e integridad de las personas y el objeto material será la persona que sufre la lesión o en su caso la muerte.

Ahora bien, partiendo de la base de que toda descripción legislativa al que conocemos como tipo penal protege en esencia determinado bien, y cuando decimos que protege es porque ese bien está expuesto a que por la acción u omisión del hombre pueda perecer frente a un comportamiento, que en todo caso rompe con la integridad de dicho bien y, es precisamente el motivo por el cual el tipo tiende hacia el una protección para mantenerlo íntegro, así, por un lado, la doctrina extranjera y nacional han clasificado al tipo penal o supuesto de hecho típico en atención a la ofensa que pudiera sufrir el bien jurídicamente protegido y, ésta clasificación doctrinaria es la misma que hoy en día prevalece tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales como en su análogo del Distrito Federal, aunque

²¹⁶ *Ibidem*

de una manera no como el finalismo lo ha querido sino a la sistemática utilizada por el propio legislador errónea y ciertamente confusa para extraños y los propios juristas, veamos.

4.5.1.1.2. LA OFENSA AL BIEN JURIDICO U OBJETO JURIDICO PROTEGIDO.

Cuando la fracción II del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y la fracción I del artículo 122 de su análogo del Distrito Federal, advierten de la existencia de la lesión o, en su caso el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido no nos está señalando sino la clasificación del tipo penal en atención a la ofensa a ese bien jurídicamente tutelado por la norma, cuestión que como ya lo hemos venido manifestando es manejada con toda precisión por la doctrina, y, sobre todo por la doctrina extranjera.

A este respecto Wessels precisa que “la intensidad que sufre el objeto de la acción, establece la diferencia entre delitos de lesión y delitos de peligro;”²¹⁷ por su parte, Muñoz Conde señala que “la ofensa al bien jurídico que constituye la esencia del juicio de antijuridicidad, puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro de dicho bien jurídico;”²¹⁸ de ahí que la ofensa del bien jurídicamente tutelado consistirá “en un daño, es decir, si se presenta como lesión de un interés o bien protegido jurídicamente por el ordenamiento del Estado; y, en un peligro si se presenta como una amenaza de lesión de un bien o interés tutelado en las normas jurídico penales. Este bien cuya destrucción, anulación, deterioro o puesta en peligro y que constituye la ofensa como característica y cualidad de la antijuridicidad, es esencialmente el contenido del objeto jurídico del delito”²¹⁹,

En nuestro derecho patrio, la voz autorizada de Carlos Daza²²⁰ y López Betancourt²²¹ señalan que los tipos penales en orden a la ofensa al bien jurídico, pueden ser de lesión o de

²¹⁷ Wessel Johannes, Op. Cit. Pág. 9

²¹⁸ Muñoz Conde Francisco, *Teoría General del Delito*, Pág. 85

²¹⁹ Tulio Ruiz, Servio, *La concepción del delito en el Código Penal*, Témis, Bogotá, Colombia, 1983. Pág. 51

²²⁰ Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, Op. Cit. Pág. 86

²²¹ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, Pág. 86

puesta en peligro del bien jurídico protegido.

En este orden de ideas, se advierte que un comportamiento humano penalmente relevante afecta u ofende un bien jurídicamente protegido por la norma, afectación u ofensa que puede ser de las dos maneras siguientes:

- a) Una lesión del bien u objeto jurídico Protegido por la norma
- b) Un peligro del bien u objeto jurídico protegido por la norma

De esta guisa desde ahora hacemos el señalamiento, que tanto lo anotado en el Código Procedimental Penal Federal como en su análogo del Distrito Federal al hacer referencia a la ofensa del bien jurídico tutelado, no existía la necesidad de que hubiera dicho “la lesión o el peligro”, bastaba como hemos vistos que el legislador hubiera sustituido dichos términos con la rotunda frase de “ofensa del bien jurídico” para no entrar en detalles o confusiones doctrinarias innecesarias. Lo anterior debido a que en ocasiones tanto juzgadores, acusadores y litigantes nisiquiera se toman la molestia de investigar cuando estamos en presencia de un tipo penal de peligro y cuando de lesión.

4.5.1.1.2.1. LA LESIÓN DEL BIEN U OBJETO JURIDICO PROTEGIDO

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española²²² el término lesión proviene del latín *laesio - onis* y en una de sus múltiples acepciones implica, cualquier daño, perjuicio o detrimento; desde la óptica doctrinaria la lesión “forma parte del tipo de los delitos de lesión un perjuicio del objeto de la acción de que se trata, a saber, una pérdida (por ejemplo, homicidio, lesión corporal, daño de cosas etc.);”²²³ por ello, en los delitos de lesión, la adecuación al supuesto de hecho típico, depende más bien de que la realización de la acción haya producido un resultado lesivo que sea objetivamente imputable a la acción. En estos

²²² *Diccionario de la Lengua Española*, Op. Cit. Tomo IV, Pág. 803

²²³ Wessels, Johannes, Op. Cit. Pág. 9

delitos el juez debe comprobar para dar por acreditada la realización del tipo objetivo no solo la realización de la acción, sino también la producción de un resultado de lesión y la existencia de una relación específica entre el resultado de lesión y la acción, los delitos de lesión presuponen, por tanto, el resultado de lesión de un objeto determinado. Este objeto se denomina *objeto de la acción* y puede ser una cosa o una persona: es una cosa, por ejemplo, en el delito de daño, y es una persona en el de lesiones; en éste último caso, puede también consistir, en la creación de un determinado estado interno de la persona; por tal motivo, la lesión del bien jurídico es un concepto normativo del cual no solo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material. Tal lesión, es la destrucción de la vida o de una cosa ajena, de los delitos de homicidio y de daños, como la ofensa al honor en el delito de injurias. Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contienen una lesión; así, en los llamados tipos de lesión, el interés jurídico protegido se altera efectivamente, es decir, la adecuación típica envuelve la destrucción o disminución del bien jurídico materia de la protección Estatal, constituye una especie del daño y, puede consistir en la destrucción del bien de que se trate o de su disminución (*Bacigalupo, Manual, Pág. 94/Muñoz Conde, Teoría, pág. 85/Reyes Echandia, Tipicidad pág. 132-133*); es decir, se causa un menoscabo a un bien jurídico²²⁴ y, por lo general se hacen presente en los delitos de lesión agrega el jurista - son todos los delitos contra la vida y la integridad corporal²²⁵

Es preciso detenemos por un momento en este apartado, ya que, al abordar el presente punto autores como don Mariano Jiménez Huerta²²⁶ prefieren hablar de “daño” en lugar de “lesión, cuestión que creemos es incorrecto, puesto que hoy en día y de acuerdo con la teoría reinante, a todo bien u objeto jurídicamente protegido en el que recaiga un comportamiento puede lesionar dicho bien y como consecuencia causar su destrucción total o

²²⁴ Cfr. López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, Pág. 86

²²⁵ Cfr. Daza Gómez, Carlos, Juan Manuel, *Op. Cit.* Pág. 86

²²⁶ Cfr. Jiménez Huerta Mariano, *La tipicidad*, Porrúa, México, 1955, Pág. 101

parcial, por ello, a la luz del finalismo alemán, la lesión que sufre un bien puede ser de dos formas que son:

- a) La destrucción total de del bien jurídico
- b) La disminución o destrucción parcial del bien jurídico

Por nuestra parte, reiteramos que no es necesario señalar en el Código Procedimental Penal Federal ni en el del Distrito Federal la clasificación de los tipos penales en atención a la ofensa del bien jurídico protegido, pues, hacerlo crea como ya lo hemos señalado confusiones innecesarias, sino que únicamente se debe hacer mención en su caso de la existencia de la "ofensa del bien jurídico" protegido y dejar al juzgador la determinación del estudio particular si éste consiste en una lesión o en un peligro de dicho bien; así las cosas, hemos de advertir que la lesión del bien jurídico protegido implica la destrucción total o la disminución o pérdida parcial del bien jurídico protegido por la norma - la vida, la libertad sexual, el servicio público, el patrimonio de la nación etc. - o en otros términos significa el rompimiento estructural de la integridad de una persona o una cosa cuya protección en concreto está prevista en una descripción legislativa, al que actualmente conocemos como "tipo penal"

4.5.1.1.2.2. EL PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El término peligro tiene sus raíces en el latín *periculum*, e implica el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal o también significa tormento de justicia²²⁷ desde el punto de vista doctrinal el peligro en el bien jurídicamente tutelado es la situación en la cual, la producción de determinadas consecuencias no deseadas es probable, conforme a un juicio objetivo de experto, los delitos de peligro a su vez se dividen en concreto y abstracto(*Welzel, Derecho, Págs. 55-76*) en donde basta la producción de una situación de peligro para el objeto de protección presupuesto en el tipo, de ahí que el Código Penal contiene delitos de peligro concreto y abstracto (*Wessels, Pág. 9*); así, en estos delitos el tipo solo exige que se haya

²²⁷ *Diccionario de la Lengua Española*, Op. Cit. Tomo V, Pág. 1006

puesto en riesgo el bien jurídico protegido por el derecho. El concepto de peligro significa la posibilidad inmediata, la posibilidad cognoscitiva de la producción de un acontecimiento dañoso determinado - así existen - los delitos de peligro concreto en donde se exige, para que pueda decirse que el hecho encaja en el tipo, la demostración en cada caso de que realmente se ha producido el peligro; y los delitos de peligro en abstracto, en donde si bien el delito represente un peligro específico de los bienes jurídicos protegidos, la consecuencia penal no depende de que se demuestre en el caso concreto la situación de peligro especial (Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito*, Págs. 215-216) en este sentido el peligro es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después, esa lesión de hecho no se produzca. El juicio de peligro es, pues, un juicio *ex - ante*, que se emite situándose el juzgador en el momento en que se realizó la acción. Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, era probable que produjera una lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que está enjuiciando (conocimiento ontológico) y sepa además las leyes de la naturaleza y las reglas de experiencia por las que se puede deducir que esa acción realizada en esa forma y circunstancias, pueda producir generalmente la lesión de un bien jurídico (conocimiento monológico) (Muñoz Conde, *Teoría*, Págs. 85-86)

Por nuestra parte, opinamos que la puesta en peligro de un bien u objeto jurídico tutelado por la norma penal en su acepción generalizada, implica la mera posibilidad que dicho bien pueda ser disminuido por la acción u omisión desplegada por el hombre, posibilidad que deberá quedar plenamente acreditada mediante el uso de las técnicas pertinentes y acordes al hecho (peligro en concreto), o que por las condiciones, lugar y circunstancias que rodearon el hecho que se investiga existió la posibilidad de que dicho bien estuvo expuesto (peligro en abstracto) a la acción injusta del agente activo.

En este orden de ideas se advierte también que la doctrina penal señala que el peligro en si puede verse desde dos puntos de vistas diferentes o dicho de otra mana tiene dos especies o formas en que se puede presentar y que son las siguientes:

- a) Peligro en concreto
- b) Peligro en abstracto

Creemos aunque sea a manera de resúmen necesario precisar la naturaleza de estas dos especies de peligro tal y como lo señala la doctrina, ello con el objeto de saber cuando estamos frente a un peligro en concreto y cuando frente a un peligro en abstracto, análisis que ayudará en cada caso particular a determinar el método de comprobación de la existencia de la clase de peligro de que se trate.

4.5.1.1.2.2.1. EL PELIGRO EN CONCRETO

En los delitos de peligro en concreto, el hecho en particular tiene que haber creado realmente un peligro (*Welzel, Derecho, Pág. 76*), estos delitos que son de peligro en concreto se basan en la consideración de que una conducta contraria a la norma puede ser peligrosa para el objeto protegido y merece pena, el peligro se ha presentado concretamente en el caso particular. Aquí la producción del peligro es característica del tipo; en caso de castigo, necesita, en consecuencia, la comprobación del juez (*Wessels, Pág. 9*), este tipo de peligro efectivo exige la prueba de que el bien jurídico tutelado haya sido puesto efectivamente en peligro por la conducta del agente; si tal circunstancia no se demuestra la conducta es atípica, - es decir, no existe un comportamiento típicamente adecuado - y, por ende impune, al menos dentro del marco de este tipo concreto (por ejemplo: deteriorar una vía férrea o automoviliaria, destruir una máquina, vehículos, instrumentos, aparatos u otros objetos de uso necesario para el servicio de ellas, siempre que de tal hecho se derive la posibilidad de un siniestro; en efecto, la incriminación de esta conducta depende de la comprobación de que el daño o deterioro que ella implica constituya la causa probable de un siniestro (*Reyes Echandía, Tipicidad, Págs. 134 -135*)).

Así las cosas, por nuestra parte, opinamos que el peligro en concreto de un bien jurídicamente protegido por la norma, consiste en la real afectación que sufriría dicho bien derivado de las circunstancias que rodearon el caso en particular y, en donde el juzgador

deberá basándose en los medios de pruebas idóneos para el caso en particular comprobar la existencia real de dicho peligro en concreto, Por el contrario, si la existencia real de dicho peligro no se comprueba el comportamiento desplegado por el agente no será típicamente adecuado y al faltar éste elemento del tipo, se estará frente a un hecho irrelevante para el derecho penal.

4.5.1.1.2.2.2. EL PELIGRO EN ASBTRACTO

En los delitos de peligro en abstracto es suficiente que la acción usualmente traiga peligro consigo; antes bien, es fundamental la suposición legal de que formas de conductas determinadas son generalmente peligrosas para el objeto de protección. Aquí la peligrosidad de la acción no es característica del tipo, sino tan solo fundamento para que la disposición exista, de suerte que el juez no ha de examinar si realmente se ha producido un peligro en el caso particular; sino el simple hecho de que exista un “peligro presunto” es suficiente para tener por comprobado dicho peligro, en puridad estos tipos de peligro en abstracto no exigen la prueba del peligro; basta en ellos que la conducta se realice y en consecuencia el ilícito se estructura independientemente de la demostración de la existencia o inexistencia de un efectivo peligro sobre el bien jurídico tutelado en cabeza del sujeto pasivo; de ahí que, el peligro se presume *juris et de jure*, lo que significa que no le es permitido al agente demostrar que en el caso concreto el bien jurídico de que se trate no estuvo en peligro de sufrir lesión alguna (por ejemplo la asociación para delinquir, la adulteración de sustancias comerciales, del contagio venéreo, el abandono de niños) (*Welzel, Derecho Penal Alemán, Pág. 76./Wesssels, Págs. 9 y 10 / Reyes Echandía, Tipicidad, Pág. 135*). En esta virtud, hemos de señalar que en los delitos de peligro en abstracto, constituye una parte del tipo penal que definitivamente es contrario al principio de la inocencia del sujeto activo del delito, pues como se advierte, el hecho de haber desplegado el comportamiento prohibido por ley, la autoridad presumen *ipso facto* dicho peligro y en general consiste en la mera posibilidad de que dicho comportamiento atendiendo a las circunstancias que rodearon el hecho generaron el peligro en la mente del sujeto activo y pasivo.

4.5.1.1.3 LOS SUJETOS DEL DELITO.

Los sujetos son aquellos que intervienen en un delito, ya sea cometiéndolo o sufriendo las consecuencias, el primero se le llama sujeto activo del delito, el segundo sujeto pasivo del delito, también puede en algunos casos identificarse un tercero al que se le conoce como “ofendido”; por ende, en cuanto a los sujetos, es factible identificar los siguientes sujetos:

- a) Sujeto activo del delito
- b) Sujeto pasivo del delito
- c) Ofendido

De manera breve analizaremos cada uno de estos sujetos del delito, con el objeto de dejar precisado dichos conceptos y nos sean de utilidad cuando abordemos el tema de la participación.

4.5.1.1.3.1. EL SUEJTO ACTIVO DEL DELITO

Hans Welzel enseña que el “ autor de un delito culposo es todo el que mediante una acción u omisión que lesiona el grado de cuidado requerido en el ámbito de relación produce de modo no doloso un resultado típico... Por esta razón no existe, en el ámbito de los delitos culposos, la diferencia entre autoría y participación. Ello, porque toda clase de concausación en la producción no dolosa de un resultado, mediante una acción que lesiona el cuidado conforme al ámbito de relación, es ya autoría ... En los delitos dolosos es autor solamente aquel que mediante una conducción, consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo. Mediante el dominio final sobre el acontecer el autor se destaca del mero partícipe, el que, o bien solo auxilia el acto dominado finalmente por el autor o bien incitó a la decisión . Únicamente en los tipos dolosos existe la diferencia entre autoría y participación, y solo aquí esta diferencia es exigida por la materia misma. Quien no toma en consideración lo anterior, incurre en graves errores de

interpretación en la teoría de la participación;²²⁸ o bien sujeto activo es “ aquel que precisamente realiza la acción prohibida. Normalmente en el tipo se alude a dicho sujeto con expresiones impersonales como el que o quien. En esos casos sujeto activo del delito puede ser cualquiera,”²²⁹ así por ejemplo Francisco Pavón Vasconcelos señala que sujeto activo del delito “ es la persona que realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual), o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización concomitante con ella o después de su consumación (cómplice y encubridor)”²³⁰

Nótese la diferencia entre autoría y participación , cuestión que ignora por completo el maestro mexicano Pavón Vasconcelos, pues, como vimos utiliza como sinónimo entre ambas figuras, lo cierto es que el padre del finalismo como bien dijo en su momento que, quien no toma en cuenta dicha diferencia comete un grave error, desde esta perspectiva entonces es factible identificar los siguientes conceptos:

- a) Autoría
- b) Participación

4.5.1.1.3.2. AUTORÍA

La autoría de acuerdo con el padre de la doctrina reinante²³¹ comprende las siguientes formas que son:

- a) Autoría Mediata
- b) Coautoría
- c) Autoría concomitante

²²⁸ Welzel Hans. *Tratado de Derecho Penal Alemán*, Pág. 119

²²⁹ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Pág. 47

²³⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Op. Cit.* Pág. 167

²³¹ Cfr. Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Págs. 120- 133

Desde el punto de vista de Wessels²³² las formas de manifestación de la autoría son las siguientes :

- a) Autoría Directa
- b) Autoría Mediata
- c) Coautoría

Una vez que hemos enumerado de una manera general las formas de autoría señalemos aunque sea de paso a la naturaleza de cada una de ellas, veamos.

aa) *La autoría directa* se presenta cuando un hombre comete el hecho punible personalmente²³³ es el que realiza personalmente el delito, el que de un modo directo y personal realiza el hecho²³⁴

bb) *La autoría mediata* enseña Welzel existe cuando el autor no necesita cumplir por sus propias manos el hecho en cada una de sus fases, sino que se puede servir para ello no solo de instrumentos mecánicos, sino también poner para sus fines el actuar de otro, en cuanto solo el posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo,²³⁵ así como bien refiere Wessels que el autor mediato es quien comete el hecho punible por medio de otra persona²³⁶

De acuerdo con los puntos de vista señalados concluimos que la autoría mediata de acuerdo en el padre de la teoría reinante y aunado a la opinión dominante, puede tener o dividirse en dos aspectos que son:

²³² Cfr. Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 148

²³³ Ibidem Pág. 156

²³⁴ Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Pág. 201

²³⁵ Cfr. Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 122

²³⁶ Ibidem Pág. 159

bbb) Autoría mediata sobre la base de dominio final único del hecho por utilización de un tercero que actúa sin dolo.

bbb) Autoría mediata sobre la base de un dominio superior del hecho, mediante utilización de un tercero que actúa sin libertad.

cc) *La coautoría* “es autoría; su particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es quien en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ellos toma parte en la ejecución del delito”²³⁷ importa “la comisión mancomunada de un hecho punible mediante colaboración consciente y querida”²³⁸

dd) *La autoría concomitante* “es el obrar conjunto de varios sin acuerdo recíproco en la producción de un resultado. El hecho de cada uno se aprecia y juzga en si mismo”²³⁹

De tal manera que tomando en cuenta la gama de opiniones ya señalado la autoría podemos representarlo gráficamente en los siguientes términos:

- a) Autoría directa
- b) Autoría Mediata que comprende
 - bb) Por utilización de un tercero que actúa con dolo
 - bb) Por utilización de un tercero que actúa sin libertad
- c) Autoría concomitante
- d) Coautoría

²³⁷ Ibidem pag. Pág. 129

²³⁸ Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 157

²³⁹ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 133

4.5.1.1.3.3. PARTICIPACIÓN

Como ya se ha señalado con antelación, únicamente cuando se habla de delitos dolosos se puede hacer la distinción entre autoría y participación; así Welzel²⁴⁰ y Wessels²⁴¹ coinciden sustancialmente en señalar que las formas de participación son:

- a) La Instigación
- b) La Complicidad

En este orden de ideas, al igual que lo hicimos al analizar las formas de la autoría en el presente apartado de manera breve señalaremos la naturaleza de cada una de las figuras de la participación

a) *La instigación* es la determinación dolosamente a un hecho doloso (a través de influencia espiritual). Es decisivo originar la decisión al hecho en el autor, no necesariamente también dar origen al plan del hecho. Por eso es instigador quien da el precio exigido al asesino que se ha ofrecido por dinero para cometer el hecho²⁴² o bien es aquel quien dolosamente ha determinado otro al hecho antijurídico cometido dolosamente²⁴³

bb) *la complicidad* señala Welzel, consiste en prestar ayuda dolosa a un hecho doloso se exceptúan contravenciones. El autor no necesita saber que se le ayudará²⁴⁴ o como bien enseña Francisco Muñoz Conde que se trata de una contribución a la realización del delito con actos anteriores o simultáneos a la misma, que no pueden, en ningún caso, ser considerados como de autoría²⁴⁵

²⁴⁰ Ibidem Pág. 134

²⁴¹ Wessels Johannes, Pág. 148

²⁴² Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*, Pág. 139

²⁴³ Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 166

²⁴⁴ Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*, Pág. 142

²⁴⁵ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Pág. 280

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 13 Del Código Penal en vigor señala de una manera general e indiferente las formas de autoría y las formas de participación, enumerando a los siguientes:

- a) Autoría y/o coautoría intelectual
- b) Autor material
- c) Autor material en grado de coautoría
- d) Autor mediato
- e) Inductor coaccionador
- f) Auxiliador o cómplice
- g) Inductor auxiliador

- ch) Autoría corresponsiva

4.5.1.1.3.4. EL SUJETO PASIVO

Es opinión dominante que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido en el tipo o en otros términos, es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción Penal (*Pavón Vasconcelos, Pag. 167/ Castellanos Tena, Pág. 151*)

A manera de conclusión el sujeto activo del delito ya ha sido precisado que es aquella persona capaz que realizar la acción u omisión que genera el resultado material o formal; el sujeto pasivo es el bien sobre el que recae la conducta y, el ofendido es aquel quien resiente el hecho típico y culpable, así tenemos que a manera de ejemplo que en los delitos cometidos por los servidores públicos en general el sujeto activo del delito será necesariamente un servidor público, el sujeto pasivo lo será el Estado o cualquiera de sus organismos, porque es el titular de los bienes públicos, y, el ofendido lo será la sociedad en general, toda vez que es ella quien se verá afectada por la conducta típica y culpable del comportamiento criminal.

Con ello damos por terminado el estudio y análisis de cada uno de los elementos objetivos del tipo penal o supuesto de hecho típico generales, dando así, paso al estudio y análisis de los elementos objetivos especiales del tipo penal o supuesto de hecho típico: objetivos especiales.

4.5.2. ELEMENTOS OBJETIVOS ESPECIALES DEL TIPO PENAL.

Hemos venido señalando con insistencia que el hecho de optar por un clasificación personal respecto de los elementos objetivos del tipo se debe más que a cuestiones de fondo, a nuestro método de trabajo, división convencional que utilizamos sin apartarnos desde luego de los lineamientos señalados por la teoría reinante, así, repetimos que los elementos objetivos, tipo objetivo o supuesto de hecho típico objetivo, está compuesto por los siguientes elementos que son:

- a) Objeto
- b) Calidad del sujeto activo
- c) Resultado
- d) Nexo causal
- e) Medio utilizados
- f) Elementos normativos
- g) Circunstancias

Hecho la anterior enumeración procederemos como lo hemos venido haciendo, al desarrollo de cada uno de los elementos objetivos o supuesto de hecho típico señalados, veamos.

4.5.2.1. EL OBJETO DEL DELITO

El objeto del delito de acuerdo con la doctrina del finalismo alemán se divide en dos grandes ramas que son:

- a) Objeto Material
- b) Objeto Jurídico

En el presente punto es irrelevante el objeto jurídico o bien jurídico protegido por la norma, puesto que como bien sabemos este elemento o bien no es privativo de algunos tipos únicamente, sino que está contenido en todos los tipos penales, pese a ello haremos la mínima referencia posible; lo que si es imperativo es determinar en que consiste el objeto material del delito, puesto que este objeto material no se encuentra contenido en todos los tipos penales, sino más bien solo en algunos, con características particulares, veamos.

4.5.2.1.1. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO

El objeto material del delito “... lo constituye la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa”²⁴⁶ en este objeto es e donde recae la ejecución del delito²⁴⁷; de ahí que solo existen dos conceptos entre los cuales gravita dicho objeto material, por un lado, puede ser una persona como hemos visto y, por otro puede también ser una cosa sobre el que recae el comportamiento que ofende al bien jurídico, y, por lo tanto opinamos que existirá elemento material como parte objetiva del tipo en aquellos delitos de resultado material.

²⁴⁶ Ibidem Pág. 152

²⁴⁷ Cfr. Betancourt López, Eduardo, *Teoría del Delito*, Pág. 57

4.5.2.1.2. EL OBJETO JURIDICO DEL DELITO

El objeto jurídico del delito es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesiona (*Castellanos Tena. Pág. 152*), constituye el bien jurídicamente tutelado, es decir, el bien o el derecho que es protegido por las leyes penales, el cual puede ser la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la propiedad privada (*Betancourt. Teoría. Pág. 58*) De ahí que como ya lo manifestamos en líneas anteriores que este no es un elemento objetivo especial, sino más bien general, porque se encuentra en todo tipo penal, sin embargo lo hemos incluido en el presente punto con el fin de precisar los conceptos.

4.5.2.2.CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO

Señala Francisco Muñoz Conde que “en algunos casos la ley exige determinadas cualidades para ser sujeto activo de un delito. Nos encontramos entonces con los llamados delitos especiales. Sujeto activo de estos delitos solo puede serlo aquella persona que, además de realizar la acción típica, tenga las cualidades exigidas en el tipo funcionario público por ejemplo en la malversación”²⁴⁸

Esta es la razón por el cual hemos incluido la calidad del sujeto activo, puesto que no es requerido en todos los tipos, únicamente en aquellos en los que se requiere cierta cualidad y la falta de dicho elementos desde luego constituye un comportamiento típicamente no adecuado en mérito de faltar la calidad del agente.

4.5.2.3.EL RESULTADO

Según la relación existente entre acción y resultado, se distingue entre delitos de resultado y

²⁴⁸ Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *Teoría del Delito*, Pág. 47

delitos de simple actividad²⁴⁹ y, por lo tanto es necesario resaltar que la acción prevista en la ley se puede integrar con el simple movimiento corporal; estando en presencia de un delito de resultado formal o de simple actividad. Pero existen tipos penales que exigen para su integración la producción de un resultado: Delitos de resultado material

De lo anterior podemos decir que dentro de la teoría general del delito cuando hablamos de resultado nos estamos refiriendo a que existen únicamente dos clases de resultado en la comisión de un delito que son:

- a) Resultado Material
- b) Resultado Formal

Ahora bien, al igual que en el punto anterior, aun cuando sabemos que en todo comportamiento tiene un resultado, la verdad es que no en todos existe un resultado material y en aquellos en los que el tipo requiere precisamente de dicho resultado, es necesario que se haga la constatación del mismo para que el comportamiento sea típicamente adecuado; sin embargo, a manera de referencia también analizaremos a los delitos de resultado como a los de mera actividad o dicho de otra manera, reales y formales.

4.5.2.3.1.EL RESULTADO MATERIAL

En los delitos de resultado se presupone en el tipo legal la producción de un resultado en el mundo exterior, que pueda deslindarse conceptualmente de la acción, de modo que hay que investigar la relación causal entre acción y resultado(*Wessels, Pág. 8*); de ahí que, para su integración se requiere la modificación del mundo exterior, producido por un movimiento corporal finalista de quien realiza la acción. Es importante que exista un nexo

²⁴⁹ Cfr. Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 8

causal o relación de causalidad entre el movimiento corporal y el resultado, siendo irrelevante en el de simple actividad(*Daza, Pág. 99*)

Los delitos de resultado material como bien ha sido referido por los doctrinarios son todos aquellos que trascienden al mundo exterior, y tienen una mutación en el mundo exterior, además, en dichas clases de delitos es necesaria que exista la relación de causalidad o nexa causal lo que como veremos no sucede en los delitos de resultado formal.

4.5.2.3.2.EL RESULTADO FORMAL

En los delitos de resultado formal o de simple actividad no presuponen dicho resultado en el mundo exterior (como en los delitos de resultado material); la actividad descrita en la ley ya realiza el correspondiente tipo de lo injusto ²⁵⁰, es decir, “la acción prevista en la ley se puede integrar con el simple movimiento corporal; estando en presencia de un delito de resultado formal o de simple actividad”²⁵¹

Como podemos advertir los delitos de resultado formal son aquellos que no tienen una trascendencia en el mundo exterior, el hecho se agota con el simple comportamiento del agente activo, además como bien se había advertido en puntos anteriores, en estos casos ni siquiera es necesaria la existencia de la relación de causalidad.

Una vez que hemos dejado en claro lo referente al objeto material del delito, la calidad del sujeto activo y el resultado, como elementos objetivos especiales del tipo penal pasemos al punto siguiente. El nexa causal.

²⁵⁰ Wessels Johannes. Op. Cit. Pág. 9

²⁵¹ Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, Op. Cit. Pág. 99

4.5.2.4. EL NEXO CAUSAL

El maestro italiano Francesco Antolisei señala que “para que una modificación del mundo exterior (resultado) pueda atribuirse a un hombre es necesario que haya sido producido a consecuencia de producción de él: en otras palabras, es necesario que entre la una y la otra haya una relación de causalidad”²⁵² en este sentido Romagnosi refiere “...es la esencia de la imputación de todo acto a quien se atribuye el mismo acto sea su causa, que el acto sea propio de tal ser, y que no se puede atribuir a nadie más”²⁵³, por su parte, Juan Bustos y Elena Larrauri Precisan que “...el intento de determinar la acción típica con base en las teorías causales ha sido objeto de críticas unánimes, es hoy opinión dominante que la declaración de tipicidad de determinado comportamiento tiene como presupuesto la causalidad, pero esta requiere además que el resultado sea objetivamente imputable”²⁵⁴ puesto que “todo resultado típico, no cabe duda alguna, es un efecto con relación a una causa, o mejor a un proceso casual que la provocó”²⁵⁵

En la doctrina nacional, Tena señala que “entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal; es decir, el resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva”²⁵⁶ por su parte, Gonzáles Quintanilla precisa “La fundamentación de la vinculación causal entre una acción y un resultado tiene por efecto la mera manifestación exterior de un fenómeno; se refiere pues, indirectamente a una ley causal, pero su objeto directo de conocimiento es solo la manifestación exterior de la misma: esto es, precisamente el

²⁵² Antolisei, Francesco, *Manual de Derecho Penal, parte general*, 8ª. Edición, Témis, Bogotá, Colombia, 1968, Pág. 164

²⁵³ Giandomenico, Romagnosi, *Génesis del Derecho Penal*, Témis, Bogotá, Colombia, 1956, Pág. 225

²⁵⁴ Bustos Ramírez, Juan y Elena Larrauri, *La Imputación Objetiva*, Témis Bogotá, Colombia, 1989, Págs. 115-116

²⁵⁵ A. Campos, Alberto, *Derecho Penal*, 2ª. edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1987, Pág. 108

²⁵⁶ Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. Pág. 156

terreno del derecho penal, y en concreto de la tipicidad penal de un hecho²⁵⁷, de ahí que Celestino Porte Petit, advierte que “la conducta humana puede producir un cambio en el mundo exterior: físico, anatómico, fisiológico psíquico, o sea material, entre la conducta y el resultado material se requiere una relación causal, para que aquella sea atribuible al sujeto .. la relación causal consiste en un nexo entre un elemento del propio hecho (conducta) y una consecuencia de la misma (resultado material), que viene a ser igualmente un elemento del hecho ”²⁵⁸. A este respecto Raúl Carrancá y Trujillo precisa que “la acción tiene por objeto la producción de un resultado. Es la consecuencia perseguida por la acción, consecuencia que la ley considera decisiva, para la integración del concepto del delito, el resultado es un efecto, conforme al esquema descrito por la ley o tipo penal, efecto cuya causa es la acción que lo engendra...o sea, que entre acción y resultado, para que ésta le sea imputable al agente, como la consecuencia de su conducta, se requiere un vínculo que se denomina causal; es decir, que entre la acción y el resultado debe existir una relación de causalidad”²⁵⁹

En este sentido para la teoría del delito y sobre todo del moderno derecho penal finalista el nexo casual o atribuibilidad ocupa un lugar de singular importancia, pues, es el elemento a nuestro parecer más importante que une el hecho del autor y la afectación al bien jurídico protegido por la norma; y, además determina la imputación personal a su autor, a primera vista parece simplista la relación del hecho a su autor; sin embargo, una simple revisión a las posiciones doctrinarias a ese respecto en el derecho penal extranjero y sobre todo de la ideología alemana nos pone de manifiesto que hoy en día ha sido tema de apasionados debates y momentos de reflexión jurídica, filosófica y, no se diga, de la política criminal; por ello, de manera resumida analizaremos las teorías que estudian la relación de causalidad entre el comportamiento del autor y el resultado, así, finalmente, optaremos por una teoría que a nuestro juicio sea la más adecuada a los distintos puntos de vista e intereses político - criminales. Así las cosas, las teorías que analizaremos son las siguientes:

²⁵⁷ González Quintilla, José Antonio, *Derecho Penal Mexicano*, 3ª. Edición, Porrúa, México, 1996, Pág 224

²⁵⁸ Porte Petit Candaudap. Celestino, *Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal*, Pág. 363 -364

²⁵⁹ Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*, 16ª. Edición, Porrúa, México, 1991 Pág. 294

- a) Teoría de la Equivalencia de las Condiciones
- b) Teoría de la causalidad adecuada
- c) Teoría de la Relevancia
- d) Teoría de la Imputación Objetiva

4.5.2.4.1. TEORIA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES

El maestro alemán Wessels²⁶⁰ señala que el fundador de esta teoría fue Glaser, seguido por Von Buri; sin embargo, en España Elena Larrauri²⁶¹ advierte que se debe a Stuart Mill, seguido por Bon Buri, así, independientemente de quien fue su creador lo cierto es que fue Bon Buri quien llevó esta teoría a la práctica frente a los tribunales alemanes. Hecho lo anterior, veamos cuales son los postulados de esta teoría.

La teoría de la equivalencia de las condiciones consiste en que toda condición que no pueda ser suprimida mentalmente sin que con ello desaparezca el resultado en su forma concreta es causa; o en otros términos se puede expresar que causa es, en el sentido del derecho penal, toda condición de un resultado que no puede suprimirse de una forma mental sin que desaparezca el resultado en su forma concreta; así, si toda condición tiene un valor equivalente en la producción del resultado todas pueden considerarse causa del mismo, siendo imposible diferenciar entre causa y condiciones; ahora bien, el procedimiento para averiguar cuando se está en presencia de una causa en la fórmula de la conditio sine qua non, se establece por medio de un procedimiento de supresión mental hipotética, así, por ejemplo, si una determinada condición se suprime mentalmente y desaparece el resultado, ésta condición era causa del mismo, condición sin la cual el resultado no se puede producir (*Welzel, Derecho. Pág. 51/Wessels, Pág. 53/Bustos Ramírez y Elena Larrauri, Pág. 45*), de tal manera que hoy día la teoría de a equivalencia de las condiciones ha sido el modelo, el arquetipo y prototipo que ha permeado en la solución de los problemas del nexo causal tanto en el derecho penal

²⁶⁰ Wessels, Johannes, Op. Cit. Pág. 53

²⁶¹ Bustos Ramírez, Juan y Elena Larrauri Op. Cit. Pág. 45

extranjero como en la nacional, y, aún cuando como veremos, más adelante la moderna teoría de la imputación objetiva ofrece alternativas que en nuestra opinión son más que adecuadas político criminalmente urgentes su adopción, todavía no se ha podido optar por su uso o al menos conjugarla entre la equivalencia de las condiciones y ésta.

4.5.2.4.2. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

La teoría de la causalidad adecuada se debe a la obra de Von Kries y desarrollada más profundamente por Von Bar. La teoría de la causalidad adecuada señala el maestro Luis Jiménez de Asúa²⁶² más bien, trató de corregir los excesos de la teoría de la equivalencia de las condiciones en orden a la responsabilidad penal; así Elena Larrauri señala que la teoría de la causalidad adecuada consiste en que “de las múltiples condiciones intervinientes en un acontecimiento solo tiene la consideración de acusa la condición que conforme a la experiencia es adecuada para producir el resultado típico”²⁶³ es decir “no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino solo aquella que generalmente es adecuada para producir el resultado. Una acción será adecuada para producir un resultado, cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que, en circunstancias corrientes, tal resultado se produciría inevitablemente”²⁶⁴

Respecto de la teoría de la causalidad adecuada poco podemos agregar, puesto que no es otra cosa como bien ya se ha señalado de los comentarios que aporta la doctrina, ya que, constituye un molde adecuado en el que derivado de una serie de causas que concurren en la producción de un resultado, ninguna será relevante, sino solo aquella idónea que en condiciones normales hubiera podido generar dicho resultado.

²⁶² Cfr. Jiménez de Asua, Luis, *La ley y el Delito*, Pág. 226

²⁶³ Bustos Ramírez, Juan y Elena Larrauri, Op. Cit. Pág. 55

²⁶⁴ Muñoz Conde Francisco, *Teoría General del Delito*, Pág. 23

4.5.2.4.3. LA TEORÍA DE LA RELEVANCIA

La teoría de la relevancia de la acción se debe a Edmundo Mezger y consiste en la causalidad jurídica, y, sostiene que para efectos penales solo es causa la condición que sea jurídico - penal relevante; lo cual requiere en primer lugar que sea adecuada (coincide con la teoría de la adecuación) y además una interpretación del sentido de cada tipo para ver que causa se puede considerar o no relevante a efectos del mismo, esta teoría habre el concepto de imputación objetiva como requisito adicional del tipo donde se examina la relevancia jurídico - penal de un curso causal-. En efecto, la teoría de la relevancia de la acción centra su eje de estudio sobre la importancia o indiferencia del comportamiento y en base a esos parámetros podrá determinarse si el hecho o la acción es penalmente relevante, aunque debe ir también acompañado de que dicho acción sea adecuada para la producción del resultado. Así dos elementos toma en cuenta esta teoría que son:

- a) Un comportamiento penalmente relevante
- b) Un comportamiento adecuado para la producción del resultado

4.5.2.4.4. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La moderna teoría de la imputación objetiva que hoy en día pretende reemplazar la teoría imperante de la equivalencia de las condiciones ha sido centro de polémica tanto en Alemania como en España y aún en México, pues, unos y otros proponen parámetros o criterios para darle un lugar dentro de la teoría del delito y sobre todo respecto de la atribuibilidad del resultado. La moderna teoría de la imputación objetiva fue iniciada por Hegel, y seguido por Larenz, Honing y más recientemente por Claus Roxin y Gunther Jakobs.

Señala al respecto Yesid Reyes Alvarado que “ la teoría de la imputación objetiva no hace relación tan solo a la atribución de resultados, tampoco alude a la relación existente entre una acción natural y un resultado; ni es una sistemática agrupación de criterios. De acuerdo

con una visión correcta, debe decirse que un resultado podrá serle objetivamente imputable a un individuo cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en un resultado, de manera que la imputación objetiva posee dos elementos, que son: el de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el de realización de dicho riesgo en el resultado, entendiéndose este último no en sentido puramente naturalístico, sino como quebrantamiento de normas”²⁶⁵

Para Larenz, la imputación objetiva describe aquel juicio por el cual determinado hecho aparece como obra de un sujeto y siguiendo el brillante estudio realizado por la española Elena Larrauri,²⁶⁶ Larenz propone los siguientes principios para el estudio de la imputación objetiva.

a) La imputación objetiva tiene como resultado la tarea de deslindar los acontecimientos accidentales del hecho propio de un sujeto.

b) Esta diferenciación no puede basarse en la causalidad común al hombre y a la naturaleza. Lo distintivo del hecho propio es que aparece como la realización de la voluntad del sujeto.

c) Por hecho se entiende la acción y las consecuencias de la acción en cuanto era posible abarcarlas por la voluntad.

d) El juicio de imputación objetiva es por ello un juicio teleológico que busca reconducir el hecho acaecido a la voluntad personal

e) Esta relación entre el hecho y la voluntad existe cuando el suceso es previsible y dominable

²⁶⁵ Reyes Alvarado, Yesid, *Imputación Objetiva*, Témis, Bogotá, Colombia, 1944, Pág. 75

²⁶⁶ Bustos Ramírez, Juan y Elena Larrauri, Op. Cit. Pág. 71

Siguiendo de nueva cuenta a la exposición de Elena Larraun²⁶⁷ Honning propone los siguientes criterios para el estudio de la imputación objetiva.

a) La imputación objetiva tiene como función dilucidar la significación jurídica de una relación de causalidad ya dada.

b) Esta relación de causalidad es significativa del derecho penal cuando aparece dirigido por la voluntad humana. Solo aparece dirigida por la voluntad humana cuando ésta podía prever y dirigir(alcanzar o evitar) su curso.

c) Por ello solo son imputables aquellos resultados, que aparecían como previsibles y dirigibles, esto es, colocados finalmente por la voluntad.

d) Solo la imputación objetiva del resultado permite constituir una omisión típica; solo la imputación objetiva del resultado - previsibilidad y alcanzabilidad - permite construir una acción típica.

e) La imputación objetiva del resultado es por consiguiente un presupuesto de la tipicidad del comportamiento.

f) Con ello, conseguimos imputar un resultado, por ello no nos indica aun la relación psíquica, del sujeto con este resultado. Es por ello una imputación objetiva.

Claus Roxin dice Elena Larraun²⁶⁸ y Carlos Suarez González²⁶⁹ ha elaborado los siguientes criterios para fundamentar la imputación objetiva

a) Disminución del riesgo

²⁶⁷ Ibidem Pág. 76

²⁶⁸ Ibidem Págs. 77 - 115

²⁶⁹ Cfr. Jakobs, Gunter, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, traducción de Manuel Cancio Melia, Civitas, Madrid, España. 1996, Pág. 33

- b) Creación o no de un riesgo jurídicamente relevante
- c) Aumento de un riesgo permitido
- d) La esfera de protección de la norma como criterio de imputación
- e) Pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma
- f) La realización del plan

Por su parte Gunther Jakobs dice Carlos Suarez Gonzáles ²⁷⁰ propone cuatro principios para el estudio de la Teoría de la imputación objetiva en derecho penal, dichos principio son los que a continuación se enumeran.

- a) riesgo permitido
- b) principio de confianza
- c) prohibición de regreso
- d) competencia de la víctima

Por su parte Gladis Romero²⁷¹ señala los siguientes principio de imputación objetiva del resultado:

- a) No es objetivamente imputable el resultado producto de una acción que disminuye el riesgo
- b) No es objetivamente imputable cuando la acción no cree un riesgo jurídicamente desaprobado.
- c) No es objetivamente imputable el resultado que se produzca fuera del ámbito de protección de la norma
- d) cuando el objeto de acción ya estaba expuesto a un peligro, hay que distinguir los

²⁷⁰ Ibidem Pág. 69

²⁷¹ Cfr. Romero Gladis. *Casos de Derecho Penal, manual práctico*, Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1992, Pág. 30

siguientes casos

- * si el resultado era probable, habrá imputación objetiva si se aumenta el riesgo (nexo causal hipotético)
- * Si el resultado era seguro, habrá imputación objetiva si se adelanta su producción(aceleración del nexo causal)
- * No será objetivamente imputable cuando el resultado se hubiera producido en el mismo instante en que el autor realiza la acción (causación del reemplazo)

Como se puede observar, cada uno de los autores toma en cuenta principios que en general van enriqueciendo los criterios de imputación objetiva, así nosotros y a manera de conclusión creemos que, partiendo de las exposiciones señaladas, los criterios o parámetros generales que se deben tomar en cuenta son los que propone el maestro alemán Claus Roxin conjugarlo con la equivalencia de las condiciones de tal suerte que una y otra se complementen. En este orden de ideas hemos de una manera muy general expuesto los parámetros de imputación objetiva, dejando para su mayor profundización en otro estudio por separado.

4.5.2.5. MEDIOS COMISIVOS

Hay tipos penales en los que se requiere de cierto medios especiales para su comisión, en tal virtud aún cuando se reúnan plenamente todos los elementos objetivos tanto generales y especiales del tipo penal si faltare el medio comisivo por ese solo hecho el comportamiento humano que haya originado el resultado no será típicamente adecuado.

4.5.2.6. ELEMENTOS NORMATIVOS

Los elementos son aquellos que hacen referencia a un hecho objetivo del tipo penal y que requieren particular valoración de parte del interprete, sin la cual no es posible precisar su

verdadera significación y alcance de dichos elementos, estos elementos pueden ser: de contenido jurídico o extrajurídico²⁷² de ahí que “es preciso separar los meros elementos valorativos, sea esta valoración jurídica - como el concepto de documento, de funcionario-, o sea cultural - como el desprecio en la difamación y honestidad en la seducción... los elementos propiamente normativos y que solo por impaciencia del legislador, se formulan en los tipos... se expresan con los calificativos de ilegítimo, o ilegítimamente, indebidamente, sin autorización del gobierno, sin estar autorizado por la ley, ilícitamente, sin autoridad o derecho para ello, faltando a las condiciones o formalidades establecidas por la ley, sin justo motivo, sin motivo justificado, o sin razón legal, sin el consentimiento o licencia de su dueño, matar un animal ajeno, sin necesidad ”²⁷³

De lo anterior, se advierte que los elementos normativos o impaciencias del legislador como les llama el maestro español Luis Jiménez de Asúa pueden ser de dos formas que son:

- a) Elementos normativos Jurídicos
- b) Elementos normativos Extrajurídicos

Señalado de una manera general tanto el concepto de elementos normativos y su correspondiente división, veamos en que consisten.

4.5.2.6.1. LOS ELEMENTOS NORMATIVOS JURÍDICOS

Los elementos normativos de contenido jurídico implican una valoración eminentemente jurídica en cuanto se trata de conceptos que pertenecen al ámbito del derecho, al cual debe recurrir el interprete para fijar su alcance; por ejemplo, los conceptos de ilegalmente, fuera de

²⁷² Cfr. Reyes Echandia, Alfonso. *Tipicidad*, Pág. 91

²⁷³ Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito*, Pág. 257

los casos autorizados por la ley, sin cumplir los requisitos que exige la ley, sin cumplir los requisitos que prescribe la ley, sin facultad legal, legalmente, detenido; puesto que éstos se encuentran previstos en la ley penal; y, por lo tanto, el juzgador no tiene porque hacer una valoración distinta de ellas, lo mucho que puede hacer es señalar la definición de tal elemento basado en fuentes estrictamente jurídica y luego acudir a la normatividad existente como en el caso de los servidores públicos, buscar en primer término en la Ley Suprema de la Unión y posteriormente en la Ley Federal de Responsabilidades de los servidores públicos y, finalmente, acudir al precepto del Código Penal; por el contrario, si se sale de esos parámetros para hacer una valoración distinta su acción viola el principio de legalidad, puesto, que las autoridades y en este caso los jueces únicamente pueden hacer lo que la ley les autoriza.

4.5.2.6.2. LOS ELEMENTOS NORMATIVOS EXTRAJURÍDICOS

Los elementos normativos extrajurídicos son aquellos que tienen un contenido cultural y en los que se requieren una valoración de orden ético o social; la operación mental que sobre ellos realiza el juez se ajusta a normas y concepciones vigentes que no pertenecen, sin embargo, a la esfera misma del derecho. Por ejemplo, sin justa causa, de maneras desleal, deshonesto en cuanto su significación debe buscarse en valores culturales sobre los que se cimienta la convivencia humana, aunque debemos precisar que si bien es cierto que los mismos no encuentran su significado real en la norma penal, la verdad es que los juzgadores para darle la justa interpretación a dichos elementos deberán basarse no como piensan ellos o como lo hace el medio social o cultural en que se desarrollan, sino en el sentir general de la sociedad, en el medio y en el momento de dictar una resolución.

4.5.2.7. CIRCUNSTANCIAS

Respecto de las circunstancias que aparecen en el tipo penal es necesario destacar que unas veces la descripción contenida en los tipos es simple en cuanto a que el legislador se limita a señalar, sin aditamentos circunstanciales de ninguna especie el que hacer humano que considera digno de sanción, en tanto que otras veces consigna expresamente modalidades que

concretan y enmarcan la conducta en el tiempo y en el espacio. En el primer caso, la libre formulación del tipo permite que en el se subsuma el hecho del agente, cualesquiera que sean los medios y las circunstancias en que se realice; tal ocurre, por ejemplo, con el incesto, puesto que el delito se estructura independientemente del momento o lugar en donde se perpetre el evento y de los medios empleados para lograrlo. En el segundo caso, por lo contrario, la tipicidad de la conducta depende de que se desarrolle dentro de las circunstancias modales o temporales - espaciales precisamente descritas en el tipo, habida cuenta que es opinión dominante que las circunstancias que pudieran aparecer en el tipo penal son:

- a) Circunstancias de modo
- b) Circunstancias de lugar
- c) Circunstancias de Tiempo
- d) Circunstancias de ocasión

Con el objeto de determinar la naturaleza de cada uno de dichos elementos normativos pasemos a su análisis y desarrollo

4.5.2.7.1. CIRCUNSTANCIAS DE MODO

La circunstancia de modo se refiere a la manera como el autor realiza el hecho, o más concretamente, más concretamente, a los instrumentos utilizados para lograr su cometido. Así, por ejemplo los padrinos de un duelo -cuando esto se permitía desde luego- solo serán sancionados cuando utilicen en contra de los combatientes cualquier medio desleal, como la alevosía o la insidia, de ahí que el agente activo del injusto puede valerse de ciertos modos, que pueden influir en el mundo psíquicos (hipnotismo) o también en el mundo físicos (el hombre y las cosas).

4.5.2.7.2. CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR

Las circunstancias de lugar más que nada es aquel “ lugar a que el tipo se refiere y puede ser de ámbito limitado o circunscritos. La ilimitación espacial implica la posibilidad de ejecutar el hecho en cualquier parte...El espacio es circunscrito cuando el propio tipo indica el lugar en donde la conducta debe desarrollarse, o la naturaleza misma de esta encierra delimitación espacial. En el primer caso la circunscripción es expresa, en el segundo tácita. Es expresa en la piratería , cuando la norma indica que la actividad del agente debe realizarse en el mar o en los ríos de la República o a bordo de una embarcación ...es tácita en aquel ilícito contra los funcionarios públicos que consiste en impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones legislativas , judiciales o administrativas”²⁷⁴

4.5.2.7.3. CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO

Las circunstancias de tiempo se refiere al momento en que el hecho se debe ejecutar para que resulte típicamente adecuado, de tal suerte que la temporalidad de la conducta así entendida, puede ser ilimitada o circunscrita. Lo primero significa que la conducta puede ejecutarse en cualquier momento(asociación para delinquir , falsificación de moneda y la falsedad documental) y lo segundo que solo es jurídicamente relevante la que se desenvuelve en el momento a que el tipo se refiere(ponerse al servicio de una nación extranjera en tiempos de paz)²⁷⁵

La circunstancia de ocasión, se refiere a que existen tipos o supuestos de hechos típicos que requieren que el hecho se lleve a cabo únicamente en virtud de un acontecimiento, es decir frente a la ocasión u oportunidad para que dicho comportamiento se típicamente adecuado.

²⁷⁴ Ibidem Pág. 65

²⁷⁵ Cfr. Reyes Echandia, *Tipicidad*, Pág. 66

CAPITULO V

LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL

En el presente capítulo analizaremos los elementos del tipo penal subjetivo o supuesto de hecho típico subjetivo que como bien hemos dejado precisado en los capítulos que anteceden conforme al finalismo alemán el tipo penal consta de dos partes: el aspecto objetivo y el subjetivo. En este sentido, al igual que lo hicimos al analizar los elementos objetivos del tipo penal o supuesto de hecho típico, también aquí dividiremos al tipo subjetivo en dos aspectos de manera convencional, insistimos, es cuestión de método, así, analizaremos los siguientes aspectos:

- a) Elementos subjetivos generales del tipo penal
- b) Elementos subjetivos especiales del tipo penal

Antes, bien, es necesario hacer una aclaración, la doctrina estudia como hemos visto de la revisión bibliográfica, por separado tanto los elementos objetivos y subjetivos del tipo doloso y del tipo culposo, por nuestra parte en este capítulo analizaremos también dichos elementos subjetivos desde el punto de vista del tipo doloso y, finalmente, estudiaremos al tipo penal culposo con la única intención de completar nuestro trabajo.

5.1. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL

De entrada, cuando hablamos de los elementos subjetivos del tipo penal, tipo objetivo o supuesto de hecho típico objetivo nos estamos refiriendo a una cuestión interna e intangible del hombre, también lo subjetivo puede indentificársele si se quiere con el espíritu, una cuestión excesivamente compleja, en el derecho penal y más aun en la teoría del delito conforme al finalismo alemán, el subjetivismo se refiere desde luego a que toda acción

consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere (momento intelectual) y por la decisión al respecto de querer realizarlo o (momento volitivo). Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo (Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 77) o si se quiere constituye una circunstancia que corresponde al ámbito psíquico y al mundo de representaciones del autor (Wessels Pág. 43), en tal tesitura, los elementos subjetivos del tipo está formado por el dolo y los elementos subjetivos específicos. El dolo se agota en la finalidad dirigida al tipo objetivo (Daza, Pág. 46), es así como el aspecto subjetivo del tipo penal o supuesto de hecho típico subjetivo atienden a condiciones de la finalidad de la acción (u omisión), o sea al dolo, y en ocasiones al ánimo o tendencia el sujeto activo (Orellana Wiarco, Pág. 99)

De acuerdo con el padre de la doctrina reinate²⁷⁶ los elementos subjetivos del tipo penal, en esencia son:

- a) Dolo
- b) Culpa

Por su parte, Wiarco²⁷⁷ señala que los elementos subjetivos del tipo penal conforme a la teoría de la acción finalista son los siguientes:

- a) El dolo
- b) La culpa
- c) Los elementos subjetivos específicos

De lo anterior, se advierte que de una manera general los elementos subjetivos del tipo penal están compuesto por el dolo, la culpa y los elementos subjetivos específicos o excepcionales; en base a ello, nosotros como bien lo hemos ya señalado con anterioridad por orden de método dividiremos a los elementos subjetivos en:

²⁷⁶ Cfr. Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 77

²⁷⁷ Cfr. Orellana Wiarco Octavio Alberto, Op. Cit, Pág. 99

- a) Elementos subjetivos generales
- b) Elementos subjetivos especiales

Los elementos subjetivos generales del tipo penal conforme a la opinión dominante, comprende los siguientes aspectos:

- a) El dolo
- b) La culpa

Los elementos subjetivos especiales o específicos como los denomina la doctrina y nuestras leyes está compuesto con los siguientes aspectos:

- a) La intención
- b) La tendencia especial
- c) El ánimo
- d) El propósito
- e) Los motivos
- f) Los impulsos afectivos
- g) La actitud

De tal manera que atendiendo a la clasificación personal como la que hemos venido manejado, y bajo el cual desarrollaremos el presente capítulo, los elementos subjetivos del tipo penal tanto en su aspecto general como en su aspecto especial subjetivo gráficamente puede ser representado de la siguiente manera:

a) Elementos subjetivos generales del tipo penal

- aa) Dolo
- aa) Culpa

b) Elementos subjetivos especiales o específicos del tipo penal.

- bb) La intención
- bb) La tendencia especial
- bb) El ánimo
- bb) El propósito
- bb) Los motivos
- bb) Los impulsos afectivos
- bb) La actitud

Evidentemente que esta enumeración de los elementos subjetivos especiales o específicos del tipo penal corresponde a una enumeración enunciativa, no limitativa, puesto que puede haber muchas otras mas que por el momento se nos han escapado; hecho lo anterior, pasemos al desarrollo en primer término de los elementos subjetivos generales y una vez concluido continuaremos con el desarrollo de los especiales o específicos, de manera que trabajemos bajo el orden propuesto, veamos.

5.2. ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS GENERALES DEL TIPO PENAL.

En el presente apartado desarrollaremos básicamente los elementos generales objetivos del tipo penal doloso, puesto que como ya lo hemos señalado, si bien es cierto que la culpa también constituye un tipo o aspecto subjetivo del tipo penal, la verdad es que su relevancia es casi mínimo y por eso lo analizaremos de manera somera al fina del presente capítulo, por el momento veamos que es, como es, y cuales son los aspectos y elementos del dolo como elementos subjetivo del tipo penal.

5.2.1. EL DOLO

El término dolo viene del latín *dolus* e implica el engaño, fraude o simulación, y, ya en el plano del derecho penal y más específicamente en tratándose de los delitos significa la

voluntad intencional, el propósito de cometer dichos delitos (*Diccionario de la Real Academia Española, Tomo III. Pág. 496*). En la doctrina penal alemana Alexander Graf Zu Dohna precisa que “actúa dolosamente quien sabe lo que hace. Aquello que el autor sabe (o no sabe) es la concreción de un tipo objetivo del delito. Según ello actúa dolosamente quien actúa con conciencia de concretar un tipo de delito;”²⁷⁸ de donde se advierte que en un primer plano el agente tiene la conciencia del fin que persigue, puesto que toda acción consiente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere - el momento intelectual - y por la decisión al respecto de querer realizarlo - el momento volitivo. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo (*Welzel, Derecho Penal Alemán, pág. 77*) en este orden de ideas es opinión dominante que el dolo es como situación psíquica, la voluntad de realizar un tipo penal conociendo todas sus circunstancias objetivas de hecho, o bien, el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo (*Wessels, Págs 65-66*); así la autorizada pluma del padre del funcionalismo Claus Roxin señala que “solo debe aceptarse el dolo cuando el autor supo de la prohibición de su comportamiento... el núcleo y la esencia del delito reside en la actitud consciente de rebeldía contra el derecho, es decir, en la desobediencia. Por ello, se sostiene que solo en estos casos se alcanza el grado de culpabilidad más grave”²⁷⁹; o como bien apunta Cerezo Mir, que “el dolo es la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. Se distingue, por ello, un elemento intelectual y un elemento volitivo en el concepto del dolo”²⁸⁰

De manera que el dolo es un elemento que se encuentra como se observa en el pensamiento del hombre y consiste en la voluntabilidad de querer realizar un comportamiento prohibido; y, por ende, contravenir la norma penal; sin embargo, el dolo no es un concepto o elemento monolítico o cerrado, por el contrario, se compone de toda una estructura compleja, estructura que en los puntos siguientes señalaremos y además analizaremos con detalle.

²⁷⁸ Graf Zu Dohna, Alexander, *La estructura de la Teoría del Delito*, Traducción de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1958, Pág. 33

²⁷⁹ Cfr. Roxin, Claus, *Teoría del Tipo Penal*, Págs. 180 y 183

²⁸⁰ Cerezo Mir José, Op. Cit. Págs. 346 Y 357

5.2.1.1. ELEMENTOS DEL DOLO

De las anteriores definiciones del dolo señalados en el punto que antecede y conforme a los creadores y seguidores de la reinante doctrina, su estructura o elementos que la componen abarca dos aspectos que son:

- a) Elemento intelectual (conocimiento del hecho)
- b) Elemento volitivo (voluntad de realizar el hecho)

Precisados ya estos elementos del dolo o la estructura de como se compone, pasemos al análisis de cada uno de dichos aspectos para conocerlos un poco más de fondo y continuar el desarrollo de los puntos siguientes:

5.2.1.1.1. EL ELEMENTO INTELECTUAL O CONOCIMIENTO DEL HECHO.

El elemento intelectual del dolo o conocimiento del hecho comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal (*Welzel, Derecho Penal alemán Pag. 78*) o más bien que en el ámbito intelectual, la acción dolosa presupone que el autor haya conocido, al cometer el hecho, todas las circunstancias fundamentadoras y agravantes de la pena referentes al tipo penal realizarlo objetivamente. Su representación debe abarcar el hecho concreto en sus rasgos fundamentales, las peculiaridades típicamente relevantes de la ejecución, la producción del resultado típico, el curso causal en sus perfiles esenciales, así como todas las demás características del tipo objetivo de lo injusto. Es suficiente que el autor determine el objeto del hecho en forma genérica (*Wessels, Pág. 72*); por ello, tanto en el causalismo, el finalismo y el funcionalismo el elemento intelectual consiste en la conciencia o conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo. En un sentido más estricto, comprende la conciencia de los elementos objetivos del tipo que concurren en el momento de dar comienzo a la acción típica y la previsión de la realización de los restantes elementos objetivos del tipo y, por tanto, de la producción del resultado, en los delitos de resultado material. En estos delitos, el dolo comprende así mismo a la reprobación

del curso causal entre la acción y el resultado (*Cerezo Mir, Pág. 356*); de ahí que el elemento intelectual como parte esencial del dolo ha de consistir en que el agente activo del delito debe conocer los elementos objetivos de que su comportamiento constituye de por sí una contravención a la norma penal, es decir, debe saber que en primer término existe una norma que prohíbe su comportamiento y en segundo, aún conociendo esa prohibición aceptar la realización del hecho mediante la realización de un plan determinado para obtener el fin que el agente se ha propuesto.

5.2.1.1.2. EL ELEMENTO VOLITIVO O VOLUNTAD DE REALIZAR EL HECHO

El elemento volitivo apunta Hans Welzel “es la voluntad incondicionada de realizar el tipo (voluntad de realización), el querer condicionado, es decir, aquel aun no decidido, no es todavía dolo de ningún modo”²⁸¹ ese conocimiento volitivo significa conocimiento de la circunstancia del hecho y de su significación. Para el dolo de tipo no es exigible que el autor subsuma bajo la ley, con exactitud jurídica, la situación que conoce; de lo contrario, solo podrían actuar dolosamente los juristas. Si se tratara de características descriptivas como cosa o dañar o destruir, debe ser comprendido su contenido natural de sentido;²⁸² y, por lo tanto, “no es solo conciencia, sino también voluntad de querer realizar los elementos objetivos del tipo. La necesidad de este elemento volitivo se deduce claramente de algunos de los términos que utilice nuestro Código”²⁸³, de ahí que el elemento volitivo del dolo consiste en que una vez que el sujeto conoce que su comportamiento está prohibido por la norma, acepta y exterioriza el hecho asumiendo en todo caso las consecuencias; es decir, está ya en su voluntad de desplegar el comportamiento prohibido a sabiendas de su punibilidad, todo con el fin de realizar el plan para alcanzar su objetivo.

Ahora bien, el dolo como la forma de comisión más agravada tampoco es única, sino que tiene cierta graduación, esto es que en la medida en que se den su elementos constitutivos

²⁸¹ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 79

²⁸² Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 73

²⁸³ Cerezo Mir José, Op. Cit., Pág. 356

con mayor o menor intensidad diríamos se agrava o se atenúa la intención del comportamiento frente a la norma penal.

5.2.1.2. FORMAS O GRADOS DEL DOLO

De acuerdo con la opinión dominante, el dolo no es único, sino que, puede ser leve o grave, todo ello dependiendo del el grado de intención que lleve el agente al momento de desplegar su comportamiento, así, la doctrina alemana, por un lado, ha señalado que el dolo puede ser : Intención, de primer grado y eventual (*Wessels, Págs. 67 - 69*) o como se suele manejar en el Derecho penal Español en directo de primer grado, directo de segundo grado y eventual (*Muñoz Conde, Teoría General del , Pág. 57*) o como también se le ha dado por llamar: dolo directo, Indirecto o de consecuencias necesarias o de segundo grado y, dolo eventual o de tercer grado (*Bacigalupo, Manual, Pág. 112/ Daza, Pág. 105*)

De tal manera que atendiendo a los elementos señalado en el punto que antecede, es opinión dominante, concluimos que, las formas de manifestación del dolo son:

- a) Dolo directo o de primer grado
- b) Dolo Indirecto o de segundo grado o de consecuencias necesarias
- c) Dolo eventual o de tercer grado

Una vez que hemos precisado las formas de manifestación del elementos subjetivo general del tipo penal, pasemos al desarrollo de cada uno de dichos grados del dolo con el fin de determinar en que consiste cada uno de ellos, veamos.

5.2.1.2.1. EL DOLO DE PRIMER GRADO (DIRECTO)

El dolo directo o de primer grado o intención como algunos lo conocen, es la forma más agravada, y se presenta cuando “al autor le interesa producir el resultado típico o realizar la circunstancia para la cual la ley presupone una acción intencional...Por intención se entiende

la voluntad dirigida al resultado; esta voluntad puede ser, al mismo tiempo, motivo de la acción, pero no se identifica ineludiblemente con él. En consecuencia, debe distinguirse conceptualmente entre la representación del fin del autor y el motivo de su acción,²⁸⁴ al respecto, Roxin precisa que el dolo “en su formulación más pura solo debe aceptarse cuando el autor supo de la prohibición de su comportamiento”²⁸⁵; o como bien refiere Bacigalupo “dolo directo es la forma del dolo en la que el autor quiere el resultado como meta de su acción y tiene seguridad de que el resultado que se representa se producirá como consecuencia de su acto”²⁸⁶; al mismo respecto Muñoz Conde Precisa que “en el dolo directo de primer grado el autor quiere realizar precisamente el resultado prohibido en el tipo penal (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad)”²⁸⁷ o como bien señala Daza que, en él “el autor quiere realizar precisamente el resultado prohibido en el tipo o la acción típica por el o privar de la vida y mata”²⁸⁸

Hemos visto ya las opiniones doctrinarias, en el que todos los puntos de vista coinciden la esencia, el argumento, es que en el dolo de primer grado o intención, el sujeto quiere la obtención del resultado y, lo obtiene, como consecuencia final de su voluntad, el curso causal que sigue para obtener el fin es dirigido con conciencia del fin, Pedro quiere matar a Juan y lo consigue disparando con una pistola de calibre cuarenta y cinco, privándolo en consecuencia de la vida, es decir, el sujeto “quizo el resultado, lo aceptó y obtuvo lo que quizo” con conciencia y voluntad; así, nosotros opinamos que en el dolo directo o de primer grado existen los siguientes elementos:

- a) Voluntad dirigida de obtener un resultado
- b) La obtención dirigida de un resultado con conciencia del fin
- c) La dirección del curso causal del comportamiento hacia la obtención del fin
- d) La selección adecuada de los medios comisivos, en su caso

²⁸⁴ Wessels Johannes. Op. Cit. Pág. 67

²⁸⁵ Roxin. Claus. *Teoría del Tipo Penal*, Pág. 180

²⁸⁶ Bacigalupo, Enrique. Op. Cit. Pág. 112

²⁸⁷ Muñoz Conde Francisco. *Teoría General del Delito*, Pág. 58

²⁸⁸ Daza Gómez Carlos Juan Manuel Pág. 105

5.2.1.2.2. DOLO DE SEGUNDO GRADO (INDIRECTO O DE CONSECUENCIAS NECESARIAS)

En el dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias debe, en principio, afirmarse la existencia del dolo directo si el autor sabe o prevé como seguro que su acción conduce a la realización del tipo legal. Quien, a pesar de este conocimiento o previsión, actúa voluntariamente, da cabida en su voluntad de realización a todo lo que se representa como consecuencia necesaria y segura de su conducta (*Wessles. Op. Cit. Pág. 68*), en esa medida el dolo de consecuencias necesarias en realidad es solo una vertiente del dolo de primer grado, puesto que aquí el autor sabe que alcanzar la meta de su acción importa necesariamente (con seguridad) la producción de otro resultado, que inclusive puede serle indiferente o no desear (*Bacigalupo, Op. Cit. Pág. 112*); de ahí que el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como una necesidad de su producción en el resultado principal que pretende (*Muñoz Conde, Teoría, Pág. 58*). En este orden de ideas podemos concluir siguiendo a las opiniones ya señaladas que el dolo indirecto o de segundo grado se produce un hecho típico indisoluble unido a la realización de un hecho principal directamente perseguido (predominio del elemento cognitivo), el resultado secundario es consecuencia de la acción principal (*Daza, Pág. 105*)

El dolo de segundo grado como ya lo hemos observado, es aquel en el que el resultado que se pretende necesariamente obtener debe ir necesariamente aparejada a otro resultado, por ejemplo se da cuando un sujeto pretende quitarle la vida a otro que se encuentra en un inmueble en donde habitan muchos otros más que no tienen nada que ver con el caso; sin embargo, el autor con el fin de lograr su objetivo y a sabiendas de sus consecuencias, coloca una bomba en dicho inmuebles y al estallar la misma mata a su principal víctima y necesariamente a los demás que viven en ese lugar; es decir, el sujeto aplica la regla Maquiavélica “el fin justifica los medios” o bien obtener lo que se quiere “a cualquier costo”; así, nosotros podemos decir que los elementos del dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias se encuentran presentes los siguientes elementos:

- a) La obtención de un resultado principal con conciencia del fin
- b) La obtención de un resultado accesorio o secundario pero necesario para la obtención del fin
- c) La utilización de medios adecuados para la obtención del fin principal
- d) El conocimiento de obtener el resultado secundario

5.2.1.2.3.EL DOLO DE TERCER GRADO (EVENTUAL O CONDICIONADO)

En el dolo eventual o de tercer grado, el autor considera seriamente como posible que su conducta ha de producir la realización del tipo legal y se conforma con esta posibilidad, en efecto, hay dolo eventual si el autor no ha desistido de la ejecución del hecho por la posibilidad cercana de la producción del resultado y su conducta justifica se arguya que se ha conformado con el riesgo de la realización del tipo para conseguir el fin propuesto; de esta manera, el agente estaba dispuesto a aceptar el resultado y a no abandonar la ejecución de la acción; es decir, el autor se representa la realización del tipo penal como posible; o bien como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual producción; adviértase *ipso facto* que el sujeto activo se presenta *a priori* el resultado como de probable producción, y aunque no quiere producirlo, sigue actuando y se advierte la eventual producción, de tal suerte que en harás de conseguir su objetivo de paso obtiene dicho resultado que había tratado de evitar pero a la vez aceptando el mismo (*Wessels, Pág. 69/ Bacigalupo, Pág. 112/Muñoz Conde, Teoría General del Delito, Pág. 58/ Daza, Pág. 105*)

En tal medida, en el dolo eventual o de tercer grado el sujeto como se observa no quiere el resultado pero si se da lo admite, por ejemplo cuando un sujeto a altas horas de la noche conduce su automóvil rumbo al hospital en ocasión del alumbramiento eminente que dará su esposa y en su trayecto se percata que no funcionan los semáforos, sabe de antemano que a esas horas y en esas circunstancias conducir a alta velocidad puede artropellar a un transeunte, sin embargo, si se da lo admite, es el famoso lenguaje coloquial “ya que”; de manera que en nuestra opinión los elementos del dolo eventual o de tercer grado son los siguientes:

- a) La persecución de un fin distinto del resultado criminoso obtenido
- b) La representación del posible resultado criminoso
- c) La aceptación del resultado en caso de darse
- d) La previsión del resultado criminoso obtenido debe ser previsible y evitable para el sujeto

Hemos hasta el momento analizado en principio en que consiste el dolo en general por un lado, y, por el otro, los grados o formas en que se puede presentar el mismo en atención a la gravedad de la intención que tenga el agente; sin embargo como todos concepto por naturaleza, necesariamente tiene su contrario, es por ello que en el punto siguiente analizaremos de la misma forma los aspectos que excluyen al dolo, esto es que, aun cuando el comportamiento sea típicamente adecuado y además relevante para el derecho penal, no existe el dolo en ninguno de sus grados, precisamente por la existencia de elementos que la hacen desaparecer, dichas causas las hemos denominado: causas de exclusión del dolo.

5.2.1.3. CAUSAS O ELEMENTOS DE EXCLUSIÓN DEL DOLO

No toda obtención de un resultado es querido, en ocasiones un sujeto obligado por las circunstancias se ve forzado a realizar tal o cual comportamiento o se encuentra frente a una falsa concepción de la realidad y por medio de esa falsa concepción obtiene un resultado prohibido por la ley penal, es un resultado no querido, es un resultado sin fin, no dirigido; por ello, tanto la ley, la jurisprudencia y la doctrina aceptan que una de las causas que excluyen el dolo es el "error de tipo", veamos en que consiste.

5.2.1.3.1. EL ERROR DE TIPO

Se excluye el dolo si el autor desconoce o se encuentra en un error acerca de una circunstancia objetiva del hecho que debe ser abarcada por el dolo y pertenezca al tipo legal, así por ejemplo, un cazador dispara sobre un objeto oscuro al que toma por un jabalí, cuando es en realidad una recolectora de moras. Si el error se debió a culpa, subsistirá la punibilidad por comisión culposa, siempre que exista el respectivo tipo culposo (*Welzel, Derecho, Pág. 92*)

puesto si el auto no conoce, al cometer un hecho, una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. El error de tipo excluye el dolo, sin tenerse en cuenta si era evitable o inevitable o si ha surgido por una simple falta de conocimiento o por una falsa representación concreta fundada en hecho o jurídica (*Wessels, Pág. 74*) habida cuenta que el autor debe conocer siempre los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de esos elementos excluye, por tanto, el dolo y todo lo más, si el error fuera vencible, deja subsistente el tipo de injusto de un delito imprudente. El error, igual que el dolo, debe referirse a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva (cosa, explosivo) o normativa (ajena, documento). Respecto a estos últimos, basta con que el autor tenga una valoración paralela en la esfera del profano, para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo, el error de tipo excluye el dolo y todo lo más, cuando sea vencible, deja subsistente una posible responsabilidad a título de imprudencia. El que dispara contra una persona confundiéndola con un animal, no responde por homicidio doloso, pero si a título de homicidio por imprudencia, su error se debía a una ligereza o negligencia. El error invencible, es decir, aquel que el autor no hubiera podido superar ni aun empleando una gran diligencia, excluye la responsabilidad tanto a título de dolo como de imprudencia (*Muñoz Conde, Francisco, Teoría, Págs. 60-61*) de ahí que el error sobre los elementos del tipo excluye el dolo y puede afectar distintos elementos tanto objetivos como subjetivos del supuesto de hecho típico.

De manera que, si bien es cierto que el error de tipo excluye el dolo, puesto que quien actúa por error no es tomado en cuenta por la función de llamada y advertencia del tipo, así, el autor no sabe lo que hace, porque no entiende ni comprende, como consecuencia de su error desde el punto de vista jurídico y social; sin embargo frente a ese error de tipo genérico se desprende que, de dicho error se puede presentar de dos maneras o formas que son:

- a) Error de tipo Vencible o evitable
- b) Error de tipo Invencible o inevitable

Una vez que ya han sido señalados en que consiste el error de tipo y que en general excluye el dolo, veamos cuales son las consecuencias específicas de ambos errores.

aa) *El error de tipo vencible o evitable* deja subsistente una posible responsabilidad a titulo de imprudencia por el comportamiento, así Muñoz Conde Refiere que “si el error, fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa”²⁸⁹

bb) *El error de tipo invencible o inevitable*, es decir, aquel que el autor no hubiera podido superar ni aun empleando una gran diligencia, excluye la responsabilidad tanto a titulo de dolo como de imprudencia o culpa.

Ahora bien, el error tanto vencible o evitable como invencible o inevitable al que nos estamos refiriendo puede recaer sobre cualquiera de los elementos del tipo penal o supuesto de hecho típico; por ello, atendiendo precisamente al elemento que afecta el error, la doctrina ha distinguido diferentes clases de errores de tipo, así el padre de la doctrina reinante²⁹⁰ y Muñoz Conde²⁹¹ en coautoría con la opinión dominante, tanto alemana como española señalan que atendiendo al elemento del tipo que afecta, el error de tipo puede ser de las siguientes clases:

- a) Error sobre el objeto de la acción (error in objeto vel in persona)
- b) Error sobre la relación de causalidad
- c) Error en el golpe (aberratio ictus)
- d) Dolus generalis
- e) Error sobre los elementos accidentales

²⁸⁹ Muñoz Conde, *Teoría General del delito*, Pág. 61

²⁹⁰ Welzel Hans. *Derecho Penal alemán*, Págs. 87-90

²⁹¹ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del delito*, Págs. 61 - 62

Por ser esta la clasificación dominante, aunque sea de una manera general analizaremos la naturaleza de cada una de ellas así como el efecto que tiene y el papel que juegan en la teoría general del delito de acuerdo con la doctrina dominante.

5.2.1.3.1.1. EL ERROR DE TIPO SOBRE EL OBJETO DE LA ACCIÓN (ERROR IN OBJETO VEL IN PERSONA)

La opinión dominante refiere que “la confusión en el objeto o error in persona vel objeto no es un caso de aberratio, sino de confusión. El autor dirige su hecho contra un objeto, al que efectivamente alcanza, pero que había confundido con otro; por ejemplo A. quiere matar a X, sin embargo, en la semioscuridad del crepúsculo confunde a Y, que se aproxima con X y lo mata... Si los objetos son típicamente equivalentes, el error es irrelevante. El derecho prohíbe, de modo general, dar muerte a otro hombre, lo que realizó A dolosamente al matar a Y... si los objetos no son típicamente equivalentes, el error es relevante, por ejemplo un campesino en una gran tienda de la ciudad confunde un maniquí con un extraño que lo estaría mirando fijamente; por ello, da de bofetadas al maniquí, rompiéndolo (caso de Dohna). Habría tentativa de lesiones corporales (no penada) y eventualmente daños culposos (también impunes)”²⁹² de ahí que “el error sobre el objeto de la acción excluye el dolo del autor solamente si falta equivalencia típica entre el objeto representado y el objeto efectivamente atacado... en cambio, si ambos objetos son típicamente equivalentes, la confusión de los objetos carece de importancia para la punibilidad de quien yerra, porque se trata de un error irrelevante sobre el motivo”²⁹³ o como bien apunta la autorizada pluma de Carlos Daza que “la doctrina en general considera irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre la que recae la acción. El sujeto yerra sobre la característica o identidad del objeto de la acción por ejemplo A. le dispara a un perro, pero falla en el blanco, lesionando con el disparo a B. quien pasaba por ese lugar”²⁹⁴ de donde desprende que el error sobre el objeto de la acción en principio, es

²⁹² Welzel Hans. *Derecho Penal Alemán*, Pág. 90

²⁹³ Wessels Johannes. *Op. Cit.* Pág. 75

²⁹⁴ Daza Gómez, Carlos Juan Manuel *Op. Cit.* Págs. 107 y 1087.

irrelevante la calidad del objeto o de la persona sobre los que recae el comportamiento delictivo.

En consecuencia, es preciso señalar las dos hipótesis que unos y otros reiteran, así como los efectos de ambos, en el terreno del análisis evidentemente que a simple vista frente a la presencia del error de tipo in objeto vel persona puede presentarse las siguientes hipótesis:

- a) Cuando los objetos son equivalentes
- b) Cuando los objetos no son equivalentes

aa) *Cuando los objetos son equivalentes*, el error es irrelevante y el autor responde a título de dolo, puesto que si mata aun hombre distinto al que había dirigido su comportamiento final, de todas maneras, estamos frente a la hipótesis de homicidio doloso, ya que el valor de la vida es la misma para todos, puesto que la vida en sí no admite distingos de raza, color, idioma religión o cosas culturales ni políticas por ejemplo.

bb) *Cuando los objetos no son equivalentes*, el autor según sea el caso existirá tentativa o culpa, sin embargo como hemos visto, en ambas hipótesis no serán punibles. En esta medida, resulta por demás sumamente interesante, puesto que frente a esta clase de error de tipo como se observa aun cuando el comportamiento no es punible, del mismo se desprenden dos hipótesis, es decir, este error tiene dos efectos que en todo caso son los siguientes:

- bbb) Puede configurarse la tentativa no penada
- bbb) Puede configurarse la culpa no penada

bbbb) *Existirá tentativa no penada* en el error de tipo si los objetos no son típicamente equivalentes, cuando, utilizando el ejemplo de Welzel, un campesino en una gran tienda de la ciudad confunde un maniquí con un extraño que lo estaría mirando fijamente, por ello, da de bofetadas al maniquí, rompiéndolo. En este caso habría tentativa de lesiones corporales (no

penada), o bien, en otra hipótesis semejante, un alumno de la carrera de derecho en época de vacaciones, sale un día de campo portando un rifle de calibre 22, y en lugar de darle a un supuesto vendado, da el blanco en el brazo de su maestro que también andaba de vacaciones por ese mismo lugar cazando venados (habrá tentativa de homicidio) no penado

bbbb) *Existirá eventualmente culpa no penada*, cuando utilizando de nueva cuenta el ejemplo de Welzel, un campesino en una gran tienda de la ciudad confunde un maniquí con un extraño que lo estaría mirando fijamente; por ello, da de bofetadas al maniquí, Habría daños culposos (no penada) o bien, en otra hipótesis semejante, un alumno de la carrera de derecho en época de vacaciones, sale un día de campo portando un rifle de calibre 22, y en lugar de darle a un supuesto vendado, da el blanco en el brazo de su maestro que también andaba de vacaciones por ese mismo lugar cazando venados (habrá lesiones) no penado.

5.2.1.3.1.2. EL ERROR EN EL GOLPE (ABERRATIO ICTUS)

Enseña el padre del finalismo alemán respecto de la aberratio ictus que “la desviación del golpe o aberratio ictus. El hecho dirigido contra un objeto determinado no alcanza a éste, sino a otro típicamente equivalente. por ejemplo, A quiere matar a B, pero el tiro da en C, que está a su lado. Si la posibilidad de desviación del curso del acontecer estaba dentro del marco de causalidad adecuada y el resultado provocado es típicamente equivalente al querido, estamos ante un delito doloso consumado... Pero si el resultado producido y el querido no son típicamente equivalentes, estamos frente aun concurso ideal entre la tentativa del hecho doloso y el delito culposo;”²⁹⁵ al respecto enseña Wessels que “del error sobre el objeto de la acción debe distinguirse del error en la ejecución (aberratio ictus). Los objetos del ataque y de la lesión no son idénticos, sino diferentes, en la aberratio ictus, el resultado de la lesión se produce en un objeto que no es el que constituye el objeto verdadero del ataque. Aquí no se produce la lesión que el autor ha querido (en el objetivo), en tanto que el resultado de la lesión que efectivamente se ha producido (en el objeto alcanzado por equivocación) no ha sido

²⁹⁵ Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán* Pág. 88

querido. Según la opinión dominante, en este caso, tanto si se trata de equivalencia o no equivalencia de ambos objetos, frente al hecho propuesto, solo se tiene en cuenta la tentativa y respecto de la lesión no querida y equivocada de otro objeto, únicamente un hecho culposo²⁹⁶ esta clase de error “se da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física. El autor por su mala puntería alcanza a B. cuando quería matara a C. en este caso habrá tentativa de homicidio doloso en concurso con un homicidio consumado por imprudencia”²⁹⁷ de ahí que “cuando el autor quiso matar no logró el resultado; cuando creyó que no mataba, produjo el resultado muerte. Las opiniones se dividen, una considera tentativa de homicidio; la segunda homicidio culposo. Para un grupo se trata de único hecho en el que debe admitirse un dolo general de matar que se concretó en la obtención del resultado”²⁹⁸

De tal suerte que el error en el golpe o aberratio ictus tiene consecuencias distintas, dependiendo de como se presente, así, las hipótesis y consecuencias jurídicas que en general se pueden presentar son las siguientes:

a) Si en el error de tipo en el golpe o aberratio ictus, el resultado provocado como hemos visto es típicamente equivalente al querido, estamos sin lugar a dudas ante un delito doloso consumado, y, por lo tanto el autor responde en esa medida.

b) Si el error de tipo en el golpe o aberratio ictus, el resultado producido y el querido no son típicamente equivalentes, estamos frente aun concurso ideal entre la tentativa del hecho doloso y el delito culposo.

5.2.1.3.1.3. EL ERROR EN LA RELACION DE CAUSALIDAD

El error en la relación de causalidad “el dolo de tipo también debe abarcar el curso causal en sus perfiles esenciales...Pero dado que todos los pormenores del suceso nunca pueden

²⁹⁶ Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 76

²⁹⁷ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Pág. 63

²⁹⁸ Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, Op. Cit. Pág. 109

preverse con exactitud, las divergencias frente al curso representado no excluyen, sin más, el dolo. Aquí se plantea más bien el problema de cuando un error sobre el curso causal es tan esencial como para que el dolo desaparezca. Según la opinión dominante, las divergencias entre el curso causal representado y el real no son esenciales y carecen de significación para el dolo de tipo, si se mantienen todavía dentro de los límites de lo previsible según la experiencia general y no justifican otra valoración del hecho²⁹⁹ puesto que, “en principio, las desviaciones inescenciales o que no afectan la producción del resultado querido por el autor son irrelevantes (A. dispara contra B. con ánimo de matarle, hiriéndole levemente, B muere a los pocos días a causa de una infección de la herida)³⁰⁰ de ahí que en la praxis son irrelevantes las desviaciones inescenciales o que no afectan la producción del resultado querido finalmente por el autor del delito; sin embargo, es preciso señalar que si el resultado se produce desconectado del autor, sólo podrá imputarse el hecho en grado de tentativa³⁰¹

5.2.1.3.1.4. EL DOLUS GENERALIS

En el *dolus generalis* el autor del hecho “cree haber consumado el delito cuando en realidad el resultado solo se produce por una acción posterior, con la cual busca encubrir el hecho, por ejemplo, que el autor para encubrir el hecho arroja la víctima al agua, creyéndola muerta, pero esta solo allí encuentra su muerte,”³⁰² o como bien refiere Muñoz Conde que “En este caso el autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad se produce por un hecho posterior (el sujeto, tras haber estrangulado a su víctima y en la creencia de que la ha matado, la tira por un precipicio; para ocultar su delito, siendo entonces, cuando la víctima, que solo estaba desvanecida, muere realmente a consecuencia del golpe en la caída). En la práctica, parece más justo apreciar, sin embargo, un solo delito consumado doloso: el sujeto quería matar a la persona y lo ha conseguido³⁰³

²⁹⁹ Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 79

³⁰⁰ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del delito*, Pág. 62

³⁰¹ Cfr. Daza, Gómez, Carlos Juan Manuel, Op. Cit. Pág. 108

³⁰² Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán*, Pág. 89

³⁰³ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, Pág. 63

De las anteriores opiniones señaladas, nos parece muy atinada la postura de Muñoz Conde, puesto que, aun cuando el sujeto activo crea haber consumado su acción criminal, sin que así sea y, que únicamente este se produjo por un acto posterior, de todas maneras, el hecho es objetivamente imputable al agente, toda vez que si no hubiera comenzado el curso causal que generó el resultado, el bien jurídico no se hubiera ofendido y, por lo tanto debemos hablar más bien de un delito doloso consumado y no de tentativa como algunos suelen hacerlo.

5.2.1.3.1.5. EL ERROR SOBRE LOS ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL TIPO

Respecto del error sobre los elementos accidentales del tipo penal o supuesto de hecho típico señala Francisco Muñoz Conde que “el error sobre los elementos accidentales determina la no apreciación de la circunstancia agravante o atenuante o, en su caso, del tipo cualificado o privilegiado”³⁰⁴

Damos así por terminado la exposición del error, aunque como hemos visto constituye un problema y que aun hoy en día existen lagunas doctrinarias que esclarezcan plenamente cada uno de las especies de errores que acabamos de enumerar.

5.3. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIALES DEL TIPO PENAL

Los elementos subjetivos a los que nosotros hemos identificado en nuestro trabajo recepcional con el nombre de “especiales” del tipo penal son aquellos que tienen el contenido ético - social de la acción en determinado sentido. La actitud o posición subjetiva desde la cual el autor ejecuta la acción determina frecuentemente en gran medida el significado ético específico de la acción; por lo tanto, el contenido específico de desvalor ético o social de una acción se determina en muchos casos por la actitud o posición subjetiva del autor, de la cual

³⁰⁴ *Ibidem*

ha surgido la acción. Decimos que se trata de elementos subjetivos del autor de la acción, puesto que es su postura o actitud anímica del autor la que tiñe o anima la acción de un modo específico³⁰⁵ esos elementos subjetivos del supuesto de hecho típico pueden consistir en la voluntad de realización de un suceso determinado; pero también sin embargo (sic), tal suceso se encuentra fuera de la descripción del supuesto de hecho típico objetivo. Y a menudo niquiera se trata de un acontecimiento exterior, sino de un momento o relación anterior. Por lo demás, las circunstancias de hecho subjetivo tienen una naturaleza plural y compleja³⁰⁶

De acuerdo con los anteriores puntos de vista el dolo específico se da cuando la voluntad tiene a conseguir un fin especial, requerido por la ley para distinguir de otro un título de delito (*Maggiore, Pág. 585*), así en estos elementos subjetivos especiales o personales como los nombra Welzel el disvalor de la acción del delito doloso, que brinda la materia del tipo subjetivo de estos ilícitos penales, puede no agotarse en el dolo. En ciertos casos se requiere que, además del conocimiento y voluntad de la realización del tipo, el autor haya realizado el hecho típico o con una determinada intención, una determinada motivación, o un determinado impulso (*Bacigalupo, Pág. 114*), puesto que en algunos delitos específicos se requiere, sin embargo, además para constituir el tipo de injusto la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo... Estos elementos subjetivos específicos no coinciden, sin embargo, con el dolo. Se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito (*Muñoz Conde, Teoría General del delito Pág. 63*). Estos elementos subjetivos especiales del injusto se presentan en un reducido número de delitos; por ello, el contenido del injusto del tipo sólo se puede determinar con la ayuda de características subjetivas, por ejemplo intención, fines lascivos, a sabiendas, es decir, es necesaria cierta particularidad en el ánimo del sujeto (*Daza, Págs. 105 - 106*); constituye pues, "la intencionalidad predicada por una voluntad dañada especial; la ley debe consignarlo en

³⁰⁵ Cfr. Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 93

³⁰⁶ Cfr. Stratenwerth Gunter, *Op. Cit.* Pág. 113

cada caso, y no se presume sino que debe probarse correspondiendo su prueba al Ministerio Público.³⁰⁷

En este orden de ideas, los elementos subjetivos específicos o personales en concepto de Welzel³⁰⁸ son:

- a) La intención
- b) La tendencia especial de acción
- c) Los momentos especiales de ánimo

Por su parte, Stratenweth³⁰⁹ refiere que los elementos subjetivos específicos del tipo penal o supuesto de hecho típico subjetivo especial son los siguientes:

- a) Los Propósitos
- b) El Motivo del autor
- c) El impulso afectivo
- d) Los elementos de la actitud

Para Bacigalupo³¹⁰ los elementos subjetivos específicos o especiales del tipo penal son los siguientes:

- a) Una determinada Intención
- b) Una determinada motivación
- c) Un determinado impulso

De tal manera que como se advierte de las opiniones señaladas en los puntos que

³⁰⁷ Carrancá y Trujillo Raúl. *Derecho Penal Mexicano*, parte general, 8ª. Edición, Porrúa, México. 1967, Pág. 241

³⁰⁸ Cfr. Welzel, Hans. *Derecho Penal alemán* Págs. 93 - 95

³⁰⁹ Cfr. Stratenwerth Gunter. Op. Cit. Págs. 113 - 117

³¹⁰ Cfr. Bacigalupo, Enrique, Op. Cit. Págs. 114 - 116

antecedentes, no existe unanimidad respecto de cuales son o constituyen los elementos subjetivos específicos o especiales del dolo, ya que, cada uno señala los que en su opinión considera que pueden o deben ser elementos subjetivos especiales del tipo; por ello, en el punto consecuente optaremos por un criterio bajo el cual analizaremos dichos elementos subjetivos especiales.

5.3.1. ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS O ESPECIALES DEL TIPO PENAL

Resumiendo lo señalados en las diversas opiniones que ya han sido descritos y bajo el esquema que analizaremos los elementos subjetivos específicos o especiales del tipo penal son los siguientes:

- a) La intención
- b) La tendencia especial
- c) El ánimo
- d) El propósito
- e) Los motivos
- f) Los impulsos afectivos
- g) La actitud

Una vez enumerado los elementos subjetivos específicos que en nuestra consideración y sin apartarnos desde luego de las opiniones doctrinarias del finalismo alemán, pasemos al análisis de cada una de ellas para determinar su naturaleza y el papel que juegan en relación con el tipo penal.

5.3.1.1. LA INTENCIÓN

La intención como elementos subjetivo especial del tipo es la meta o finalidad perseguida por la acción típica, en este caso no es necesario que la intención como finalidad de la acción

típica sea el fin último (el móvil) del autor. Sino que basta con que sea la finalidad inmediata de la acción típica la que a su vez frecuentemente será el medio para otro fin ulterior (por ejemplo la intención de lucro en el fraude; en este caso se trata de una meta perseguida por el autor que está mas allá de la realización del tipo objetivo, por ejemplo, en el delito de injurias, no es suficiente que el autor haya proferido, sabiéndolo, expresiones cuyo contenido sea idóneo para desacreditar o deshonar a otro; es preciso que además haya dirigido su voluntad al fin ulterior, de querer lesionar el honor; es decir debe llevar implícito el *ánimus injuriandi*.

5.3.1.2. LA TENDENCIA ESPECIAL

Se trata aquí de la tendencia voluptuosa en los delitos de lascividad. Acción lasciva es exclusivamente la lesión objetiva del pudor llevada a efecto con tendencia subjetiva voluptuosa³¹¹

5.3.1.3. EL ÁNIMO

Welzel refiere que “ los momentos especiales de ánimo, a las características descritas en las dos hipótesis anteriores (intención y tendencia especial) se han agregado durante el desarrollo de la teoría de los elementos subjetivos del injusto otros momentos de ánimo que van más allá del dolo y que caracterizan el contenido específico de desvalor ético - social del hecho. Así por ejemplo, al describirse el asesinato como el dar muerte por el placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia o por otros móviles bajos, alevosamente, cruelmente, brutalmente, con maldad, inescrupulosamente, sin consideraciones”³¹²

5.3.1.4. LOS PROPÓSITOS

El propósito como elemento subjetivo del tipo penal subjetivo específico se debe a que

³¹¹ Cfr. Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*, Págs. 94

³¹² *Ibidem*. Pág. 95

“En primer lugar, puede caracterizar a la voluntad de realización y se superpone entonces con el concepto de dolo. Solamente la circunstancia de que el resultado correspondiente se encuentre más allá del supuesto de hecho típico objetivo, justificará hablar de propósito y no de dolo. Este propósito, coincidente en lo estructural con el dolo, solo entra en consideración allí donde la ley, en base a razones político - criminales, se aparta de la regla según la cual, en el supuesto de hecho típico se describe el delito objetivamente consumado (la realización completa de lo injusto) dejando librada la descripción de los estadios previos a las prescripciones penales generales de la tentativa (ejemplo en la falsificación de monedas el ataque en sentido propio al tráfico monetario protegido se da al poner el dinero falso en circulación . Pero sin embargo, la ley constituye la fabricación del dinero falso en delito independiente, consumado, en razón de la extraordinaria peligrosidad de esta acción preparatoria, con la intención de ponerla en circulación como legítimo o de facilitar su puesta en circulación ”³¹³

5.3.1.5. LOS MOTIVOS DEL AUTOR

Respecto de los motivos del autor para desplegar el comportamiento penalmente relevantes preciso señalar que ocasionalmente, la ley hace referencia al motivo del autor, fundamentador de la punibilidad o que determina una agravación o atenuación de la misma. Los motivos, como el propósito pertenecen al ámbito intelectualivo y no al psicológico afectivo (ejemplos motivos bajos, deseo asesino, codicia, para obtener una ventaja patrimonial o para enriquecerse o enriquecer a otro.

5.3.1.6. LOS IMPULSOS AFECTIVOS

Stratenwert precisa que “a menudo es decisivo el impulso afectivo sobre el que se estructura el comportamiento. En estos casos habrá que recurrir en cierta forma a las fuerzas

³¹³ Stratenwert, Gunter . Op. Cit. Pág.113

psíquicas impulsoras que se encuentra detrás de los motivos del autor, que se expresan en la aparición del motivo y en la elección de los fines de la acción (ejemplo la tendencia a excitarse o excitar sexualmente a otro, el deseo asesino, la codicia, el asesinato, el ánimo de lucro - la jurisprudencia alemana dice - utiliza motivo e impulso indistintamente ³¹⁴

5.3.1.7.LA ACTITUD

La actitud como elementos subjetivo especial del tipo se refiere a que la ley señala, una serie de prescripciones penales, a circunstancias para las que se ha acuñado el concepto de elementos de la actitud (ejemplo homicidio cometido cruelmente o alevosamente, el crudo maltrato o descuido malicioso de persona sometidas a la guarda, la lesión desconsiderada de las reglas del tráfico

Con los anteriores elementos damos por terminado el análisis de los elementos subjetivos especiales del tipo penal que de manera enunciativa señalamos, dando así por concluido tanto los elementos subjetivos generales y especiales, y, como consecuencia damos paso al análisis de la culpa como segundo elemento subjetivo general.

5.4. LA CULPA (TIPO CULPOSO O SUPUESTO DE HECHO TÍPICO CULPOSO)

La culpa es la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho (*Carrara, Francesco, Programa, Pág. 81*), de ahí que, actúa culposamente quien no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación. El juez ha de investigar entonces cual es el cuidado requerido en el ámbito de la relación para el autor en sus situación concreta, y luego a través de una comparación ente esta conducta con la acción real del autor, determinar si era adecuada al cuidado o no, habida cuenta que el fundamento de todo hecho punible es una conducta humana socialmente relevante; este

³¹⁴ Idem

criterio es válido tanto para los delitos dolosos como para los culposos. No obstante, mientras al hecho doloso le corresponde la voluntad de realizar el tipo con conocimiento de todas las características objetivas del tipo, para el hecho culposo es esencial la realización no querida del tipo legal, al desatender contrariamente al deber de cuidado necesario en el tráfico, por ello, 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 (Welzel, *Derecho*, Págs. 158, 192-193), de ahí que es preciso señalar que esta forma de realización el autor realiza el tipo sin quererlo, pero como consecuencia de su obrar descuidado, negligente. Aquí el fundamento de la imputación es el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos. En el delito culposo, en consecuencia, finalidad y comportamiento no coinciden a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos; esta discrepancia está compensada por la infracción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal (Bacigalupo, *Op. Cit.* Pág. 211), de ahí que lo esencial del tipo de injusto del delito imprudente no es la simple causación del resultado, sino la forma en que se realiza la acción (Muñoz Conde, *Francisco, Teoría*, Pág. 68)

En la doctrina nacional don Fernando Castellanos Tena señala que “existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o por imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas”³¹⁵; Orellana Wiarco precisa que “para el finalismo la culpa tiene que definirse a partir de la acción, no del resultado como lo hace el causalismo. Lo fundamental en el tipo culposo es el desvalor de la acción, no la causación del resultado; lo fundamental se encuentra en la divergencia entre la acción ejecutada y la que debió realizarse, en virtud del cuidado necesario”³¹⁶

De tal suerte que extranjeros y nacionales coinciden en esencia que la culpa como forma de comportamiento se origina por la falta de diligencia, de un deber de cuidado previsible y evitable.

³¹⁵ Castellanos Tena, Fernando, *Op. Cit.* Pág. 246

³¹⁶ Orellana Wiarco, Jorge Alberto, *Teoría del delito*, Pág. 150

5.4.1. ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO PENAL CULPOSO

En el delito culposo, los niveles de la estructura del delito son, los mismos, en principio, que los del hecho doloso, aunque la acción culposa, lo mismo que la dolosa, presenta un aspecto interno y otro externo en el tratamiento de estos delitos no es adecuado poder clasificar las circunstancias de hecho en un supuesto de hecho típico objetivo y otro subjetivo³¹⁷ de tal manera que los elementos del tipo penal pueden ser divididos en objetivos, subjetivos y normativos³¹⁸

Frente a esas dos posiciones, por nuestra parte opinamos que lo correcto es la posición señalada por el maestro alemán Stratenwerth, puesto que como se ha manifestado en estos tipos penales o supuestos de hecho típico culposos o abiertos no es posible hacer una separación precisa como en los dolosos de los elementos objetivos y subjetivos; pues en estos, se deja al juzgador determinar cuando se ha infringido una norma.

De acuerdo con las anteriores aseveraciones, analizaremos previa observación de lo que señala la doctrina, de una manera general cada uno de los elementos del supuesto de hecho típico culposo, veamos.

Para Wessels³¹⁹ los elementos de lo injusto en los delitos culposos de resultado son: a) Causación del resultado, b) Lesión del deber objetivo de cuidado, c) Imputabilidad objetiva del resultado que se funda en el error de la conducta; por su parte, Cerezo Mir³²⁰ apunta que los elementos del tipo de lo injusto en los delitos de acción culposos son: a) La inobservancia

³¹⁷ Cfr. Stratenwerth, Gunter, Op. Cit. Pág. 321

³¹⁸ Cfr. Daza Gómez Carlos, Juan Manuel, Op. Cit. Págs. 267 - 292

³¹⁹ Cfr. Wessels, Johannes, Op. Cit. Pág. 195

³²⁰ Cfr. Cerezo Mir, José, Op. Cit. Págs. 369-402

del cuidado objetivamente debido, b) El resultado, c) Dicho resultado debe ser lo que trata de evitar la norma; Para Bacigalupo³²¹ la tipicidad del delito culposo requiere de los siguientes elementos que son :a) la infracción a un deber de cuidado, b) Resultado de lesión (en el caso que así sea), c) El resultado deberá ser objetivamente imputable a su autor; a este mismo respecto, Muñoz Conde³²² refiere que los elementos de la culpa finalista son las siguientes: a) La observancia del deber objetivo de cuidado, b) La diligencia debida; en México Rafael Márquez Piñeiro³²³ argumenta que los elementos de la realización culposa de un delito son: a) Una acción u omisión, consciente y voluntaria, pero no intencional , b) Una realización del acto inicial, sin tomar aquellas cautelas o precauciones necesarias para evitar resultados lesivos, c) El resultado dañoso debe ser previsible para el agente; y, finalmente Daza³²⁴ divide a los elementos del tipo culposo al igual que los delitos dolosos, esto es con una parte objetiva y otra parte subjetiva : El aspecto objetivo comprende la causalidad, Violación del deber de cuidado, Relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y la producción del resultado; el aspecto subjetivo se compone de un aspecto conativo y un aspecto intelectual o cognoscitivo; señala igualmente que los elementos normativos son: a) Negligencia, b) Impudencia, c) Impericia, d)La inobservancia de reglamentos.

En síntesis, opinamos que los elementos del tipo penal culposo conforme a la teoría reinante son los siguientes:

- a) Comportamiento humano
- b) Resultado previsible y evitable
- c) Relación de determinación ente la violación del deber de cuidado y la producción del resultado
- d) Lesión del deber de cuidado
- e) Imputación objetiva del resultado

³²¹ Cfr. Bacigalupo, Enrique, Op. Cit. Pág. 213

³²² Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del delito*, Pág. 68

³²³ Cfr. Márquez Piñeiro, Rafael, *Derecho Penal* - parte general, 3ª. Edición. Trillas, México, 1994, Pág. 290

³²⁴ Cfr. Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, Op. Cit, Págs. 267-285

5.4.2. CLASES DE CULPA

Respecto de las clases de culpa la doctrina tanto extranjera como nacional son uniformes, desde cualquier óptica, en esencia coinciden que las clases de culpa como aspecto subjetivo del tipo penal o supuesto de hecho típico subjetivo, son las siguientes:

- a) Culpa consciente (con previsión o con representación)
- b) Culpa inconsciente (sin previsión o sin representación)

Señalados en forma general las clases de culpa aceptadas de manera unánime por la doctrina, pasemos a señalar cual es la naturaleza de cada una de ellas.

5.4.2.1. LA CULPA CONSCIENTE

Actúa con culpa consciente quien considera como posible la realización del tipo legal, pero, contrariamente al deber y en forma reprochable, confía que no lo realizará (*Wessels, Op. Cit. Pág. 194*), en esta clase de comportamiento, el agente se ha representado mentalmente la probable verificación de un hecho antijurídico y por consiguiente lo ha previsto, pero confía indebidamente en poderlo evitar (*Reyes Echandia, Culpabilidad, Pág. 92*)

Por lo general, en la praxis se dan esta clase de comportamientos culposos en los delitos cometido con motivo del tránsito vehicular, y como ejemplo podemos señalar cuando un sujeto conduce su automóvil y sabe de antemano que pasará en la salida de una escuela en donde los niños transitan en esos momentos, y, aún teniendo ese conocimiento no disminuye su velocidad porque confía en su habilidad de conducir, sin embargo, si se presenta el resultado homicidio lo acepta.

5.4.2.2. LA CULPA INCONSCIENTE

A actúa con culpa inconsciente quien desatiende el cuidado para el cual, conforme a las circunstancias y su situación personal, estaba obligado y era capaz y realiza, por consiguiente, el tipo legal sin reconocerlo; en este caso, el actor no se representó la verificación del hecho antijurídico previsible al realizar un comportamiento en cuyo desarrollo estaba obligado a obrar con el cuidado necesario para evitar que tal hecho se produjera; por ello se sanciona al agente porque no previó lo que en la situación concreta y con ordinaria diligencia hubiera podido y estaba obligado a prever; faltó así, al deber de cuidado que en esa oportunidad le era exigible conforme a las circunstancias (*Wessels, Pág. 194. i Reyes Echandia, culpabilidad, Pág. 95*) del hecho en particular.

De lo anterior, se advierte que a diferencia de la culpa consciente, en la inconsciente el agente que emite el comportamiento típicamente adecuado de ninguna manera estuvo en su mente o se representó el resultado posible, sino que, este se produce como un evento inesperado, por lo general esta clase de delitos culposos.

Como toda efecto tiene una causa, y en este caso, aun cuando el fin que se persigue no coincide con el resultado que culposamente se obtiene, desde luego esta clase de comportamientos tienen un origen que en los puntos siguientes analizaremos.

5.4.3. LOS ELEMENTOS GENERADORES DE LA CULPA

Los elementos generadores de la culpa como los llama Alfonso Reyes Echandia³²⁵ o elementos normativos como los denomina Carlos Daza³²⁶ siguiendo a Francisco Ferreira Delgado³²⁷ son los siguientes:

³²⁵ *Idem.*

³²⁶ Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, *Op. Cit.* Pág. 283

³²⁷ Ferreira Delgado Francisco, *Teoría General del Delito*, Térmis, Bogotá, Colombia, 1988, Pág. 384

- a) La imprudencia
- b) La negligencia
- c) La impericia
- d) La violación de normas legales

Estos elementos generadores de la culpa señala Francisco Ferreira Delgado “no son normativamente exigibles, sino que se impone por un proceso cultural de la persona,”³²⁸ por ello, una vez que hemos señalado o más bien, enumerado los elementos generadores de los delitos culposos, veamos ahora en que consiste cada uno de ellos.

5.4.3.1. LA IMPRUDENCIA

La imprudencia es una manera de actuar sin la cautela que, según la experiencia corriente, debemos emplear en todas aquellas actividades de las que pueda derivarse algún perjuicio; es un comportamiento inadecuado que lleva al sujeto a obrar sin las precauciones debidas y que suele originarse en falta de discernimiento, en desatención y, en general, en el predominio de las pulsiones instintivas sobre la ponderada reflexión³²⁹ o bien en la ignorancia o inconsideración³³⁰

5.4.3.2. LA NEGLIGENCIA

La “negligencia penalmente relevante surge tanto de la omisión como de la acción, siempre que aquella y esta deban a desatención, descuido o incuria, es decir, a una actitud en la que está ausente la diligencia que le era exigible desplegar al agente para garantizar que su comportamiento no genere consecuencias jurídicas”³³¹ habida cuenta que también puede

³²⁸ Idem.

³²⁹ Cfr. Reyes, Echandia Alfonso, *Culpabilidad*, Pág. 96

³³⁰ Cfr. Ferreira Delgado, Francisco. Op. Cit. Pág. 387

³³¹ Reyes Echandia, Alfonso, *Culpabilidad*, Pág. 97

implicar el “obrar con retardo, o no obrar, o actuar abúlicamente, ante los deberes de hacer; el apático o negligente se muestra negativo frente a su obligación de diligencia”³³²

5.4.3.3. LA IMPERICIA

La impericia consiste “en la insuficiente aptitud para el ejercicio de un determinado oficio, arte o profesión, o en la falta de aquella habilidad que ordinariamente se exige en el desempeño de ciertas funciones. Supone el ejercicio de una actividad determinada para la que se requiere conocimiento más o menos especializados,”³³³ al mismo respecto la impericia señala Carlos Daza “nunca ha sido tipificada en la norma genérica de la culpa, se aplica a causa de la necesidad de exigir experiencia o habilidad para ciertas artes o labores que implican riesgos para los demás, como son la conducción de vehículos, el manejo de máquinas, la practica de la medicina o la contaduría”³³⁴

5.4.3.4. LA VIOLACIÓN DE NORMAS LEGALES

El incumplimiento de normas legales se presenta siempre que el hecho antijurídico no querido por el actor haya sido el resultado de la violación de un mandato legal creado precisamente para prevenir tales acaecimientos, es decir, proviene de la necesidad en la vida actual de regular la ejecución de ciertas actividades, las que resultarían peligrosas dejarlas al azar; esto nos conduce a la afirmación de que la inobservancia de reglamentos y leyes no constituye un estado anímico en sí, sino la reafirmación normativa de la necesidad de obrar con diligencia o con prudencia o con pericia

Con este análisis hemos terminado el estudio de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal o supuesto de hecho típico.

³³² Ferreira Delgado, Francisco. Op. Cit. Pág. 386

³³³ Reyes Echandia, Alfonso, *Culpabilidad*, Pág. 98

³³⁴ Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, Op. Cit. Pág. 285

5.5. EL COMPORTAMIENTO TIPICAMENTE ADECUADO (TIPICIDAD)

Como ya hemos analizado cada uno de los elementos del tipo penal tanto en su aspecto objetivo: general y especial, como su aspecto subjetivo general y especial, así, si luego de que un sujeto ha realizado un comportamiento han quedado acreditados todos los elementos que hemos señalado en sus hipótesis correspondientes tanto en su aspecto objetivo y subjetivo, general y especial en su caso, podemos entonces afirmar que el sujeto desplegó un comportamiento penalmente relevante y típicamente adecuado, pues se ha ajustado a todos y cada uno de los requisitos o exigencias previstos en el tipo penal o supuesto de hecho típico. En tal virtud el Ministerio Público o el Juzgador estarán obligados a continuar con el estudio y análisis de los elementos que integran la responsabilidad penal.

5.6. LA FALTA DE COMPORTAMIENTO TIPICAMENTE ADECUADO (ATIPICIDAD)

Sucedirá lo contrario a lo señalado en el punto que antecede, puesto que si en el transcurso del estudio de los elementos del tipo penal llegare a faltar algún aspecto objetivo general o especial, en su caso, subjetivos generales o especiales, evidentemente que aunque el comportamiento sea penalmente relevante no cumplirá con las exigencias y requerimientos previstos en el tipo penal o supuesto de hecho típico y por lo tanto, ni el Ministerio Público y menos aún el juzgador estará obligado a continuar con el estudio de la responsabilidad penal porque sería una cuestión naturalmente innecesaria. Porque el comportamiento no es típicamente adecuado.

Las causa de atipicidad en la teoría finalista señala Orellana Wiarco³³⁵ se presentan cuando falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos exigidos por el tipo. Así serán causa de atipicidad las siguientes:

- 1) Por ausencia de algún elemento objetivo como los siguientes:

³³⁵ Orellana Wiarco Octavio Alberto, Op. Cit. Págs. 102 y 103

- a) Falta del número del sujeto activo
- b) Falta del calidad del sujeto activo
- c) Falta del bien jurídico tutelado
- a) Falta de acción u omisión
- e) Falta de Resultado (en los delitos de resultado)
- f) Falta de los elementos normativos

2) Por ausencia de alguno de los elementos subjetivos, tales como los siguientes:

- a) Falta de dolo o de culpa
- b) Falta de los elementos subjetivos específicos

Por nuestra parte, opinamos atendiendo a nuestra clasificación que en forma convencionalmente hemos manejado, faltará el comportamiento típicamente adecuado cuando:

- a) Falte alguno de los elementos objetivos generales del tipo penal
- b) Falte alguno de los elementos objetivos especiales del tipo penal
- c) Falte alguno de los elementos subjetivos generales del tipo penal
- d) Falte alguno de los elementos subjetivos especiales del tipo penal

Derivado del estudio de cada uno de los elementos objetivos generales y especiales, subjetivos generales y especiales creemos que la clasificación correcta conforme a la teoría reinante en nuestro derecho penal mexicano es la siguiente:

c) Elementos generales o subjetivos del tipo penal

- cc) Dolo
- cc) Culpa

d) Elementos subjetivos especiales o específicos del tipo penal subjetivo.

CAPITULO VI

LA ANTIJURIDICIDAD

Al igual que lo hicimos al analizar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal o supuesto de hecho típico en los capítulos que anteceden, en el capítulo que se inicia, analizaremos a la antijuridicidad como tercer elemento o nivel que forma parte esencial de la estructura del delito, por ello, en primer término procederemos a determinar conceptualmente la naturaleza de la antijuridicidad de un comportamiento y su estructura, hecho lo anterior, procederemos al análisis de cada una de las causas de justificación.

6.1. EL CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD FINALISTA

La antijuridicidad es uno de los elementos constitutivos del delito más importantes y aparece cuando el hecho que genera el delito contraviene al derecho,³³⁶ elemento importante como esencial cuya formula es el valor que se concede al fin perseguido por la acción criminal en contradicción con aquel otro garantizado por el derecho,³³⁷ o bien en términos mas concretos, es la violación de una norma jurídico penal que destaca la oposición de un hecho con el derecho consagrado en la ley³³⁸ y se hace presente ante la calidad de ciertas conductas que no cumplen con lo prescrito por la norma jurídica que las regula³³⁹ de ahí que se refiera a todo aquello que va contrario a derecho³⁴⁰

³³⁶ Cfr. Goldstein Raúl. *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, 2ª. Edición. Astrea. Buenos Aires. Argentina, 1983. Pág. 54

³³⁷ Cfr. Cabanellas de Torres Guillermo. *Diccionario Jurídico elemental*, Heliasta, 10. Edición, 1993, Pág. 35

³³⁸ Cfr. Jaramillo Gil, Pullo. *Diccionario Jurídico penal*, librería del profesional. Bogotá, Colombia, 1981, Pág.

34

³³⁹ Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano. Op. Cit. Tomo I. Pág. 271

³⁴⁰ Cfr. Palomar de Miguel, Juan. *Diccionario Para Juristas*, Mayun ediciones. México. 1981. Pág. 101

Desde el punto de vista doctrinal la antijuridicidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto, es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado³⁴¹ es el juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico³⁴² puesto que toda acción comprendida en un tipo de lo injusto de los delitos de acción doloso o culposos será antijurídica si no concurre una causa de justificación. Si al tipo de lo injusto pertenecen todos los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva, puesto que si concurre una causa de justificación la acción típica será lícita, conforme a derecho³⁴³ ya que para la presencia de un delito es preciso la existencia de un comportamiento humano subsumible en un tipo de conducta previsto en principio en la parte especial del Código Penal. Pero ello no basta, pues puede suceder que tal comportamiento típico se haya justificado por la concurrencia de una causa de justificación en ese caso faltará entonces la Antijuridicidad de esa conducta y desaparecerá la posibilidad de considerar que la misma constituye delito;³⁴⁴ en este orden de ideas concluimos con Treviño que la antijuridicidad es el resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contradicción existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado³⁴⁵

De los conceptos señalados, se advierte que en esencia la unificación de opiniones coinciden en que la antijuridicidad constituye la contradicción del comportamiento humano y el derecho, la oposición entre el mundo fáctico y el mundo normativo, es la no autorización de dicho comportamiento por parte de la ley, sin embargo, para que una acción u omisión puedan

³⁴¹ Cfr. Welzel, Hans. *Derecho Penal alemán*. Págs. 60 y 74

³⁴² Cfr. Mezger, Edmundo. *Derecho Penal*, Parte General. 3ª. Edición, México, 1986, Pág. 132

³⁴³ Cfr. Cerezo Mir, José. Op. Cit. Pág. 403

³⁴⁴ Cfr. Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal* - Parte General, 2ª. Edición. 1985. Publicaciones Universitarias, Barcelona, España 1985. Pág. 356

³⁴⁵ Cfr. Vela Treviño, Sergio. *Antijuridicidad y Justificación*. 1976, Porrúa, México, 1976, Pág. 153

ser considerados como antijurídicos no es suficiente que exista dicha antijuridicidad objetiva o la contradicción entre el comportamiento y la norma, sino que el elemento antijuridicidad debe estar investido de ciertos ingredientes que a continuación señalaremos y analizaremos.

6.2. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de justificación excluyen la antijuridicidad, que ha sido indiciada a través de la realización del tipo³⁴⁶ es decir, que frente a un comportamiento típicamente adecuado si se hace presente una causa de justificación prácticamente se convierte en un hecho legítimo, puesto 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 realización de la conducta ordenada, en los delitos de omisión, sea lícita. Se habla de preceptos permisivos o autorizados 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, obligada³⁴⁷

En este orden de ideas y de acuerdo con Hans Welzel³⁴⁸ las causas de justificación son los siguientes:

- a) La legítima defensa o defensa necesaria
- b) El estado de necesidad del derecho civil
- c) El Estado de necesidad supralegal justificante
- d) El actuar en interés y con el consentimiento presunto del ofendido
- e) Los derechos excepcionales de coacción
- f) El actuar sobre la base del consentimiento expreso del ofendido
- g) La suposición errónea de causales de justificación

³⁴⁶ Welzel, Hans. *Tratado de Derecho Penal*. Pág. 99

³⁴⁷ Cerezo Mir. José. *Op Cit.* Pág. 403

³⁴⁸ Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*, Págs. 99 - 118

Por su parte, Stratenwerth³⁴⁹ precisa que las causales de justificación o preceptos permisivos son los siguientes:

- a) El consentimiento del lesionado
- b) El consentimiento probable
- c) El estado de necesidad del derecho civil
- d) El estado de necesidad agresivo
- e) El estado de necesidad defensivo
- f) La defensa necesaria
- g) El estado de necesidad justificante
- ch) El derecho de intervención en relación de subordinación
- i) El derecho de autoayuda

A este mismo respecto Johannes Wessels³⁵⁰ señala que la sistemática de las causales de justificación no están determinados; sin embargo, de manera semejante coincide en que pueden ser las siguientes:

- a) La legítima defensa
- b) El autoauxilio permitido
- c) La gestión de negocios sin encargo
- d) El estado de necesidad del derecho civil
- e) El estado de necesidad justificante general
- f) La colisión de deberes justificantes
- g) El consentimiento justificante
- ch) El consentimiento presunto
- i) La salvaguarda de intereses legítimos en caso de lesiones al honor
- j) El derecho de corrección de los padres y educadores

³⁴⁹ Stratenwerth, Gunter, Op. Cit. Págs. 124 - 154

³⁵⁰ Wessels, Johannes, Op. Cit. Pág. 84

- j) La autorización de funcionarios, derechos de servicio y deberes jurídico especiales de parte de titulares de cargo
- k) El derecho político de resistencia

En México, Daza³⁵¹ señala de manera limitada las siguientes causales de justificación:

- a) La defensa necesaria
- b) El estado de necesidad
- c) El consentimiento del ofendido
- d) El Cumplimiento de un deber

Como puede observarse, la doctrina en general tanto es discrepante en cuanto a la sistematización de las causales de justificación o como también se les denomina “causas de exclusión de lo injusto,” puesto que no existe una uniformidad ni limitación de número de causales de justificación, ya que, debido al gran número de normas prohibitivas corresponde un extenso catálogo no regulado en forma definitiva de las normas permisivas diseminadas en todos los ámbitos del derecho (*Welzel, Derecho Penal Alemán, Págs. 99 - 100/ Stratenwert, Pág. 124 / Daza, Pág. 139*), de ahí que para saber de cada una de ellas es preciso tomar en cuenta cada caso en particular.

En mérito de lo anteriormente señalado, por nuestra parte opinamos que si bien es cierto que la sistematización de las causales de justificación o causas de exclusión de lo injusto no está limitado, la verdad es que, en principio, optaremos al menos por una sistematización provisional con el objeto de trabajar sobre esa base, sin que por ello cometamos el pecado de limitarnos a los parámetros ya señalados sobre todo por la doctrina alemana, habida cuenta que si se quiere saber en sí cuando estamos frente a una causa de exclusión de lo injusto se hace necesario remitirnos a cada caso con sus peculiaridades esenciales. Así, nosotros optamos de

³⁵¹ Daza Gómez, Carlos, Juan Manuel, Op. Cit. Págs. 139 - 151

manera provisional por la siguiente clasificación aceptada y manejada en nuestro derecho.

- a) Defensa Legítima o defensa necesaria
- b) Estado de necesidad justificante
- c) Cumplimiento de un deber
- d) Ejercicio de un derecho
- e) Consentimiento del titular del bien jurídico protegido

Esta es la sistemática con la que desarrollaremos las causas de exclusión de lo injusto de manera provisional; antes bien, para analizarlas debemos precisar ciertos requisitos comunes a todas las causas justificantes sin excepción alguna para que operen como tal todas las causas deben contener o reunir ciertos requisitos que a continuación analizaremos.

6.3.1. ELEMENTOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN GENERAL

Para que las causales de justificación operen como tal, es necesario que reúnan o estén investidos de ciertos elementos, sin los cuales no pueden operar como tal, así el propio Welzel refiere que las causales de justificación “tienen elementos objetivos y subjetivos. Para la justificación de una acción típica no basta que se den los elementos objetivos de justificación, sino que el autor debe conocerlos y tener además las tendencias subjetivas especiales de justificación... Si faltare el uno o el otro elemento objetivo o subjetivo de justificación, el autor no queda justificado a pesar de la existencia de los elementos objetivos de justificación”³⁵², o como bien refiere Wessels que “en su estructura, las normas prohibitivas y permisivas presentan algunas coincidencias. Como el tipo propiamente dicho está formado por elementos objetivos y subjetivos de lo 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 solo hecho de que existan los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Más bien, el autor debe haber actuado conociendo la situación de hecho

³⁵² Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*. Pág. 100

justificante y sobre la base de las facultades que ésta le otorga³⁵³, argumento con los cuales concuerda plenamente José Cerezo Mir al decir que “la exclusión de lo injusto requiere la concurrencia del valor de la acción y del valor del resultado de las causas de justificación, es decir, la concurrencia de todos los elementos subjetivos y objetivos que sirven de base a las mismas”³⁵⁴

De lo anteriormente señalado por los pensadores alemanes y españoles se advierte que al igual que el tipo penal, las causas de justificación o causas de exclusión de lo injusto se componen de dos partes o comprenden dos aspectos que son:

- a) Elemento o aspecto objetivo
- b) Elementos o aspecto subjetivo

En el punto siguiente relativo al análisis de las causas de justificación señalaremos únicamente los elementos de cada causa de justificación sin precisar unos y otros.

6.3. ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Para el análisis de las causas de justificación en particular a la luz de la acción finalista, lo haremos partiendo de los siguientes puntos.

- a) concepto
- b) Clases
- c) Elementos doctrinarios
- d) Su ubicación en el Código Penal vigente
- e) Elementos señalados en el Código Penal vigente

³⁵³ Wessels, Johannes, Op. Cit. Pág. 82

³⁵⁴ Cerezo Mir José, *Derecho Penal Español*, Pág. 411

Lo anterior, obedece más que a una sistematización jurídica a la exigencia de nuestro método de trabajo con el fin de llevar un orden que nos permita concluir y alcanzar los objetivos propuestos al inicio de nuestra investigación, veamos.

6.3.1. LA DEFENSA LEGÍTIMA O DEFENSA NECESARIA

La legítima defensa es aquella requerida para repeler de sí o de otra una agresión actual e ilegítima. Su pensamiento fundamental es que el derecho no tiene porque ceder ante lo injusto (*Welzel, Derecho Penal Alemán Pág. 101*), o como bien señala Enrique Pessina que la defensa legítima o defensa necesaria se presenta “ cuando una agresión ilegítima se presenta de tal modo que a la sociedad le es imposible acudir en defensa del individuo, cualquier persona que trate de defender al injustamente agredido, no puede por aquella situación de necesidad y de colisión de derechos ser considerada y penada como voluntaria transgresora de la ley”³⁵⁵; desde este punto de vista jurídicamente válido, un comportamiento adecuado al supuesto de hecho típico, no es antijurídico cuando era necesario para repeler una agresión actual y antijurídica dirigida contra el autor o contra un tercero (*Stratenwerth, Pág. 139*); sin embargo es necesario señalar que para que la defensa legítima opere como tal la acción de legítima defensa debe ser objetivamente necesaria y ser guiada, en el aspecto subjetivo, por la voluntad de defensa, dicha defensa debe hacerse si la misma es necesaria cuando puede esperarse con seguridad la conclusión e inmediata del ataque y garantiza de la mejor manera la eliminación definitiva del peligro. Entre varias posibilidades de defensa igualmente eficaces, debe elegirse aquella que cause el daño menor (*Wessels, Pág. 95*)

Adviértase que, la defensa legítima constituye no solo una herramienta para que se defienda el sujeto agredido, sino que además a la defensa del derecho en general, y, encuentra su más sólido cimiento en la autorización que otorga el Estado y en este caso el Estado mexicano ante la imposibilidad de su inmediata intervención.

³⁵⁵ Pessina Enrique, *Elementos de Derecho Penal*, traducción de Hilarión Gonzáles del Castillo. 4ª. Edición, Reus, Madrid, España, 1936, Pág. 348

6.3.1.1. ELEMENTOS DOCTRINARIOS DE LA DEFENSA LEGÍTIMA

En la doctrina penal alemana el padre del finalismo,³⁵⁶ Stratenwerth,³⁵⁷ y Wessels³⁵⁸ señalan de manera unánime que los requisitos de la defensa legítima son los siguientes:

- a) La existencia de una agresión
- b) La agresión debe ser actual
- c) La agresión debe ser legítima

Resulta también por demás interesante la posición de Mir³⁵⁹ respecto de la enumeración de los requisitos de la defensa legítima que como lo veremos más adelante son coincidentes con los elementos que se señalan en nuestro actual Código penal, así, señala el español que los elementos de la defensa legítima son los siguientes:

- a) Agresión ilegítima
- b) Necesidad de la defensa
- c) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión
- d) La existencia del ánimo o voluntad de defensa
- e) Falta de provocación suficiente por parte del defensor

6.3.1.2. UBICACIÓN DE LA DEFENSA LEGÍTIMA O DEFENSA NECESARIA EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE

La defensa legítima como causa de justificación, se encuentra previsto en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal en donde se precisa que el delito se excluye cuando “ Se repele *una agresión real, actual o inminente, sin derecho, en protección de bienes jurídicos*

³⁵⁶ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Págs. 100-101

³⁵⁷ Stratenwer, Gunter, Op. Cit. Pág. 140

³⁵⁸ Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 94

³⁵⁹ Cerezo Mir José, Op. Cit. Págs. 419- 445

propios o ajenos, siempre que exista racionalidad de la defensa y de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defienda”

6.3.1.3. ELEMENTOS DE LA DEFENSA LEGÍTIMA CONFORME AL CÓDIGO PENAL

Como se advierte de la lectura de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal en vigor, los elementos de la defensa legítima son los siguientes:

- a) La agresión debe ser Real, actual o inminente
- b) La agresión debe ser sin derecho
- c) Debe existir racionalidad del medio empleado para defenderse
- d) No debe existir provocación dolosa y suficiente por parte del agredido

Respecto del elemento subjetivo de la defensa legítima, la doctrina alemana señala como elemento subjetivo de la misma el hecho de que el autor tenga la “voluntad de defensa”³⁶⁰

6.3.2. EL ESTADO DE NECESIDAD

Es unánime la doctrina como hemos podido constatar en diferenciar y precisar en primer término, las clases de estado de necesidad en cuanto a la materia, así que, existen las dos clases de es estado en atención a la materia, que son:

- a) El estado de necesidad del derecho civil
- b) El estado de necesidad del derecho penal

En el presente apartado, únicamente nos interesa el estado de necesidad en materia penal por la propia naturaleza de nuestro trabajo de investigación, veamos.

³⁶⁰ Wessels, Johannes, Op. Cit. Pág. 83

El Estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos (*Jiménez de Asúa, la Ley y el Delito, Pág. 302 y López Betancourt, Teoría, Pág. 153 y 254*); de ahí que, quien actúa en un peligro actual, no evitable de otro modo, para la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, a fin de alejar de sí o de otro el peligro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, esto es, de los bienes jurídicos afectados y del grado de peligro que los amenaza, el interés protegido prevalece esencialmente sobre el perjudicado (*Welzel, Derecho, Pág. 109*), de tal suerte que por estado de necesidad tanto en la doctrina como en la praxis se entiende una situación de peligro actual para intereses protegidos jurídicamente, cuya evitación solo es posible a costa de intereses ajenos (*Wessels, Pág. 86*)

6.3.2.1. EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE.

El estado de necesidad justificante, excluye la antijuridicidad del comportamiento penalmente relevante y típicamente adecuado, en esta causa de licitud, solo el bien jurídico de menor valor puede ser sacrificado para la mantención de uno de mayor valor; es decir, los casos de estado de necesidad justificante se basan en el principio del interés preponderante; aquí, la acción salvadora se presenta sobre la base de la valuación del valor y de los intereses, como el medio adecuado para alcanzar un fin legítimo; por ello, advertimos que el bien que sufre el mal menor no ha hecho nada contrario al derecho y, no obstante, debe soportar el mal, porque el que lo infiere se encuentra en una situación de necesidad en la que el conflicto fáctico le impone una elección salvadora, puesto que el fundamento general del estado de necesidad justificante es la necesidad de salvar el interés mayor, sacrificando como lógica consecuencia el bien de menor valor, en una situación no provocada de conflicto extremo, en fin el estado de necesidad justificante se da cuando surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor; aunque, la ley aprueba el sacrificio del bien de menor valor (*Welzel Hans, Derecho Penal Alemán, Págs. 86 -109/ Zaffaroni, Pág. 533/ Muñoz Conde, Teoría General del Delito, Pág. 106*) de ahí que en el estado de necesidad justificante como se observa, se atiende al valor de los bienes.

6.3.2.2. ELEMENTOS DOCTRINARIOS DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

Para el maestro Hans Welzel ³⁶¹ los elementos del estado de necesidad aunque no los enuncia podemos resumirlo en los siguientes aspectos generales que son

- a) La existencia de un peligro actual
- b) El peligro no debe ser evitable por otro medio
- c) La existencia de la proximidad del peligro
- d) El bien sacrificado debe ser el de menor valor
- e) Para la consideración del valor de los dos bienes de igual valor se deberá recurrir al orden jurídico

Johannes Wessels ³⁶² precisa que los elementos de estado de necesidad en general son los siguientes:

- a) La existencia de una situación de necesidad
- b) Que los bienes en la situación concreta necesitan protección y la merecen
- c) La acción correspondiente debe ser objetivamente necesaria
- d) La acción debe ser subjetivamente por voluntad salvadora

Conforme a la opinión de Welzel ³⁶³ Stratenwert ³⁶⁴ y Wessels ³⁶⁵ el aspecto subjetivo del estado de necesidad justificante es el *fin de salvación*, es decir, el autor tiene que conocer la situación de obrar con voluntad de salvar el interés preponderante o la voluntad salvadora de los presupuestos objetivos del estado de necesidad.

³⁶¹ Cfr. Welzel Hans, *Derecho Penal Alemán*, Págs. 108- 111

³⁶² Wessels, Johannes, Op. Cit. Pág. 89

³⁶³ Welzel Hans, *Derecho Penal Alemán*, Op. Cit. Pág. 110

³⁶⁴ Stratenwerth, Gunter, Op. Cit. Pág. 152

³⁶⁵ Wessles Johannes, Op. Cit. Págs. 83 y 89

6.3.2.3. UBICACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE

El estado de necesidad justificante como causa de justificación se encuentra previsto en la fracción V del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, advirtiendo que el delito se excluye cuando *“se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo”*

6.3.2.4. ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD CONFORME AL CÓDIGO PENAL VIGENTE.

Como quiera que sea para que una acción u omisión se encuentre amparada por la ley de acuerdo con el precepto descrito bajo la causal del estado de necesidad justificante deberán reunirse los siguientes requisitos:

- a) La acción debe ser necesaria
- b) El peligro debe ser real, actual o inminente
- c) El peligro no debe ser ocasionado dolosamente
- d) Que el peligro no se evitable por otros medios
- e) Que el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo

6.3.3. EL EJERCICIO DE UN DERECHO

Cabanellas,³⁶⁶ refiere que el ejercicio de un derecho es una eximente penal que encuentra su raíz en el aforismo de que quien usa de su derecho, a nadie daña. En éste enfoque se está ante hechos violentos justificados; por su parte, el Diccionario Jurídico Mexicano precisa que

³⁶⁶ Cfr. Cabanellas de Torres, Guillermo, Op. Cit. Pág. 391

el ejercicio de un derecho es una "causa excluyente de responsabilidad usualmente consignada de manera expresa y genéricamente formulada y, conforme a la cual se halla penalmente justificada toda conducta autorizada de manea expresa por un precepto permisivo, no ya en el derecho penal mismo, sino en el conjunto del ordenamiento jurídico"³⁶⁷

Para Rodríguez Devesa, en el ejercicio de un derecho "hay una facultad del titular a la que puede renunciar o de la que puede no hacer uso. La eximente concurre solo en el caso de que el derecho sea utilizado"³⁶⁸; puesto que ejercen sus derechos todos los que realizan conductas que no están prohibidas, de tal suerte que el ejercicio de un derecho tiene eficacia de eximente por razón de que, si el ordenamiento jurídico ha atribuido a una persona determinada facultad, quiere ello decir que ha reconocido la prevalescencia de su interés sobre sus cotrarios. En el hecho, por tanto, no se encuentra el carácter de la antisocialidad. Por otra parte, es demasiado evidente que una acción no puede ser simultáneamente permitida y prohibida por el ordenamiento jurídico; por ello, el ejercicio del propio derecho es procedente para asegurar un derecho de carácter civil que peligra sin una intervención inmediata, cuando el auxilio de la autoridad no pueda obtenerse oportunamente, es por ello que no se actúa antijurídicamente cuando la acción está protegida por otro derecho público o privado (Zaffaroni, Pág.536/ Antolisei, Pág.197/ Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 111/ Mezger, Pág. 174); en tal tesitura para rematar con Carlos Fontán Balestra³⁶⁹ y Luis Jiménez de Asúa³⁷⁰ aunque con ciertas diferencias señalan que, siendo lo antijurídico uno sólo, debe regir el principio de la contradicción, por el cual lo que el derecho autoriza en una norma no puede prohibirla en otra coexistente. La licitud o ilicitud de un acto resulta del juicio que se alcanza con los elementos que proporciona la totalidad del orden jurídico.

³⁶⁷ Diccionario Jurídico Mexicano, tomo III, Pág. 1238

³⁶⁸ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español*, Parte General, 10ª. Edición, Dykinson, Madrid, España, 1944, Pág. 511

³⁶⁹ Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, 2ª. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1986, Pág. 117

³⁷⁰ Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, 3ª. Edición, Losada, Buenos Aires, Argentina, 1985, Pág. 1069

En la doctrina nacional, Francisco Pavón Vasconcelos³⁷¹ advierte que “la ilicitud del hecho supone la inexistencia de una norma que permita tanto la conducta como el resultado a ella causalmente ligado, pues, una realidad contraria no es jurídicamente posible. Lo que está jurídicamente prohibido no está jurídicamente permitido”; o como bien enseña Castellanos Tena, que el ejercicio de un derecho “constituye una justificante porque la conducta, en el caso, se ajusta a derecho”³⁷²

De tal suerte que el ejercicio de un derecho se traduce en que la ley autoriza o más bien otorga un derecho a las personas para que de por sí la ejecute cuando lo crea oportuno, ello se justifica cuando la autoridad facultada para ejercer ese derecho no puede intervenir y por lo tanto deja en todo caso que el hecho sea llevado a cabo en manos de los hombres para que ellos mismo la hagan valer, antes bien, para que dicho ejercicio se encuentre justificado debe, desde luego, reunir ciertos requisitos que más adelante señalaremos.

6.3.3.1. CLASIFICACION DEL EJERCICIO DE UN DERECHO

El extinto maestro Sergio Vela Treviño³⁷³ señala que “ el derecho que confiere la facultad de actuar puede encontrarse en todo el ordenamiento jurídico; buscar una sistematización para el estudio de las diferentes formas en que puede presentarse el ejercicio de un derecho no es empresa sencilla, dada la amplitud del campo del origen del derecho, creemos que los derechos cuyo ejercicio puede significar inexistencia de delito por ausencia de antijuridicidad, puede resumirse en los siguientes grupos:

- a) Derechos que se ejercitan por la calidad del individuo
- b) Los derechos que se ejercitan por una calidad profesional determinada

³⁷¹ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, 10ª. Edición, Porrúa, México, 1991, Pág. 334

³⁷² Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 213

³⁷³ Cfr. Vela Treviño, Sergio, *Antijuridicidad y justificación*, Págs. 280 - 307.

aaa) La gestión oficiosa

aaa) Lesiones u homicidio causados en el ejercicio de actividades deportivas;

bb) Los derechos que se ejercitan por una calidad profesional en general son las que se llevan a cabo en virtud de un tratamiento médico.

cc) Los derechos ejercitados por razón de una función disciplinaria son:

ccc) Derecho disciplinario

ccc) Derecho de corrección o ius corrigendi.

6.3.3.2. ELEMENTOS DOCTRINARIOS DEL EJERCICIO DE UN DERECHO

A efecto de tener una idea general de los requisitos o presupuestos que deben existir para la existencia del ejercicio de un derecho a manera de resumen señalamos los siguientes

- a) El reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercido
- b) El Derecho debe estar otorgada en forma lícita por la autoridad competente
- c) El derecho que se ejerce no deber ser contrario a la letra de la ley ni a las buenas costumbres
- c) Debe existir racionalidad del medio empleado
- d) No debe ser con el propósito de perjudicar a otro
- e) El que ejerce un derecho no debe salirse de la ley

6.4.3.3. UBICACIÓN DEL EJERCICIO DE UN DERECHO EN EL CÓDIGO PENAL

El ejercicio de un derecho como causa de exclusión del delito se encuentra previsto en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal en vigor señalando que el delito se excluye

cuando “ *la acción o la omisión se realicen en ... ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro* ”

6.3.3.3. ELEMENOS DEL EJERCICIO DE UN DERECHO SEÑALADOS EN EL CÓDIGO PENAL

De acuerdo con lo descrito en el punto que antecede concluimos que los elementos del ejercicio de un derecho conforme al Código Penal son los siguientes:

- a) El derecho debe estar previsto en la ley
- a) La necesidad racional del medio empleado
- b) Que no se realice con el propósito de perjudicar a otro

6. 3.4. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

En términos generales, deber viene del latín *debere* y, significa estar obligado a pagar o aquello a que está uno obligado a cumplir con sus deberes ciudadanos³⁷⁴, o bien como señala, Cabanellas³⁷⁵ el deber “ *implica la necesidad moral de una acción u omisión, impuesta por ley, pacto o decisión unilateral irrevocable, para servicio o beneficio ajeno y cumplimiento de los fines exigidos por el orden social humano. El fundamento inmediato de deber jurídico se señala*

en el orden procedente de las relaciones naturales de la sociedad; y el remoto, como surgido de la sociabilidad. Se apoya así mismo en la ley positiva o en la natural, o en ambas a la vez”. A este mismo respecto, el Diccionario Jurídico Mexicano precisa que el cumplimiento de un deber en el uso común, “ *cumplir es ejecutar, llevar a efecto. Hacer uno aquello que debe o a que está obligado. Deber es aquello a que está obligado el hombre por algún tipo de normas,*

³⁷⁴ García, Ramón *Diccionario Larousse Ilustrado*, México, 195, Pág. 317

³⁷⁵ Cabanellas de Torres, Guillermo, Op. Cit. Pág. 111

particularmente jurídicas o religiosas. También se entiende por deber desempeñar el oficio o ministerio de que está encargado”³⁷⁶

El cumplimiento de un deber atiende al principio de interés preponderante y se produce cuando frente al interés lesionado por la realización típica aparece, en el caso concreto, un interés demás valor que desplaza al primero (*Vela Treviño, Antijuridicidad y Justificación, Pág. 201.*); ya que la función del derecho penal dentro del conjunto unitario del ordenamiento jurídico se opondría a que el cumplimiento de un deber impuesto en una determinada rama del derecho se considerara contrario a derecho y se castigara por el derecho penal; o que éste resultara antijurídica la realización de un derecho concedido en otro sector del derecho (*Mir Puig, Derecho Penal Pág. 411*), puesto que la acción realizada en cumplimiento de un deber es justa, cuando ese deber está jurídicamente impuesto, o, en los demás casos, cuando la autoridad o el cargo eran funcionalmente atribuidos por el derecho (*Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo I, Pág. 317*); por lo que es de advertirse que “no actúa antijurídicamente quien ejecuta una acción, en sí misma típica, por encargo del poder estatal, en el marco de su competencia y dentro de los márgenes señalados por la ley (*Maurach, Pág. 503*)”; en conclusión un Órgano estatal que realice el tipo de una ley penal actuando en base a y, en el marco de los derechos propios de su cargo actúa conforme a derecho (*Jescheck, Tomo II, Pág. 535*); lo anterior, en mérito de que las causas de justificación se generan a partir de un precepto permisivo, en tanto que en el cumplimiento de un deber jurídico hay sólo una norma preceptiva (una orden) quien no quiere actuar justificadamente, puede no hacerlo, porque el derecho no le ordena que lo haga sino que simplemente se lo permite. En lugar, quien deja de cumplir con un deber jurídico es sancionado, porque el derecho le ordena de esa forma. Por otra parte, en tanto que el cumplimiento de un deber jurídico hay una orden, en la causa de justificación no hay ni siquiera un favorecimiento de la conducta justificada, lo que solo está permitido con un gesto de impotencia ante una situación conflictiva (*Zaffaroni, Pág. 495*)

³⁷⁶ Diccionario Jurídico, Mexicano, Tomo I, Pág. 799

De acuerdo con lo anterior, Humberto S. Vidal³⁷⁷ refiere que “Para que un hecho se justifique en cumplimiento de un deber, es preciso que lo imponga el derecho, el deber de actuar debe provenir de la constitución, la ley, reglamento, ordenanza explícita o implícitamente impuesto, sin atender a su jerarquía...El hecho típico ejecutado en cumplimiento de un deber no es facultativo ni renunciable. El deber se proyecta erga omnes, en el sentido de que cualquier individuo, en determinadas circunstancias, se encuentra en el deber jurídico de cumplirlo. Los testigos, peritos, interpretes, profesionales llamados por los jueces a deponer, están obligados a declarar la verdad aunque tales dichos lesionen bienes ajenos, porque están amparados por la justificante”; para Gómez de las Torre Verdugo Ignacio “ el ordenamiento jurídico, en cualquiera de sus sectores , establece el deber de actuar u omitir respecto a un sujeto o grupo de sujetos, incluso lesionando con ello bienes jurídicos penalmente protegidos, es claro que debe pivar el cumplimiento de ese deber sobre la evitación de daños a dichos bienes”³⁷⁸

En nuestro derecho penal Mexicano Ignacio Villalobos al referirse al cumplimiento de un deber señala que “es claro que tiene virtud suficiente para excluir la antijuridicidad del acto típico, pues el supuesto es que tal acto se halla permitido u ordenado expresamente, con los mismos caracteres con que lo describe la ley penal”³⁷⁹; a este mismo respecto el maestro Don Fernando Castellanos Tena precisa que “al lado de las causas de justificación figuran otras que también privan a la conducta del elemento antijuridicidad, y por lo mismo, imposibilitan la integración del delito”³⁸⁰; Finalmente, Francisco Pavón Vasconcelos señala que “quien cumple con la ley no ejecuta un delito por realizar la conducta o hechos típicos, acatando un mandato legal”³⁸¹

³⁷⁷ S. Vidal Humberto. *licitud, Justificación y exceso*, Editorial Córdoba, Córdoba, Argentina, 1985, Pág.95

³⁷⁸ Gómez de la Torre, Berdugo Ignacio y otros, *Lecciones de Derecho Penal*, parte General, Praxis, España, 1996, Pág. 196

³⁷⁹ Villalobos Ignacio, *Derecho Penal Mexicano*, Parte General, 4ª. Edición, Porrúa, México, 1983, Pág. 355

³⁸⁰ Castellanos Tena . Fernando. Op. Cit. Pág. 211

³⁸¹ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, 10ª. Edición, Porrúa, México, 1991, Pág. 341

6.3.4.1.ELEMENTOS DOCTRINARIOS DEL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

De lo señalado tanto por la doctrina extranjera y nacional y siguiendo a Francesco Antolisei³⁸² para que esta causal opere como causa de exclusión del delito debe reunir los siguientes elementos:

- a)El deber se encuentra previsto en una norma jurídica
- b)El Deber está impuesto por autoridad competente

6.3.4.2.LA UBICACION DEL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER EN EL CÓDIGO PENAL

El cumplimiento de un deber como causa de exclusión del delito se encuentra previsto en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal en vigor y precisa que el delito se excluye cuando *“ la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico ... siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber ... y que éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro ”*

6.3.4.3.ELEMENTOS DEL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER SEÑALADOS EN EL CODIGO PENAL

De una manera general como se observa de la redacción del precepto en el que se consigna el cumplimiento de un deber como causas de exclusión de la antijuridicidad , los elementos o requisitos son los siguientes:

- a) El deber de comportamiento debe estar previsto en la ley
- b) La necesidad racional del medio empleado

³⁸² Antolisei Francesco, Op. Cit. Pág. 191

6.3.5. EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO

Enseña Hans Welzel que “ si alguien lesiona un bien jurídico ajeno en razón del consentimiento dado por la persona facultada para disponer de él, tal hecho no es antijurídico si el consentimiento y la acción no son contrarios a las buenas costumbres ... El consentimiento es el acuerdo con el hecho; contiene la renuncia a la protección jurídica . Es más que el mero dejar hacer o la tolerancia pasiva, mas bien el acuerdo interior con el acto. Debe ser serio y corresponder a la verdadera voluntad del que consiente. Una renuncia a la protección jurídica obtenida mediante engaño o amenaza, no constituye consentimiento”³⁸³; De acuerdo con Daza “por consentimiento entendemos la aprobación dada por el titular del bien jurídico o el poseedor legítimo del mismo par que lo utilice un tercero o dicho en otras palabras es la renuncia por el titular a la protección del derecho”³⁸⁴

6.3.5.1. CLASES DE CONSENTIMIENTO

Un amplio sector de la doctrina penal extranjera partidarios del finalismo, tales como Stratenwerth³⁸⁵, Wessels³⁸⁶ y Bacigalupo³⁸⁷ entre otros, hacen la distinción entre el consentimiento que excluye al tipo y el consentimiento que excluye la antijuridicidad, por ello tenemos que las clases de consentimiento son los siguientes:

- a) El consentimiento que excluye el tipo
- b) El consentimiento que excluye la antijuridicidad o justificante

6.3.5.1.1. EL CONSENTIMIENTO COMO EXCLUYENTE DEL TIPO

Dice Gunter Stratenwerth que “ el consentimiento acuerdo excluyente de la adecuación al

³⁸³ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Págs 114 y 115.

³⁸⁴ Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, Op. Cit. Pág. 138

³⁸⁵ Stratenwerth, Gunter, Op. Cit. Pág. 127

³⁸⁶ Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 99

³⁸⁷ Bacigalupo Enrique, Op. Cit. Pág. 132

supuesto de hecho típico tendrá eficacia en los casos en que el supuesto de hecho típico respectivo presuponga un obrar contra o sin la voluntad del afectado³⁸⁸; o bien como enseña Wessels “ el acuerdo del interesado ya excluye la tipicidad de la acción si esta deriva su disvalor de la circunstancia de que se le comete, según la descripción legal de la conducta, contra o sin la voluntad del lesionado³⁸⁹, por su parte, Bacigalupo precisa que “el consentimiento excluirá la tipicidad cuando el tipo describe una acción cuyo carácter ilícito reside en el obrar contra la voluntad del sujeto pasivo³⁹⁰

6.3.5.1.2. EL CONSENTIMIENTO QUE EXCLUYE LA ANTIJURIDICIDAD O JUSTIFICANTE

El consentimiento como causa que excluye la antijuridicidad, Wessels enseña que “ si una acción llevada a cabo contra o sin la voluntad de la persona protegida no pertenece al tipo propiamente dicho, el consentimiento del hecho tiene significación si se trata de bienes jurídicos individuales renunciables, como causa de justificación . A diferencia del acuerdo que excluye el tipo, el consentimiento justificante representa, por su esencia, una renunciabilidad a la protección del derecho. Por consiguiente, su alcance efectivo se limita a los casos en que el ordenamiento jurídico le concede a la persona protegida la posibilidad de emplear su derecho de autoderterminación renunciando a sus bienes³⁹¹; a este mismo respecto Bacigalupo enseña que “el consentimiento excluye la antijuridicidad cuando el comportamiento el autor importa ya una lesión de un bien jurídico³⁹²

6.3.5.2. LA UBICACION DEL CONSENTIMIENTO EN EL CÓDIGO PENAL

Complejo es el problema hoy en día para determinar los caso en que el consentimiento

³⁸⁸ Stratenwerth Gunter. Op. Cit. Pág. 127

³⁸⁹ Wessels Johannes , Op. Cit. Pág. 98

³⁹⁰ Bacigalupo Enrique, Op. Cit. Pág. 132

³⁹¹ Wessels Johannes , Op. Cit. Págs. 100-101

³⁹² Bacigalupo Enrique, Op. Cit. Pág. 132

excluye al tipo y cuando la antijuridicidad. Sin embargo como no es propiamente tema de nuestra investigación, pasemos a la descripción contenida en el Código Penal, así el consentimiento del ofendido como causa de exclusión del delito se encuentra previsto en la fracción III, del artículo 15 del Código Penal en vigor señalando que el delito se excluye cuando *“ se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que el bien jurídico sea disponible, que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo y que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundamentalmente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo”*

6.3.5.3. ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO DE ACUERDO CON EL CÓDIGO PENAL

De acuerdo con la descripción contenida en la fracción III, del artículo 15 del Código Penal como hemos vistos, los elementos del consentimiento como causa de exclusión del delito son los siguientes:

- a) Que el bien jurídico sea disponible
- b) Que el titular del bien jurídico tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito
- d) Que el consentimiento no tengas vicios
- e) Que el consentimiento se tal en circunstancias que permitan fundadamente que el titular lo hubiera otorgado.

CAPITULO VII

LA ESTRUCTURA FINALISTA DE LA CULPABILIDAD (RESPONSABILIDAD)

Para el desarrollo del presente capítulo como ya hemos optado por una metodología propia, evidentemente que continuaremos trabajando sobre esa sistemática, del tal manera que en principio partiremos de la definición etimológica de la culpabilidad, enseguida de los autores finalistas alemanes, posteriormente, de los españoles, argentinos y mexicanos, ello con el objeto de tener una visión general del concepto de culpabilidad y posteriormente enumeraremos los elementos que la conforman como tercer elemento o nivel del delito y, finalmente dar paso al desarrollo de cada uno de sus elementos.

7.1. EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD FINALISTA

Con el objeto de tener una clara idea de lo que constituye la culpabilidad como tercer nivel estructural del delito, en primer término desarrollaremos el concepto desde dos puntos de vista que son:

- a) Etimológico
- b) Doctrinal

7.1.1. EL CONCEPTO ETIMOLÓGICO DE CULPABILIDAD

El término culpabilidad de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española ³⁹³ viene del término *culpable* y significa calidad de culpable, y, culpable viene del latín *culpabilis*, y significa aquel a quien se puede echar la culpa o delincuente responsable.

³⁹³ *Diccionario de la Lengua Española*, Op. Cit. Tomo II, Pág. 398

Desde este punto de vista y acorde a los diccionarios especializados, también es factible definir a la culpabilidad, así se dice que “es calidad de culpable de responsable de un mal o de un daño, imputación de delito o falta, autor de mala acción, responsable de un delito o falta”³⁹⁴, o bien “supone una conciencia específica y normal del sujeto para comprender la criminalidad del acto imputado. Culpable, así, es quien ha tenido esa conciencia; en tanto que imputable”³⁹⁵

7.1.2. EL CONCEPTO DOCTRINAL DE LA CULPABILIDAD

En la evolución doctrinaria de la teoría del delito ha sido un serio problema el de la culpabilidad, en principio se ha discutido entre psicologismo y normativismo, aquí nos interesa, el último que va a la par con el finalismo alemán. Desde esta perspectiva, la teoría de la acción finalista, ve a la culpabilidad como reprochabilidad de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto culpabilidad de voluntad, solo aquello respecto del cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad. Así en cuanto a sus facultades y predisposiciones ya sean valiosas o mediocres, solo aquello que el hace con ellas o como las pone en movimiento en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer con ellas o como hubiera podido o debido ponerlas en movimiento, le puede ser tomado en cuenta como mérito o reprochado como culpabilidad (*Welzel, Derecho Penal Alemán, Pág. 166*); constituye el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido (*Mezger, Pág. 189*); significa la reprochabilidad de la acción típica y antijurídica en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que dicha acción expresa (*Jescheck, Tomo II, Pág. 817*); por eso “Solo en el ámbito de la culpabilidad se reúne todo el saber sistemático sobre el autor. Quien llega a éste ámbito sabe ya, tras haber pasado las anteriores etapas de investigación, que un comportamiento humano ha realizado un injusto jurídico penal. Pero todavía no sabe si el comportamiento analizado puede ser imputado a una determinada persona por ese comportamiento. En este cuarto estadio de la estructura del delito se discute y decide

³⁹⁴ Cabanellas de Torres Guillermo, Op. Cit. Pág. 103

³⁹⁵ Ramírez Gronda Juan D., *Diccionario Jurídico*, 10ª. Edición, claridad, Argentina, 1988, Pág. 105

precisamente la imputación subjetiva del injusto frente a una determinada persona³⁹⁶, antes bien, representa “una falta ético social que encierra el reproche de la lesión grave, socialmente relevante de un deber”³⁹⁷. En la doctrina española se precisa que existe culpabilidad cuando el autor de un hecho antijurídico actuado en condiciones de motivabilidad normal, lo que sucede es que si no es inimputable (enajenado, menor de 16 años, sujeto a una alteración o percepción desde la infancia que altere gravemente su conciencia de la realidad, o sujeto que actúa en trastorno mental transitorio) ni obra en una situación de no exigibilidad (miedo insuperable, estado de necesidad exculpante). Ni el dolo ni la imprudencia afectan a la culpabilidad sino al tipo injusto (*Mir, Puig, Derecho Penal, Pág. 466*). En Argentina se entiende como reprochabilidad (*Zaffaroni, Pág. 349*); es decir, constituye un puro juicio valorativo de reproche que se le hace a una persona por haber actuado antijurídicamente, teniendo la posibilidad de conocer lo injusto de su hecho. Un sujeto es culpable, pues, cuando habiendo podido formar una voluntad de acción adecuada a la Norma actuó con voluntad antijurídica (*Hechandía, Culpabilidad, Pág. 14*), de tal manera que tomando en cuenta los aspectos anteriores Fernando Díaz Palos refiere que “ debe distinguirse entre imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad. La primera es el antecedente o presupuesto, el potencial subjetivo en que la responsabilidad reposa y pudiera denominarse más correctamente capacidad jurídico penal. La imputabilidad o capacidad actualizada deviene en culpabilidad, o lo que es lo mismo, el sujeto imputable capaz pone un acto delictivo que le convierte en sujeto culpable. Finalmente, el juicio de constatación de la culpabilidad hecho por la sociedad, a través del Órgano Jurisdiccional, genera la responsabilidad que es la consecuencia, esto es el deber de sufrir la pena por el culpable ”³⁹⁸

En nuestra doctrina, la culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo

³⁹⁶ Hassemer Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal*, traducción del alemán por Francisco Muñoz Conde y Luis Arrollo Zapatero, Bosch, Barcelona España, 1984, Págs. 266-267

³⁹⁷ Sauer, Guillermo, *Derecho Penal, Parte General*, Traducción de Juan Cobo del Rosal y José Cerezo Mir, Barcelona, España, 1956, Pág. 222

³⁹⁸ Díaz Palos Fernando, *Culpabilidad jurídico penal*, Bosch-casa editorial, Barcelona, España 1954, Págs. 93

o bien constituye el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el acto (*Ignacio Villalobos, Págs. 281-282/Castellanos Tena, Pág. 234*), de tal suerte que hoy en día la culpabilidad como elemento o nivel del delito constituya un tema de actualidad.

7.2. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD FINALISTA

El padre del finalismo refiere que los elementos de la culpabilidad o como el les llama los presupuestos de la reprochabilidad ³⁹⁹ son los siguientes:

- a) Que el autor sea Imputable.
- b) Que el autor haya comprendido el carácter injusto de su comportamiento
- c) Que el autor sea capaz de motivarse de acuerdo con la norma

Para el maestro de Basilea Gunter Stratenweth⁴⁰⁰ seguidor y participe del finalismo precisa que los requisitos o elementos que componen la culpabilidad son los siguientes:

- a) La Capacidad de culpabilidad(imputabilidad)
- b) El conocimiento virtual de la prohibición
- c) La exigibilidad de otra comportamiento.

Finalmente, palabras más, palabras menos Francisco Muñoz Conde,⁴⁰¹ Carlos Daza,⁴⁰² Octavio Orellana Wiarco ⁴⁰³ y Eduardo López Bertancourt ⁴⁰⁴, de manera excepcional coinciden en que los elementos de la culpabilidad finalista son los siguientes:

- a) La Imputabilidad o capacidad de culpabilidad

³⁹⁹ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Págs. 169 - 170

⁴⁰⁰ Stratenwert, Gunter, Op. Cit. Pág. 165 - 189

⁴⁰¹ Muñoz Conde, *Teoría General del Delito*, Pág. 134

⁴⁰² Cfr. Daza Gómez, Carlos Juan, Manuel, Op. Cit. Pág. 47

⁴⁰³ Cfr. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Op. Cit. Pág. 118

⁴⁰⁴ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, Pág. 205

- b) La posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito del hecho realizado
- c) La Exigibilidad de una conducta conforme a la ley

7.3. ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD FINALISTA

Para el análisis de los elementos de la culpabilidad a la luz de la teoría reinante lo haremos partiendo de aquellos elementos que la integran, si como de aquellos que ante su presencia hacen que un sujeto no se le pueda reprochar el hecho; por ello se advierte que la culpabilidad desde el punto de vista que se quiera observar no es un concepto único, sino que, éste se compone de una serie de elementos que al reunirse forman en su conjunto la culpabilidad, dichos elementos siguiendo a los puntos de vista doctrinarios señalados en los puntos que anteceden, son los siguientes:

- a) Imputabilidad o capacidad de culpabilidad
- b) Conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido
- c) La exigibilidad de un comportamiento distinto

Una vez precisado cuales son los elementos que integran o componen la culpabilidad pasemos al desarrollo de cada uno de los mismos en el orden que hemos enumerado.

7.3.1. LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD (IMPUTABILIDAD)

La capacidad de culpabilidad o responsabilidad como prefiere llamarle el maestro de Munich es capacidad del autor de: comprender lo injusto del hecho y de determinar la voluntad conforme a esa comprensión. La capacidad de culpabilidad tiene, por tanto, un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo); la capacidad de comprensión de lo injusto y de determinación de la voluntad (conforme a sentido). Solo ambos momentos constituyen la capacidad de culpabilidad. Cuando a causa de falta de madurez de un joven o a consecuencia de estados mentales anormales no se da aunque sea sólo uno de estos

momentos, el autor no es capaz de culpabilidad (*Welzel. Derecho Penal Alemán, Pág. 182*), en tal tesitura, 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 a que aquí hacemos referencia. De todos modos, no es posible determinar la capacidad de culpabilidad (capacidad de imputación) en forma positiva, sino captarlas 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. (*Stratenwerth, Pág. 165*), en tal virtud Alfonso Reyes Echandía refiere que la imputabilidad es “la capacidad de conocer y comprender la antijuridicidad de la propia conducta y de autorregularse de acuerdo con dicha comprensión”⁴⁰⁵, o como dice José Manuel Gómez Benitez, la imputabilidad significa la aptitud para conocer y valorar el deber de respeto a la norma y la capacidad para actuar o de comportarse conforme a dicha comprensión⁴⁰⁶

7.3.1.1. ELEMENTOS QUE COMPONEN LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD(IMPUTABILIDAD)

Como ya hemos precisado, los elementos que deben estar presentes para que un sujeto sea imputable, es decir para que sea culpable de un hecho, siguiendo a Welzel,⁴⁰⁷ Stratenwer⁴⁰⁸ y Wiarco⁴⁰⁹ la capacidad de culpabilidad tiene dos aspectos uno intelectual y otro volitivo y que gráficamente puede representarse de la siguiente manera:

a) Momento cognoscitivo o intelectual (capacidad de comprender lo injusto del hecho)

⁴⁰⁵ Reyes Echandía Alfonso. *La imputabilidad*, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1976, Pág. 31

⁴⁰⁶ Cfr. Gómez Benitez, José Manuel, *Derecho Penal*, Parte General, Civitas, Madrid, España 1987, Pág. 456

⁴⁰⁷ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 182

⁴⁰⁸ Stratenwerth Gunter, Op. Cit. Pág. 165

⁴⁰⁹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Op. Cit. Pág. 120

b) Momento volitivo o voluntad (capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión - abstenerse)

Una vez señalado cuales son los elementos que componen la capacidad de culpabilidad entremos al análisis particular de cada una de ellas con el objeto de precisar su naturaleza.

7.3.1.1.1. LA COMPRENSIÓN DE LO INJUSTO (MOMENTO COGNOSCITIVO O INTELLECTUAL)

Para el momento intelectual, es decisiva la capacidad de comprensión de lo injusto del hecho, no de lo no permitido. En todo caso se trata de la capacidad de comprensión del injusto material. No es necesario que el autor pueda reconocer el hecho como contrario a la ley o, en general, como punible, ni es suficiente la conciencia de perpetrar una simple inmoralidad, sino que el autor tiene que poder reconocer que su hecho es una transgresión de aquellas normas sociales que son indispensables para la vida en común. Si no se da esta capacidad, entonces se excluye también la posibilidad concreta de comprensión del injusto (Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Págs. 182 - 183); es decir, la capacidad de comprensión como elemento intelectual de la capacidad de culpabilidad se refiere a que el autor se le exige pueda reconocer que su conducta transgrede normas sociales indispensables para la vida en común, para lograr esa exigencia, no es necesario que el agente conozca el hecho como tipificado por la ley. Por ello, si no se da esa comprensión puede presentarse una causa de inculpabilidad (Orellana Wiarco, Pág. 120)

7.3.1.1.2. LA DETERMINACIÓN DE LA VOLUNTAD (ELEMENTO VOLITIVO)

Enseña el maestro español Enrique Bacigalupo que "La capacidad de motivación es la capacidad de determinación por el cumplimiento del deber"⁴¹⁰, es decir que, no basta que intelectualmente se halla determinado desplegar un comportamiento penalmente relevante, sino

⁴¹⁰ Bacigalupo, Enrique, Op. Cit. Pág. 157

que además, el agente debe tener la voluntad de obtener el objetivo que se ha propuesto mediante el fin dirigente de su acción u omisión.

En este orden de ideas si luego de haber analizado cada uno de los elementos que componen la capacidad de culpabilidad, han sido reunidos tanto el aspecto cognoscitivo o intelectual como el volitivo o voluntad, se puede afirmar que el agente es capaz de responder culpablemente; sin embargo, frente a esa capacidad de culpabilidad, también puede ser que exista alguna causa que impida integrar precisamente esa capacidad de culpabilidad, y, por lo tanto, evitará que el agente se le pueda fincar responsabilidad alguna; por ello, en el punto siguiente analizaremos en que casos se excluye dicha capacidad de culpabilidad.

7.3.1.2. ELEMENTOS QUE EXCLUYEN LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD (INIMPUTABILIDAD)

Interesante resulta la clasificación de las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad que hace el padre del finalismo Has Welzel ⁴¹¹ al que llama estados mentales anormales y son los que a continuación se enumeran.

- a) La perturbación de la conciencia
- b) La perturbación patológica
- c) Las debilidades mentales

Las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad para Gunter Stratenwerth⁴¹² son los siguientes:

- a) La minoridad
- b) Las modificaciones anormales de la personalidad o el déficit de la misma

⁴¹¹ Cfr. Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán*, Págs. 184 - 185

⁴¹² Cfr. Stratenwerth Gunter, Op. Cit. Págs. 166 - 176

Como se puede ver, en general las causas que excluyen la capacidad de culpabilidad van encaminadas a las fallas mentales del hombre, sin embargo, acorde con la doctrina, dichas fallas mentales nos siempre excluyen de manera total dicha capacidad, pues, ha sido necesario graduar la capacidad y en base a esa graduación de disminución mental el sujeto será total o parcialmente culpable, dando así origen a los grados o graduaciones de la capacidad de culpabilidad que a continuación analizaremos.

7.3.1.3. GRADOS DE EXCLUSIÓN DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

En cuanto respecta a la incapacidad de culpabilidad debido a una perturbación psíquica es opinión dominante que la incapacidad de culpabilidad abarca los siguientes aspectos:

- a) Incapacidad total de culpabilidad (inimputabilidad plena)
- b) Capacidad de culpabilidad disminuida (inimputabilidad parcial)
- c) Exclusión culpable de la capacidad de culpabilidad

Una vez señalado los grados en que se puede presentar la exclusión de la capacidad de culpabilidad, pasaremos ahora al desarrollo de los mismos señalando los casos o hipótesis en que se excluye de manera plena dicha capacidad y cuando de manera parcial.

7.3.1.3.1. LA EXCLUSIÓN TOTAL DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

Para el análisis de las causas que excluyen totalmente la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) podemos clasificarlos en dos rubros que son:

- a) En cuanto a la minoría de edad
- b) En cuanto a las modificaciones anormales de la personalidad o psíquicas

Veamos ahora porque en los casos de cierta edad un sujeto aun cuando comete un comportamiento típico y antijurídico, no responde ante la ley, ya sea por una cuestión de su edad o por una alteración psíquica.

7.3.1.3.1.1. EXCLUSION TOTAL DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD POR MINORIA DE EDAD

En cuando a la minoría de edad, en nuestro derecho penal mexicano no representa problema alguno puesto que en nuestro país solamente responden culpablemente aquellos sujetos que al momento de cometer el hecho penalmente relevante hayan cumplido 18 años; por el contrario, salen de la esfera penal para gravitar sobre una cuestión estrictamente administrativa como en nuestro caso lo constituye el Consejo Tutelar para menores Infractores.

7.3.1.3.1.2. EXCLUSION TOTAL DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD POR MODIFICACIONES ANORMALES DE LA PERSONALIDAD O PSÍQUICAS.

De acuerdo con el padre de la doctrina reinante⁴¹³ quien llama a las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad por una afectación psíquica “estados mentales anormales” y Stratenwer⁴¹⁴ son incapaces totalmente de culpabilidad por una cuestión psíquica, los sujetos que al momento de emitir un comportamiento penalmente relevante, padezcan de:

- a) Perturbación anímica morbosa (Stratenwerth)
- b) Perturbación profunda de la conciencia (Welzel y Stratenwerth)
- c) Por debilidad mental (Welzel y Stratenwerth)
- d) Perturbación patológica de la actividad mental (Welzel)

aa) La perturbación anímica morbosa prácticamente constituye el primero de los fundamentos de la exclusión de la incapacidad de culpabilidad. Indudablemente con esta

⁴¹³ Welzel Hans, *Derecho Penal Alemán*, Págs. 184 -185

⁴¹⁴ Stratenwerth. Gunter, Op. Cit. Págs. 169 - 173

expresión se designa ante todo la psicosis en su exacto sentido médico⁴¹⁵ así, la perturbación anímica morbosa puede aparecer de cualquiera de las siguientes formas.

aaa) Psicosis

aaa) Neurosis

aaa) Perturbaciones del instinto sexual

bb) Respecto de la perturbación de la conciencia esta puede excluir la capacidad de culpabilidad “ en la medida en que de esta forma se puede designar sucesos patológicos...Como consecuencia de ello, la ley solamente requiere aquí perturbaciones no morbosas, sea que se trate de perturbaciones de naturaleza fisiológica, especialmente en los casos de agotamiento total y en los estados anímicos, o bien de naturaleza psicológica, como ocurre en los estados crepusculares hipnóticos y en los caos de emociones intensas; ”⁴¹⁶ así los casos más comunes de perturbación profunda de la conciencia factibles de excluir la capacidad de culpabilidad en forma total son las siguientes:

bbb) Intoxicaciones alcohólicas (Stratenwerth)

bbb) Intoxicaciones en general (Stratenwerth)

bbb) Delirios febriles (Welzel y Stratenwerth).

bbb) Somnolencia (Welzel)

bbb) Desmayo (Welzel)

bbb) Hipnosis (Welzel)

bbb) Embriaguéz (Welzel)

cc)Respecto de la debilidad mental se trata aquí solamente de una disminución anormal de la inteligencia que no se refleja orgánicamente...Los defectos de inteligencia que son consecuencia de lesiones cerebrales intrauterinas, producidas traumáticamente durante el parto, o en la primera Infancia; en tal tesitura, los casos más comunes que excluyen la

⁴¹⁵ Ibidem Págs. 169- 170

⁴¹⁶ Ibidem. Pág. 171

capacidad de culpabilidad total con motivo de debilidad mental siguiendo a Stratenwerth⁴¹⁷ como al propio Welzel⁴¹⁸ son los siguientes:

ccc) Idiocia (Welzel y Stratenweth)

ccc) Imbecilidad (Welzel y Stratenwerth)

ccc) Debilidad (Welzel y Stratenwerth)

ccc) En general perturbaciones mentales patológicas de grado menor (welzel)

Señala Stratenwerth que “estos fenómenos psíquicos anormales eliminan la capacidad de culpabilidad solamente si el autor es incapaz de comprender la ilicitud del hecho o de obrar de acuerdo con esa comprensión... Si se reconoce que el autor no era capaz de culpabilidad en el momento del hecho habrá que absolverlo de todo reproche de culpabilidad y, por lo tanto quedará impune. De todos modos, será posible la aplicación de medidas de mejoramiento y seguridad cuando sean necesarias para neutralizar la peligrosidad del autor: internación en un hospital psiquiátrico o en un instituto, o privación del permiso de conducir”⁴¹⁹

7.3.1.3.2. CAUSAS QUE DISMINUYEN LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD (CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DISMINUIDA)

La capacidad de culpabilidad disminuida desde luego no excluye la capacidad de culpabilidad, sino que solamente la afecta gravemente, en estos casos permite al juez una atenuación de la pena... junto a ello se puede ordenar según las circunstancias la internación en un establecimiento de curación (Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 186); es decir, las personas con imputabilidad disminuida son aquellas cuya capacidad de comprensión o encauzamiento está considerablemente disminuida en el momento de la comisión del hecho y crea una causa facultativa de atenuación de la pena, esta atenuación es facultativo del juzgador (*Wessels*, Pág.

⁴¹⁷ Ibidem Pág. 172

⁴¹⁸ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Pág. 185

⁴¹⁹ Stratenwer Gunter. Op. Cit. Pág. 173

114), por ello, es preciso concluir que, si la capacidad del autor de comprender la ilicitud del hecho o de obrar de acuerdo con ella resulta, en el momento del hecho, considerablemente disminuida se reducirá su capacidad de culpabilidad: En este caso, es posible una atenuación de la pena por parte del juzgador (*Stratenwerth, Pág. 174*); de tal manera que atendiendo a estas opiniones los casos hipotéticos que disminuyen la capacidad de culpabilidad son:

- a) Trastornos mentales transitorios
- b) Las psicopatías
- c) La debilidad mental

Por otra parte, y sin hacer una clasificación respecto de si la presencia de una causa exclusión de la capacidad de culpabilidad, la excluye totalmente o la disminuye, y sin citar la fuente Gustavo Malo Camacho ⁴²⁰ señala que en el año de 1978 se produjo una clasificación de las enfermedades mentales que en general, han sido internacionalmente aceptados, dichas enfermedades son:

- a) Trastornos mentales orgánicos que pueden ser:
 - aa) Demencia involuntaria
 - aa) Reacción orgánico cerebral aguda (delirio)
- b) Trastornos producidos por las drogas
- c) Trastornos mentales orgánicos e inorgánicos (Deficiencia y retardo mental generalmente orgánicos o por ambiente poco apto)
- d) Epilepsia sistemática (orgánica y esencial)
- e) Trastornos de personalidad (orgánicos algunos, de carácter social la mayoría)
- f) Esquizofrenia paranoide
- g) Trastornos sexuales orgánicos y sociales)
- ch) Trastornos funcionales que puede consistir en :
 - chch) Esquizofrenias (pensamiento, afectividad y conducta)

⁴²⁰ Cfr. Malo Camacho Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, México, 1997, Pág, 558.

- chch) Enfermedades afectivas
- chch) Manías depresivas
- chch) Estados paranoicos
- chch) Neurósis (en discusión)

7.3.1.3.3. LA EXCLUSIÓN CULPABLE DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

Por excepción se castigará al autor, a pesar de su incapacidad de culpabilidad al tiempo de realizar la acción lesiva, así en la *actio libera in causa*: el autor se coloca en estado de incapacidad de culpabilidad (por ejemplo embriaguez), con el dolo de cometer en ese estado un delito determinado. El autor se utiliza a si mismo como instrumento para el hecho (*Welzel, Derecho Penal Alemán, Pág. 186*); es por ello aunque exista la inimputabilidad en el agente al momento del hecho, se tendrá en cuenta un castigo con arreglo a los criterios de la *actio libera in causa* si el autor plenamente responsable pone en movimiento (dolosa o culposamente) la cadena causal respecto de un hecho determinado, que luego ejecuta al perder la imputabilidad (*Wessels, Pág. 114*). En este orden de ideas señala a Stratenwerth la *actio libera in causa* existe cuando la perturbación de la capacidad de culpabilidad es consecuencia del obrar culpable del autor⁴²¹. En estos supuestos, es preciso distinguir - continua diciendo el autor alemán - dos constelaciones distintas de hipótesis que son:

a) *La primera hipótesis* se da cuando el autor capaz de culpabilidad o disminución de la misma, en que voluntariamente se coloca, le hará cometer un delito determinado, cosas que para él pudo también haber sido previsible. En estos casos se habla de una responsabilidad por poner en marcha la serie causal, o sea, por una *actio libera in causa* (el caso más común cuando el autor todavía es capaz de culpabilidad, la comisión posterior del delito y antes de llevarlo a cabo se pone en estado de ebriedad para darse valor, con lo que pierde totalmente o disminuye su capacidad de culpabilidad: en este caso la *actio libera in causa* se lleva a cabo con dolo directo)⁴²² y el gente debe responder como tal ante la ley.

⁴²¹ Cfr. Stratenwerth Gunter. Op. Cit. Pág. 175

⁴²² *Idem*

b) *La segunda hipótesis* es que la posterior comisión de un delito determinado no sea previsible. En este caso, la disminución o la exclusión de la capacidad de culpabilidad, debería jugar en favor del autor. Si embargo, esta consecuencia únicamente se admite en toda su amplitud en el caso de la atenuación de la capacidad de culpabilidad;⁴²³ en este supuesto, es preciso señalar que desde nuestro punto de vista es discutible en los términos en que respondería el sujeto frente al derecho penal.

De cualquier manera, en las dos hipótesis, por desconocimiento del derecho por parte de los administradores de justicia, del órgano de acusación, o bien de la defensa no se entra de por sí al análisis de fondo de cada caso en particular frente a una hipótesis de acción libre en su causa, pues es regla general que frente a ello deberá tomarse como dolo directo, si embargo, como hemos visto y así lo creemos en el caso de la segunda hipótesis, cuando el hecho es posterior y sin que previamente se haya representado cometer el injusto, deberá al menos operar una atenuación de la sanción correspondiente.

De acuerdo con lo anteriormente señalado, los casos más comunes de *actio libera in causa* señala el padre del finalismo⁴²⁴ son los siguientes:

- a) Embriaguéz (doloso)
- b) Dormirse en el volante (culposo)

7.3.2. EL CONOCIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN (SEGUNDO ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD)

Quien realiza a sabiendas y voluntariamente un tipo de injusto sin admitir una situación que justifique el hecho, sabe comúnmente, como persona capaz de culpabilidad, que comete una injusticia... objeto de la conciencia de lo injusto no es el conocimiento de la disposición penal o

⁴²³ Ibidem. Pág. 176

⁴²⁴ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Págs, 185-186

de la punibilidad del hecho, sino la comprensión del autor es que su conducta está jurídicamente prohibida (materialmente jurídica). la conciencia de lo injusto debe estar referido al tipo, o sea, debe abarcar el contenido específico de injusto de la forma delictiva de que se trata ... Si, al cometer el hecho el autor no comprende, como consecuencia de un error inevitable de prohibición, que comete un injusto, actúa sin culpabilidad,⁴²⁵ o bien como señala Stratenwerth que “aun cuando el autor, por su constitución psíquica, disponga de la capacidad de comprender lo ilícito del hecho, la falta de esta comprensión puede ser consecuencia de otras razones que pueden estar tanto en su biografía (como el hecho de provenir de un país extraño con otro orden constituido) cuanto en circunstancias externas(como una falsa información sobre el derecho). Por tanto, no es posible un reproche de culpabilidad referido a quien, en el momento del hecho, no supo ni pudo saber que su conducta contradecía normas jurídicas”⁴²⁶

En nuestra doctrina Gustavo Malo Camacho precisa que “ conocimiento y comprensión no son lo mismo. El conocimiento forma parte del acervo individual de la persona; la comprensión surge desde el aprendizaje social. Una cosa es que la persona conozca la ley o el contenido de una norma y otra que tenga conciencia del significado y valor social de la ley, para lo cual es necesario haber internalizado su contenido ... En síntesis, la conciencia del injusto se refiere a la situación concreta derivada de la conciencia de la persona acerca de su conducta típica y antijurídica realizada. La imputabilidad de la persona, sobre la bases de tales premisas, hace exigible el injusto”⁴²⁷

7.3.2.1. ELEMENTOS DEL CONOCIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN (CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD)

Para que un sujeto se le pueda reprochar un comportamiento típicamente adecuado, no

⁴²⁵ Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 118

⁴²⁶ Stratenwert Gunter, Op. Cit. Págs. 177-178

⁴²⁷ Malo Camacho Gustavo, Op. Cit. Págs. 555 - 556

solo debe ser el mismo antijurídico y tener capacidad de culpabilidad, sino que también es necesario como ya ha quedado señalado que debe tener conocimiento de la prohibición de su comportamiento; es decir, saber el hecho que pretende consumir está prohibido, debe tener conciencia de la antijuridicidad del evento; por ello Stratenwerth⁴²⁸ refiere que los requisitos o elementos del conocimiento de la conciencia de la ilicitud son en general los siguientes:

- a) Comprensión de la ilicitud del hecho no en sentido técnico jurídico, sino en la valoración general propia.
- b) No requiere ni el conocimiento de la punibilidad ni el conocimiento de la prescripción legal que contiene la prohibición
- c) Requiere el conocimiento de la contradicción, precisamente, referido a aquella norma cuya lesión se reprocha al autor.

7.3.2.2. CAUSAS QUE EXCLUYEN EL CONOCIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN (EXCLUSIÓN DE LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD)

Solamente se podrá afirmar que un sujeto no conocía la ilicitud de su comportamiento cuando existe un error de prohibición, y como consecuencia existirá en su favor una causa de exclusión de culpabilidad, así “Existe error de prohibición cuando el autor carece de la conciencia de lo ilícito, a pesar del conocimiento de la situación que fundamenta la ilicitud”⁴²⁹; puesto que el error de prohibición es el que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. El mismo puede ser invencible o vencible⁴³⁰

De tal manera que el error de prohibición que impide el conocimiento de la antijuridicidad del la acción u omisión excluye la capacidad del conocimiento de la prohibición

⁴²⁸ Stratenwerth Gunter, Op. Cit. Págs. 179- 181

⁴²⁹ Idem

⁴³⁰ Malo Camacho Gustavo, Op. Cit. Pág. 567

evidentemente que excluye la culpabilidad, así, el error de prohibición como se aprecia puede ser de las dos formas siguientes:

- a) Error de prohibición inevitable (invencible)
- b) Error de prohibición evitable (vencible)

7.3.2.2.1.EL ERROR DE PROHIBICIÓN INEVITABLE (INVENCIBLE)

El error de prohibición inevitable o invencible le quita al autor la posibilidad de conducirse según lo establecido por el deber, es decir, el agente al emitir un comportamiento no tiene oportunidad de comprender la antijuridicidad de su hecho, esta clase de error, tiene el efecto de excluir la culpabilidad, o sea, de determinar la impunidad; y, por eso se excluye la culpabilidad y por ende la responsabilidad (*Stratenwerth, Págs. 178 - 183 /Malo Camacho, Pág. 567*)

7.3.2.2.2.EL ERROR DE PROHIBICIÓN EVITABLE (VENCIBLE)

El error de prohibición es evitable cuando el agente frente a un hecho tiene la posibilidad de evitarlo o bien diríamos nosotros “superarlo” haciendo un esfuerzo del raciocinio o preguntado en todo caso del hecho a cualquier persona; respecto de este error el derecho vigente ha adoptado la teoría de la culpabilidad: si el error de prohibición es evitable, es posible atenuar la pena (del delito doloso)⁴³¹; o bien origina la responsabilidad culposa, cuando esta aparezca incriminada⁴³²

De tal manera que un comportamiento, aún siendo típica y antijurídica, pues no ser culpable, ya que, ante la presencia el error de prohibición vencible o evitable, las consecuencias o efectos atendiendo a las circunstancias que privaron o rodearon el evento, pueden ser los siguientes:

⁴³¹ Stratenwert. Gunter, Op. Cit. Pág. 184

⁴³² Malo Camacho, Gustavo, Op. Cit, Pág. 567

- a) La atenuación de la sanción
- b) Responsabilidad culposa

En este orden de ideas, creemos que el juzgador al momento de dictar su resolución deberá desde luego tomar parámetros que le permitan determinar si el sujeto que se le atribuye un comportamiento penalmente relevante actuó motivado por un error vencible o invencible, así siguiendo a la doctrina alemana y española dichos parámetros desde nuestra sencilla opinión, son los siguientes:

- a) La exigibilidad de un esfuerzo de conciencia
- b) El hombre debe tomar conciencia de todo lo que se hace
- c) Las dudas podrían despejarse mediante la reflexión y la información

7.3.3. LA EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA (TERCER ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD)

El hecho de que el hombre viva en sociedad, está por ese simple hecho obligado a ajustar su comportamiento acorde al cuerpo normativo vigente, por ello, frente a la normatividad y para hacer armoniosa la convivencia social, su observancia es imprescindible. Así “ el cumplimiento de los mandatos normativos es un deber que se puede exigir, en principio, a todos los ciudadanos. Los niveles de exigencia de este cumplimiento varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego. En principio, el ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia mínimos, que pueden ser cumplidos por cualquier persona, se habla en este caso de una exigencia objetiva, normal o general. Más allá de esta exigibilidad normal, el ordenamiento jurídico no puede imponer el cumplimiento de sus mandatos”⁴³³

En tal virtud, como se aprecia de la aportación doctrinaria, todos estamos sin

⁴³³ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del delito*, Pág. 164

excepción alguna obligados a cumplir un determinado comportamiento; es decir, se nos exige dentro de un parámetro ya de por sí fijado por la norma penal y aceptado por la sociedad entre un mínimo y un máximo y, desde el momento de que rebasemos dichos parámetros entramos al campo del derecho penal y por ende, nuestro comportamiento puede ser criminal.

7.3.3.1. ELEMENTOS DE LA EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

De una manera general al revisar la doctrina tanto extranjera como nacional, no hallamos elementos alguno que son señalara con precisión cuales son los elementos de la exigibilidad de un comportamiento; sin embargo, creemos que de una manera por demás sintetizada son los siguientes:

- a) La regulación del comportamiento
- b) La exigencia de cumplir la norma
- c) La norma debe ser observado por el común de la gente

7.3.3.2. CAUSAS QUE EXCLUYEN LA EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA(NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA)

Para analizar las causas que excluyen la exigibilidad de otra conducta, es necesario señalar en principio que, “ el punto de partida lo constituyen situaciones en las que el autor se encuentra, durante la comisión del hecho, bajo una fuerte presión psíquica de tal naturaleza que no es de esperar un comportamiento adecuada al derecho;”⁴³⁴ es decir, “ obedece a que en el caso concreto no es posible exigir al autor su actuar de manera distinta a la forma en que lo hizo, es decir, no se le puede exigir que hubiera actuado conforme a derecho, sea porque el autor no tenía la capacidad de autodeterminación para conducirse conforme a sentido y significación (imputabilidad); o bien, porque aun teniendo tal capacidad, por las circunstancias

⁴³⁴ Stratenwerth Gunter, Op. Cit. Pág. 189

en que se presenta el caso, no puede exigirse a la persona la comprensión de la antijuridicidad de su acto(inexigibilidad de la comprensión del injusto); o bien, porque aun existiendo tal comprensión de la antijuridicidad de su acto, en el caso, no puede exigirse la adecuación de su conducta a lo ordenado por la ley (no exigibilidad de otra conducta)⁴³⁵

De acuerdo con lo anterior “ entre las circunstancias en virtud 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 la culpabilidad como característica fundadora 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;”⁴³⁶ en este orden de ideas las causas que excluyen la exigibilidad de otro comportamiento y que excluyen la culpabilidad son los elementos que ya estudiamos con anterioridad como son la inimputabilidad y el error de prohibición inevitable; por su parte las causas de exculpación de la culpabilidad son las siguientes

- a) Estado de necesidad exculpante
- b) Exceso en la defensa legitima
- c) La acción sobre la base de una orden antijurídica considerada como obligatoria
- d) Colisión de deberes exculpantes

Por su parte el maestro Gustavo Malo Camacho⁴³⁷ señala que los casos en donde no se le puede exigir otra conducta a un autor de un comportamiento penalmente relevante son en los siguientes casos:

⁴³⁵ Malo Camacho, Gustavo, Op. Cit. Págs. 568- 569

⁴³⁶ Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 119

⁴³⁷ Malo Camacho, Gustavo, Op. Cit, Págs. 569 - 572

- a) El Estado de necesidad exculpante o disculpante

- b) El miedo y el temor exculpante
- c) La obediencia jerárquica

7.3.3.3. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS QUE EXCLUYEN LA EXIGIBILIDAD DE OTRO COMPORTAMIENTO.

En principio, analizaremos someramente, las causas que excluyen o más bien impiden en ciertas circunstancias al agente desplegar otro comportamiento distinto del que generó el resultado criminal, dichas causas son:

- a) Estado de necesidad exculpante
- b) Exceso en la defensa legítima
- c) Miedo insuperable
- d) Obediencia jerárquica o debida

7.3.3.3.1. EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

El estado de necesidad exculpante “presupone una determinada situación de necesidad y, precisamente, un peligro actual, no evitable de otra manera para la vida, el cuerpo o la libertad del mismo autor, de un pariente o de otro allegado (amigo, ama de llaves, amante)... También se presupone que el peligro que fundamenta el estado de necesidad no sea evitable de otra manera. La acción cometida en estado de necesidad debe constituir, como última ratio, el único y último recuso para salir de ese estado y debe ser objetivamente indispensable y apta para evitar el peligro. En el aspecto subjetivo presupone que el autor, conociendo la situación

de peligro y para evitarlo, actúe con voluntad de salvación,⁴³⁸ o bien como enseña Malo Camacho que “ el estado de necesidad inculpante o exculpante es el que deriva de la coacción ; es el que obra violentado por la amenaza de sufrir un mal grave: el típico caso de la vis compulsiva. No es necesario que la amenaza provenga de una tercera persona, sino que puede encontrar su origen también en la fuerza de la naturaleza... Existe equivalencia entre el bien jurídico protegido que se lesiona y el que se salva. precisamente en esto radica su característica fundamental, a la vez que su diferencia. En el estado de necesidad justificante la característica que lo distingue es la salvaguarda de un bien jurídico de mayor jerarquía, afectando uno de menor jerarquía...”⁴³⁹

7.3.3.3.2. EL EXCESO EN LA DEFENSA LEGITIMA

Es cierto que la defensa legítima en general constituye una causa de justificación que en todo caso elimina la antijuridicidad del comportamiento penalmente relevante; sin embargo, cuando el sujeto que se defiende lo hace de manera irracional excediéndose en su defensa sale del ámbito de la antijuridicidad para pertenecer a la culpabilidad; así Wessels⁴⁴⁰ precisa que “ la opinión dominante reconoce como causa de exculpación el exceso en la legítima defensa ; antes, bien, existe exceso en la defensa legítima en los siguientes casos:

- a) Si el agredido se defiende, en el marco de la legítima defensa, más intensivamente de lo necesario “exceso intensivo”
- b) Si el ataque no es actual y quien ha decidido defenderse no lo tiene en cuenta conscientemente “exceso extensivo” de la legítima defensa
- c) Si el autor cree erróneamente ser agredido y excede, en legítima defensa presunta, los límites de la defensa, se habla de un exceso de la legítima defensa putativa, el que también

⁴³⁸ Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 120-121

⁴³⁹ Malo Camacho, Gustavo Op. Cit. .Pág. 570

⁴⁴⁰ Wessels Johannes, Op. Cit. Pág. 125

será tratado conforma a las reglas sobre el error.

A manera de referencia, debemos señalar que esta causal de exculpación se encuentra previsto en el artículo 16 del Código Penal Federal.

7.3.3.3.3. EL MIEDO INSUPERABLE

Frente a un miedo insuperable, el agente no puede tomar otra decisión, no tiene otra alternativa, por ello, es opinión dominante que, “esta es otra de las formas que la doctrina reconoce como una causa de inexigibilidad de otro comportamiento, para que pueda darse la exculpante, es necesario que se de precisamente el miedo, entendido como un determinando estado emocional insuperable del agente que le impide actuar de otra manera (viene a ser el caso más claramente identificado de la así denominada vis compulsiva, por ejemplo, la persona que bajo la amenaza de muerte de un tercero que lo encañona con el arma se ve obligado a cometer un delito, evidentemente en contra de su voluntad)”⁴⁴¹

7.3.3.3.4. LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA U OBEDIENCIA DEBIDA

La obediencia debida se presenta generalmente en la relación laboral militar, puesto que estos señores militares, o también los mal llamados “cadetes” que en nuestra opinión constituye una verdadera lacra social, puesto que no son más que simples objetos mecánicos vestidos y mantenidos a costa del pueblo de México no saben hacer otra cosa sino obedecer “ciegamente” si no recuérdese lo que paso en el 68, objetos mecánicos mantenidos y vestidos bajo el sacrificio de los mexicanos, así podemos decir que “ los titulares de cargos y los soldados que, como subordinados, ejecutan una orden no obligatoria que tienen por objeto un comportamiento penalmente irregular, actúan antijurídicamente, pero pueden ser exculpados...Una orden no obligatoria se tiene en cuenta como causa de

⁴⁴¹ Malo Camacho, Gustavo, Op. Cit. Pág. 570

exculpación únicamente cuando el subordinado creyó que era obligatoria y no era suficientemente reconocible para él supone obligatoriedad.”⁴⁴² Al respecto Gustavo Camacho enseña que “ la obediencia jerárquica, en cuanto obediencia debida ,manifiesta relevancia jurídico penal de acuerdo con la forma en que se presenta. Atento a sus características , puede plantear diversos supuestos, cuyas consecuencias son en algunos casos, una causa de atipicidad, en otros, una causa de justificación y en otros una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. Para determinar su naturaleza es necesario, conocer caso por caso sus características ...Si la orden que se dicta es manifiestamente ilegal, su cumplimiento implica una conducta típica, que incluso pudiera ser considerada también como antijurídica, porque implique un contenido que está evidentemente más allá de las facultades del superior, y que incluso pueden implicar la comisión de un delito. Pero si quien la cumple no tiene conciencia de la antijuridicidad de su acto, por lo mismo, aquella no le será exigible, y se estará en el caso de un error de prohibición, a su vez origen de una causa de inculpabilidad por la inexigibilidad de la comprensión del injusto... Pudiera ser que quien cumple la orden tenga conciencia de la antijuridicidad de la orden y que, al cumplirla, por lo mismo haya realizado una conducta típica y antijurídica, con la conciencia acerca de la antijuridicidad de su acto, sin embargo, consciente, a la vez, de que si no cumple tal orden(por ejemplo ejecutar la orden de disparar en el pelotón de fusilamiento), la siguiente víctima será el mismo, caso en el cual estaremos frente a una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, frente a un estado de necesidad inculpante”⁴⁴³

Como se puede observar desde el punto de vista del extinto maestro Malo Camacho en la obediencia debida, puede afectarse el tipo penal, la antijuridicidad, o la culpabilidad, en tal tesitura, pueden presentarse las siguientes hipótesis.

- a) Causa de atipicidad
- b) Causa de justificación

⁴⁴² Wessels, Johannes, Op. Cit. Págs. 125-126

⁴⁴³ Malo, Camacho Gustavo. Op. Cit. Págs. 571- 572

c) Causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otro comportamiento

De tal manera que la obediencia debida representa como se observa un problema que requiere especial cuidado en cada caso en particular para estar en posibilidades de determinar el elemento del delito que afecta.

CONCLUSIONES

1. Derivado de las distintas posiciones que se han encontrado en la evolución del concepto del delito, es opinión dominante, que en principio, han imperado dos corrientes o formas desde las cuales se puede estudiar al concepto del delito. Dichas corrientes son:

- a) Unitario o totalizador
- b) Analítico o estructural

2. En principio, la corriente que ha pretendido ver al delito como una figura monolítica o total, hoy en día como se observó durante el desarrollo de dicho aspecto ha sido superado, puesto que las modernas teorías centran su eje de estudio precisamente en un concepto estructural del delito; es decir, se ha optado por utilizar como molde el analítico o estructural con el objeto de entender la naturaleza de cada uno de sus elementos.

3. Derivado del estudio estructural que se le ha dado al concepto del delito, se han originado diversas posiciones respecto de la cantidad de elementos que forman o componen estructuralmente y también les ha identificado con sus respectivos nombres y que son los siguientes:

- a) Concepción Bitómica
- b) Concepción Tritómica
- c) Concepción Tetratómica
- d) Concepción Pentatómica
- e) Concepción Exatómica
- f) Concepción Eptatómica

4. De tal manera que, atendiendo a las diversas posiciones que han existido, nosotros hemos preferido utilizar la concepción tritómica del delito; es decir.

- a) Tipicidad
- b) Antijuridicidad
- c) Culpabilidad

Lo anterior en mérito de que la conducta o comportamiento siempre ha sido una condición del cual el legislador no puede de ninguna manera prescindir; y, por lo tanto más que ser un elemento del delito, constituye un presupuesto esencial, sine qua non del mismo.

5. La noción sustancial del delito se encarga específicamente del estudio de fondo de los elementos estructurales, es decir, analiza la naturaleza de los mismos, así como la manera como se estructuran dichos elementos; por el contrario, la noción jurídico formal que es el que generalmente aparece en los Códigos y leyes únicamente le interesa estudiar y analizar la verdad formal sin entrar al estudio de la naturaleza de los elementos del delito.

6. Para llevar a cabo un estudio en general de la teoría del delito deben conjuntarse todas aquellas corrientes, teorías y métodos en su caso que refieran o centren su estudio a la teoría del delito, así se deberá entonces partir de las siguientes teorías y métodos

- a) Teoría Causalista - naturalista -
- b) Teoría causalista - Neoclásica o Neokantiana del delito-
- c) Teoría irracionalista del delito
- d) Teoría Finalista del delito
- e) Teoría funcionalista del delito
- f) Método lógico matemático

7. En la teoría causalista del delito se entendió el comportamiento como el movimiento corporal del hombre generador de un resultado, de ahí la acción no llevaba una dirección, no

veía el camino para alcanzar su objetivo, era un barco sin dirección ni objetivo final, en fin era “ciega”

8. En el causalismo la culpabilidad fue un concepto meramente psicológico y se entendió como la relación existente entre el comportamiento del autor y el hecho o el resultado; y, por lo tanto estaba compuesto por sus dos formas que son:

- a) El dolo
- b) La culpa

9. Durante la etapa del irracionalismo, se dejó en un segundo plano el concepto de tipo penal como medio de seguridad jurídica para las personas, es decir se dejó de un lado la seguridad jurídica de las personas para dar paso a la impunidad y a la intolerancia, todo ello con el pretexto de salvaguardar la seguridad nacional del Estado.

10. El finalismo, germinó en Alemania, apenas superado el irracionalismo y de entre los postulados mas importantes que encontramos durante su revisión son los siguientes:

a) El hombre por su propia naturaleza de racional, es un fin en sí, el de vivir, crecer, alcanzar metas, lograr la acumulación de bienes buscar su felicidad, y, por lo tanto, su acción es dirigida consciente desde el fin que persigue, para lo cual elige los medios para alcanzarlos, de ahí que cuando despliega un comportamiento criminal, debe, en principio, estudiarse y verificarse si existe o no esa dirigibilidad del comportamiento.

b) El tipo es una descripción del legislador que se compone de dos aspecto uno objetivo y otro subjetivo

c) La culpabilidad a diferencia del causalismo deja de ser un concepto psicológico para convertirse en un concepto normativo, mismo que lo lleva a entenderse como la reprochabilidad que se le hace al agente por su comportamiento y, sus elementos son

- a) Capacidad de culpabilidad (Imputabilidad)
- b) El Conocimiento de la antijuridicidad
- c) La exigibilidad de otro comportamiento

d) Su principal diferencia con el causalismo es que el dolo y la culpa lo ubica en el tipo penal, lo que en el casualismo ambos constituyen formas de culpabilidad.

11. En la moderna Teoría funcionalista del delito, existen dos grandes posturas: Una radical y otra moderada, sin embargo, lejos de entrar en detalle en que consiste uno y otro, lo más importante es que todos los elementos del delito son vistos desde el punto de vista de la política criminal y entre sus postulados mas importantes podemos estacar lo siguientes:

- a) Señala como elemento de la culpabilidad la necesidad de la pena desde el punto de vista de la política criminal.
- b) Sugiere la utilización del término “responsabilidad” en lugar de “culpabilidad”
- c) Todo va encaminado a la prevención del delito.

Desde el punto de vista del funcionalismo alemán, estructuralmente el delito, se compone con los siguientes elementos:

- a) Capacidad de culpabilidad (Imputabilidad)
- b) El Conocimiento de la antijuridicidad
- c) La exigibilidad de otro comportamiento
- d) Oportunidad o necesidad de la pena des del punto de vista de la política criminal
- e) La pena debe contribuir a la prevención del delito

12. Respecto de método lógico matemático, no es como ya lo señalamos en el cuerpo del presente trabajo más que eso, un método de interpretación del finalismo alemán, ello, aunado a que su concepto de delito es un tanto ruin, puesto que al definirlo como “la culpable

concreción de un tipo legal” deja fuera otros elementos; ello aunado a que utiliza el término “kernel” que en alemán implica “núcleo” de tal manera que no nos explicamos porque sus autores no usaron el término en español.

13. De acuerdo con la teoría de la acción finalista el delito, en su aspecto estructural se compone de los siguientes elementos:

- a) Tipicidad o Supuesto de hecho típico
- b) Antijuridicidad
- c) Culpabilidad

14. Los elementos del tipo penal o supuesto de hecho típico metodológicamente se dividen de la siguiente manera.

- a) Elementos objetivos generales
- b) Elementos objetivos especiales
- c) Elementos subjetivos generales
- d) Elementos subjetivos especiales o excepcionales

a) Son elementos objetivos generales del tipo penal

- aa) Bien Jurídico protegido
- aa) Ofensa del bien jurídico protegido
- aa) Autores del delito
- aa) Participes del delito

b) Son elementos objetivos especiales del tipo penal

- bb) Objeto
- bb) Calidad del sujeto activo

- bb) Resultado
- bb) Nexo causal
- bb) Medios comisivos
- bb) Elementos normativos
- bb) Circunstancias

c) Son elementos subjetivos generales del tipo penal

- cc) Dolo
- cc) Culpa

d) Son elementos subjetivos especiales o específicos del tipo penal

- dd) La intención
- dd) La tendencia especial
- dd) El ánimo
- dd) El propósito
- dd) Los motivos
- dd) Los impulsos afectivos
- dd) La actitud

15. Es pertinente hacer siempre la diferencia entre autoría y participación, y como lógica consecuencia las formas de una y de otra.

16. Cuando tanto el Código Federal de Procedimientos Penales como su análogo del Distrito Federa, en su artículo 168 y 122, respectivamente señalan “la lesión o en su caso el peligro” a que se expuesto el bien jurídico, se está refiriendo a la ofensa del bien jurídico protegido.

17. La teoría de la equivalencia de las condiciones para acreditar en nexo causal o atribuibilidad, hoy en día es en nuestra opinión inoperante, y como consecuencia se hace necesario complementarlo con los postulados de la imputación objetiva del resultado.

18. Los elementos normativos, atendiendo a la teoría finalista del delito, tiene dos vertiente o modalidades que son:

- a) Jurídicos
- b) Extrajurídicos

19. Cuando el comportamiento del agente reúne todas las condiciones previstas en el tipo, existirá un comportamiento típicamente adecuado.

20. Para que un comportamiento típico, se encuentre justificado, es necesario que la eximente de que se trate reúna los siguientes dos requisitos que son:

- a) Aspecto objetivo
- b) Aspecto subjetivo

De tal manera que si falta una de ellas, de ninguna manera podrá ser lícita una acción u omisión, sino que el agente debe responder como tal frente a la ley

PROPUESTAS

PRIMERO. Que tanto en la doctrina, la ley, la jurisprudencia, y en la práctica forense se sustituya el término “tipicidad” por el de “comportamiento típicamente adecuado” puesto que el primero es ya inoperante; y además, lleva tanto a juzgadores, acusadores y litigantes, a concluir su expresión romántica de “juicio de tipicidad” lo que, en puridad, no es un juicio sino una estricta aplicación de lo que se señala en la ley, y, cuando un comportamiento reúne todos y cada uno de los elementos tanto objetivos y subjetivos previstos en el tipo penal correspondiente y aplicado estrictamente lo plasmado en los artículos 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 168 de su análogo Federal, es correcto decir que estamos frente a un comportamiento “típicamente adecuado”

SEGUNDO. Que el finalismo es una teoría que no resuelve los grandes problemas generales, del derecho penal y menos aún de política criminal, como lo han sostenido sus críticos, es cierto, por ello, se deberán adoptar en nuestro derecho también los principios del funcionalismo, de la necesidad de la pena y sustituir el término “culpabilidad” por el de “responsabilidad”

TERCERO. Aún y cuando, durante la revisión del presente trabajo se encontraba pendiente un proyecto de reformas al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 de su análogo del Distrito Federal, que, en síntesis consiste en que el Órgano Ministerial para ejercer la acción Penal basta que acredite en grado de “presunción” los elementos del tipo penal, cuestión que en nuestro concepto creemos que constituye una aberración y torpeza jurídica más de quien la haya propuesto, antes, bien, constituye el inicio de la ilegalidad y la arbitrariedad que campea en los órganos de aplicación del derecho, es la irracionalidad jurídica; de ahí que independientemente de los resultados que se obtengan del proceso legislativo pendiente, nosotros opinamos que ambos preceptos deberán quedar como sigue:

ART. 168 O 122. Para el Ejercicio de la Acción penal, El Ministerio Público acreditará plenamente los elementos objetivos del tipo penal correspondiente y la probable responsabilidad; por su parte, el Órgano Jurisdiccional para dictar el auto de plazo Constitucional deberá acreditar plenamente tanto los elementos objetivos y subjetivos del supuesto de hecho típico y la probable responsabilidad. El tipo penal se compone de:

1. Elementos Objetivos que comprende;

- a) El bien Jurídico protegido
- b) La ofensa del bien jurídico protegido
- c) El Autor del delito
- d) El Partícipe del delito

2. Elementos objetivos especiales en su caso, que comprende.

- a) El objeto material
- b) La calidad del sujeto activo
- c) El resultado Material
- d) El Nexo causal
- e) Medios comisivos
- f) Elementos normativos
- g) Circunstancias

3. Elementos subjetivos, que comprende.

- a) Dolo
- b) Culpa

4. Elementos subjetivos especiales, en su caso.

- d) La intención
- d) La tendencia especial
- d) El ánimo
- d) El propósito
- d) Los motivos
- d) Los impulsos afectivos
- d) La actitud

I. La responsabilidad comprende;

- 1. La Antijuridicidad
- 2. La culpabilidad

II. Para acreditar que un comportamiento es antijurídico, se deberá verificar que no exista causa alguna que justifique el comportamiento del agente en grado de presunción tanto por parte del órgano Ministerial para el ejercicio de la acción penal como para el Órgano Jurisdiccional al momento de dictar el auto de plazo constitucional. y, plenamente al momento de dictar sentencia .

III. Para Acreditar la Culpabilidad del sujeto se deberá verificar que;

- a) El agente tenga la capacidad de responder culpablemente.
- b) Que el agente haya tenido conocimiento de la antijuridicidad
- c) Que el sujeto tenía la posibilidad de desplegar un comportamiento distinto del que generó el resultado
- d) Que exista necesidad de la pena desde el punto de vista de la política criminal
- e) Que sirva como medio de prevención general

IV. Para acreditar la necesidad de sancionar político criminalmente al agente se deberá demostrar;

- a) Que se presume que de no hacerse volverá a delinquir
- c) Que el sujeto sea reincidente.
- d) Que por sus antecedentes represente un peligro social

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- A. Campos, Alberto, *Derecho Penal*, 2ª, edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1987
- Antolisei, Francesco, *Manual de Derecho Penal*. Tomo I, 8ª. Edición, Témis, Bogotá, Colombia, 1988.
- Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Témis, Bogotá, Colombia, 1989
- Betancourt López Eduardo, *Teoría General del Delito*, 4ª. Edición, Porrúa, México, 1997
- Bustos Ramírez, Juan. *Introducción al Derecho Penal*, Témis, Bogotá, Colombia, 1986
- *Manual de Derecho Penal Español*, Ariel, Barcelona, España 1984,
- y Elena Larrauri, *La Imputación Objetiva*, Témis Bogotá, Colombia, 1989
- Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, 16ª. Edición Porrúa, México, 1991
- Carrara Francesco, *Programma de Derecho Criminal*, Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Tomo I, 4ª. Edición, Témis, Bogotá, Colombia, 1977
- Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 29ª. Edición, Porrúa, México, 1991
- Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español*, 3ª. Edición, Tecnos, Madrid, España, 1990 .
- Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal - Parte general*, 8ª. Edición, Bosch , Barcelona, España, 1975
- Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, *Teoría General del delito*, Cárdenas Editor y Distribuidor , México, 1997
- Díaz Palos, Fernando, *culpabilidad jurídico penal*, Bosch casa editorial, Barcelona, España 1954.
- Donna Edgardo, Alberto, *Teoría del Delito y de la Pena*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992

Ferreira Delgado, Francisco, *Teoría General del Delito*, Témis, Bogotá, Colombia, 1988

Flores, Cruz Jaime, *Metodología de la Nueva Estructura del Delito en México*, Tesis presentada para obtener el grado de maestro en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, División de Ciencias Sociales, "Campus Aragón" México, 1996

Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I -II, 2ª. Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1990, Pag. 326

Gándara Ojeda, Ricardo, en su *cátedra del 25 de octubre de 1995*, en la División de Estudios de Posgrado e Investigación de la UNAM, "Campus Aragón"

Giandomenico, Romagnosi, *Génesis del Derecho Penal*, Témis, Bogotá, Colombia , 1956

Gómez de la Torre, Berdugo Ignacio y otros , *Lecciones de Derecho Penal*, parte General, Praxis, España, 1996, Pag. 196

Gómez Benites , José Manuel, *Derecho Penal*, Parte General , Civitas, Madrid, España 1987

Goldschmidt, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1943

Graf Zu Dohna Alexander, *La Estructura de la teoría del Delito*, 4ª. Edición, Traducción de Carlos Fontán Balestra, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1958

Gómez Benitez, José Manuel, *Manual de Derecho Penal- Parte General*, Civitas, Madrid, España, 1987

González Quintanilla, José Antonio, *Derecho Penal Mexicano*, 3ª. Edición, Porrúa, México, 1996

Hassemer Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal*, traducción del alemán por Francisco Muñoz Conde y Luis Arrollo Zapatero, Bosch, Barcelona España, 1984

Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis Lógico de Los Delitos Contra la Vida*, 3ª. Edición, Trillas, México, 1991

-*Análisis Lógico del Peculado*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 10º. Aniversario, Tomo I, México, 1986

Jakobs, Gunter, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, traducción de Manuel Cancio Melia, Civitas, Madrid, España. 1996

Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el Delito*, 3ª. Edición, Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1958

-*Tratado de Derecho Penal*, Volumen III, 2ª. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1959

Lizst Fran Von, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, traducción de Luis Jiménez de Asúa. Réus, Madrid, España, 1916

López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, 4ª. Edición, Porrúa, México, 1997

Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, México, 1997.

Márquez Piñeiro, *Rafael, Derecho Penal - parte General*, 3ª. Edición, Trillas, México, 1994

Maggiore Giuseppe, *Derecho Penal*, Tomo I, 2ª. Edición Témis, Bogotá Colombia, 1989

Mancilla Ovando Jorge Alberto, *Teoría legalista del delito*, Porrúa, México, 1989

Maurach, Reinhart, *Derecho Penal - Parte General*, Traducción de Jorge Bofill Genzsh y Enrique Aimone Gibson, 7ª. Edición, Astrea, Buenos, Aires Argentina, 1994

Mezguer, Edmundo, *Derecho Penal*, Parte General, 3ª. Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986

Mir Puig, Santiago, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª. Edición, Bosch - Casa Editorial, Barcelona España, 1982

- *Derecho Penal* - Parte General, 2ª. Edición, 1985, Publicaciones Universitarias, Barcelona, España 1985

Moreno, Moisés, *Consideraciones Dogmáticas y Político criminales sobre la Cupabilidad*, en el Poder Penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufman, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1985.

Muñoz Conde, Francisco, y García Arán Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1993

Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del delito - sistema causalista y finalista*, 4ª. Edición, Porrúa, México, 1997

Pavón Vasconcelos Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, 10ª. Edición, Porrúa, México, 1991

Pessina Enrique, *Elementos de Derecho Penal*, Traducción de Hilarión Gonzáles del Castillo, 4ª. Edición, Reus, Madrid, España, 1936

Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, 13ª. Edición, Porrúa, México, 1990

Ranieri Silvio, *Manual de Derecho Penal.- Parte General*, traducción de Jorge Guerrero, Tomo I, Témis, Bogotá, Colombia, 1975

Reynoso Dávila, Roberto, *Teoría General del Delito*, 2ª. Edición, Porrúa, México, 1997

Reyes Echandía, Alfonso, *Tipicidad*. Temis, Bogotá, Colombia, 1989

- *La imputabilidad*, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia 1976

- *Culpabilidad*, 3ª. Edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1991

Reyes Alvarado, Yesid, *Imputación Objetiva*, Témis, Bogotá, Colombia, 1944

Romero Gladis, *Casos de Derecho Penal, manual práctico*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1992

Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español*, Parte General, 10ª. Edición, Dykinson, Madrid, España, 1944

Roxin Claus, *Política criminal y Sistema de Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Bosch- Casa Editorial, Barcelona España, 1972

- Et al, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Ariel, Barcelona, España, 1989

- *Teoría del Tipo penal*, traducción de Enrique Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979

Sauer, Guillermo, *Derecho Penal - Parte General*, Traducción de Juan del Rosal y José Cerezo Mir, Bosch - Casas Editorial, Barcelona, España, 1956

Schuneman, Bernd, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. En el sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, traducción de Jesús- María Silva Sánchez, Tecnos, España, 1984

Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, 8ª. Edición, Tipográfica, editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1978

- *Derecho Penal liberal, soviético y nacionalista*, en la revista "Cursos y Conferencias", Buenos Aires, Argentina, julio de 1937

S. Vidal Humberto, *licitud, Justificación y exceso*, Editorial Córdoba, Córdoba, Argentina, 1985

Stratenwerth Gunter, *Derecho Penal*, parte general, traducción de Gladys Romero, Edersa, S.A. Madrid, España, 1976

Tulio Ruiz, Servio, *La concepción del delito en el Código Penal*, Témis, Bogotá, Colombia, 1983

Vela Treviño Sergio, *Culpabilidad e Inculpabilidad - Teoría del Delito*, 2ª. Edición, Trillas, México, 1990

- *Antijuridicidad y Justificación*, 1976, Porrúa, México, 1976,

Villalobos, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano. Parte General*, 4ª. Edición, Porrúa, México, 1983

Welzel Hasn, *Derecho Penal Alemán*, 4ª. Edición, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1993

-*La Teoría de la Acción Finalista*, traducción de Eduardo Friker, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1951

Wessels Johannes, *Derecho Penal Parte General*, traducción de Conrado A. Finzi, 6ª. Edición, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1976

Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Manual de Derecho Penal*, Cárdenas Editor y Distribuido, México, 1988

DICCIONARIOS

Diccionario de la Lengua Española, Tomos II-VI, 19ª. Edición, Real Academia Española, Tomos I-VI, Madrid, España, 1970

Diccionario Jurídico Mexicano, Tomos I-IV, UNAM- Porrúa, México, 1995

Goldstein Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, 2ª. Edición, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1983

Cabanellas de Torres Guillermo, *Diccionario Jurídico elemental*, Heliasta, 10. Edición, 1993

Jaramillo Gil Pullo, *Diccionario Jurídico penal*, librería del profesional, Bogotá, Colombia, 1981,

Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario Para Juristas*, Mayun ediciones, México, 1981

Ramírez Gronda, Juan D. *Diccionario Jurídico*, 10ª. Edición, claridad, Argentina, 1988

LEYES Y CÓDIGOS NACIONALES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal Federal

Código Federal de Procedimientos Penales

Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal

Leyes Penales Mexicanas, Tomos I-IV, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1981

CODIGOS EXTRANJEROS

Código Penal Italiano

Código Penal Alemán

Código Penal Argentino

Código Penal Chileno

Código Penal Español

1993 JAN 29 PM 12:05

ACUSE

C. LIC ARTURO SÁNCHEZ OCHOA,
JUEZ QUINTO DE PAZ PENAL POR JUZGADO QUINTO
MINISTERIO DE LEY MIXTO DE PAZ
EN EL DISTRITO FEDERAL

P R E S E N T E

JAVIER JIMENEZ MARTINEZ, en mi caracter de
Secretario Proyectista adscrito a este honorable juzgado, respetuosamente comparezco ante Usted con
el objeto de presentarle formalmente *MI RENUNCLIA CON EL CARÁCTER DE IRREVOCABLE*, al
puesto con que la honorable magistratura del Distrito Federal tuvo a bien distinguirme desde el primero
de septiembre del año próximo pasado, solicitud que deberá surtir sus efectos a partir del día de la
fecha o si lo considera pertinente a los treinta días siguientes después de su presentación, ello con
el único fin de no entorpecer las labores operativas del juzgado

Lo anterior, en virtud de que sus incongruencias entre
sus acciones y obligaciones como servidor público y el derecho son más que evidentes, lo que hace
que contribuya no solo al entorpecimiento de la administración de justicia, sino al detrimento de la
imagen del propio Tribunal que ya mucho daño se le ha hecho con servidores públicos como usted.
Admitir como ciudadano y servidor público esos hechos me constituiría no solo en cómplice de sus
incongruencias jurídicas, sino además en un sujeto dañino a la institución

Agradezco de antemano infinitamente a Usted y sus
colaboradores durante mi estancia en esta noble institución que merece respeto y rectitud.

México, Distrito Federal a 29 veintinueve de enero de 1998



C. JAVIER JIMENEZ MARTINEZ