

350  
204.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ACATLÁN"

**LA TEORIA DEL DELITO EN EL ANTEPROYECTO  
DE CODIGO PENAL PARA EL D. F. DE 1989**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

**LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

**OSIRIS VAZQUEZ RANGEL**

ASESOR: LIC. MIGUEL FIGUEROA ZARZA.



SANTA CRUZ ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1998.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

267334



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.

**LA TEORIA DEL DELITO**  
**EN EL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL**  
**PARA EL D. F. DE 1989.**

*A MI HIJO*

*Y A TODOS LOS QUE COMPARTEN LA PASION POR EL DERECHO PENAL.*

## AGRADECIMIENTOS

A mis padres por brindarme todo el apoyo para culminar mis estudios y elaborar el presente trabajo, por su comprensión y paciencia, porque nunca dejaron de animarme a seguir adelante.

A mis hermanos por darme su incondicional voto de confianza.

A mi profesor de derecho penal Fernando Labardini Méndez por compartir sus vastos conocimientos en la medida que el tiempo lo permitió, así como contagiarme su entusiasmo por el estudio de la teoría del delito.

Al Lic. Ismael Cruz por su apoyo y generosidad.

A mi asesor que nunca perdió la paciencia y siempre me instaba a finalizar la empresa.

A José Martín Gómez por estar siempre soportando las disgresiones respecto los temas del presente trabajo, por su apoyo y amistad.

Al Lic. Ignacio García que me apoyó y ayudó en el estudio del derecho y me ha distinguido con su amistad.

A R. Eloisa Cruz que analizaba y corregía mis puntos de vista y siempre estuvo cerca de mi. Gracias por darme vida de su tiempo.

## INDICE

INTRODUCCION.....	I
I. LA LEGISLACION PENAL FEDERAL EN MEXICO.....	1
I. 1. El Código Penal Federal de 1871.....	2
I.2. El Código Penal Federal de 1929.....	9
I.3. El Código Penal Federal de 1931.....	17
II. LOS ANTEPROYECTOS DE CODIGO PENAL FEDERAL.....	23
III. TEORIA DEL DELITO.....	34
III. 1. Teoría causalista.....	35
III.2. Teoría neocausalista.....	45
III.3. Teoría finalista .....	50
IV. PRINCIPIOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DEL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1989.....	55
V. TRATAMIENTO DEL DOLO Y LA CULPA.....	62
V. 1. La acción y su relación con el dolo.....	63

V.2. La culpa.....	74
VI. EL TIPO PENAL Y LA TIPICIDAD .....	80
VI. 1. Evolución del concepto de tipo.....	81
VI.2. Los tipos abiertos .....	88
VI.3. Los tipos sistemáticos .....	94
VII. TRATAMIENTO DE LA AUTORIA Y PARTICIPACION .....	102
VII. 1. La teoría subjetiva.....	103
VII.2. Las teorías objetivas.....	106
VIII. TRATAMIENTO DE LA TENTATIVA .....	116
VIII. 1. La tentativa idonea.....	117
VIII.2. La tentativa inidonea .....	121
IX. LA ANTIJURICIDAD Y LAS CAUSAS	
DE JUSTIFICACION .....	124
IX. 1. La definición de antijuricidad .....	125
IX.2. Las diversas causas de justificación.....	128

X. LA CULPABILIDAD .....	136
X. 1. La imputabilidad .....	137
X.2. La conciencia de la antijuricidad.....	140
X.3. La inexigibilidad de otra conducta .....	141
XI. EL ERROR .....	143
XI. 1. El error de hecho y el error de derecho .....	144
XI.2. El error de tipo .....	146
XI.3. El error de prohibición .....	150
CONCLUSIONES .....	154
BIBLIOGRAFIA .....	157
HEMEROGRAFIA.....	165
LEYES CONSULTADAS .....	169
ANTEPROYECTOS DE CODIGO PENAL CONSULTADOS .....	170
OTRAS FUENTES.....	171

## INTRODUCCION

El estudio de la teoría del delito siempre es algo apasionante. En el presente trabajo se hace mención sobre temas específicos de la teoría del delito que se han delimitado de acuerdo a lo que personalmente considero es más representativo de ésta.

Es importante mencionar que el Anteproyecto que aquí se comenta no es el único que se ha realizado ni el más conocido, sino que resulta ser el último y no se encuentra editado. Este Anteproyecto de Código penal ha pasado desapercibido hasta hoy para los estudiosos del derecho, a pesar de ser el antecedente más cercano a las reformas penales del 10 de enero de 1994 que introdujeron la teoría finalista del delito en el derecho penal positivo.

En el presente trabajo se da una semblanza histórica de las diversas teorías del delito que se elaboraron hasta el finalismo, aunque se hace mención de algunos señalamientos críticos que elabora Roxin.

Al revisar los temas que se desarrollarán se hace mención de diversos puntos de vista dogmáticos al respecto, aclarando cuál es el tratamiento que se le da al mismo al interior del Anteproyecto que resulta ser el más actualizado en lo que a dogmática penal se refiere.

El presente trabajo tiene como finalidad mostrar los planteamientos que sustentan al Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal, dando una visión general de lo que es la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad tal y cómo lo plantean las modernas teorías del delito, ya que parte central de ésta tesis resulta ser la afirmación de que México, aunque tarde, siempre ha seguido los avances de la dogmática penal dentro de su derecho positivo.

**CAPITULO I**  
**LA LEGISLACION PENAL FEDERAL**  
**EN**  
**MEXICO**

## I. 1. EL CODIGO PENAL FEDERAL DE 1871

Nuestra legislación Penal Federal ha transitado prácticamente todos los modelos de pensamiento penal. Desde la Escuela Clásica hasta la teoría finalista del delito.

El primer Código Penal Federal que tuvo México se llamó “Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California sobre delitos del Fuero Común y para toda la República sobre delitos contra la Federación” y nació el 7 de diciembre de 1871, aunque entró en vigor el 1 de abril de 1872.

Este Código cobra vida bajo el influjo de la Escuela Clásica que se nutría de las ideas de Pelegrino Rossi, Carmignani y su más ilustre representante, Francisco Carrara.

La Escuela Clásica consideró, por primera vez, al delito como un ente jurídico, caracterizado por dos elementos: uno interno y subjetivo que consistía en la **moral**, es decir, la voluntad libre del autor que transgrede una ley penal; y otro externo o físico que consiste en el **daño material** causado por el hacer.

Carrara consideraba al derecho penal como la realización del orden moral y fundaba la responsabilidad moral en el libre arbitrio. Y es precisamente la imputabilidad moral la base de la ciencia penal. Así lo deja ver cuando señala que “el hombre está sometido a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral, y por lo tanto, nadie puede ser políticamente responsable de un acto del cual no sea responsable moralmente”<sup>1</sup>

De lo anterior se concluye que la base del delito no era la acción, ya que Carrara incluso aclaró que entendía al delito como una **infracción**. La noción del delito –señala– “no se deduce ni del **hecho material** ni de la **prohibición de la ley** aisladamente considerados, sino del **conflicto** entre aquél y ésta”.<sup>2</sup>

Por primera vez se hace un esfuerzo serio por definir bien en la ley aquellas conductas merecedoras de sanción penal, para evitar abusos y arbitrariedades, mientras que la sanción penal era considerada como un mal impuesto al autor como **retribución** por su hecho.

---

<sup>1</sup> CARRARA FRANCISCO. Programa de derecho criminal. Parte general. Vol. I, Editorial Temis. Colombia 1971 pag. 49

<sup>2</sup> *idem...* pag 50

Para Carrara delito es “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”<sup>3</sup>.

Al analizar el contenido del Código Penal Federal de 1871 salta a la vista la filiación teórica con la Escuela Clásica. Así, su artículo cuarto define al delito como “la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda”<sup>4</sup>. El parecido con la definición de Carrara es notable.

Este Código hace una diferencia entre delitos y faltas. Considera que una falta es “la infracción de los reglamentos o bandos de policía y buen gobierno”<sup>5</sup>.

También se señala una diferencia entre los delitos de culpa y los intencionales. Delito intencional es “el que se comete con conocimiento de que el hecho o la omisión en que consiste son punibles”<sup>6</sup>. El artículo noveno por su parte señalaba que si se probaba que se había violado una ley penal, entonces se **presumiría el dolo**, claro que antes de

---

<sup>3</sup> *idem...* pag. 43

<sup>4</sup> Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la Federación. México D.F: 1871 artículo 4

<sup>5</sup> *idem...* art. 5

<sup>6</sup> *idem...* art. 7

probarlo, la ley señala en forma un tanto irónica que “todo acusado será tenido como inocente”<sup>7</sup>.

La culpa se definía en el artículo once, en cinco fracciones en donde se incorporó el exceso de legítima defensa, todas las acciones u omisiones que produjesen consecuencias antijurídicas, aunque dichas conductas fueran en un inicio lícitas, siempre que las consecuencias fuesen resultado de la imprevisión, negligencia, falta de cuidado, por impericia, etc. , entre otras.

Las reglas para la sanción de la culpa consistían en que solo era punible si ésta se consumaba y si el hecho de haberse cometido en forma intencional estaba penado con más de un mes de arresto.

Los delitos de culpa se dividían en leves y graves. Excepción hecha de muy pocos casos, el juez, con su “prudente arbitrio”, decidía la levedad o gravedad de la culpa, tomando en consideración “la mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño: si bastaban para esto una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes en algún

---

<sup>7</sup> *idem... art. 8*

arte o ciencia...<sup>8</sup>, además de que se tomaba en cuenta la reincidencia en condiciones semejantes, entre otras cosas.

Por otra parte los delitos intencionales se distinguían en cuatro grados:

- I. Conato
- II. Delito intentado
- III. Delito frustrado
- IV. Delito consumado.

El conato se da cuando no se llega ni al acto que constituye el delito, pero se realizan hechos encaminados a la realización ( lo que es conocido en la doctrina como tentativa inacabada); el delito intentado es aquel que resulta *ex post* irrealizable (el llamado delito imposible); mientras que el delito frustrado es el que no logra consumarse por causas ajenas al autor.

En este primer Código Federal también se castigaba la reincidencia cuando el segundo o subsecuente delito cometido “procede de la misma pasión o inclinación viciosa... y no

---

<sup>8</sup> *idem...* art. 16

ha transcurrido además del término de la pena impuesta, una mitad del señalado para la prescripción de aquella”<sup>9</sup>.

Hay que aclarar que la reincidencia en las faltas, por regla general no se tomaba en cuenta, a menos, que se estableciera expresamente.

La exclusión de la responsabilidad criminal estaba señalada en el artículo treinta y cuatro, en el que se incluían: la enajenación mental, locura transitoria, la embriaguez total si no es habitual y no hay antecedentes previos, la pérdida de razón por decrepitud, ser menor de nueve años, ser menor de catorce y mayor de nueve si no se prueba que se tenía conciencia de la antijuridicidad, la sordomudez, la legítima defensa, obrar debido a una fuerza física irresistible, temor fundado que es causado por fuerza moral, el estado de necesidad, el ejercicio de un deber, algún impedimento legítimo, la obediencia a un superior jerárquico y el caso fortuito.

Este Código penal señala la existencia de atenuantes y agravantes de cuatro clases. Por ejemplo son atenuantes de primera clase el haber observado buenas costumbres o lo que ahora se conoce como emoción violenta; son atenuantes de segunda clase entregarse voluntariamente a las autoridades y confesar; son atenuantes de tercera clase el procurar

---

<sup>9</sup> *idem... art. 29*

impedir las consecuencias del delito, etc. En cuanto a las agravantes, son de primera clase el cometer el delito aprovechando la noche o un despoblado; son de segunda clase el utilizar engaño o el delinquir en un cementerio o templo; de tercera clase el delinquir al estar cumpliendo una condena o cometer el delito en un centro de reunión pública como un teatro; y de cuarta clase cometer el delito por retribución dada o prometida, etc.

Por lo que toca a las personas responsables de los delitos el Código señala que son responsables los autores, los cómplices y los encubridores, aclarando que son autores tanto los que conciban o resuelvan cometer un delito, como los que lo ejecutan materialmente .

Como la teoría de la pena aceptada por el Código es la retributiva, se prevé como sanción la pena de muerte, aunque ésta no se aplicaba ni a las mujeres ni a los ancianos.

Por último hay que señalar que es extendida la idea de que el Código Penal Federal de 1871 tiene como modelo la codificación española de 1870, con las ideas de Ortolán que dieron forma a la parte general del Código.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> MADRAZO CARLOS, La reforma penal 1983-1984, Editorial Porrúa, México 1989

## I.2. EL CODIGO PENAL FEDERAL DE 1929

Después de una larga vida del Código Penal Federal de 1871, en 1929 se elaboró un nuevo Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. Este nuevo Código hace tomar carta de naturalización en México al pensamiento de la Escuela Positiva (positivista).

Esta Escuela comienza con Lombroso, un medico de Viena que creyó encontrar la causa de la delincuencia en características antropológicas determinadas, por lo que entendía al delincuente como un **hombre atávico** provisto de estigmas. Con ello identificaba al criminal nato, que tenía entre otras características la frente huidiza, un excesivo desarrollo de los cigotomas, protuberancia occipital, fosas orbitarias grandes y una desproporción entre la caja craneana y el desarrollo del cerebro (esto es señalado en su obra *L'uomo delinquente* en 1871).

Con el tiempo Lombroso cambia su punto de vista y sólo reconoce a un tercio de los delincuentes como delincuentes de nacimiento, al mismo tiempo que acepta otros factores criminógenos, como lo son los factores sociales y los económicos.

A partir de las ideas lombrosianas se intentó “modernizar” el estudio del derecho penal, introduciendo las reglas del método científico y de las ciencias naturales. Así se hablaba de la etiología de la delincuencia y no ya de causas de la delincuencia.

Garófalo en 1885 elabora un concepto de delito natural para poder hacer manejable el concepto de delito sin necesidad de recurrir al derecho penal. De esta manera define al delito como “la violación mediante acciones socialmente nocivas, de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y de probidad en la medida media en que son poseídos por una comunidad, en aquella medida indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad”<sup>11</sup>.

La definición del delito natural fue inmediatamente criticada, incluso por los positivistas, entre los que destaca Ferri, que en 1896 incorpora los factores sociales como causas de la delincuencia, fundando con ello la sociología criminal.

Esta Escuela niega la existencia del libre albedrío y funda la imputabilidad en el hecho de vivir en sociedad y debido a ello una persona debe de responder ante la sociedad por sus faltas ya que el derecho es un producto social y el delito es un indicio que rebela la

---

<sup>11</sup> GÖPPINGER HANS, Criminología, Editorial Reus, Madrid, España 1975. Pag. 25

peligrosidad social del autor. De esta manera la peligrosidad del autor pasa a ser uno de los conceptos fundamentales de ésta Escuela.

Garófalo habla de la “temibilita” (temibilidad) y la define como “la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente”<sup>12</sup>.

Rocco sostiene que la temibilidad es la consecuencia de la peligrosidad y por lo tanto no hay que confundirlas, pero aun así, lo importante de éste concepto es innegable ya que sirve para fundamentar las sanciones impuestas a los que tienen una escasa o nula capacidad para responder por sus actos debido a locura o cualquier tipo de trastorno o retraso mental.

De ésta manera tenemos que el delito es un fenómeno social natural , que es producido por causas biológicas y sociales principalmente; que el delincuente actúa determinado por éstas características físicas y biológicas por lo que se niega el libre albedrío y la pena debe de servir como “defensa social”. Además de que si el delincuente es una especie de anormal o enfermo, entonces hay que “curarlo” o “rehabilitarlo” para que pueda convivir adecuadamente en sociedad.

---

<sup>12</sup> GAROFALO, La Criminología. Editorial España moderna, España par. 405

Es precisamente en éste marco teórico donde se desarrolla el Código Penal Federal de 1929. En su artículo 32 habla del “estado peligroso”, el cual ha de ser sancionado, además de hablar ya de “defensa social”.

Es considerado en “estado peligroso: a todo aquel que sin justificación legal cometa un acto de los conminados con una sanción en el libro tercero (del Código Penal)”<sup>13</sup>.

De la misma manera que el Código Penal anterior, no se considera a la ignorancia de la ley como exculpante: “Nadie podrá alegar ignorancia de las prevenciones de éste código, las cuales obligan a todos...”<sup>14</sup>.

Es sabido que el principio de que la ignorancia de la ley no dispensa su cumplimiento es de data muy antigua. Esta idea la podemos encontrar en la Etica a Nicómaco de Aristóteles y posteriormente en el pensamiento de Cicerón por lo que pesaría enormemente y durante mucho tiempo en el derecho penal <sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. México D.F: 1929. Artículo 32

<sup>14</sup> *idem...* art. 3

<sup>15</sup> WELZEL HANS, Introducción a la filosofía del Derecho, Editorial Aguilar, segunda edición. Madrid 1971. Pags. 32 y 44.

Por otra parte se define al delito como “la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal”<sup>16</sup>. En esta definición se observa que el acento está puesto sobre la **lesión de un derecho**. Lo que se prohíbe son los resultados. Se impone una sanción penal porque la acción es disvaliosa por el resultado.

En éste Código Penal de 1929 se sigue presumiendo el dolo. Su artículo catorce señala: “Todo delito se presume intencional a no ser que se pruebe lo contrario...”<sup>17</sup>. La implicación de éste artículo es muy importante ya que revierte el principio de presunción de inocencia y muestra al probable responsable como culpable a menos que él demuestre que es inocente. Con ésta forma de proceder se revierte la carga de la prueba que ahora recae no sobre el que acusa, sino sobre el acusado. Criterio que definitivamente es inaceptable.

La Escuela del positivismo sufrió algunos cambios por juristas que solo tomaron como válidos algunos de sus principios y rechazaron otros, para poder hacer una mixtura y crear lo que se conoce como “terza scuola” con personalidades como Alimena y Carnevale en Italia, mientras que en Alemania se forma la Escuela Sociológica de Von Liszt, quien en su programa de Marburgo señala que la prevención es la finalidad de la

---

<sup>16</sup> Código Penal para el Distrito y Territorios ... *Ob. Cit...art. 11*

<sup>17</sup> *idem...art. 14*

pena: “La pena es secuestro del delincuente, transitoria o persistente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella”<sup>18</sup>.

Esta teoría de la pena es la adecuada si se considera que el delito cometido es lo que revela la peligrosidad de una persona. Discurriendo de ésta forma, las atenuantes o las agravantes solo determinan la “temibilita” del delincuente y con ello la graduación de las sanciones como lo menciona el artículo 47.

Si las atenuantes o agravantes van a determinar la medida y naturaleza de la sanción, es necesario que también las atenuantes o agravantes se encuentren subclasificadas o graduadas. Por ello el Código Penal de 1929 las clasifica de la siguiente manera:

#### ATENUANTES

- Primera clase (se señalan en el artículo 56 y son lo que ahora se denomina emoción violenta)
- Segunda clase (se señalan en el artículo 57 y sobresalen el temor reverencial y el entregarse espontáneamente para ser juzgado)
- Tercera clase (se señalan en el artículo 58 y sobresale la atenuación por haber procedido provocación o una amenaza grave por parte del ofendido)

---

<sup>18</sup> VON LISZT, La idea del fin en el derecho penal. Editado por la UNAM y la Univ. De Valparaiso de Chile. México D:F: 1994 pag. 112

- Cuarta clase (se señalan en el artículo 59 y sobresalen la fuerza física y moral difícil de superar)

#### AGRAVANTES

- Primera clase (se señalan en el artículo 60 y sobresalen el emplear el engaño o bien, la noche o el despoblado; el ser instruido o ser sacerdote o ministro de cualquier religión)
- Segunda clase (se señalan en el artículo 61 y sobresalen el emplear astucia y el abuso leve de confianza)
- Tercera clase (se señalan en el artículo 62 y sobresalen el valerse de llaves falsas, oradación o escalamiento, o bien, cometer el delito durante un espectáculo público)
- Cuarta clase (se señalan en el artículo 63 y sobresalen la retribución dada o prometida, abuso grave de confianza y cometer el delito mediante incendio, inundación o veneno)

No es extraño que se considere como atenuante una acción posterior a la comisión del hecho delictivo, ya que como el hecho delictivo revela la peligrosidad de la persona, si ésta se entrega voluntariamente, esto demuestra su poca temibilidad. Por otra parte el ser instruido aumenta la peligrosidad del autor, ya que cuenta con más elementos para delinquir.

Finalmente el clasificar a los delincuentes en primodelincuentes, reincidentes y habituales es la complementación del pensamiento positivista que supone que el delincuente es una especie de enfermo o de trastornado.

Según el artículo 64 será reincidente quien cometa, tras haber sido condenado, un nuevo delito. Mientras que el artículo 65 señala que si además se comete antes de diez años otro u otros delitos el delincuente se considerará como habitual.

### I.3. EL CODIGO PENAL FEDERAL DE 1931

El Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931 es el tercer y último Código Penal Federal que se produce en la República Mexicana, por lo tanto, es el que está en vigor hasta el día de hoy.

Este Código Penal desde su nacimiento ha tenido una gran cantidad de reformas, motivo que ha llevado a pensar que el Código que actualmente nos rige ya no es el mismo que entró en vigor en 1931.

En la exposición de motivos que formuló el Lic. Alfonso Teja Zalbre en nombre de la Comisión Revisora de las Leyes Penales se señala que es necesario no petrificarla sino “hacer de la legislación una fuerza viva y una orientación de progreso social”<sup>19</sup>.

A pesar de que en la exposición de motivos se señala que no tiene esta nueva legislación ninguna filiación doctrinal especial, sino una tendencia ecléctica, es

---

<sup>19</sup> LEYES PENALES MEXICANAS Tomo III, Edit. INACIPE. México 1979, pag. 289

notorio un gran peso del positivismo italiano y a decir del Doctor Moisés Moreno, esto es “más propio de un Estado absolutista o autoritario”<sup>20</sup>.

En éste Código, el propósito es eliminar el casuismo y ampliar el arbitrio judicial a la hora de establecer la sanción; hacer efectiva la reparación del daño; simplificar el procedimiento, entre otras cosas que no pasaron a ser mas que una declaración de buenos deseos <sup>21</sup>.

En la exposición de motivos se señala que se tienen como referencias de éste Código a los dos anteriores Códigos Penales Federales, así como las obras de los juristas Jiménez de Asúa, Cuello Calón y las de Saldaña<sup>22</sup>.

En éste Código se define al delito como “el acto u omisión que sancionan las leyes penales”<sup>23</sup>. Claro es que con las referencias teóricas de los juristas señalados anteriormente, debe de entenderse que la teoría del delito que se recoge, es principalmente, el causalismo. No hay que olvidar que Jiménez de Asúa fue discípulo en Berlin de Von Liszt.

---

<sup>20</sup> Revista mexicana de justicia No. 1 Vol. IX. México D.F. 1991 pag. 145

<sup>21</sup> LEYES...*Ob. Cit...* pag. 290

<sup>22</sup> *idem...* pag. 293

<sup>23</sup> *idem...* pag. 306

Algo que no deja de llamar la atención es que el dolo, también en éste Código se sigue presumiendo, con lo cual, como ya se ha señalado, se contraviene el principio de presunción de inocencia. Esto se deriva de negarle al error de prohibición el papel de atenuante o excluyente de responsabilidad, éste error que en aquella época se le denominaba error de derecho.

Este Código penal no solo recepta el derecho penal del hecho, según el cual, solo es punible lo que la persona hace, sino que además recoge algunos casos en los que se castiga lo que la persona “es”, como lo es el caso de la vagancia y la mal vivencia. A esto se le ha llamado “derecho penal de autor” que es propio de los Estados autoritarios y no de los Estados de Derecho.

El tratamiento que se da en el Código a la tentativa deja claro que se trató de adoptar una postura ecléctica ya que se señala que en cuanto a la imposición de la sanción por la tentativa se estará a la “temibilidad” del autor y al grado que se hubiere alcanzado de la ejecución.

Por lo que toca a las personas que intervienen en la comisión de un delito no existió una clasificación cierta y clara sobre quienes son autores y quienes son partícipes.

En su artículo quince el Código establece diversas “Circunstancias excluyentes de responsabilidad”, título que se ha criticado por la desafortunada terminología que utiliza, ya que una circunstancia es algo que circunda o que está alrededor de algo (en este caso del hecho) y por lo tanto no forma parte de ese algo. Todos los casos que señala el artículo 15 no son “circunstancias” sino elementos integrantes del hecho y que además lo caracterizan, como por ejemplo el actuar pero sin voluntad, debido a un impulso exterior físico irresistible.

El artículo quince incluye las excluyentes de inimputabilidad, legítima defensa, presunción de legítima defensa, el miedo grave y el temor fundado, el cumplimiento de un deber, la obediencia de un superior jerárquico y el caso fortuito.

En su artículo veinte el Código contempla a la Reincidencia como una causa de agravación de la pena, y en general, se conserva el criterio de sancionar basándose en la peligrosidad del autor o en su temibilidad, en lugar de basar la punibilidad en la culpabilidad.

En cuanto a las sanciones se prevé en algunos casos, penas privativas de libertad con un mínimo de tres días de prisión, lo cual no es muy adecuado. ¿De qué sirve

estar tres días en la prisión, después de un procedimiento muy largo (de meses en el mejor de los casos)? Estos casos absurdos, nos ponen en claro que se pensaba que las sanciones no tenían un propósito claro.

De forma sumamente criticable se establecen medidas de seguridad de **duración indeterminada** para los inimputables, de tal forma que es posible que un inimputable sea castigado más severamente que un imputable por un mismo hecho. Esto se estableció pensando que los inimputables son personas de las que la sociedad se debe de proteger en forma mucho mayor.

En el Código se le dio poca importancia al principio de que el derecho penal es el último recurso que se debe de emplear, y por ello podemos observar dentro de su catálogo de delitos a las lesiones simples, las injurias, el disparo de arma de fuego, que son hechos de poca relevancia y que se podrían regular por leyes administrativas o civiles.

Hay que aclarar que la mayoría de las características que se han mencionado del Código, ya no existen, debido a que se ha reformado de forma muy importante, por decretos publicados en el Diario Oficial de los días 13 de enero de 1984 y 10 de enero de 1994.

Por lo que respecta a la teoría del delito que es más adecuada para interpretar éste Código en sus inicios, tenemos a la teoría causalista que fue ideada por Von Liszt, Beling y Radbruch .

Básicamente se divide al delito en dos partes: una parte objetiva, en la que se encuentra la acción, la tipicidad y la antijuridicidad; y en una parte subjetiva que correspondía a la culpabilidad, que era considerada como el nexo psicológico entre el autor y su hecho.

**CAPITULO II**  
**LOS ANTEPROYECTOS DE**  
**CODIGO PENAL FEDERAL**

## II. LOS ANTEPROYECTOS DE CODIGO PENAL FEDERAL

Desde la aparición del Código Penal para el distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal, en 1931, se han dado un sin fin de críticas a su contenido.

Se ha mencionado que es un Código que nació viejo y obsoleto, entre otras cosas. Es por eso que ha sufrido demasiadas reformas e incluso varios intentos de sustitución por medio de Anteproyectos en 1949, 1958, 1963, 1983 y 1989.

El anteproyecto de 1963, pretendió incluso servir de modelo para todos los Códigos penales del país, porque destacados juristas mexicanos, consideraban necesaria la unificación de la legislación penal en toda la República. Entre éstos juristas destacan Porte Petit, Carrancá y Trujillo, Román Lugo y García Ramírez<sup>1</sup>.

El primer anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia de fuero Federal se

---

<sup>1</sup> Revista Mexicana de Justicia No. 1 Vol. IX, enero-marzo 1991 pag. 146

elaboró en 1949. Los participantes más destacados en su elaboración fueron los Doctores Luis Garrido y Celestino Porte Petit y el Lic. Francisco Argüelles.

Este anteproyecto no da una definición del delito y esto es una verdadera novedad. Con el argumento de que definir al delito como un “hecho sancionado por las leyes penales” es una definición tautológica, se omite dar cualquier definición.

En su artículo siete, clasifica a los delitos en intencionales, culposos y preterintencionales. Esta manera de clasificar a los delitos implica varios cambios respecto a la clasificación del Código penal Federal de 1931, que solo señalaba a los delitos intencionales y a los delitos no intencionales o de imprudencia.

En cuanto a los delitos intencionales, prácticamente no hay ningún cambio. La intencionalidad se sigue presumiendo salvo prueba en contrario, según lo señala el artículo octavo del anteproyecto.

Por lo que respecta a la imprudencia, es llamada en forma más correcta como **culpa**, ya que la imprudencia es una de las formas, pero no la única en que se puede obrar culposamente. Culpa es el genero y la imprudencia es la especie.

El Anteproyecto, al definir a la culpa, ya incluye tanto a la culpa con representación, como a la culpa sin representación. El anteproyecto señala que un delito es culposo “cuando la producción del resultado no se previó siendo previsible; cuando habiendo sido éste previsto se tuvo la esperanza de que no se realizaría...”<sup>2</sup>.

La preterintencionalidad es incluida, aunque considero que esto no era necesario, ya que en la misma definición que da el Anteproyecto, se señala que es dolo mas culpa, por lo que el problema de la preterintencionalidad, se podía resolver señalando que se trata de un concurso de delitos, uno doloso y otro culposo.

El Anteproyecto señala que un delito preterintencional es “el que se forma con la conciencia del dolo sobre el propósito y de la culpa sobre el resultado”<sup>3</sup>.

En su artículo quince el Anteproyecto también contiene al igual que el Código penal Federal de 1931, las “causas excluyentes de responsabilidad”, corrigiendo la denominación de “circunstancias que excluyen la responsabilidad”.

---

<sup>2</sup> Anteproyecto de Código penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal, editado por la Secretaria de Gobernación, México D:F: 1949, artículo 8

<sup>3</sup> *idem*.

El segundo Anteproyecto se denominó “Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal”, y fue elaborado en 1958.

En la comisión redactora del segundo Anteproyecto participaron el Doctor Celestino Porte Petit y los licenciados Ricardo Franco Guzman, Francisco Pavón Vasconcelos y Manuel del Río Govea.

En éste Anteproyecto tampoco se incluye una definición del delito. En la exposición de motivos se reconoce la dificultad para establecer una definición del delito, debido a lo complicado que resulta “encontrar una fórmula que lo comprendiera, tanto en su aspecto intrínseco como extrínseco”<sup>4</sup>, además de señalar que basta con el catálogo de las conductas acreedoras de sanción que se contiene en la parte especial del Anteproyecto, para respetar el principio de *nullum crimen sine lege*.

En el segundo Anteproyecto se clasifican los delitos también en dolosos, culposos y preterintencionales. Así tenemos que a la *intencionalidad* se le denomina en forma más técnica como *dolo*, además de que desaparece su presunción.

A los delitos dolosos se les define de la siguiente manera “son dolosos no solamente cuando se quiere o acepta el resultado, sino lo necesariamente unido al querer del agente”<sup>4</sup>.

La imprudencia sigue definida de igual manera que en el Anteproyecto anterior, denominandosele correctamente como **culpa**. Y por otra parte, la preterintencionalidad se le define de forma diferente, señalándose que los delitos son preterintencionales “cuando el resultado mayor al querido no fue previsto siendo previsible, o cuando habiendo sido previsto se confió en que no se produciría”<sup>6</sup>.

Cinco años más tarde se integra una comisión para redactar un proyecto de Código Penal Tipo para toda la República, como resultado de una recomendación del II Congreso Nacional de Procuradores de Justicia.

La comisión la presidió el Doctor Fernando Román Lugo, quien era el Procurador General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, y estuvo integrada por el Doctor Celestino Porte Petit y los licenciados Luis Fernandez Doblede, Olga Islas de

---

<sup>4</sup> Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal. Editado por la PGR, México D.F: 1958. Parágrafo 5.

<sup>5</sup> *idem...* art. 8

<sup>6</sup> *idem*.

Gonzalez Mariscal y Luis Porte Petit. Además de contar con la asesoría de Luis Garrido, quien había participado en la redacción del Código Penal Federal de 1931 y en la creación del primer Anteproyecto en 1949<sup>7</sup>.

Este proyecto pretendió mantenerse alejado de toda influencia filosófica “inconducente” y hacer gala de “técnica jurídica” que se nutre de la teoría causalista del delito, ya que considera al dolo y a la culpa (además de la preterintención) como “formas o especies de la culpabilidad”<sup>8</sup>.

La definición del delito también es omitida en este caso, por considerarse que “no aporta ninguna utilidad”<sup>9</sup>. En lo que se refiere a la clasificación de los delitos como dolosos, culposos y preterintencionales, ésta sigue igual. Tampoco se consigna la presunción del dolo, considerándose que es incorrecto hacer que el imputado pruebe que no obró con dolo.

En el Proyecto tampoco se incluye al error de derecho como excluyente de responsabilidad. Es sabido que el error consiste en ignorar que existe una ley y que por lo tanto lo que se realiza está prohibido; el no incluir esta excluyente de

---

<sup>7</sup> Leyes Penales Mexicanas, Tomo IV. Editado por el INACIPE. México 1980, pag. 341

<sup>8</sup> *idem...* pag. 343

<sup>9</sup> *idem.*

responsabilidad, obedece a que se consideró que los gobernados podían abusar de la misma. De esta forma el artículo décimo señala que “nadie puede invocar en su propia excusa, la ignorancia de la ley penal”<sup>10</sup>.

La culpa y la preterintención se definen de la misma manera que lo hace el anteproyecto anterior, sin ningún cambio.

Se incorpora el delito continuado ya que éste tipo de realización no se había tomado en cuenta hasta ese momento, por lo que el artículo 21 del Proyecto lo refiere de la siguiente manera “se considerará como un solo delito, la pluralidad de conductas o hechos con el mismo designio delictuoso e identidad de lesión jurídica, incluso de diversa gravedad”<sup>11</sup>.

Otra novedad es el tratamiento de la tentativa, ya que se hace punible la tentativa inidonea, señalándose que la inidoneidad puede consistir en los medios utilizados o en el objeto material según reza el artículo 17. Aquí se está haciendo referencia al denominado “delito imposible” que tiene su antecedente en el artículo 25 del Código Penal Federal de 1871 que ya lo contemplaba con la denominación de “delito intentado”.

---

<sup>10</sup> *idem... pag. 375*

Por otra parte la **imputabilidad** no se define de manera positiva, sino que hay que extraer su significado a *contrario sensu* de lo que es la inimputabilidad que consiste en padecer trastorno mental o alienación mental que les haya impedido apreciar el carácter ilícito de su conducta.

Se establecen algunas sanciones para las personas colectivas, por que es un hecho innegable “que los entes colectivos son sujetos de derecho”<sup>12</sup>, y además, están formados por personas individuales, cuyas voluntades “dentro de sus actividades propias, pueden incurrir en ilícitos penales”<sup>13</sup>.

En este orden de ideas el artículo 32 establece que cuando una persona jurídica colectiva –hace excepción de las instituciones del Estado- “facilite los medios para la comisión de un delito, de modo que éste resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella”<sup>14</sup> se le podrá disolver o intervenir.

Éste es el último proyecto que se encuentra editado. El Anteproyecto de 1983 no se encuentra editado y solo se encuentran publicadas referencias de él, hechas por el

---

<sup>11</sup> *idem... pag. 376*

<sup>12</sup> *idem... pag. 351*

<sup>13</sup> *idem.*

<sup>14</sup> *idem... pag. 378*

Doctor Moisés Moreno y el licenciado Carlos Madrazo. Estos autores refieren que el Anteproyecto de 1983 fue tomado como modelo para las reformas penales publicadas en el Diario Oficial del 13 de enero de 1984.

Finalmente hay que mencionar que México participó en la elaboración de un Código Penal Tipo para América Latina en los 60's. Este proyecto es de gran importancia para el desarrollo del derecho penal en México, ya que dio la oportunidad de que juristas mexicanos, conocieran el desarrollo del derecho penal en otros países del continente, especialmente Chile ya que en ése país se encontraban traducidos y editados algunos textos de juristas muy importantes que estaban cambiando la manera de entender al derecho penal como lo es el caso de Welzel.

Entre las conclusiones más sobresalientes de éste Proyecto, destaca la definición de imputabilidad que sería retomada en México con muy pocas modificaciones.

La definición tiene que extraerse a *contrario sensu* de la definición de inimputabilidad, que se definió de la siguiente manera:

“No es imputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o

retardado o de grave perturbación de la conciencia, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión”<sup>15</sup>

Otra de las conclusiones relevantes de éste Proyecto, se da sobre el concepto de culpa, ya que se determina en una forma más clara que la culpa es falta de cuidado o incumplimiento de un deber de cuidado. A la culpa se le definió de la siguiente manera:

“Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales, y en el caso de representarse como posible se conduce en la confianza de que no ocurrirá”<sup>16</sup>.

Por otra parte el anteproyecto de 1989 que es objeto de éste trabajo será analizado en los capítulos posteriores. Baste señalar por el momento que dicho Anteproyecto se encuentra todavía sin editar, circunstancia que lo hace merecedor de un estudio más detenido.

---

<sup>15</sup> Código Penal Tipo para América Latina , Editado por la PGJR y la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México 1967, pag 494

<sup>16</sup> *idem...* pag. 495

**CAPITULO III**  
**TEORIA DEL DELITO**

### III.1. TEORIA CAUSALISTA

La moderna teoría del delito surge a finales del siglo pasado en Alemania. Esta primera estructuración teórica de lo que es el delito, entendido éste en forma moderna, es conocida como **teoría clásica** por ser la primera en elaborarse (no hay que confundir las teorías modernas del delito con las Escuelas del pensamiento penal, que son anteriores), o **teoría causalista** por el concepto de acción que maneja, como se señalará más adelante

Revisando los antecedentes de la teoría clásica nos encontramos con que en el año de 1840 Luden, señala que el delito tiene tres elementos:

-ACCION

-ANTIJURICIDAD

-CULPABILIDAD

Desgraciadamente su punto de vista no logra imponerse en ese tiempo en que imperaba la teoría de la imputación de Puffendorf (1636-1694), a pesar de que incluso antes que Luden, otro jurista de nombre Cristobal Carlos Stübel, había

propuesto colocar al injusto (hecho antijurídico) fuera del concepto de imputación del hecho. Esto lo plantea Stübel en el año de 1805.

Por su parte Berner en 1857, también hablaba de algo que ya Luden había señalado: del concepto de acción. Berner propuso que se tomara a la acción como base de la estructura del delito, y ello para tener algo firme de lo cual partir.

La separación entre antijuricidad y culpabilidad no se estableció sino hasta después de que Rudolf Von Ihering hiciera notar en 1867 a través de una publicación sobre el Derecho Privado Romano, que la culpabilidad tenía, por decirlo de alguna manera, varios momentos. Por un lado la antijuricidad objetiva y por otro la propia culpabilidad.

Va a ser Von Liszt quien introduce en el derecho penal lo que Ihering<sup>7</sup> ha descubierto, desarrollando un peculiar concepto de acción y en 1884 establece que el delito está integrado por tres elementos: La acción, la antijuricidad (que es objetiva) y la culpabilidad. En éste mismo sentido se manifiesta Beling en 1902 y Radbruch en 1904.

El antecedente de lo que se considerarían como especies de la culpabilidad, reunidas ya bajo un mismo género o categoría superior, lo encontramos en Merkel en el año de 1889.

Por primera vez, alguien decía que el dolo y la culpa, podían reunirse bajo el concepto de “determinación de la voluntad contraria al deber”. (esta idea de Merkel surge dentro del marco de la teoría de la imputación).

El toque maestro a las ideas de Von Liszt lo pone Beling en 1906, al incorporar a los elementos señalados por Von Liszt, uno más, el concepto de tipo (*Tatbestand* en alemán)<sup>\*\*</sup>. Antes de Beling hiciera éste señalamiento, lo que se entendía por la palabra “tipo”, era el conjunto de los presupuestos de la punibilidad, por lo que para no crear confusión, Beling le llamo al conjunto de los presupuestos de la punibilidad **Delikstypus**<sup>†</sup>.

---

\* Tanto Ihering como Merkel y Glaser fueron profesores de von Liszt en la Universidad de Viena de 1869 a 1873.

\*\* Esta palabra es mucho más transparente y clara en alemán ya que es una palabra compuesta por la palabra *Tat* que significa “hecho o cosa” y la palabra *Bestand* que significa “estado de o existencia”, por lo que la idea que expresa *Tatbestand* es muy clara, se refiere a una especie de modelo de la conducta, o molde de la misma.

† CUELLO CALON, Derecho Penal parte general Tomo I. Editorial Bosch, Barcelona España, 1975. Pag. 335

No es sino hasta este momento cuando podemos hablar del nacimiento de la moderna teoría del delito, conocida como causalista y cuyos conceptos fundamentales son: la acción, el tipo, la antijuricidad y la culpabilidad.

Von Liszt va a utilizar el método naturalístico para estudiar el Código Penal Alemán de 1871 y poder extraer de su contenido, los conceptos fundamentales del Derecho penal.

El primer paso para la dogmática jurídica, consiste en reunir las normas jurídico-penales para posteriormente “deducir” todos los conceptos jurídico-penales a partir de las normas y por último, hay que construir con esos conceptos un sistema<sup>2</sup>. De ésta manera Franz Von Liszt concluye que delito es “el acto culpable contrario al derecho y sancionado con una pena”<sup>3</sup>.

El primer elemento del delito a tratar es el concepto de acción, que es entendido como un movimiento corporal, que si bien, es producido voluntariamente, la dirección de la voluntad no forma parte del concepto de acción.

---

<sup>2</sup> BACIGALUPO La dogmática penal, Edit. Civita, España 1983. Pags 21 a la 23

<sup>3</sup> VON LISZT, Tratado de Derecho Penal, Editorial Reus, segunda edic., Madrid España, 1926. Pag 254

La acción solo es entendida como la **manifestación de la voluntad**, es decir, como la “conducta que libre de violencia física o psicológica, está determinada (motivada) por las representaciones (*Vorstellungen*)”<sup>4</sup>.

El estudio de la acción solo recae sobre su fase externa, mientras que su fase interna (el contenido de la voluntad) se estudia dentro de otro concepto, que es el de la culpabilidad, en donde se analiza si el contenido de la voluntad es doloso o culposo.

Tanto Ernest Beling como Von Liszt, consideran que el concepto de acción engloba tanto a la acción propiamente dicha como a la omisión. Beling señala que la acción consiste en:

“un comportamiento corporal (fase externa, “objetiva” de la acción ) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, “voluntariedad”)... ello es, un comportamiento corporal voluntario, consistente ya en un “hacer” (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, por ejemplo, levantar la mano, movimientos para hablar, etc., ya en un “no hacer (omisión) ello es, distensión de los músculos”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> *Idem...* pag. 285.

Por su parte Gustav Radbruch, en el año de 1904, se opone a que se puedan englobar bajo un mismo concepto a la acción y a la omisión. Rechaza el concepto de acción en sentido amplio o cualquier otro sinónimo como lo puede ser la palabra “conducta”.

El razonamiento de Radbruch se basa en que la omisión es lo contrario de la acción y por lo tanto, no se pueden tratar de forma igual, ya tanto su naturaleza como su regulación es diferente.

De acuerdo con lo expuesto sobre el concepto de acción, en el causalismo se le entiende como “el mero proceso causal que desencadena la voluntad... en el mundo exterior..., sin tomar en consideración si el autor lo ha querido o si solo lo podía prever”<sup>6</sup>.

La acción es sentido estricto para el causalismo consta de tres elementos:

- 1.- La manifestación de la voluntad
- 2.- El nexa causal
- 3.- El resultado.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> BELING, Esquema del Derecho Penal. Editorial Depalma, Argentina 1944. Pag. 19

<sup>6</sup> WELZEL HANS, Derecho Penal Alemán. Editorial jurídica de Chile . Chile 1993. Pag. 46

<sup>7</sup> ORELLANA WIARCO O. La teoría del delito. Editorial Porrúa, segunda edic. México 1995

Primeramente la manifestación de la voluntad, es lo que desencadena una serie de acontecimientos en el mundo exterior que se rigen por las leyes de la naturaleza (principio de causalidad) hasta producir un resultado.

El nexa causal es todo lo que sucede a partir de la manifestación de la voluntad y hasta que se produce el resultado. Es la serie de sucesos naturales encadenados unos con otros debido a que uno es causa del otro hasta que se alcanza el resultado.

El resultado es el cambio que se produce en el mundo. este cambio es producto de la manifestación de la voluntad si entre los dos hay una relación causa-efecto.

Por otra parte, la omisión consiste no solo en un “no hacer” como señala Beling sino en “no impedir voluntariamente el resultado”<sup>8</sup>, resultado que está prohibido. Tiempo despues se entenderá que el centro de la omisión consiste en no hacer halgo que el derecho manda que se haga, y por lo tanto, se dirá que la omisión es un concepto normativo.

---

<sup>8</sup> VON LISZT... *Ob. Cit...* pag. 302

El concepto de “tipo” es el segundo, no porque sea menos importante, sino por que los conceptos se encuentran ordenados de tal forma, que cada concepto posterior supone que ya se ha abarcado al que le precede, y de esta manera se va dando un estudio en forma ascendente.

Cuando Beling incorpora el concepto de tipo, lo define como la descripción que la ley hace, de una conducta que es sancionada por el derecho penal. De tal manera que no existe un delito, si no hay un **tipo** que describa, cuál es la conducta que está sancionada. (*Kein Verbrechen ohne Tatbestand*).

Para poder diferenciar al tipo de la antijuricidad, Beling señala que en el tipo no hay ninguna valoración de tipo jurídico, ya que ésta se va a hacer cuando se tenga que decidir si la acción típica es antijurídica. Por lo tanto, el tipo es valorativamente neutro.

Ahora bien, para poder diferenciar al tipo de la culpabilidad, se establece que el tipo es objetivo, es decir que “todo suceso subjetivo, transcurrido en el interior animico del autor, no corresponde al tipo penal”<sup>9</sup>. Esto lo hace Beling porque en el concepto de culpabilidad es donde se encuentra todo lo que es subjetivo.

---

<sup>9</sup> ROXIN CLAUS, Teoría del Tipo Penal, Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, 1979. Pag. 57

El tercer elemento del delito es la **antijuricidad** que consiste en la contradicción entre el hecho realizado y el derecho. Es la ausencia de un “permiso”, de una causa de justificación que autorice realizar la conducta típica.

La antijuricidad es objetiva, porque el juicio que determina la desaprobación del derecho recae sobre la acción (que es objetiva) y sobre el tipo (que también es objetivo).

Von Liszt además de dar una definición formal de la antijuricidad, señala que tiene un contenido material. Para él, una conducta es antijurídica en el momento en que es contraria a la sociedad.

La manera de razonar de Liszt lleva a Max E. Mayer a idear la teoría de “las normas de cultura” a las que define como prohibiciones y mandatos que tienen la finalidad de proteger los intereses sociales.

Finalmente la culpabilidad es definida como una “relación subjetiva entre el hecho y el autor”<sup>10</sup>. Por lo tanto es explicada en forma psicológica.

---

<sup>10</sup> VON LISZT, ...*Ob. Cit...* pag. 376

La culpabilidad tiene dos especies: el dolo y la culpa. El dolo es la más grave reprobación de la conducta, es la culpabilidad máxima y se da cuando el autor conoce los elementos del tipo, los quiere y además tiene conocimiento de que la acción es antijurídica o de que lo es posiblemente. Aunque hay que hacer la aclaración de que para Von Liszt, la conciencia de la antijuricidad no es un elemento integrante del concepto de dolo.

La segunda especie de la culpabilidad es la culpa. La culpa es entendida como imprudencia, consistente en generar un resultado que no se había previsto (siendo previsible) o bien, en producir un resultado por no actuar diligentemente si éste resultado ya se había previsto pero se confiaba en que no se produciría.

### III.2. TEORIA NEOCAUSALISTA

Esta nueva manera de ver el delito también es conocida como causalismo valorativo porque sigue teniendo como punto de partida al concepto de acción causalista, pero en los demás estratos del delito se van incorporando cambios que se generan como producto de la evolución de la dogmática penal.

Los cambios principales dentro de esta teoría devienen de los descubrimientos de los elementos normativos y los elementos subjetivos del tipo, que ponen en crisis las referencias causalistas y que plantean una nueva concepción de los principales conceptos que se venían manejando como son el concepto de tipo, el de antijuricidad y el de culpabilidad.

Max Ernst Mayer tiene la agudeza para percatarse de que dentro de las descripciones que establecen los tipos penales, se encuentran elementos que no pueden ser captados por los sentidos. *V. gr.* En el tipo de robo que establece nuestro código penal en su artículo 367 se señala que comete el delito de robo “el que se apodera de una cosa ajena mueble...”, aquí el elemento que no puede ser captado por los sentidos es la “ajeneidad”, la palabra “ajeno”. Para poder determinar si la cosa es ajena hay que hacer una

valoración y éste es el problema porque Beling, cuando incorpora el concepto de tipo señala que el tipo es valorativamente neutro.

Este mismo problema se presenta en varios tipos penales, cuando se señala “falsedad”, “honestidad”, etc. Por ello M. E. Mayer establece que los elementos antes mencionados, que se conocen como elementos normativos, son “cuerpos extraños dentro del tipo penal valorativamente neutro...elementos extraños dentro del tipo penal”<sup>11</sup>.

Como las valoraciones no se realizan dentro del tipo penal sino dentro de la antijuricidad, entonces se establece que existe una fuerte relación entre lo que es el tipo y la antijuricidad, por lo que M. E. Mayer señala que los elementos normativos no solo denotan la antijuricidad sino que verdaderamente la fundamentan. Él imagina que la relación entre la tipicidad y la antijuricidad es como la que existe entre el humo y el fuego. La presencia del humo no es prueba determinante de que exista fuego, pero esto es lo más probable (*sie verhalten sich wie Rauch und Feuer*).

Más tarde en 1929 Erik Wolf señala que todos los elementos del tipo son normativos porque “la descripción de hechos y valoración de hechos no son separables”<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> ROXIN...*Ob. Cit...* pag 62

Aquí es donde aparece uno de los representantes más significativos del causalismo valorativo, Edmundo Mezger, quien establece que no es natural la separación entre la antijuricidad y la tipicidad por lo que él los une en lo que denomina “tipo del injusto”.

Mezger se encuentra con un gran número de elementos normativos que clasifica en jurídicos, culturales y subjetivos. Señala que en el tipo ya se encuentra un juicio de disvalor que es provisorio si se demuestra que la acción no es antijurídica.

Antes que Mezger, otro gran jurista Guillermo Sauer, había señalado en 1921 que el tipo es “una antijuricidad típicamente acuñada”<sup>13</sup>. Sauer y Mezger convierten las causales de justificación en elementos negativos del tipo, con los cuales no solo se elimina la antijuricidad, sino también la tipicidad<sup>14</sup>.

Otro de los cambios importantes realizados a la teoría causalista se desprende del hecho de haberse descubierto los elementos subjetivos del autor de la acción, también llamados elementos subjetivos del injusto o del tipo.

---

<sup>12</sup> *Idem...pag. 64*

<sup>13</sup> *Idem...pag. 65*

<sup>14</sup> WELZEL...*Ob. Cit...pag. 64*

H. A. Fischer en 1911, Hegler en 1915 y años más tarde Mezger, descubren éstos elementos subjetivos. Se dan cuenta que en algunos tipos se exigen ciertos “momentos especiales del ánimo” como por ejemplo que la acción se realice “brutalmente”, “con maldad”, o bien que la acción se realice con un propósito solo verificable en un futuro, por ejemplo el privar de la libertad “con la finalidad de pedir rescate” o “con el propósito de realizar un acto sexual”. En estos últimos casos los delitos son diferentes y solo sabremos cual es el que se cometió si atendemos a la intención del autor.

Además de los elementos subjetivos ya apuntados, nos encontramos con que el dolo es un elemento del tipo en los casos de tentativa, porque en estos casos lo que se castiga no es el resultado debido a que éste no se produce, sino **la intención de producir el resultado.**

Todos éstos casos son considerados por Mezger como excepciones, pero sigue considerando que dentro del tipo no hay elementos subjetivos.

Un cambio más ocurrió con respecto a la teoría clásica. Un cambio que incidiría sobre la culpabilidad. En 1907 Frank establece que la culpabilidad también consiste en un juicio de valor, en un “reproche”. Culpabilidad es **reprochabilidad**, es decir, es un juicio de reproche que se hace al autor. Esta es la llamada concepción normativa de la

culpabilidad que señalaba ya que la culpabilidad no era la relación psíquica entre el autor y su hecho, sino un juicio de reproche que recaía sobre el autor.

El autor es culpable si tuvo la posibilidad de comportarse de otra manera diversa a la comisión del delito y no lo hizo. Solo más tarde Dhona en 1935 distinguiría claramente entre la culpabilidad como valoración y al dolo como el objeto de dicha valoración.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> *Idem...* pag. 168

### III.3. TEORIA FINALISTA

La teoría finalista del delito es ideada en Alemania por Hans Welzel,<sup>\*</sup> aunque tiene antecedentes en las concepciones que especialmente habían tenido sobre el concepto de tipo en 1929 Hellmuth von Weber y en 1936 Alexander zu Dohna<sup>16</sup>.

En 1931 Welzel publica lo que puede considerarse el primer escrito que apuntaba a las ideas que más tarde desarrollaría como finalismo. Contaba con solo 27 años y en ese entonces era asistente en el Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Colonia en Alemania.

Esta primera publicación lleva el título de “CAUSALIDAD Y ACCION”.(*Kausalität und Handlung*), es un ensayo en el que establece la importancia de asirse a un concepto ontológico, es decir a un concepto no valorativo sino sobre el ser.

En su ensayo se propone descubrir el “ser” de la acción, lo que la acción es, no solo para el derecho, sino lo que en verdad es, es decir se propone dar un concepto ontológico

---

<sup>\*</sup> Welzel nace en 1904 en Arden Alemania, se doctora en derecho a los 24 años, fue profesor de derecho penal y filosofía del derecho entre otras materias en Göttingen desde 1936. En 1951 pasa a Bonn a suplir a Graf zu Dohna. Muere en sea misma ciudad en 1977.

<sup>16</sup> ZAFFARONI EUGENIO R. Manual de Derecho Penal. Editorial Cárdenas, México 1991. Pag. 400

de la acción. En este orden de ideas deja claro que la causalidad abarca la intencionalidad ya que si una cadena causal pretende ser la ejecución de una decisión, entonces debe de fundarse en esa decisión, es decir, en la voluntad.

El punto de partida de cualquier valoración penal debe de ser la acción fundada intencionalmente. Esta concepción ontológica de la acción cambió todo el sistema penal.

La acción desde éste punto de vista tiene una parte que se desarrolla dentro del mundo físico y otra parte que se desarrolla dentro del mundo psíquico. Se puede afirmar que las dos partes que integran a la acción son por una parte la voluntad y por la otra, la manifestación de esa voluntad.

La parte subjetiva de la acción que es la voluntad consiste en querer algo, pero para querer es necesario conocer por lo que la voluntad se debe de basar en un elemento cognitivo. Por otra parte la manifestación de la voluntad es lo que va a desencadenar una serie de acontecimientos causales naturales. Consiste en un movimiento o en lo que Beling denominaba “inervación muscular”.

Welzel es muy claro al señalar que toda acción humana es “ejercicio de actividad final...actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin...por eso la finalidad es “vidente”...”<sup>17</sup>.

Lo interesante es que partiendo de esta base se deduce que si la acción debe de ser típica, al momento de entrar la acción en el tipo no se puede desprender de alguno de sus dos elementos constitutivos.

De lo anterior se concluye que el tipo debe de tener dos partes, una parte objetiva y otra subjetiva para dar cabida a los dos componentes de la acción. Pero como el dolo es precisamente conocer y querer (lo cual coincide con el aspecto subjetivo de la acción) entonces el dolo formaría parte del tipo y no tendría por que estar en la culpabilidad.

Ordinariamente se señala que el bosquejo de la teoría de la acción finalista se conforma hasta 1939 en el artículo *Studium zum System des Strafrecht* (Estudio sobre el sistema del Derecho Penal)

Al momento de realizar el traslado del dolo al tipo, Welzel lo depura, pasando solo como dolo al tipo el conocer y el querer y deja fuera del concepto de dolo a la conciencia

---

<sup>17</sup> WELZEL...*Ob. Cit.* pag. 39 y 40

de la antijuricidad, que se quedará formando parte de la culpabilidad como un concepto independiente.

De esta forma ya tenemos un tipo con dos partes, una objetiva, donde estarán todos los elementos descriptivos y normativos del tipo y otra parte subjetiva donde estará el dolo y, caben también, los elementos subjetivos del tipo diversos al dolo.

Por otra parte la antijuricidad consistirá en juicio que se haga sobre el hecho (tanto a la parte objetiva como a la parte subjetiva) para averiguar si el derecho en su totalidad lo permite o no lo permite. En este sentido es que la antijuricidad es objetiva, no porque se encargue de analizar la parte objetiva de la acción sino porque es una valoración que se hace contando con un catálogo objetivo de causas de justificación que no se puede ampliar o disminuir a criterio del juzgador.

Llegando a lo que es la culpabilidad, Welzel retoma el concepto normativo de culpabilidad, que es el que la entiende como **reprochabilidad**, es decir, que a una persona le será reprochable su hecho si pudo en su circunstancia específica evitarlo y sin embargo decidió no evitarlo.

La culpabilidad tiene varios elementos como lo es primeramente la imputabilidad, en segundo lugar como ya se dijo la conciencia de la antijuricidad que como ya se señaló, se quedó como concepto autónomo separado del dolo y por último la no exigibilidad de una conducta diversa.

El dolo pasa al tipo, lo mismo que en su caso, la culpa. La culpa no es otra cosa que falta de cuidado objetivo y por lo tanto está en la parte objetiva del tipo, en el caso de que el delito sea culposos ya que no puede convivir el dolo y la culpa dentro de un mismo tipo.

**CAPITULO IV**  
**PRINCIPIOS JURIDICOS FUNDAMENTADORES**  
**DEL ANTEPROYECTO DE**  
**CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**  
**DE 1989**

#### IV. PRINCIPIOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DEL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1989

El anteproyecto que nos ocupa cuenta en sus primeros doce artículos con principios que lo rigen. Principios que son generalmente reconocidos en el derecho penal.

El primer principio que consigna es el **principio de legalidad** que tiene su fundamento constitucional en el párrafo tercero del artículo catorce de la Constitución Mexicana. Dentro del anteproyecto se señala que no se puede imponer ninguna sanción penal, ni pena ni medida de seguridad, a una acción u omisión que no se encuentren expresamente previstas, o bien, no se puede imponer una pena que no aparece establecida para una acción u omisión prevista dentro del anteproyecto.

El artículo segundo establece que queda prohibida la aplicación analógica de la ley o por mayoría de razón, casos también previstos en el precepto constitucional ya citado. A este principio de no aplicar a la ley a casos que no sean exactamente como los previstos dentro del catálogo de delitos previsto en el anteproyecto se le denomina **principio de tipicidad**.

La analogía sabemos que se refiere a dos casos similares pero no iguales, dos casos (o más) que son análogos pero que no son idénticos. Lo que se prohíbe es que se puedan hacer pasar por típicas algunas acciones u omisiones que son muy parecidas a lo que se señala dentro del tipo, sin ser exactamente como el tipo las refiere.

La mayoría de razón consiste en establecer un criterio para sancionar una conducta basado en que la ley aunque no señala como delictiva cierta acción u omisión expresamente, eso puede deducirse del hecho de que acciones u omisiones menos graves sí son prohibidas por la ley por lo que con más razón se deben de prohibir las más graves. Esto tampoco está permitido por el derecho penal.

El artículo tercero regula lo que denomina **principio del bien jurídico y de la antijuricidad material**. Establece que para que se se pueda sancionar una acción u omisión “se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, algún bien jurídico tutelado por la ley penal”. Lo que se persigue con este principio es que no se impongan sanciones por lo que el autor es, sino por lo que el autor hace, es decir, se consigna aquí el derecho penal del hecho y no el derecho penal de autor.

El artículo cuarto establece el **principio de culpabilidad**, que implica en el anteproyecto dos cosas. La primera es que no se puede imponer una sanción si la acción

o la omisión no se han realizado culpablemente. La segunda es que en ningún caso la pena puede exceder a la culpabilidad.

El que se base la medida de la pena en la culpabilidad implica que se desecha el criterio de la peligrosidad como medida de la pena. Esto implica una base más segura para la medida de la pena y no lo deja a algo enteramente subjetivo e imposible de determinar como lo es la peligrosidad del autor, aun con las críticas que hace Roxin a esto, en el sentido de que tampoco es posible saber con certeza si el autor pudo o no pudo haber actuado de otra manera.

Sin embargo no se aclara si esto también es aplicable a las medidas de seguridad. Personalmente considero que éstas no están incluidas, por lo que si lo que se va a imponer no es una pena sino una medida de seguridad entonces ésta puede exceder la medida de la culpabilidad, tal vez pensando en que las medidas de seguridad que se imponen a los inimputables que carecen de culpabilidad, no pueden basarse precisamente en la culpabilidad.

El artículo quinto establece el **principio de jurisdiccionalidad**, en el que se establece por una parte que la autoridad que establezca la sanción debe de ser una autoridad competente y por otra que el proceso debe de seguirse en “los tribunales previamente

establecidos”. Para tratar de evitar la creación de tribunales especiales, a propósito de determinado autor o determinado delito.

El artículo sexto establece el **principio de territorialidad**, con lo que el anteproyecto solo se aplicaría en el Distrito Federal por lo que se refiere a los delitos del orden común y en toda la República por lo que se refiere a los delitos del orden Federal. Esto no requiere mayor comentario ya que cada norma tiene un ámbito espacial de validez y con este principio lo único que se hace es establecer en donde se va a aplicar, respetando la soberanía de los Estados que integran la federación.

En el artículo siete se establece el **principio de aplicación extraterritorial de la ley penal**, que señala los casos de excepción en que se aplicará el anteproyecto. Estos casos son los siguientes:

- Por delitos cometidos en el extranjero, si producen sus efectos en el territorio nacional, con la salvedad de que no se encuentren juzgados ya en el extranjero.
- Los que se cometan en el extranjero por servidores públicos nacionales en el desempeño de sus funciones.
- Los que se cometan dentro de vehículos, aeronaves o embarcaciones que se encuentren el espacio aéreo nacional o la zona económica exclusiva nacional.

- Los que se cometan a bordo de aeronaves o embarcaciones del país que se encuentren en el extranjero
- Los que se cometan en el extranjero contra un nacional si el inculcado se encuentra en México, no haya sido ya procesado por ese delito y su hecho tenga carácter delictivo en ambos países.
- Y los demás que se lleven acabo de acuerdo con los tratados internacionales

Otro principio que se establece es el **principio de la ley más favorable al reo**, que se consagra en el artículo noveno. Este principio establece que en caso de que durante un proceso, entrara en vigor una nueva ley que fuese más benigna con el acusado, se deberá de actuar conforme a ésta o que en caso de que surja una ley menos favorable para el acusado se debe de estar a lo que dispone la ley anterior por se más favorable al reo. También se establece que esto se hará de oficio.

El artículo diez establece el **principio de la aplicación personal de la ley**, que establece que las disposiciones del anteproyecto solo se aplicarán a los mayores de 18 años, “con las salvedades que las propias leyes prevean”.

Aquí se da cabida a que pueda existir el caso de que un menor de edad pueda ser juzgado por ciertos delitos. Esto se basa en que la minoría de edad que muchas veces

se supuso, era causa de inimputabilidad, no es considerada de semejante manera por el anteproyecto y deja abierta la posibilidad de que en ciertos delitos como puede ser el de narcotráfico o el de robo de autopartes, se pueda procesar penalmente a personas que tuvieran 17 años. Y esto debido a que muchos menores de edad son utilizados para realizar éstos delitos.

El principio de especialidad, consunción y subsidiariedad, establece que en caso de que una misma materia esté regulada por varias disposiciones, se estará a lo que establezca la disposición especial y no lo que señala la disposición general, mientras que la norma más amplia o de mayor alcance absorberá a la de menor amplitud y la principal excluirá a la subsidiaria.

Estos son los nueve principios que establece el anteproyecto como base para poder ser funcional.

**CAPITULO V**  
**TRATAMIENTO DEL DOLO**  
**Y LA CULPA**

## V.1. LA ACCION Y SU RELACION CON EL DOLO

Es común la clasificación en delitos de acción y los delitos de omisión pero esto que pareciera ser una verdad universal no todos lo comparten. Primeramente hay que señalar las diversas posiciones sobre lo que es la acción.

Ya he señalado que en el causalismo el concepto de acción es un concepto naturalístico, donde todo lo que importa es que se aporte algo para producir un resultado y ese algo es un movimiento corporal. También que dentro de la acción algunos juristas incluían tres elementos a saber, la manifestación de la voluntad, el nexo causal y el resultado material.

Los causalistas establecieron que dentro de la misma categoría de “acción” tenían cabida tanto las acciones en estricto sentido, como las omisiones.

Para los causalistas no existe ninguna relación entre lo que es la acción y el dolo ya que el dolo es una de las formas de culpabilidad y en general consideran que el dolo tiene tres elementos:

- Conocer

- Querer
- Tener conciencia (que puede ser potencial) de la antijuricidad.

Pero no todo es causalismo. Weber consideraba que el dolo se encontraba dentro del tipo del injusto desde 1929 pero no reconocía una separación entre lo que es la antijuricidad y la tipicidad . Como quiera que fuera, colocaba al dolo no en la culpabilidad sino dentro del tipo del injusto.

Por otra parte Dohna también proponía en 1936 que el dolo se incluyera como un elemento del tipo pero consideraba que la parte subjetiva del tipo solo era tomada en cuenta por la culpabilidad (mientras que la parte objetiva del tipo solo era valorada por la antijuricidad).

Es en el finalismo donde encontramos un planteamiento un tanto mas ordenado y diferente. Welzel señala que el dolo tiene que estar dentro del tipo pero porque el dolo es un elemento integrante de la acción y si la acción debe de estar dentro del tipo, entonces, el dolo también.

Welzel funda su teoría en los pensamientos de Aristóteles que en su "Ética a Nicomaco", señala que solo son imputables los hechos voluntarios (*hekusion* = voluntario), que tienen que estar sometidos a la razón.

"En el concepto de la reflexión racional... describe Aristóteles con gran claridad y plasticidad la función práctico-teleológica de la premeditación en la ejecución de la acción: Cómo retrocediendo desde el fin propuesto se procede a elegir los medios más adecuados, siguiéndolos y fijándolos hasta el origen de la acción, con lo cual el actor puede dominar teleológicamente el curso del acontecer"<sup>1</sup>.

La acción para que pueda castigarse penalmente primero tiene que ser típica, por tanto, las dos partes que integran a la acción deben de ser típicas. Estas dos partes son la voluntad y la manifestación de la voluntad. La voluntad opera dentro de la Psique del autor y la manifestación de la voluntad en el mundo físico. Welzel señala, por lo tanto que "quien quiera imponer normas a la acción tiene que presuponer la estructura categorial del hacer humano; ningún legislador puede modificarla".<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> WELZEL HANS, Introducción a la Filosofía del Derecho. Editorial Aguilar, Madrid España, 1971, pag. 31

<sup>2</sup> Welzel H., Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico. Edit. Univ. Nacional de Córdoba, Argentina 1962. Pag. 39

La acción dentro del finalismo no contiene ni al nexo causal, ni al resultado. El resultado es algo diferente de la manifestación de la voluntad, se da temporalmente después y físicamente en otro lugar. Por ejemplo si alguien realiza un disparo de arma de fuego con la intención de matar, entonces se ha realizado una acción de homicidio, pero la muerte de la víctima que es el resultado, se lleva a cabo después de que se dispara el arma y es con el movimiento del dedo que acciona el gatillo del arma con lo que finaliza la acción para dar comienzo al nexo causal que producirá la muerte de la víctima.

Ahora bien el dolo dentro del finalismo solo tiene dos elementos: uno intelectual, que consiste en el conocer los elementos que forman parte del tipo penal y otro elemento volitivo que consiste en querer esos elementos que integran el tipo penal.

De lo anterior se desprende que toda acción típica tiene que ser necesariamente dolosa, porque si le falta el dolo, no será una acción completa, debido a que le faltará la parte subjetiva a la acción. Será algo que puede llamarse una "media acción", pero no una acción típica.

Pareciera que en la teoría finalista el dolo esta irremediamente ligado al concepto de acción, pero a pesar de lo que parece, Welzel no lo piensa de esa manera, para él, existen delitos de acción culposos. Pero esto lo veremos más adelante.

Welzel hace una diferencia entre dolo y finalidad. Toda acción humana tiene una finalidad, ésta es la gran aportación de Welzel. Pero no podemos decir que toda finalidad es dolo porque el dolo solo es la finalidad tipificada o prohibida por el derecho.

De lo anterior se desprende que la relación que guarda la acción con el dolo, sólo se da cuando la finalidad que se propone el autor al actuar, es una finalidad prohibida por el derecho, es decir, es una finalidad tipificada.

Es bastante claro que lo que el derecho pretende regular son las conductas humanas y por ello es necesario conocer lo que la conducta humana es, es decir, averiguar “la estructura óptica”<sup>2</sup> Y no asignarle un significado o un contenido inventado a la medida, para los requerimientos jurídicos.

---

<sup>2</sup> ZAFFARONI Eugenio R. Tratado de Derecho Penal, parte general. Tomo III, Editorial Cárdenas, México Distrito Federal, 1988, pag. 33

Es necesario recapitular ahora diversas definiciones que se han vertido sobre el concepto de dolo, para poder tener más clara su función y su desarrollo. Jiménez de Asúa define al dolo de la siguiente manera:

“dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existe entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”<sup>3</sup>

De la definición de Jiménez de Asúa se desprende que el dolo comprende a la conciencia de antijuricidad. Esto es entendible si se considera que dicho autor es causalista. Desgraciadamente cuando se incluye el tema del dolo en los libros de texto, (también en otros temas), se hace una exposición de las ideas sobre el temas en un total desorden histórico, dejando la sensación de que en la actualidad se siguen discutiendo posiciones ya superadas. El dolo con las características que le asigna este autor se le conoce como “dolo malo” y al dolo sin la Conciencia de la antijuricidad se le denomina “dolo bueno”.

Por otra parte Zaffaroni afirma que el dolo es “la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto”<sup>4</sup>, o simplemente “el fin de cometer un delito”.

A menudo se habla de modalidades del dolo y se habla de dolo directo y dolo eventual, aunque hay quien agrega que hay dolo de consecuencias necesarias.

El dolo directo consiste en querer realizar una acción o una omisión para producir determinado resultado, es decir, que es necesario que el autor se represente un resultado como posible y que lo quiera.

El dolo eventual consiste en representarse un resultado como posible pero sin desear que se produzca. Sin embargo el autor insiste en realizar la acción “aceptando” el resultado previsto y no querido.

El dolo de consecuencia necesaria consiste en querer un resultado y representárselo, pero unido a éste resultado querido aparece de forma inevitable otro resultado no querido. No es dolo eventual porque el segundo resultado se dará sin

---

<sup>3</sup> –LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, *Teoría del Delito*. Editorial Porrúa, cuarta edición. México D. F., pag. 216

<sup>4</sup> ZAFFARONI...*Ob. Cit...* pag. 297

lugar a dudas. Por lo que a mí respecta es dolo directo, debido a que si el autor no quisiera el segundo resultado tendría que modificar su plan de acción y realizar otra cosa diversa para obtener solo el resultado deseado.

También se clasifica al dolo por su “extensión” en dolo determinado y dolo indeterminado. Se dice que el dolo es determinado si se dirige hacia un solo resultado específico, mientras que en el dolo indeterminado, la intención es cometer de forma indiferente, varios resultados.

Se señala a menudo, la existencia de un “dolo genérico” que consistiría en querer un resultado sin importar cómo se realice, pero esto no es compatible con la nueva concepción sobre el dolo –concepción finalista-.

Las personas para actuar se proponen un fin y después buscan los medios para realizar ese fin y lo último que se realiza es poner en marcha, en la realidad lo que se planeó. Si se obtiene un resultado que se desea pero por puro accidente, sin haberlo pensado, no puede ser una acción dolosa ya que la finalidad no solo abarca el resultado, sino la previsión de cómo se va a conseguir.

De acuerdo con su duración se clasifica al dolo en dolo de ímpetu, dolo simple y dolo de propósito.

El dolo de ímpetu se produce cuando tras haberse determinado el autor a realizar una acción, la lleva a cabo inmediatamente, como si fuera una reacción rápida.

El dolo simple es el dolo que normalmente conocemos. El autor decide realizar la acción, prepara los medios y finalmente actúa.

El dolo de propósito es llamado también “premeditación” y se caracteriza por la frialdad con que se ejecuta la acción y la perseverancia. Aquí hay un problema que muchos juristas pasan por alto. La intención como ya se señaló también incluye a los medios para poder alcanzar el resultado, por lo que si el autor reflexiona sobre lo que va a hacer y sobre cómo lo va a realizar, entonces ya hay premeditación. No se puede alegar que esta meditación le lleve tres minutos o tres horas o días para que esto sea un factor determinante en el contenido de la misma. Hay personas que piensan más rápido que otras. El problema radica en que en los delitos contra la vida y la integridad corporal se castiga de una determinada manera a los delitos dolosos y luego se vuelve a tomar en cuenta el dolo para aumentar la pena, pero llamándolo premeditación.

Lo importante respecto al dolo es que cuenta con dos elementos que son necesarios forzosamente. El conocer y el querer (aspecto cognoscitivo y volitivo), son las dos partes integrantes que en otros tiempos crearon una gran polémica al discutirse cuál era el elemento más importante. Así se creó la teoría de la voluntad (*Willenstheorie*) y la teoría de la representación (*Vorstellungstheorie*). Ahora sabemos que es indispensable el conocer lo que se quiere, es decir conocer hacia dónde se dirige la voluntad, pero lo que establece la diferencia es que es la voluntad, la finalidad, lo que es decisivo. Se puede pensar en cometer cualquier delito, pero hasta que verdaderamente no se quiera, no es importante.

Finalmente hay que aclarar que el conocimiento del que requiere el dolo es un conocimiento actual y no potencial y se refiere a todas las características del tipo objetivo. El querer que forma parte del dolo debe ser un querer perfectamente definido. “El querer condicionado, es decir aquel aún no decidido, no es todavía dolo de ningún modo”<sup>5</sup>.

Lo que debe de abarcar la voluntad son tres cosas. Primeramente el resultado hacia el cuál se dirige, segundo, los medios que se van a emplear para conseguir el

---

<sup>5</sup> WELZEL HANS, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1993, pag. 97.

resultado , y por último, las consecuencias que se vinculan con el empleo de los medios aunque son consecuencias secundarias<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> WELZEL HANS, La teoría de la Acción Finalista. Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina 1951,

## V.2. LA CULPA

El tratamiento de la culpa siempre ha sido relegado a segundo plano. Siempre para explicar lo que es delito se parte de los delitos dolosos y se deja a los culposos para hacer con ellos una extensión de las reglas que ya se hayan fijado.

De esta manera se pensó durante el causalismo que la característica que definía a los delitos culposos era la producción del resultado y no sería sino hasta 1930 cuando Engisch, señalara en su libro "Análisis del dolo y la culpa en el derecho penal" (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*) que su característica es la "carencia de cuidado externo"<sup>7</sup>.

En 1939 Welzel publica un estudio sobre el sistema del Derecho Penal donde establece que los delitos culposos se resuelven atendiendo a una finalidad potencial ya que el autor pudo haber evitado el resultado si lo hubiese previsto finalmente, o bien, actuando de otra forma si ya lo había previsto. Esta postura fue criticada por Werner Niese quien en 1951 en su obra "Finalidad Dolo y Culpa" señala que "la finalidad es un hecho que existe o no existe... por tanto una finalidad posible no es finalidad y en la expresión "alguien podía

haber evitado finalmente un resultado" se comprueba que esa persona no ha actuado finalmente "8. Welzel reconoce este error y señala que lo importante en los delitos culposos no es el disvalor del resultado sino el disvalor de la acción, es decir que lo que se reprocha en los delitos culposos es que su acción no se realizó con el cuidado debido y exigido por las circunstancias.

El finalismo explica que lo que sucede en los delitos culposos es que la acción del autor tiene una finalidad permitida por el derecho, pero esa finalidad no es alcanzada porque en la ejecución de la acción no se pone el cuidado debido. Y esta falta de cuidado, esta ejecución defectuosa de la acción es lo que provoca que se obtenga un resultado que originalmente no era el que se perseguía, de tal forma que el resultado obtenido es prohibido por la ley y además no coincide con la finalidad del autor.

La acción del autor para los finalistas, si contiene una finalidad, lo cual es el requisito para todas las acciones humanas, pero esta finalidad no entra en el tipo, debido a que es una finalidad lícita, atípica.

El tipo de los delitos culposos no tendrá una parte subjetiva ya que carece de dolo y la culpa no es subjetiva sino que consiste en "falta de cuidado objetivo" (*objective*

---

<sup>7</sup> WELZEL... Derecho Penal... Ob. Cit... pag. 154

Sorgfaltsverletzung) y hay que remarcar lo “objetivo”. Así nos encontramos con que la falta de cuidado objetivo es un elemento que se encuentra dentro del tipo objetivo. Pero para dar este paso el finalismo tuvo que recorrer un largo camino. De hecho Welzel señala que como en la ley no se establecen las conductas debidas, es el juez el que lo tiene que hacer y de esa manera completar o complementar el tipo de los delitos culposos.

A la culpa, se le ha llamado antes imprudencia y algunos la han calificado como negligencia, tal vez esto proceda de que la palabra alemana *Fahrlässigkeit*, tiene un significado ambiguo. También se dice que en la *Lex Aquiliae* del Digesto y en las *Institutas*, se habla expresamente de imprudencia, negligencia e impericia<sup>9</sup>. Pero definitivamente la palabra culpa es más apropiada debido a que no indica la causa que puede devenir por imprudencia, impericia, etc. Es una palabra más genérica.

No obstante lo expuesto, Claus Roxin no está conforme con el tratamiento que le da el finalismo a la culpa. Si el finalismo señala que toda acción tiene una finalidad, entonces si la acción es típica debe de estar la finalidad dentro del tipo. Hablar de los delitos típicos de acción culposa, parece ser un contrasentido.

---

<sup>9</sup> MARTINEZ E. M., *La Imputación Objetiva del Resultado*. Edit. EDESA, España 1992, pag. 28

Para Roxin todos los delitos de acción son dolosos. Y propone otra categoría para dar cabida a los delitos culposos y a los delitos llamados de omisión. El propone hablar de delitos en los cuales “se incumple un deber”.

Según Roxin existen delitos de acción y delitos en los que se incumple un deber. Todos los delitos de acción son dolosos y los delitos en que se incumple un deber se dividen en los llamados delitos culposos y los delitos de omisión.

Si en los delitos culposos lo importante es el incumplimiento de un deber, entonces parece ser más razonable lo que opina Roxin, además de que le encuentra cabida a los llamados delitos de omisión, en los que lo que se castiga es que el autor no realizó una conducta que el derecho le imponía, es decir, el autor incumple un deber. Dejamos las ideas de Roxin para una futura reflexión.

La culpa se puede presentar de dos maneras. El autor puede producir un resultado no previsto, cuando el resultado era previsible y por otra parte el autor prevé como posible un resultado que confía en evitar y a pesar de ello, el resultado se produce. En el primer caso estamos hablando de “culpa sin representación” o culpa inconsciente y en el segundo caso de “culpa con representación” o culpa consciente.

---

<sup>9</sup> ZAFFARONI... *Ob. Cit...* pag. 387

En la culpa inconsciente el autor ni siquiera se representa mentalmente el resultado que a pesar de todo era previsible, simplemente produce un resultado, para él, totalmente inesperado. Lo que se sanciona en este caso es su falta de previsión, su actuar descuidado y despreocupado.

En la culpa consciente, el autor prevé un resultado como posible pero confía en que su astucia, su pericia, va a evitar que ése resultado se produzca, pero a pesar de su “astucia”, el resultado se produce. Lo importante es que el autor nunca acepte el resultado como posible y siempre esté pensando en que el resultado se va a evitar ya que si por un momento acepta el resultado (aún sin quererlo), entonces estaremos en el supuesto del dolo eventual.

Para saber si un delito puede ser culposo o no, los legisladores disponen de dos formas diferentes para determinarlo dentro de los códigos. Se puede adoptar el sistema de *numerus apertus* que consiste en no incluir una lista de los delitos que pueden ser culposos y dejando al arbitrio del Ministerio Público y del Poder Judicial, el determinar cuáles delitos admiten la forma de realización culposa. También se puede adoptar el sistema de *numerus clausus* en el que se elabora una lista de los delitos que admiten la realización culposa.

El anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal de 1989, recoge el principio de *numerus clausus* en su artículo 16, señalando que “el delito culposo solo será punible en los casos expresamente determinados por la ley”.

Este principio, que establece expresamente que delitos pueden ser culposos, es un principio que parte de la idea de que el derecho penal es un recurso de *ultima ratio* por lo que cuando se tiene que intervenir penalmente, ya se han agotado todas las otras posibilidades y es verdaderamente indispensable utilizarlo. No se puede procesar a una persona por algo que no tiene la relevancia y la importancia social indispensable para ser considerado como un delito, máxime si el autor produce el resultado sin desearlo.

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

**CAPITULO VI**  
**EL TIPO PENAL Y**  
**LA TIPICIDAD**

## VI.1. EVOLUCION DEL CONCEPTO DE TIPO

En el siglo XIX el tipo era entendido como el total de los presupuestos de la punibilidad "tipo y delito coinciden en lo esencial"<sup>1</sup>El concepto de tipo, como ya se ha señalado, cambia en 1906 con la publicación que hace Ernest Beling de su libro "Teoría del delito" (*Die Lehre vom Verbrechen*). Beling incorpora al concepto del delito una nueva categoría, el *Tatbestand*. A esta palabra traducida como "tipo" Beling le asigna varias características para que no se confunda con otros conceptos como el de la antijuricidad o el de la culpabilidad.

Beling resalta dos características del tipo. La objetividad y la neutralidad valorativa. Para la objetividad hay que entender que todo lo que sucede dentro de la psique del autor, no forma parte del tipo y para la neutralidad valorativa se dice que "es puramente descriptivo; las prescripciones normativas se conectan a él, pero nada más"<sup>2</sup>.

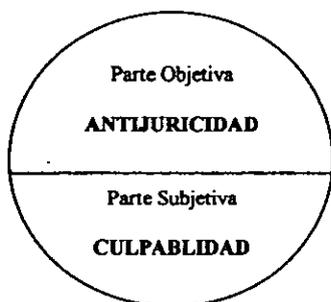
Con éstas características nace el concepto de tipo que no pretendía establecer desde la tipicidad una desvaloración de lo que el autor había realizado, por lo que la constatación de que una conducta es típica, todavía no constituía un cargo. Beling señalaba que del

---

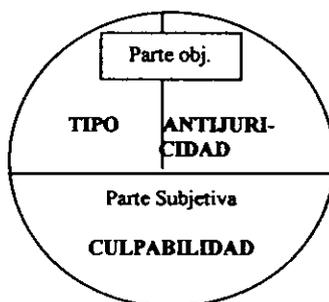
<sup>1</sup> JAKOBS G., Derecho Penal Parte General. Edit. Marcial Pons, Madrid España 1997, pag. 189

<sup>2</sup> ROXIN CLAUS, Teoría del Tipo Penal. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1979, pag. 57

hecho de matar a alguien no podía concluirse absolutamente nada con respecto a la antijuricidad por que esto hecho se pudo haber producido en una guerra o como cumplimiento de una sentencia.



Concepción de von Liszt antes de Beling



Beling\*

Además de lo expuesto, el juez no puede realizar ninguna valoración para poder determinar si una conducta es típica o no lo es. Simplemente tiene que verificar si los elementos que en el tipo se describen se han cumplido en la realidad.

Max Ernst Mayer se percató de la existencia de ciertos elementos dentro del tipo que para poder verificar su existencia en la realidad, es necesario llevar a cabo una

---

\* Los esquemas están sacados del Manual de Derecho Penal de Zaffaroni.

valoración. A estos elementos se les denomina “normativos”, éstos elementos son por ejemplo “el que disponga indebidamente”, o “se niegue sin justificación” a entregar algo (en el caso del artículo 385 del Código penal vigente se refiere a un vehículo). Lo indebido o lo carente de justificación, es algo que no se puede captar por los sentidos y que hay que valorar si existe o no existe en un caso concreto. No basta con ver, hay que formarse un juicio al respecto.

M. E. Mayer se da cuenta de que al realizarse la conducta típica ya hay un indicio de que la acción es contraria al derecho, precisamente si se da esa “injustificación” de la que se habló en párrafo anterior. Por ello dice M. E. Mayer respecto a la tipicidad y la antijuricidad: *sie verhalten sich wie Rauch und Feuer*.

A pesar de lo que Mayer descubre, señala que los elementos normativos no son elementos propios del tipo, porque “apoyan uno de sus extremos en el tipo legal y el otro en la antijuricidad”<sup>3</sup>.

Si los elementos normativos que requieren una valoración están dentro del tipo, entonces los límites entre la antijuricidad que es un juicio de disvalor y el tipo se

---

<sup>3</sup> *Idem...* pag. 62

desdibuja, pero Mayer sigue pensando que los tipos que incluyen elementos normativos son excepciones.

Con los descubrimientos de Mayer, otro autor va a sostener que los elementos normativos no se encuentran de forma excepcional en los tipos penales sino que son muy comunes. Este autor es Mezger , quien además refiere que al verificarse la realización de un tipo penal, se da un juicio de disvalor provisorio.

En Alemania también se da el caso de que un jurista, Erik Wolf, llega a decir que absolutamente todos los elementos del tipo son elementos que requieren para su verificación de una valoración, aduciendo que “la descripción de los hechos y la valoración de hechos no son separables”<sup>4</sup>.

Por su parte Mezger sostiene que no es correcto separar al tipo y a la antijuricidad y señala que al realizarse una acción típica se esta ya cometiendo un injusto a menos que se demuestre lo contrario. Un injusto es precisamente un hecho antijurídico o no permitido por el derecho.

---

<sup>4</sup> *Idem...* pag 64.

Compartiendo la idea de que la separación entre tipo y antijuricidad es antinatural, se encuentran Sauer en 1921, Erik Wolf, Frank, von Hippel, entre otros, que se inclinan a pensar que el tipo es un injusto tipificado.

Por otra parte se descubre que tampoco el tipo es puramente objetivo, sino que contiene ciertos elementos subjetivos. H. A. Fischer en 1911, Hegler en 1914, M. E. Mayer y Mezger se percatan de que en demasiados casos la finalidad o la dirección que el autor le da a su voluntad, es decisiva para establecer la existencia de un injusto. Es por ello que les denominan “elementos subjetivos del injusto”.

De aquí se desprende que es necesario que lo que va a fundamentar el injusto, necesita tener todos los elementos que determinan lo injusto, por ello, Lang-Hinrichsen, incluye el deber de evitar el resultado, para los delitos impropios de omisión, en el tipo.

Si se van a colocar todos los elementos fundamentadores del injusto dentro del tipo, entonces al darse la adecuación típica se tiene que dar la antijuricidad. Esto nos lleva a que el tipo contiene un juicio de disvalor no condicionado.

La postura que engloba a la tipicidad dentro de la antijuricidad lleva a considerar a las causas de justificación, como elementos negativos del tipo. Y a decir que si se da una causa de justificación entonces, se presenta la atipicidad.

La teoría de los elementos del tipo no parece ser muy afortunada y Gallas se apura a criticarla. El tipo contiene la descripción de una conducta relevante que está prohibida por el derecho, de tal manera que el cortar el césped no es relevante para el derecho, es decir, es una conducta atípica. Pero el matar a alguien es una conducta típica. El que se presente una causa de justificación no convierte al homicidio en una conducta irrelevante, es decir en atípica sino solamente en una conducta típica justificada.

Todo el avance de la doctrina lleva a Weber a concebir el tipo del injusto como portador del dolo, es decir, de elementos subjetivos y en 1935 lleva a pensar a Dohna que el tipo ciertamente tiene una parte subjetiva y otra objetiva que la parte objetiva solo es valorada por al antijuricidad que no toma en cuenta a la parte subjetiva que es objeto de la valoración para la antijuricidad.

Esquema de Weber



Esquema de Dohna



Dentro de los elementos subjetivos que se descubrieron esta en primer término el dolo y en segundo lugar ciertas características que se exigen a la voluntad y que sobrepasan el tipo objetivo. El dolo solo debe de cubrir los elementos del tipo objetivo pero los elementos subjetivos diversos al dolo ven más allá y representan que el tipo se realiza con una finalidad determinada.

Este es el panorama cuando aparece en la escena de la dogmática penal Welzel. La concepción que él tiene del tipo la analizaremos a continuación.

## VI.2. LOS TIPOS ABIERTOS

El concepto de los tipos abiertos ha sido creado por Welzel en 1952 en un artículo que versa sobre el error de prohibición, publicado en la Revista de Juristas en Alemania. Como resultado de ello, solo se puede comprender lo que son los tipos abiertos dentro del marco de la teoría finalista.

Primeramente hay que entender que el punto de partida es la concepción que sobre las normas expone Binding en su libro “Las normas y su transgresión” (*Die Normen und ihre Uebertretung*). Para Binding –que es retomado por Welzel– los mandatos o las prohibiciones jurídicas son denominadas “normas”. Pero las normas no son equivalentes a la ley, es decir, los mandatos y prohibiciones anteceden a la ley que solamente describe una conducta que de darse se sancionará.

Cuando una persona realiza el tipo penal no esta violando la ley sino la norma que subyace en la ley. Por eso Welzel afirma que “el “tipo” es la materia de la prohibición de las disposiciones penales... El tipo es el contenido de las normas prohibitivas del derecho penal.”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> WELZEL HANS, Derecho Penal Alemán, Editorial jurídica de Chile, Chile 1993. Pag. 58 y 59

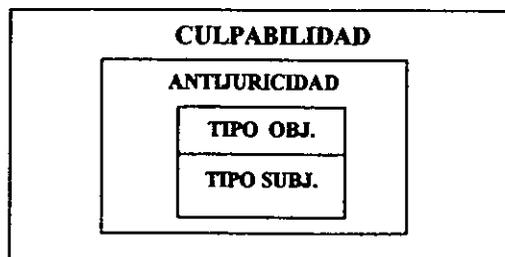
La afirmación de que una persona transgrede la ley es incorrecta ya que lo que el autor transgrede es la norma mientras que su conducta se apega a lo que dice la ley. Por eso Binding establece que “la ley que el delincuente transgrede antecede conceptual y regularmente pero no necesaria y temporalmente a la ley que dispone la forma y el modo de su condena”<sup>6</sup>.

Si el derecho penal solo constara de normas, entonces sería suficiente con la antinormatividad de la conducta, es decir, con la tipicidad, para establecer que la conducta es antijurídica. Pero como el derecho penal consta también de proposiciones permisivas (causas de justificación), o “contranormas”, entonces se tiene que verificar que no se presente en un caso concreto una causa de justificación para que la conducta que se ajusta a un tipo, que es la materia de la norma, sea considerada como antijurídica.

El tipo se encuentra en el centro del concepto del delito ya éste es valorado en una forma posterior por la antijuricidad y después por la culpabilidad. La antijuricidad valorará en forma total al tipo, tanto su parte objetiva como su parte subjetiva. Lo mismo hará la culpabilidad.

---

<sup>6</sup> BINDIG KARL, *Die Normen und ihre Übertretung Band I*. Editorial Scientia Verlag Aalen. Alemania 1965. Pag. 4...“*das Gesetz, welches der Verbrecher übertritt, geht begrifflich und regelmässig aber nicht notwendig auch zeitlich dem Gesetze, welches die Art und Weise seiner Verurteilung anordnet, voraus*”. (La traducción es libre).



Como al darse una conducta adecuada al tipo solo basta cerciorarse de la no existencia de una proposición permisiva, la tipicidad es un "indicio" de la existencia de la antijuricidad. De darse esta situación en donde todos los elementos que indican lo injusto están dentro del tipo, nos encontramos en el caso de "tipos cerrados". La característica es que sean "indiciarios" de la antijuricidad.

Hay casos en que no se presenta en el tipo el indicio de antijuricidad, como el de los delitos culposos y en los delitos impropios de omisión<sup>7</sup>. Pero Welzel considero en un principio que en algunos casos de delitos de acción también se daba la presencia de tipos abiertos que no describen en forma exhaustiva la conducta prohibida y por ello se debe

<sup>7</sup> WELZEL HANS...*Ob. Cit...* pag. 59

de comprobar la antijuricidad en forma positiva y no negativa como se hace en los tipos cerrados y ésta comprobación de la antijuricidad lo hará mediante la constatación de la presencia de los “elementos del deber jurídico”. “Estos elementos no describen en forma objetiva la acción del hecho o el objeto del hecho sino que denotan solamente el deber jurídico del autor”.<sup>8</sup>

Welzel pone como ejemplo de un tipo de un delito de acción abierto el del chantaje en el que se exige que “sea reprochable el empleo del medio coactivo para conseguir el fin perseguido... La antijuricidad tiene que ser constatada ... mediante un juicio valorativo independiente”<sup>9</sup>. Con ello se origina una gran incertidumbre sobre lo que se prohíbe porque existen los casos en que en la vida real se tolera las amenazas de un mal, como en el caso de los padres con los hijos, que son conductas típicas pero no son antijurídicas.

En el caso de los delitos impropios de omisión primeramente se señaló que dentro del tipo objetivo solo se incluía la evitación del resultado y la posibilidad de evitarlo, pero para establecer la antijuricidad era necesario conocer si en el caso concreto existía la calidad de garante que impone el deber de evitar el resultado. Como el deber de evitar el resultado era un momento de la antijuricidad no requería que fuese cubierto por el dolo.

---

<sup>8</sup> KAUFMANN A., Teoría de las Normas. Edit. Depalma, Argentina 1977, pag. 381

En los delitos culposos Welzel sostenía hasta antes de la séptima edición de su "Derecho Penal Aleman" en 1954 que la omisión del cuidado necesario era un momento de la antijuricidad , pero a partir de la fecha indicada coloca a la falta de cuidado objetivo en el tipo aunque sigue manteniendo que los tipos de los delitos culposos son abiertos<sup>10</sup> por que el tipo no establece cuál es el cuidado que no se tuvo, solo establece el resultado. El tipo debe de completarse averiguando cuál era el cuidado debido. En los delitos de culpa "la acción prohibida... tiene que ser establecida por el juez, de acuerdo al criterio de la infracción "del cuidado debido en el ámbito de relación"<sup>11</sup>.

Welzel en la onceava edición de su Derecho Penal Alemán, no refiere nada de los elementos del deber ni de los delitos de acción dolosos que tengan tipos abiertos, no obstante, sigue manteniendo la postura que los tipos de los delitos culposos y de los delitos impropios de omisión son tipos abiertos. Ya considera que la calidad de garante forma parte del tipo pero de todas maneras establece que el juez tiene que decidir sobre la existencia o no de la misma.

Lo mismo pasó respecto a la "adecuación social" considerada en un inicio (1939) como parte del tipo y en 1963 con la publicación de la octava edición del "Derecho Penal

---

<sup>9</sup> WELZEL HANS, El nuevo Sistema del Derecho Penal, Editorial Ariel, Barcelona España. 1964. Pag. 60.

<sup>10</sup> BAUMANN J. Derecho Penal. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina 1981, pag. 42

<sup>11</sup> WELZEL... Derecho Penal... *Ob. Cit...* pag 59.

Alemán" se le considera como una causa de justificación consuetudinaria "Fue la teoría de los tipos abiertos la que obligó a abandonar la postura según la cual la adecuación social pertenece a la tipicidad". Con esto se demuestra la gran influencia de esta teoría <sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> CANCIO MELIA M. Los orígenes de la Teoría de la Adecuación Social. Edit. Univ. Externado de Colombia , Bogotá Colombia 1994, pag. 18

### VI.3 LOS TIPOS SISTEMATICOS

El tipo penal en un sentido restringido es la descripción de la conducta que prohíbe la norma, es decir, el conjunto de elementos que caracterizan a un determinado comportamiento como contrario a la norma.

El tipo es una abstracción que se elabora para describir una conducta que es antinormativa. Esto es importante para captar la diferencia con la “tipicidad” que consiste en la adecuación de la conducta real y humana a lo que describe el tipo.

Hay tipicidad cuando hay una coincidencia entre los elementos del tipo y una conducta determinada.

El concepto de tipo, es usado de muy diversas maneras y para expresar cosas totalmente diferentes. Cuando se habla de “tipo garantía”, se está hablando no del tipo penal, sino de todos los presupuestos de la pena.

El tipo garantía comprende tanto al tipo penal como a la antijuricidad (algunos la denominan antijuricidad) y a la culpabilidad; a la suma de todos los elementos que son

necesarios que se reúnan para que se pueda imponer una pena.

El “tipo sistemático” es el que “describe la acción prohibida por la norma”<sup>14</sup>. El tipo sistemático contiene todos los elementos que el autor debe de conocer y que deben de ser abarcados por el dolo, por lo que el error sobre alguno de sus elementos excluye el dolo.

Los que sostienen la teoría de los elementos negativos del tipo consideran que el tipo sistemático no solo contiene elementos positivos sino además, los elementos que no se deben de dar o elementos negativos que integran propiamente una causa de justificación. Para los seguidores de ésta teoría no basta que se den los elementos que describen una conducta prohibida por la norma sino que además es necesario que no concurra una causa de justificación.

Independientemente de la diferencia que se hace dentro del finalismo de lo que es la tipicidad y la antijuricidad, se hace una tercera diferencia consistente en determinar que pertenecen a otra categoría las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias que son elementos que ni se encuentran dentro del tipo, ni dentro de antijuricidad.

---

<sup>14</sup> BACIGALUPO, Principios de Derecho Penal, Editorial Akal Madrid España 1990, pag. 100.

Un error sobre las condiciones objetivas de punibilidad dejaría subsistente el dolo y la antijuricidad por lo ya expuesto. Sin embargo no se puede imponer una sanción si no se ha realizado la condición objetiva de punibilidad.

Algunos juristas hablan de tipo sistemático como una determinada forma típica, por ejemplo, hay un tipo sistemático para los delitos dolosos de acción, y otro tipo sistemático de los delitos impropios de omisión, etc. Determinan estos autores que el tipo sistemático funciona como un catálogo de elementos que debe reunir una acción o una omisión, elementos que serán diferentes si el delito de acción es doloso o es culposo, lo mismo que los delitos de omisión.

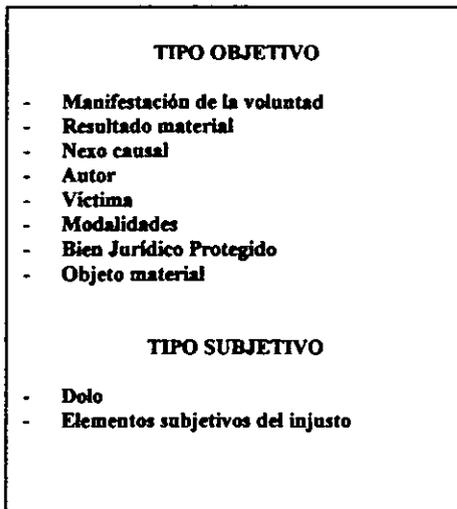
De esta manera tenemos que pueden existir:

- 1.- Tipo sistemático del delito de acción doloso con resultado material consumado
- 2.- Tipo sistemático del delito de acción doloso sin resultado material consumado
- 3.- Tipo sistemático del delito de acción doloso con resultado material en tentativa
- 4.- Tipo sistemático del delito de acción por culpa o imprudencia
- 5.- Tipo sistemático del delito de doloso propio de omisión
- 6.- Tipo sistemático del delito de omisión por culpa
- 7.- Tipo sistemático del delito doloso impropio de omisión

## 8.- Tipo sistemático del delito impropio de omisión en tentativa <sup>15</sup>.

Cada uno de éstos tipos sistemáticos tiene una estructura determinada que lo caracteriza. Escapa a la finalidad del presente trabajo el analizar el contenido de los diversos tipos sistemáticos pero a manera de ejemplo desarrollaré el primer tipo sistemático.

### Tipo Sistemático del delito de acción con resultado material consumado. <sup>16</sup>



<sup>15</sup> LABARDINI MENDEZ FERNANDO, Apuntes inéditos de su cátedra en la ENEP ACATLAN, 1995

El anterior tipo sistemático requiere una explicación. El tipo consta de dos partes una objetiva y otra subjetiva. El primer elemento de la parte objetiva es la manifestación de la voluntad que consiste en un movimiento corporal voluntario; el segundo elemento es el resultado material que consiste en el cambio o la mutación producida en el mundo físico que se ha producido como consecuencia de la manifestación de la voluntad del autor si entre éstos se da un nexo causal que los une.

Las modalidades " constituyen circunstancias vinculadas con la ejecución que el autor lleva a cabo en el momento en que realiza la manifestación delictiva... pueden ser descriptivas o valorativas"<sup>17</sup> ahí se encuentran ubicadas las calificativas o atenuantes. El objeto material es el objeto o cuerpo humano que recibe o recepta la acción del autor.

En lo que se refiere a los elementos subjetivos del injusto, son elementos que acompañan al dolo, es decir, son elementos diversos al dolo que deben de concurrir en un tipo determinado, pero que apuntan más allá del tipo objetivo. Son las pretensiones con las cuales se ha realizado el tipo; el tipo se realiza para un determinado fin.

---

<sup>16</sup> *Idem...*

Todos los elementos que integran cada uno de los tipos sistemáticos merecen un estudio detenido, solo baste decir que por ejemplo en los delitos impropios de omisión, la calidad de garante es un elemento del tipo sistemático, mientras que en los delitos culposos el incumplimiento de un deber de cuidado es el integrante determinante del tipo sistemático.

Solo basta hacer una aclaración con lo que respecta a los delitos culposos de acción. Como ya lo he dejado claro en el momento de analizar a la acción y su relación con el dolo, no se puede hablar de acción típica que no contenga el dolo dentro del tipo porque el concepto de acción es un concepto ontológico que no se puede variar ni ajustar a las exigencias del derecho. Por lo que si la acción para ser típica requiere que tanto su parte objetiva como la finalidad esté dentro del tipo, no es posible encontrar delitos de acción culposos ya que en éstos la finalidad del autor es atípica.

Es bastante claro que en los delitos de acción, es precisamente ésta el núcleo objetivo. Todo delito requiere lesionar el bien jurídicamente protegido y solo en algunos casos, en los delitos de lesión se requiere del resultado material, es decir, se requiere la lesión material del objeto sobre el que recae la acción (objeto material).

---

<sup>17</sup> idem...

Los delitos que no requieren de la lesión material son los delitos de peligro que se dividen en delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto. Los primeros consisten en conductas que la experiencia general demuestran ser un peligro para el bien jurídicamente protegido y en los segundos es necesario que la acción cree verdaderamente un peligro.

Los tipos sistemáticos se dividen también en generales o especiales según se requiera o no ciertas características para la autoría. Welzel señala que todos los delitos de omisión impropia son delitos especiales porque solo los pueden realizar los que tienen calidad de garante, pero independientemente de éstos delitos, hay algunos tipos penales que solo pueden ser cometidos por servidores públicos. Estos también son delitos especiales propios

Los delitos especiales también pueden ser impropios, cuando la calidad especial del autor solo sirve para agravar la pena, como en el caso del delito de la violación calificada por haber sido realizada por el padre contra su hija. ( arts. 265, 266 bis, fracción segunda y 9 párrafo primero).

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que “el tipo delictivo está constituido por el conjunto de presupuestos a cuya existencia se liga una

consecuencia jurídica; o en otros términos el tipo penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley...".<sup>18</sup>

Para finalizar este capítulo es importante precisar que los delitos culposos no tienen en el tipo una parte subjetiva ya que la falta de cuidado objetivo se encuentra ubicada en la parte objetiva del tipo.

---

<sup>18</sup> Amparo directo 4533/57 Antonio Sanchez Gavito 23 de Oct. 1958 S.J.F. Sexta Epoca Vol. XVI 2ª parte

**CAPITULO VII**  
**TRATAMIENTO DE LA AUTORIA**  
**Y**  
**PARTICIPACION**

## VII.1. LA TEORIA SUBJETIVA

Las personas que intervienen en la comisión de un delito, los que “participan” en la realización de un delito son partícipes. Esta es la participación en sentido amplio. Pero dentro de todas las personas que intervienen hay que hacer una diferencia entre los que son autores y los que son partícipes en sentido estricto, es decir, los que son instigadores o cómplices.

La teoría subjetiva de la autoría señala que es autor del delito que posee una “voluntad de autor” o el llamado *animus auctoris*, mientras que los partícipes en sentido restringido son solo los que actúen con *animus socii*.

Esta teoría parte de que no es posible saber quién es el autor de un delito atendiendo a su aportación causal para el resultado porque considera que la teoría de la equivalencia de las condiciones es la ideal para resolver el problema de causalidad. Como todas las condiciones que existen al darse un resultado son equivalentes, no es posible decidirse por el autor cuando interviene varias personas y cada una aporta algo al hecho.

La teoría de la equivalencia de las condiciones elaborada por Von Buri, es utilizada para determinar el nexo causal entre el autor y el resultado. Pero ésta teoría que señala que será causa del resultado aquella que suprimida mentalmente suprime mentalmente al resultado, no es la más adecuada ya que se han desarrollado en forma posterior a ésta otras soluciones más adecuadas como es la teoría de la causación adecuada o la de la creación o aumento del riesgo (del riesgo creado).

Lo determinante en esta teoría no es que una persona realice formalmente la acción típica, ya que quien mata a alguien puede ser solo un cómplice si no se da en él el elemento subjetivo que es el que caracteriza a la autoría.

La voluntad de autor, es definida de dos diversas maneras. Una forma es la que establece que el autor es quien tiene interés en que se produzca el resultado por lo que a ésta teoría se le denomina teoría del interés.

La otra manera de caracterizar a la voluntad de autor es la de averiguar quien es el que ha dirigido la ejecución del hecho, es decir, los que subordinan su voluntad a lo que otro decide, son partícipes en estricto sentido y los que deciden lo que se hace son los autores.

Esta teoría es criticable por muchas razones, entre ellas está la de que un autor puede ser el que da el arma, el caso de un homicidio o el que detiene a la víctima o la entretiene para que la maten. Hace que cualquier acción pueda ser considerada como una acción de homicidio o de robo, etc. Esto se debe a que como ya se ha señalado, se está en la idea de que todas las acciones que realizan los que intervienen en el hecho son equivalentes.

## VII.2. LAS TEORIAS OBJETIVAS

La primera de las teorías objetivas es la teoría formal-objetiva. Esta teoría surge en Alemania, fue la teoría dominante en los años que van de 1915 a 1933 reconocida como válida por autores como Beling, Liszt, M. E. Mayer, Dohna, Mezger, entre otros.

Para ésta teoría el autor es aquella persona que ejecuta la acción que el verbo típico señala. Como consecuencia de esto no hay cabida para la autoría mediata. ¿Qué pasa con quien utiliza a otro para cometer un delito? Esta persona según lo que la teoría señala no debe de considerarse como autor, pero como los mismos seguidores de ella se dan cuenta de que esto no es posible, han decidido que quien se vale de otro para cometer un delito si es un autor a pesar del principio general de la teoría.

Claus Roxin encuentra otra objeción a dicha teoría. Se da cuenta que no sirve para resolver el problema de la coautoría. Si dos personas estuviesen de acuerdo para matar a otra y una se encarga de sacar a la víctima a bailar para que su compañero le pueda verter veneno en su bebida, solo será considerado como autor el que vierte el veneno porque él es quien realiza la acción de matar a otro.

Por otra parte tenemos a la teoría que desarrolla Hans Welzel. La teoría del dominio del hecho, que es considerada como una teoría material-objetiva.

Esta teoría tiene antecedentes en Löbel, Hegler, Herman Bruns y von Weber. El elemento central de ésta teoría consiste en que el autor posea el “dominio final sobre el hecho” y a esto se agregan las características personales objetivas del autor y las características subjetivas del mismo.

Tiene el dominio del hecho el que dirige en forma total el suceso hacia un determinado fin.

“Señor del hecho es aquel que lo realiza de forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho”<sup>1</sup>

En algunos casos no basta con tener el dominio del hecho para determinar que un sujeto es autor. Se requiere además un elemento subjetivo-personal que debe de estar presente en el sujeto. Este elemento consiste en las “intenciones especiales” que requiera el tipo como

---

<sup>1</sup> WELZEL HAN, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1993, pag. 120.

lo puede ser en el secuestro la intención de pedir rescate. En este caso solo va a ser autor quien además de tener el dominio del hecho tenga el especial elemento subjetivo. (Bacigalupo lo llama *elemento subjetivo del injusto o de la autoría*).

En los delitos especiales el delito solo puede llevarse a cabo por una persona que tiene una determinada calidad objetiva, como lo es el caso de los delitos que únicamente pueden cometer los servidores públicos. Esta es la característica objetivo-personal que es necesario reunir ya que en estos casos no es suficiente con tener el dominio del hecho.

Dentro de ésta teoría se clarifica un poco lo que es la autoría. Puede ser autor la persona que realiza inmediatamente el hecho. Este sujeto es un autor inmediato si tiene el dominio del hecho, pero el problema de la autoría mediata tiene un mejor tratamiento dentro de éste marco.

El concepto “autoría mediata” aparece hasta el año de 1928 con Stübel quien lo utiliza en lugar del concepto de “causante intelectual”, pero la fundamentación moderna es llevada a cabo por Luden, Berner, Köstlin y Hälschner<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> BACIGALUPO, Principios de Derecho Penal. Editorial Akal, Madrid España, 1990, pag. 219

Esta teoría avanzó gracias a que antes de su aparición para poder sancionar al autor mediato era necesario que quien realizaba el hecho fuese culpable, ya que si eran no culpables el autor mediato quedaba impune. Para terminar con esa impunidad es que se desarrolla éste concepto.

El centro de la autoría mediata consiste en que el autor no realiza en forma personal la acción sino que utiliza a otra persona como si fuese un instrumento porque éste ignora lo que el autor desea.

El que pueda valerse el autor de un instrumento no es extraño ya que se pueden utilizar elementos mecánicos, pero en este caso se utiliza a un “instrumento humano”.

La acción de la persona que es utilizada como instrumento humano no se dirige al mismo fin que persigue el autor mediato, por lo que el instrumento humano carece de dolo ya que ignora los elementos del tipo que está desarrollando, por que cree que está realizando otra acción final diferente, es decir, se encuentra en un error respecto de los elementos del tipo. Un error de tipo.

En el caso de que el actor inmediato obre no en error sino porque es coaccionado, es claro que tiene dolo (*coacto voluit*) y que quien lo coacciona no es autor mediato sino instigador pero Roxin opina que si la coacción es muy intensa, el coaccionado puede

perder la capacidad para decidir sobre lo que pasará y dejar ésta en quien coacciona por lo que acepta en estos casos a la autoría mediata.

Welzel es de la opinión en cuanto a la coacción, de que se mantiene la autoría mediata ya que se mantiene el dominio de la situación por parte del instigador, en los casos de que la coacción es intensa.

Para el caso de que se utilice como instrumento humano a un inimputable en la mayoría de los casos el inimputable subordina su voluntad a la del autor mediato, pero si el inimputable es capaz de desarrollar su voluntad, en ese caso el que lo pretende utilizar es solo instigador ya que el inimputable es quien tiene el dominio del hecho.

En el supuesto de que en los delitos especiales se utilice como instrumento a una persona no calificada (*extraneus*) por una persona calificada (*intraneus*) se da también sin mayor problema el supuesto de la autoría mediata pero el problema surge cuando el no calificado actúa con dolo. El problema que se plantea consiste en que a pesar de que el no calificado es quien tiene el dominio del hecho, para poder ser autor le falta la característica objetivo-personal.

Welzel resuelve el problema proponiendo que el calificado tiene un “dominio social del hecho”. Por lo que si se da la autoría mediata. Jescheck propone que el dominio del hecho para estos casos se construya en forma normativa para que no exista el problema de saber quien tiene el dominio del hecho.

Un caso interesante que plantean varios juristas (Roxin, Samson, Schmidhäuser y Stratenwerth) es el caso de la autoría mediata de una organización de poder. El ejemplo que se da es de un agente que cumple la orden de matar a un diplomático. El agente no obra ni en error ni coaccionado pero como puede ser substituido por cualquier otro, éstos autores proponen que se consideren como autores mediatos a los dirigentes del aparato de poder, independientemente de que el agente tenga la autoría inmediata.

Los delitos de propia mano, es decir, los que solo pueden ser cometidos por determinadas personas como lo es el caso del incesto que solo puede ser realizado entre parientes, no admite la autoría mediata. En el caso de la celestina que lleva a un marinero con su hermana sin que ellos sepan (caso planteado por Liszt), no admite la autoría mediata para la dueña del burdel que hace el arreglo con conocimiento de lo que sucede.

Los coautores son dos o más personas que comparten el dominio del hecho. Cada uno de los coautores contribuye con una parte del hecho y entre todos se forma el total, es por

ello que responden por el todo. Es indispensable que los coautores se encuentren de acuerdo en lo que va a realizar cada uno aunque este acuerdo surja cuando uno de los coautores ya a puesto en marcha su plan. Esto es denominado “coautoría sucesiva” si el segundo coautor comparte los planes del primero y se reparten el trabajo. El coautor sucesivo solo responde por lo que realice en conjunto con el otro coautor ya que las acciones realizadas antes de su intervención, a él, no le son reprochables (no se le puede asignar un dolo *subsequens*).

La coautoría solo se puede presentar en los delitos de acción dolosos ya que en los culposos la “falta de cuidado objetivo” no puede ser compartida.

El Anteproyecto no pasa por alto lo que se considera como “delito emergente”. En su artículo 20 dispone lo siguiente:

“Si varias personas conjuntamente realizan un delito determinado y alguno de ellos comete uno distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables, según su propia culpabilidad, de la comisión del nuevo delito, siempre que éste sea una consecuencia necesaria del primeramente convenido o sirva de medio para cometerlo, a menos que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado, hayan tratado de impedir su ejecución”.

Por otra parte para ser partícipe en estricto sentido es necesario no contar con el dominio del hecho en primer lugar y supone tomar parte en un hecho ajeno. De esta manera el hecho de los partícipes depende del hecho del autor. La participación por lo tanto solo es punible si se ha realizado una acción por parte del autor que cuando menos haya alcanzado a ser tentativa. El desistimiento en la tentativa por parte del autor no afecta al partícipe que no desista.

La doctrina actual coincide en que cada partícipe responde en la medida de su culpabilidad y no comparte la culpabilidad del autor. Para que sea punible el partícipe es necesario que el hecho principal por el cual se le va a sancionar sea típico y antijurídico, es decir, que constituya un injusto. Así lo señala el anteproyecto en su artículo 19 que establece:

“Los autores o partícipes responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. La conducta de los partícipes solo será punible si el hecho del autor ha alcanzado a lo menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer”.

Una de las formas de la participación es la instigación que consiste en determinar a otro, convencerlo, para que realice un delito. El instigador aparece cuando alguien decide cometer un delito debido a la intervención del partícipe, es decir, cuando se da una influencia psicológica.

El instigador debe de querer que el otro realice una conducta delictiva. Debe de tener dolo. Por lo que debe provocar la realización de un hecho perfectamente determinado. El instigador no responde por los diversos delitos que cometa el instigado sino solo por el que él instigó, lo mismo sucede con el exceso en que incurra el instigado.

En cuanto a la complicidad que es otra forma de participación, se le define como la cooperación en la perpetración del hecho. Esta cooperación debe ser querida, dolosa. El complice puede aportar algo físicamente o psicológicamente, es decir, planeando o dando consejos. El complice siempre sabe lo que se realiza y ayuda de alguna forma a la feliz realización del hecho delictivo. Puede decidirse a sumar sus esfuerzos antes, durante o después de que los autores perpetren el hecho pero siempre con un acuerdo previo.

Para cerrar éste capítulo solo basta mencionar que el Anteproyecto establece en su artículo 18 quienes son autores y partícipes. Del contenido del artículo se desprende que sigue la teoría del dominio del hecho. Al señalar a los autores, utiliza las tres primeras fracciones para establecer lo que expresamente denomina autores directos, que son que realizan por sí el delito; los coautores, que son los que realizan el hecho conjuntamente con otros; y los autores mediatos, que son los que llevan acabo el delito sirviéndose de otro como instrumento.

En cuanto a los partícipes señala que pueden ser de tres clases. Los instigadores, que son los que determinan dolosamente a otro para la comisión de un delito; los cómplices, que son los que prestan ayuda o auxilian en forma dolosa a otro, para la comisión del delito; y los que auxilian “en cumplimiento de una promesa anterior”.

El artículo también señala que la responsabilidad penal no puede pasar de los bienes y de la persona del delincuente, con la salvedad de que la ley expresamente lo disponga.

El artículo 21 toca el tema de la complicidad correspectiva que consiste en el hecho de que varias personas producen un resultado y no puede determinarse qué fue lo que aportó cada uno. A esta conducta también se le denomina “autoría indeterminada”.

**CAPITULO VIII**  
**TRATAMIENTO DE LA**  
**TENTATIVA**

## VIII.1. LA TENTATIVA IDONEA

Es conocido el principio de que el pensamiento no es punible *cogitationis poenam nemo patitur*. Lo que el derecho castiga es la exteriorización de una voluntad que se encamina a la consecución de un fin desaprobado por el derecho.

El hecho punible en los delitos dolosos se desenvuelve en cuatro etapas a decir de Bacigalupo la ideación, preparación, ejecución y consumación.<sup>1</sup> Aunque para Castellanos Tena el *iter criminis* tiene en su fase interna a la ideación, la deliberación y la resolución mientras que en su fase externa presenta a la manifestación, la preparación y la ejecución. Esto lo señala el maestro en su libro “Lineamientos elementales de derecho penal”.

Para el derecho penal la ideación y la etapa de la preparación no tienen relevancia ya que en la tentativa ya se da un principio de ejecución. Por ello la tentativa puede ser definida como la falta de consumación de un hecho que ya ha empezado a ejecutarse y esto debido a causas ajenas a la voluntad del autor.

---

<sup>1</sup> BACIGALUPO, Principios de Derecho Penal, Editorial Akal, Madrid, España 1990, pag. 190

Es claro que lo que se castiga en la tentativa es la finalidad que persigue el autor aunque no haya logrado el resultado. La acción es disvaliosa para la sociedad y así lo considera el derecho penal. Hay dos puntos de vista diferentes al por qué debe de punirse la tentativa.

Desde un punto de vista subjetivo (teoría subjetiva) es punible la tentativa cuando el autor tiene una voluntad contraria al derecho que ha exteriorizado con la idea de lesionar un bien jurídico protegido, no importando si lo llega a poner en peligro o no. Aquí carece de importancia la distinción de tentativa idónea, es decir, la que se lleva acabo con los medios adecuados y sobre el objeto adecuado para cometer el injusto ya que todas las tentativas no fueron idóneas puesto que el delito no se consumó. Esta teoría comenzó a formularse en Alemania en 1858, Julius Glaser en su tratado de Derecho Penal Austriaco y Von Buri en 1873, teniendo como base la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Por otra parte la teoría objetiva sostiene que solo hay tentativa cuando se presenta la puesta en peligro del bien jurídicamente protegido. Se debe de realizar un análisis *ex ante*, es decir, teniendo una perspectiva que mire desde antes de que se realice la acción para determinar si el bien jurídico corrió algún peligro o no fue así.

En la tentativa se exige el mismo dolo que se presenta en los delitos consumados y solo se puede presentar la tentativa en los delitos dolosos ya que en los delitos culposos la finalidad del autor, su voluntad es atípica.

Welzel ha manifestado que “en busca de elementos subjetivos de lo injusto, se advirtió... que en la tentativa, el dolo es uno de ellos... sin atender a la resolución de voluntad del autor no es posible saber qué tipo es el concurre”<sup>2</sup>.

El problema para averiguar cuándo ha comenzado la ejecución parece solucionarse con la “teoría individual objetiva” que propone atender al plan del autor y averiguar el comienzo de la ejecución según la representación mental del autor.

La tentativa idónea, no es otra cosa que la tentativa adecuada, es decir, una acción adecuada para un fin que no se alcanza.

Podemos definirla como la falta de consumación de una acción que la experiencia nos señala como adecuada para producir el resultado, sin que éste se presente por alguna causa ajena al autor.

La acción para que sea considerada como idónea tiene que considerarse *ex ante* y no *ex post*. Un ejemplo consiste en que el autor dispara en tres ocasiones antes de ser detenido para matar a un diputado. Pero no logra ultimarle gracias a sus guardaespaldas que resultan

---

<sup>2</sup> WELZEL HANS, El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Editorial Ariel, Barcelona España, 1964, pag. 62

lesionados. Independientemente del concurso de delitos, con respecto al homicidio se da la tentativa idónea.

Aunque la doctrina dominante mantiene el punto de vista de que la tentativa es un tipo dependiente, porque sus elementos se deben de referir a un tipo doloso de acción que no se consuma, Bettioli manifiesta que “la tentativa tiene su propia objetividad, dada por la lesión potencial del bien jurídico; tiene su propia estructura, ...constituye un título de delito autónomo respecto de la consumación”<sup>3</sup>.

Normalmente se hace la distinción entre la tentativa acabada y la tentativa inacabada. En el primer caso se han realizado todos los actos necesarios para conseguir el resultado sin que éste se presente. En el segundo caso se presenta una interrupción de la ejecución, por lo que no se realizan todos los actos que se eligieron para producir el resultado.

---

<sup>3</sup> CAVALLERO RICARDO J. El Delito Imposible, Editorial Universidad, Argentina 1983, pag. 28.

## VIII.2. LA TENTATIVA INIDONEA

Como la tentativa está situada en el camino a la consumación del hecho M. E. Mayer, en su Parte General de Derecho Penal Alemán, le denomina *crimen in itinere*. El caso de la tentativa inidónea, se presenta cuando en el camino a la consumación no se ha elegido adecuadamente o el objeto o los medios, es decir, que no son atinados.

Dentro de la tentativa inidonea puede darse el caso de que en los delitos especiales un autor que creyendo ser un servidor público otorga una concesión en forma indebida (fracción primera del artículo 217) no puede realizar el delito de uso indebido de atribuciones y facultades ya que no es un servidor público. Caso de realizar una acción que no alcanza el resultado prohibido por no tener la calidad de autor que se requiere. Para muchos jurista se está en el caso de un delito putativo y no de tentativa inidonea

Por otra parte la inidoneidad puede residir en los medios, cuando se ha elegido un medio no adecuado para la consecución del fin. Un ejemplo consiste en el caso de la mujer que pretende abortar tomando aspirinas (claro está que ella considera que está tomando un abortivo). El medio que ella eligió (aspirinas) no es el adecuado para obtener el resultado.

También la inidoneidad de los medios se refiere a los medios “supersticiosos” que consisten en la creencia de producir algún daño prendiendo una vela por ejemplo.

El caso de la inidoneidad en el objeto, consiste en dos cosas, o bien el objeto falta y por ello no es posible la consumación, o bien, el objeto presenta características que imposibilitan la obtención del resultado.

Dentro del Anteproyecto se establece en el artículo 17 la definición de lo que es la tentativa idónea y la inidonea por separado y también una referencia a los casos de la “tentativa inidonea por superstición”.

El anteproyecto señala que es punible la tentativa “cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando u omitiendo, en parte o totalmente, los actos que deberían producir o evitar el resultado, si aquellos se interrumpen o el resultado no acontece por causas ajenas a la voluntad del agente.”

Por otra parte señala a la tentativa inidonea con el conocido y criticable nombre de “delito imposible”, estableciendo que también es punible la tentativa “cuando el delito no se pudiere consumir por inidoneidad de los medios o por inexistencia del bien jurídico tutelado o del objeto material”.

El mismo rubro de “delito imposible” abarca a la aclaración de que “si la tentativa deriva de la notoria incultura, supersticiones, creencias antinaturales o causas similares, la tentativa no es punible”.

Finalmente se refiere al desistimiento y al arrepiento para establecer que no habrá sanción al impedir la realización del delito o al desistir del mismo. Solo se impondría una sanción si los actos que ya se han ejecutados constituyen por sí mismos delitos.

En el desistimiento es donde cobra importancia la división de tentativa acabada y la inacabada. El desistimiento en la tentativa inacabada consiste en que el autor no termine con la ejecución de las acciones que producirían el resultado, según la fórmula de Frank “no quiero aunque puedo”<sup>4</sup>.

El desistimiento en la tentativa acaba consiste en impedir que se de el resultado, es decir, se requiere de una actividad, no basta con no hacer, sino que se requiere de un actuar en forma positiva para neutralizar las acciones hechas con anterioridad y así evitar la producción del resultado.

---

<sup>4</sup> *Idem... pag. 31*

**CAPITULO IX**  
**LA ANTIJURICIDAD Y LAS**  
**CAUSAS DE JUSTIFICACION**

## IX.1. LA DEFINICION DE ANTIJURICIDAD

A la antijuricidad (también denominada antijuridicidad) se le suele definir en forma negativa, en el sentido de que consiste en la falta de una causa de justificación que ampare al hecho típico o como la ausencia de un permiso concedido por el derecho para poder realizar la acción o la omisión típica.

Se puede afirmar que la antijuricidad consiste en un juicio que se efectúa sobre la acción u omisión típica para determinar si ésta es o no permitida por el derecho. Antijuricidad no es lo mismo que antijurídico. La antijuricidad es precisamente el juicio que se hace para averiguar si un hecho es antijurídico.

Hay que hacer una diferencia entre lo que es la antijuricidad formal y la antijuricidad material. Von Liszt señala que la antijuricidad formal consiste en la transgresión a una norma del Estado pero ya hemos analizado que la antinormatividad se presenta en la tipicidad. El tipo es la “materia de la norma”.

Cuando los legisladores piensan incluir una conducta en el catálogo de delitos, parten de un juicio de valor, es decir, consideran que determinado bien es valioso y amerita

protección, en forma posterior se elabora la norma que consiste en un mandato de hacer o no hacer (una orden o una prohibición) por ejemplo “no robarás” y en último lugar se hace la descripción de la conducta prohibida para que aparezca en el catálogo de delitos. Esta descripción de la conducta prohibida es el tipo.

Como el derecho no solo consta de normas sino también de permisos o “justificaciones” (algunos las denominan *normas permisivas*) es necesario que se de el juicio de antijuricidad para determinar si una acción antinormativa (típica) es contraria a derecho. Porque existen situaciones concretas en que “el bien atacado renuncia libremente a la protección de la norma, o es desplazado por la presión de intereses contrarios, dotados de mayor importancia”<sup>1</sup>

Von Liszt establece que el contenido material de la antijuricidad consiste en que el hecho es contrario a los intereses de la sociedad.

La opinión mayoritaria establece que las causas de justificación se encuentran no solo en el ámbito penal sino en la totalidad del ordenamiento jurídico. Sin embargo el punto central consiste en saber cuándo nos encontramos en un caso de justificación. ¿Basta con

---

<sup>1</sup> MAURACH HANS. H., Tratado de Derecho Penal, Edit. Ariel, España 1962, pag. 361

que concurren los elementos objetivos de una causa de justificación o es necesario que el autor los conozca?

La justificación se da tomando en cuenta que debe de quedar excluido no solamente el disvalor del resultado, sino también el disvalor de la acción.

El juicio de antijuricidad recae sobre la totalidad de la acción típica y no solo sobre sus elementos objetivos por lo que se requiere que en la causa de justificación se verifiquen ambos.

Los efectos que produce una acción típica justificada son varios. Por una parte deja al autor sin ninguna responsabilidad, lo mismo que a los partícipes. No es posible que se presente el caso de legítima defensa contra una persona que actúa justificadamente.

## IX.2. LAS DIVERSAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Las causas de justificación que se enumeran en el Anteproyecto son las que normalmente se desarrollan para su estudio en los manuales de derecho penal. La legítima defensa, el estado de necesidad, la obediencia jerárquica, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, el consentimiento y el impedimento legítimo insuperable.

### LA LEGITIMA DEFENSA

Lo primero que hay que señalar es que la legítima defensa solo es legítima si resulta ser necesaria. Esta causa de justificación se fundamenta en el principio que establece que “el derecho no puede ceder ante lo ilícito” o bien el de que nadie puede estar obligado a soportar lo injusto.

La Escuela Clásica postuló que la legítima defensa obedecía a la imposibilidad que el Estado tenía para intervenir y repeler un ataque injusto, por lo que tenía que autorizar al gobernado para que él mismo repeliera la agresión.

El anteproyecto establece en la fracción tercera de su artículo 25 que la legítima defensa se presenta cuando:

“Se repela una agresión real, actual o inminente, sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa o racionalidad de los medios empleados y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende”.

De la formulación que realiza el Anteproyecto se pueden extraer varias características. Por principio de cuentas la agresión que se repele debe de ser realizada por otro ser humano y debe de consistir de una acción. No es necesario que la agresión que se pretende repeler sea dolosa, ya que también procede la legítima defensa contra acciones que resultan de una falta de cuidado.

Requisito es que la agresión sea real y no imaginada por el autor, ya que si solo se la imagina, se presenta el caso de la legítima defensa putativa.

La agresión tiene que ser actual o inminente. Es actual la agresión que se encuentra desarrollándose en el momento de repelerla, mientras que es inminente una agresión todavía no presente en el momento de repelerla pero que está por desarrollarse como es el

caso de quien está desenfundando un arma para dispararle a su víctima. En ese momento se puede ya repeler la agresión. No es necesario esperar a que se dañen los bienes jurídicos.

Es indispensable que la agresión sea “sin derecho”, por lo que no cabe la legítima defensa contra alguien que se defiende. Por otra parte no es necesario que los bienes jurídicos que se defienden sean propios ya que pueden ser defendidos bienes ajenos pero se exige que sea absolutamente necesaria la defensa y además que los medios empleados para ella no sean desproporcionados.

Finalmente es necesario que no exista provocación, es decir que la agresión no sea consecuencia de la conducta del agredido.

Un caso especial es el de la presunción de legítima defensa que se admite y regula dentro del Anteproyecto en la misma fracción tercera del artículo 25.

“Se presumirá como legítima defensa, salvo prueba en contrario, el hecho de causar un daño a quien a través de la violencia o de cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión”.

La presunción de legítima defensa se ha criticado por que si en México no existe la pena de muerte como sanción penal y no está permitida ni a las autoridades matar, ¿Por qué se le concede al gobernado ésta facultad? En el caso de la legítima defensa en que se ultima al agresor se justifica si está en peligro la propia vida o la vida de otras personas pero no es necesario ampliar eso a la presunción aunque sea como en este caso de *juris tantum*, de que la muerte que se produzca con los requisitos antes señalados se deba a una dudosa legítima defensa.

#### EL ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad tiene dos posibilidades de presentarse, una justificante que excluye la antijuricidad y otra disculpante o inculpante que excluye la culpabilidad.

El estado de necesidad se presenta, a decir de la fracción cuarta del artículo 25 del Anteproyecto, cuando:

“Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosa o culposamente por el agente lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y no se tuviere el deber jurídico de afrontar”.

Se presenta el caso del estado de necesidad justificante cuando los bienes que colisionan son de diferente jerarquía por lo que si no pueden salvarse los dos, se justifica que se sacrifique el de menor jerarquía para salvar al de mayor jerarquía.

Se da el estado de necesidad disculpante cuando los dos bienes jurídicos que chocan son de la misma jerarquía por lo que el derecho disculpa que se sacrifique uno para que sobreviva el otro si no es posible la supervivencia de los dos.

Para el estado de necesidad operan las mismas reglas ya comentadas que se exigen para la legítima defensa. Algunos autores sostienen que la legítima defensa es una especie del estado de necesidad que se separó porque se presentaba en forma muy común aunque en la legítima defensa es necesaria una agresión y en el estado de necesidad no. (El matar a un perro que nos ataca es un estado de necesidad justificante).

## LA OBEDIENCIA JERARQUICA

Es claro que cuando se realiza una acción por cumplimiento de una orden legítima de un superior jerárquico no obramos contra el derecho, por lo que ésta conducta no puede ser considerada como antijurídica sino como justificada.

Lo que se exige es que la orden sea legítima e implica que no se puede obrar en legítima defensa contra el que cumple una orden de la naturaleza mencionada. La orden ilegítima o antijurídica no excluye la antijuricidad.

### CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO

En el caso de ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, no opera la legítima defensa en su contra por lo señalado con antelación, siempre que se reunan los requisitos exigidos por la disposición legal que por lo demás son muy claras.

Existe la justificación de ejercitar un derecho o cumplir un deber cuando:

“Se obre en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y siempre que éste último no se haga con el solo propósito de perjudicar a otro”.

### CONSENTIMIENTO

Esta es una justificación que viene de la renuncia a la protección jurídica por parte del propietario de un bien determinado. Es claro que quien consiente debe de tener capacidad para

ello, es decir, debe de tener claro lo que implica lo que está consintiendo, además de que solo se puede autorizar la lesión de bienes que sean disponibles para el propietario.

El Anteproyecto establece que la acción está justificada cuando “se actúe con el consentimiento válido del titular del bien jurídico afectado, siempre que se trate de aquellos de que pueda disponer”.

El consentimiento del que se habla tiene que ser anterior a la acción y no debe de ser dado por error o por coacción. Un consentimiento posterior no es consentimiento sino perdón.

Es dudoso que el consentimiento no expreso esté contenido en esta justificación aunque una parte de la doctrina acepta el consentimiento presunto cuando la acción se realiza en beneficio del titular del bien como lo sería el caso de entrar rompiendo un vidrio a una casa donde hay una fuga de gas y hay menores encerrados y dormidos.

#### **IMPEDIMENTO LEGITIMO O INSUPERABLE**

El Anteproyecto considera que el impedimento insuperable es una justificación, porque nadie está obligado a lo imposible. Con base en ese principio hay impedimento legítimo o

insuperable cuando “se contravenga lo dispuesto en una ley penal por impedimento legítimo o insuperable”. (fracción VIII del artículo 25).

**CAPITULO X**  
**LA CULPABILIDAD**

## X.1. LA IMPUTABILIDAD

La culpabilidad en la concepción finalista cuenta con tres elementos la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, la conciencia de la antijuricidad y la inexigibilidad de otra conducta. Ya he señalado que la culpabilidad es reprochabilidad (*Vorwerfbarkeit*).

Primeramente para que una persona sea culpable tiene que ser imputable, es decir tiene que poseer la capacidad de comprender lo ilícito de sus acciones y la capacidad para autodeterminarse en el sentido que la ley lo que exige.

El Anteproyecto menciona lo que es la inimputabilidad como una causa que excluye al delito y de esa definición se puede extraer a *contrario sensu* lo que es la imputabilidad. La imputabilidad, entonces consiste, en tener la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de conducirse de acuerdo a esa comprensión.

Una persona que padezca enajenación mental o un trastorno mental transitorio o cualquier otro estado mental no provocado que le impida comprender lo ilícito del hecho o comportarse de acuerdo a esa comprensión es un inimputable y por lo tanto no se le puede imponer una pena sino una medida de seguridad.

También se prevé el caso de que sus capacidades solo se encuentren disminuidas y no neutralizadas, caso en el que se presenta una imputabilidad disminuida solo se le impondrá una parte mínima de la sanción que correspondería a un imputable, es decir, la imputabilidad disminuida actúa como una atenuante de la pena.

Conforme a lo que se ha dicho la imputabilidad comprende dos momentos uno intelectual o cognoscitivo que consiste en la capacidad de comprender lo injusto, y otro momento volitivo que se refiere a la capacidad de “determinación de la voluntad”, de faltar uno de los momentos se da la inimputabilidad.

Welzel sostiene en su multicitado libro de Derecho Penal Alemán que en principio los inimputables son impunes salvo que sean peligrosos, caso en el que “pueden ser internados en un establecimiento de curación o asistencial”.

Puede presentarse el caso de que el autor se coloque voluntariamente en un estado de inimputabilidad. En este caso no se exculpa sino que opera el principio de “las acciones libres en su causa” que determina que el autor responde por sus hechos si con el propósito de cometer un delito se provocó un estado de inimputabilidad.

Este criterio de las acciones libres en su causa es el sostenido por el Anteproyecto aunque existe la posibilidad de que culposamente se ponga el autor en un estado de inimputabilidad. Este caso no lo menciona el Anteproyecto, pero muchos juristas sostienen que también esta conducta merece una sanción y que por sus características debe ser la sanción que se impone a los delitos culposos.

## X.2 . LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURICIDAD

La conciencia de la antijuricidad es un elemento que anteriormente era considerado como integrante del dolo, pero en el momento que Welzel incluye el dolo en el tipo solo lo incorpora con dos elementos, conocer y querer, por lo que la conciencia de la antijuricidad se quedó en la culpabilidad de forma independiente.

En este caso lo que se reprocha al autor es haberse determinado por la realización de una conducta que conocía era antijurídica. Esta conciencia de la antijuricidad no requiere ser actual sino que puede ser potencial a diferencia de lo que ocurre con el dolo, donde si es necesario que el conocimiento de los elementos del tipo sea actual.

Si el autor no tiene conciencia de que lo que está realizando es antijurídico entonces no es culpable o su culpabilidad, al menos, se encuentra disminuida en virtud de que se encuentra en un error de prohibición. Este error se explicará en el siguiente capítulo.

### X.3. LA INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

La inexigibilidad de otra conducta es lo último por analizar para determinar si una persona es culpable o no. Si es imputable y tenía conciencia de la antijuricidad solo le queda una posibilidad de exculpación si logra demostrar que en su situación concreta no se pudo comportar de otra manera.

Si al autor le era exigible otra conducta diversa a la que realizó (la que produjo el injusto) entonces es culpable. Pero si no le era exigible otra conducta en virtud de la situación personal que vivió al cometer el injusto entonces no será tenido como culpable.

La exclusión de la culpabilidad por inexigibilidad de otra conducta se da en el caso de que se presente el “estado de necesidad disculpante” que como ya he apuntado, consiste en el choque de dos bienes jurídicos de la misma jerarquía y el autor decide salvar uno de ellos ante la imposibilidad de poder conservar los dos.

El ejemplo de la tabla de Carneades es muy visual. Consiste en el naufragio de dos personas que solo cuentan para su salvación con una tabla que no soporta mas que el peso de una de ellas. Al derecho le da lo mismo que la persona “A” mate a la persona “B” o

que la persona “B” mate a la persona “A”. De cualquier manera no se les puede exigir a ninguno de los dos que se deje morir.

El Anteproyecto reconoce esta posibilidad como causa de exclusión del delito en la fracción XI del artículo 25 que señala que se presenta la inexigibilidad de otra conducta cuando:

“Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta anti-jurídica, no sea racionalmente posible exigir al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar conforme a derecho”.

## **CAPITULO XI**

### **EL ERROR**

## XI.1. EL ERROR DE HECHO Y EL ERROR DE DERECHO

El tratamiento que se le daba al error cuando se le dividía o clasificaba en error de hecho y error de derecho tiene su origen en el principio consagrado en las legislaciones desde el derecho romano que reza: *ignorantia non excusat*, que señala que la ignorancia de la ley no puede ser utilizada como argumento para dejar de cumplirla.

El Digesto ya establecía que la regla es “que a todos les perjudica la ignorancia del derecho, pero no la de hecho. (*Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*)”<sup>1</sup>.

Los errores sobre el hecho no producían ningún efecto en la mayoría de los casos. Carrara consideraba que nunca y bajo ninguna circunstancia podía concederse al error de derecho la posibilidad de servir de excusa para dejar de obedecer la ley o de aplicar una sanción. Manzini también pensaba que el conocimiento de la ley era un deber cívico.

Primeramente el *error facti*, o error de hecho consistía en incurrir en algún error sobre las características objetivas del tipo, pero cuando se descubren los elementos normativos se

---

<sup>1</sup> LONDOÑO BERRIO H., El Error en la Moderna Teoría del Delito. Edit. Temis, Colombia 1982, pag 17

decidió que los errores que recayeran sobre dichos elementos también fueran considerados como errores de hecho.

El error de derecho consistía en la ignorancia de la ley, aunque es claro que no es lo mismo ignorancia y error pero para fines jurídicos se les equipara e incluso se dice que el error incluye a la ignorancia.

El error sobre la creencia de que algún hecho no está prohibido o de que el derecho lo tolera también son errores de derecho.

Hay quien trata de unificar en un solo concepto al error de hecho y de derecho aduciendo que el derecho se refiere y regula hechos con lo cual, los hechos se convierten en asuntos de derecho, tal es el caso citado por Soler del jurista Finger.

## XI.2. EL ERROR DE TIPO

Los conceptos de error de tipo y error de prohibición, substituyen hoy (sin ser equivalentes) a los de error de hecho y error de derecho.

El error que recae sobre algunos de los elementos que integran al tipo objetivo que incluye a los elementos normativos es un error de tipo. Si el autor desconoce que la presencia de alguno de los elementos del tipo en el momento de realizar la acción, no actúa con dolo y por lo tanto no hay tipo doloso aún queriendo la acción, "si el autor realiza un tipo penal sin conocer totalmente sus características, él no procede dolosamente con respecto a ese tipo".<sup>2</sup>

El dolo debe de abarcar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo, por lo que si le falta uno solo, no podrá haber dolo. Es claro que toda acción tiene una finalidad pero la finalidad del autor en los casos de los que estamos hablando no se encuentra dentro del tipo sino fuera por lo que el autor ignora que con su acción –que si desea realizar- se va a desarrollar el tipo de algún delito. Por todo esto es que se habla de error de tipo.

El conocimiento que se requiere sobre los elementos del tipo no tiene que ser un conocimiento técnico jurídico sino el conocimiento común de que un hecho está prohibido.

El error puede presentar varias formas diferentes. Puede suceder que el error recaiga sobre la persona o en el objeto. Este error no recae sobre alguno de los elementos esenciales del tipo por lo que queda fuera del error de tipo y es considerado dentro de los errores accidentales junto con el error en el golpe. La opinión de si el error es relevante en éstos casos está dividida. Para una parte de la doctrina, el error sobre objetos que son intercambiables es irrelevante, lo mismo que el error sobre las personas.

El planteamiento es el siguiente si A desea privar de la vida a B y por confundirlo mata a C, de todos modos A tenía dolo de homicidio ya que el tipo exige que se quiera privar de la vida a otro y eso fue a final de cuentas lo que sucedió<sup>3</sup>, y por tanto no se puede juzgar como homicidio culposo.

Otra parte de la doctrina considera que sí es importante el cambio y que el problema debe de resolverse aceptando que con relación a la acción planeada existe tentativa de

---

<sup>2</sup> JESCHECK H. Das Gewissen und die Strafrechtliche Verantwortlichkeit. En Revista Jurídica Buenos Aires número I Enero Marzo 1950.

<sup>3</sup> DOHNA A. G. ZU, La estructura de la Teoría del Delito. Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1958, pag. 37

homicidio de A para con B, en concurso con un homicidio consumado culposo de A para con C.

Es claro en la postura anterior la tentativa de A para con B es una tentativa inidonea en el objeto que en el Anteproyecto sí es castigada.

Otro tipo de error asociado al error es el de *aberratio ictus* o error en el golpe que tampoco es un error esencial sobre los elementos del tipo y consiste en pretender un resultado sobre un objeto o persona y ese resultado no se alcanza en esa persona u objeto sino en otro por haber fallado en la ejecución. No se confunde ni el objeto ni la persona sino que el resultado no se consigue por falta de precisión en la ejecución.

La solución en este caso parece ser la de un concurso ideal. Tentativa del delito que se pretendía realizar (tentativa idónea) y delito culposo por el resultado obtenido.

El anteproyecto prevé el caso del error de tipo en su fracción décima del artículo 25 que establece las causas de exclusión del delito cuando “se realice el hecho bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal

“.

Tanto el error de tipo como el error de prohibición pueden ser vencibles o invencibles.

Los conceptos de *error vencibilis* y *error invencibilis* a decir de Jescheck fueron tomados de la literatura del derecho común sobre Samuel Pufendorf y Hugo Grotius , aunque su acuñación antecede a la escolástica.<sup>4</sup>

Son vencibles los errores que se pueden superar, cuando el autor está en circunstancias de salir de su error.

El error es invencible cuando el autor en sus circunstancias no podía salir de su error, o bien el derecho no le podía exigir que se cerciorara de la realidad de la situación.

Para el caso de que el error sea invencible se excluye el delito por carencia de dolo. Si el error es vencible solo se atenúa la punibilidad como si se presentara un delito culposo. Esto último lo dispone el Anteproyecto en un párrafo posterior de la fracción ya citada.

---

<sup>4</sup> JESCHECK, *Ob. Cit...* pag. 44

### XI.3. EL ERROR DE PROHIBICION

El error de prohibición consiste en actuar pensando que la conducta que se está realizando no esta prohibida, o bien, que se encuentra justificada. El error de prohibición puede presentar dos variantes.

El error de prohibición es *directo* cuando recae sobre la materia de la norma, es decir, el autor considera erroneamente que su acción no esta prohibida, que no está tipificada. El error de prohibición es *indirecto* cuando el autor sabe y entiende que su acción está prohibida pero considera erroneamente que en su caso es permitida debido a que recae una causa de justificación.

Es necesario que para que el autor tenga una culpabilidad plena, esté consciente de la antijuricidad de sus actos, porque quien no conoce que su conducta está prohibida no puede adecuar su conducta a las exigencias de la norma.

La doctrina toma dos posturas diferentes para determinar si es necesario que el conocimiento de la antijuricidad sea actual o basta que sea potencial.

La teoría del dolo sostiene que el dolo forma parte de la culpabilidad (teoría no finalista) y que para que exista el dolo no basta con la simple intención sino que se requiere el conocimiento de que lo que se está realizando es un injusto.

Para la teoría del dolo, es necesario que el conocimiento de la antijuricidad sea actual, por lo que si el error es evitable se castiga de forma culposa, en el caso de que exista el tipo culposo.

Esta postura no puede ser correcta por varias razones. Primeramente la colocación del dolo dentro del tipo es producto de una evolución en el concepto de la teoría del delito y no un capricho. En segundo lugar cuando el autor conoce y quiere la acción de matar pero considera que le es permitida en su caso concreto, comete una acción típica dolosa y no una culposa. Ahora bien se puede imponer para los casos de error de prohibición evitable la sanción de los delitos culposos, como una sanción atenuada pero no se les puede considerar delitos culposos.

La teoría de la culpabilidad por otra parte llega a conclusiones diversas. Esta teoría encuentra sus antecedentes en von Hammel y en forma posterior en von Hippel, que ya se refería al tratamiento que merecía el error "imprudente" que recaía sobre la ilicitud de la conducta, considerando que lo correcto era una pena atenuada sobre el delito doloso.

Welzel considera que se le puede reprochar al autor, su error sobre la antijuricidad “cuando podía cerciorarse de la antijuricidad de su conducta mediante la propia reflexión de los valores ético-sociales fundamentales de la vida comunitaria en su medio”<sup>5</sup>. Para Welzel no es necesario que el conocimiento sobre la antijuricidad sea actual.

El error de prohibición invencible deja insubsistente la culpabilidad y por lo tanto la conducta del autor no es punible. En el caso de que el autor considere que su acción está amparada por una causa de justificación que en realidad no existe, se da la presencia de un caso de legítima defensa putativo que de ser el error invencible excluye por lo mencionado anteriormente la culpabilidad.

El Anteproyecto establece que si el hecho se realiza bajo un error invencible “porque estime el sujeto que su conducta es lícita”, es causa de exclusión del delito según la fracción décima del artículo 25. Ahora bien, si el error es vencible se le impondrá al autor hasta mitad de la sanción que le correspondería al delito doloso.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido respecto al error de tipo y de prohibición lo siguiente:

---

<sup>5</sup> WELZEL HANS, Derecho Penal Alemán, Edit. Jurídica de Chile, Chile 1993, pag. 203.

“En el error el agente está impedido para conocer la relación existente entre el hecho ejecutado y el normativamente recogido, en forma abstracta, en el tipo penal, ya porque tal error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por el tipo, o bien sobre el carácter ilícito del propio hecho. En el error de prohibición el sujeto ignora la existencia de la norma o bien cree no quedar inmerso en ella calificando subjetivamente como lícito su actuar no obstante su carácter antijurídico.” Amparo directo 7884/79 Raúl Hurtado Hernandez. 13 oct. 1980, 5 votos. Ponente Francisco Pavón Vasconcelos. Semanario Judicial de la Federación 7ª. Época Vols. 139 y 144 Segunda parte p. 88.

## CONCLUSIONES

1.-Los diversos Códigos Penales Federales que ha tenido México, se han visto sumergidos en los pensamientos de su tiempo y por ello son el reflejo de las ideas jurídico-penales dominantes, en la medida en que esas ideas eran conocidas por los mexicanos.

2.-El actual Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia de fuero Federal de 1931, es código criticado desde su nacimiento, perfectible que ha llevado a los juristas mexicanos a la creación de varios anteproyectos de códigos penales con la idea de sustituir al código vigente.

3.-Los cinco anteproyectos de código penal que se han elaborado en 1949, 1958, 1963, 1983 y 1989 son cada uno superior al anterior en cuanto a actualización y a la dogmática que los respalda.

4.-La teoría moderna del delito ha evolucionado de una forma ininterrumpida desde su nacimiento en Alemania con von Liszt hasta la actualidad de tal forma que los postulados

de la teoría neocausalista son superiores a los de la teoría causalista, lo mismo que los postulados de la teoría finalista son superiores a la teoría neocausalista.

5.- La teoría finalista es perfectible y tal vez superable, pero en México dentro del derecho positivo es lo mejor que tenemos.

6.- El Anteproyecto de Código penal para el Distrito Federal de 1989 está basado en la teoría finalista del delito, abarcando cada tema penal con esa perspectiva.

7.- Por el tratamiento que se le da en especial al error dentro del Anteproyecto, es claro que éste –el Anteproyecto de 1989- es el antecedente de las reformas penales del 10 de enero de 1994.

8.- En México se presenta un atraso considerable respecto a los avances de la dogmática penal debido a que éstos se llevan acabo principalmente en Alemania y el idioma es un obstáculo.

9.- La acción típica incluye al dolo, por lo que no se puede hablar de acción típica culposa a pesar de que tanto el anteproyecto como la legislación vigente y la opinión dominante en México así lo sostienen. Es más propio –como lo señala Roxin- hablar de delitos de acción

(unicamente los dolosos) y delitos consistentes en la infracción de un deber que incluye tanto a los delitos culposos como a los de omisión.

10.- La posición correcta de la culpa dentro del tipo no está dentro del tipo subjetivo sino en la parte objetiva del tipo como "falta de cuidado objetivo".

11.- Las categorías de error de hecho y de derecho no tienen sentido dentro del marco de la teoría finalista por lo que deben de ser totalmente substituidas por las de error de tipo y error de prohibición.

## BIBLIOGRAFIA

ARISTOTELES, Obras Completas. Editorial Aguilar, Madrid España 1982

BACIGALUPO ENRIQUE, Delito y Punibilidad. Editorial Civitas S. A. Madrid España  
1983

- Estudios de Derecho Penal y Política Criminal. Editorial Cárdenas, México D. F.  
1989

- Principios de Derecho Penal. Editorial Akal, Madrid, España 1990

BAUMAN JÜRGER, Derecho Penal Conceptos Fundamentales y Sistema. Editorial  
Depalma, Buenos Aires Argentina 1981

BECARIA, Tratado de los delitos y de las penas. Editorial Porrúa, México D. F. 1995

BELING ERNEST, Esquema del Derecho Penal. Editorial Depalma, Argentina 1944

BETTIOL GIUSEPPE, Derecho Penal Parte General. Editorial Temis, Bogotá Colombia  
1968

BINDING KARL, Die Normen und ihre Übertretung. Band I Editorial Scientia Verlag Aalen. Alemania 1965

CANCIO MELIA MANUEL, Los Orígenes de la Teoría de la Adecuación Social. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá Colombia 1994

CANOVAS THERIOT FEDERICO y otros, Cuatro Ensayos. Editorial ENEP Acatlán, México

CARRARA FRANCISCO, Programa del curso de Derecho Criminal. Tomo I, Vol. I. Editorial Reus, Madrid, España 1925

CASTELLANOS TENA, Lineamientos de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México D.F. 1996

CAVALLERO R. J., El Delito Imposible. Editorial Universidad, Argentina 1983

CREIFELDS CARL, Rechts Wörterbuch. Editorial Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Alemania 1996

CUELLO CALON, Derecho Penal Parte General. Editorial Boch, Barcelona, España 1975

DIAZ DE LEON MARCO A. Código Penal Federal Comentado. Editorial Porrúa, México D.F. 1997

DOHNA GRAF ZU, La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Abeledo Perrot, Argentina 1958

FERREIRA DELGADO FRANCISCO, Teoría General del Delito. Editorial Temis, Bogotá Colombia 1988

GÖPPINGER HANS, Criminología. Editorial Reus, Madrid España 1975

GRANADOS ATLACO, J. Y MIGUEL A., Introducción al Derecho Penal. Antología. Editorial UNAM, México D. F. 1995

HARTMANN NICOLAI, Autoexposición sistemática. Editorial UNAM, México D. F. 1986

- Ontología III. La Fábrica del mundo. Editorial F.C.E. México D. F. 1986

HASSEMER WINFRED, Fundamentos del Derecho Penal. Editorial Bosch, Barcelona España 1984

HEGEL G. F., Filosofía del Derecho. Editorial Juan Pablos, México D.F. 1998

JAKOBS GÜNTHER, Derecho Penal Parte General. Editorial Marcial Pons, Madrid España 1997

- La Competencia por organización en el delito omisivo. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá Colombia 1994
- Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno. Editorial Hammurabi S. R.L., Buenos Aires Argentina 1998
- Sociedad Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional. Editorial Civitas, S.A. Madrid España 1996

KANT MANUEL, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Editorial Porrúa, México D. F. 1996

LARRAURI ELENA, La herencia de la Criminología Crítica. Editorial Siglo XXI, México D.F. 1992

LONDOÑO BERRIO H. L., El Error en la Moderna Teoría del Delito. Editorial Temis, Bogotá Colombia 1982

LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, Teoría del Delito. Editorial Porrúa, cuarta edición México D.F. 1997

MADRAZO CARLOS A., La Reforma Penal 1983-1985. Editorial Porrúa, México D.F.  
1989

MAURACH H. H., Tratado de Derecho Penal. Editorial Ariel, España 1962

MEZGER EDMUNDO, Derecho Penal, Libro de Estudio. Editorial Cárdenas, México  
D.F. 1991

- Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid  
España 1935

MORENO HERNANDEZ MOISES Y OTROS, Hacia el Derecho Penal del Nuevo  
Milenio. Editorial INACIPE, México D.F. 1991

ORELLANO WIARCO OCTAVIO A., Teoría del Delito, Sistema causalista y finalista.  
Editorial Porrúa, segunda edición 1995

ORONOS SANTANA CARLOS M., Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial  
Limusa, tercera edición, México D.F. 1993

PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, Imputabilidad e Inimputabilidad. Editorial  
Porrúa, tercera edición, México D.F. 1993

PERALTA SANCHEZ J. Y ESPINOZA MARTINEZ P., Mundos Normativos y Orden Jurídico. Editorial UNAM-ENEP ACATLAN, México 1996

RAINER STEPHAN, Ratgeber Recht. Editorial Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München Alemania 1991

ROXIN CLAUS, Iniciación al Derecho Penal de Hoy. Editorial Universidad de Sevilla, España 1981

- Introducción al derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Editorial Ariel S.A. Barcelona España 1989
- Teoría del Tipo Penal. Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina 1979
- Política Criminal y Sistemática del Derecho Penal. Editorial Bosch,, Barcelona España 1972

SAINZ CANTERO JOSE A., Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Editorial Bosch, Barcelona España 1990

SANTIAGO NINO CARLOS, Los límites de la Responsabilidad Penal. Una Teoría Liberal del Delito. Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina 1980.

SAUER GUILLERMO, Derecho Penal Parte General. Editorial Bosch, Barcelona España 1956

STRATENWERTH GÜNTER, El futuro del principio Jurídico Penal de Culpabilidad. Editorial Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, España 1980

- Derecho Penal Parte General I. Editorial EDESA, Madrid España 1982

VELA TREVIÑO, Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito. Editorial Trillas, México D.F. 1991

VILLAREAL PALOS ARTURO, Culpabilidad y Pena. Editorial Porrúa, México D.F. 1994

VON LISZT F., La idea del fin en el Derecho Penal. Editorial Univ. De Valparaiso de Chile-UNAM, México D.F. 1994

- Tratado de Derecho Penal. Editorial Reus, Madrid España 1926

WELZEL HANS, Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile, Chile 1993

- El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Editorial Ariel, España 1964

- Introducción a la Filosofía del Derecho. Editorial Aguilar, España 1971

- La Teoría de la Acción Finalista. Editorial Depalma, Argentina 1951

- Mas allá del Derecho Natural y del positivismo jurídico. Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Argentina 1962

ZAFFARONI EUGENIO R. Y OTROS, Cuadernos para la Reforma de la Justicia No. 2. Editorial UNAM, México D.F. 1995

ZAFFARONI EUGENIO R., Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Cárdenas, México D.F. 1991

- Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Editorial Cárdenas, México D.F 1988

## HEMEROGRAFIA

AZZOLINI ALICIA, El Estado Mexicano y su Orientación Político Criminal Actual en el Marco de los Derechos Humanos, en Cuadernos de Posgrado, serie "a" No. 7 Editado por la UNAM-ENEP Acatlán. Julio-Diciembre. Estado de México, México 1993

BUSTOS RAMIREZ JUAN, Imputabilidad y Edad Penal, en Cuadernos de Posgrado serie "a" No. 2. Editado por la UNAM-ENEP Acatlán . Julio-Diciembre Estado de México, México 1988

DAZA GOMEZ CARLOS, Evolución Doctrinal del Finalismo, en Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XVI, No. 209-210, Septiembre-Diciembre, México D.F. 1996

GONZALEZ MENDIVIL OSCAR, La Reforma Constitucional y los Elementos del Tipo Penal, en Revista Jurídica de Posgrado. Editado por la Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca. Año 1, No. 2. Abril-Mayo-Junio. México 1995

JESCHECK HANS H., Das gewissen und die Strafrechtliche Verantwortlichkeit, en Revista Jurídica de Buenos Aires No. 1 Enero-Marzo, Argentina 1959

- El Significado de Don Luis Jiménez de Asúa en el Desarrollo de la Dogmática Española en el Campo de la Teoría jurídica del Delito, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense No. 11, Junio, Madrid España 1986
- Giuseppe Bettiol e la Scienza Penalistica Tedesca, en L'indice Penale, Anno XXVII No. 1, Enero-Abril, Padova Italia 1993
- Las Personas y Medidas de Seguridad en el Código Penal Tipo de América Latina comparadas con el Derecho Alemán en Nuevo Pensamiento Alemán, Año 2, Editorial Depalma, Argentina 1973
- L'errore di Diritto nel Diritto Penale Tedesco e Italiano, en L'indice Penale, Anno XXII, No. 2, Mayo-Agosto, Padova Italia 1988
- Nueva Dogmática Penal y Política Criminal en Perspectiva Comparada, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXIX, fascículo 1, Enero-Abril, Madrid España 1986
- Rasgos Fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal, en Doctrina Penal, Año 2, Editorial Depalma, Argentina 1979

KAUFMANN ARMIN, ¿Atribución Objetiva en el Delito Doloso? En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Tomo XXXVIII, fascículo III, Septiembre-Diciembre, Madrid España 1985

- El Delito Culposo., en Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social. Editada por la Secretaría de Gobernación. No. 20 Enero-Febrero-Marzo. Vol. II, México 1972

- El Dolo Eventual en la Estructura del Delito, en Revista Jurídica Veracruzana No. 3 Julio-Agosto-Septiembre. México 1973

MOLINA FERNANDEZ FERNANDO, El Concepto de Injusto en la Evolución de la Teoría Jurídica del Delito, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 22, No. 2, Mayo-Agosto, Chile 1995

MORENO HERNANDEZ MOISES, Culpabilidad, en Revista Mexicana de Justicia No. 1 Vol. I enero-marzo, México D.F. 1983

- Orientaciones del Nuevo Anteproyecto de Código Penal, en Revista Mexicana de Justicia, No. 1 Vol. IX enero-marzo, México D.F. 1991

ROXIN CLAUS, Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa, en Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LIX, Universidad de Coimbra, Portugal 1983

- El Concepto Sistemático del Tipo Penal, en revista Mexicana de Derecho Penal, quinta época, No. 3 Enero-Junio. México D.F. 1978

SCHÖNE WOLFGANG, El Concepto de Omisión y la Negligencia, en Derecho Penal y Criminología, Vol. VIII, No. 27-28, Bogotá Colombia 1985-86

TORIO LOPEZ ANGEL, Naturaleza y Ambito de la Teoria de la Imputación Objetiva, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXIX, fascículo 1, Enero-Abril, Madrid España 1986

WALTER ASHTON PETER, La Evolución del Pensamiento Penal en Alemania, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 22, Mayo-Agosto, Chile 1995

WELZEL HANS, Causalidad y Acción, en Cuadernos del Instituto de Derecho Penal No. 126, Córdoba Argentina 1975

- La doctrina de la Acción Finalista, hoy, en Anuario de Derecho y Ciencias Penales, tomo XXI, fascículo II, mayo-agosto. Madrid España 1968
- La Dogmática en el Derecho Penal, en Cuadernos de los Institutos de Derecho Penal No. 116, Córdoba Argentina 1972
- Positivismo y Neokantismo, en Anales de la Cátedra Francisco Suarez. No. 2 . Universidad de Granada España 1962

## LEYES CONSULTADAS

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa , México D.F. 1998
- Código Penal para el Distrito Federal y territorios de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la Federación de 1871
- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929
- Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal de 1931.
- Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal de 1931, pero editado en 1997 por SISTA.

## ANTEPROYECTOS DE CODIGO PENAL FEDERAL CONSULTADOS

- Anteproyecto de Código Penal para el D.F. y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal . Editado por la Secretaria de Gobernación, México D.F. 1949
  
- Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal. Editado por la Procuraduría General de la República , México D.F. 1958
  
- Proyecto de Código Penal Tipo para toda la República de 1963. Editado por el INACIPE en *Leyes Penales Mexicanas Tomo IV*, México D.F. 1980.
  
- Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal. (inédito) 1989.

## OTRAS FUENTES

- LABARDINI MENDEZ FERNANDO, *Apuntes de la Cátedra de Derecho Penal I, en la ENEP-Acatlán*. Correspondientes al período escolar 93-II y 95-II. (inéditos)
- MORENO HERNANDEZ MOISES, *Entrevista concedida para tratar algunos puntos de la presente Tesis*. 11 de noviembre de 1997.
- *Material Videográfico de las conferencias y mesas redondas organizadas en el auditorio "México" de la P.G.R. con motivo de las reformas penales del 10 de enero de 1994*. Marzo-abril de 1994.