

207613



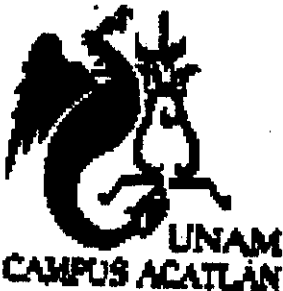
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLÁN"**

**DEL CAUSALISMO AL FINALISMO EN EL
DERECHO PENAL DEL ESTADO DE
MÉXICO.**

**TESIS PROFESIONAL
PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRO EN POLÍTICA CRIMINAL
P R E S E N T A :
LORENZO / CONTRERAS CONTRERAS**

**ASESOR:
DOCTOR HÉCTOR CANTÚ LAGUNAS**



ACATLÁN, ESTADO DE MÉXICO

2002

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

CAPÍTULO I.

1.1. Teoría Causa lista, aspectos positivos y negativos

1.1.1. Acción

1.1.2 Ausencia de la conducta.

1.1.3 Tipicidad.

1.1.4 Atipicidad

1.1.5. Antijuricidad.

1.1.6. Aspectos negativos de la antijuricidad.

1.1.7. Inimputabilidad.

1.1.8. Culpabilidad

1.1.9. Inculpabilidad

1.2.1 Punibilidad

1.2.2. Punibilidad aspecto negativo.

CAPÍTULO II.

Teoría Finalista, aspectos positivos y negativos.

2.2.1. La acción finalista.

2.2.2. Ausencia de acción

- 2.2.3. La tipicidad
- 2.2.4. La atipicidad
- 2.2.5. La antijuricidad
- 2.2.6. Causas de justificación
- 2.2.7. La culpabilidad
- 2.2.8. Causas de inculpabilidad

CAPÍTULO III.

ELEMENTOS DEL TIPO.

- 3.1. DEBER JURÍDICO PENAL.
- 3.2. BIEN JURÍDICO.
- 3.3. SUJETO ACTIVO.
- 3.4. SUJETO PASIVO.
- 3.5. OBJETO MATERIAL
- 3.6. RESULTADO MATERIAL.
- 3.7. NEXO DE CAUSALIDAD.
- 3.8. REFERENCIAS DE OCASIÓN.

elementos objetivos

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

- 3.9. LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO.
- 3.1.0. VIOLACIÓN DEL DEBER JURÍDICO PENAL.
- 3.1.1. DOLO.
- 3.1.2. CULPA. **elementos subjetivos**
- 3.1.3. ELEMENTOS NORMATIVOS.

CAPÍTULO IV

ENJUICIAMIENTO PENAL EN EL ESTADO DE MÉXICO.

- 4.1. SENTENCIAS CAUSALISTAS.
- 4.2. SENTENCIAS FINALISTAS.
- 4.3. SENTENCIAS ECLÉCTICAS.
- 4.4. PROPUESTAS PARA SENTENCIAR O EMITIR UNA MEJOR RESOLUCIÓN EN EL ESTADO DE MÉXICO.

I.- TEMA.

"DEL CAUSALISMO AL FINALISMO EN EL DERECHO PENAL EN EL ESTADO DE MÉXICO".

2. DELIMITACIÓN.

Para el desarrollo del presente esquema de trabajo, se harán las siguientes delimitaciones:

2.1. Delimitación Teórica Positivista

ZAFFARONI, Eugenio Raúl.- Manual del Derecho Penal, 2ª. Edición, Editorial Cárdenas. Editor y Distribuidor, México 1991. p. 333.

CONCEPTO DE TEORÍA DEL DELITO.- "Atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto".

JESCHECK HANS, Heinrich, Tratado del Derecho Penal, parte general, vol. uno, Bosch. p. 263.

CONCEPTO DE TEORÍA DEL DELITO.-"La teoría del delito no estudia los elementos de cada uno de los tipos de delito, sino aquellos competentes del concepto de delito que son comunes a todo hecho punible".

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.- Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal, 13ª Edición Editorial Porrúa, México 1990, p. 197.

CONCEPTO DE DELITO.- "Es un todo orgánico, es una especie de bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos pero no es algún modo fraccionable".

CARRARA, FRANCISCO.- Programa del curso de Derecho Criminal, vol. uno Editorial Temmis, Bogotá Colombia, p. 43.

CONCEPTO DE DELITO.- "La infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto.-Teoría del Delito, Editorial Porrúa, 1994, p. 10.

CONCEPTO DE ACCIÓN.- "Nace de un movimiento corporal que es un proceso que va a producirle un cambio en el mundo exterior, es decir un efecto, y entre uno y otro se da una relación".

CONCEPTO DE ANTIJURICIDAD.-Según Franz Von Liszt."Es el acto materialmente ilegal es cuando significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial)".

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco.- Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa México, 1967, 2ª. Edición p. 395.

CONCEPTO DE PUNIBILIDAD.- “La amenaza de penas que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictada para garantizar la permanencia del orden social”.

WELZEL, HANZ.-Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile Santiago, 3ª. Edición Castellana, 1987.

CONCEPTO DE ACCIÓN FINALISTA.- “La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es por tanto, un acontecer “final” y no solamente “causal”. La actividad final, es una actividad dirigida conscientemente en función del fin. La finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y dirigir por consciente, éste conforme a un plan, a la consecución de un fin, la espina dorsal de acción final es la voluntad consciente del fin, rectora del acontecer causal”.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op Cit. pp. 305 - 306.

CONCEPTO DE TIPO PENAL.- “Un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptivo que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes por estar penalmente prohibidas”.

WELZEL, Hans, Op. Cit. p. 75.

CONCEPTO DE TIPO PENAL.- “Es la materia de la prohibición de las disposiciones penales, es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida que ha de revisarse con especial cuidado en el derecho penal”.

WELZEL, Hans, Op. Cit. p. 214.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD.- “Objeto del juicio de reproche de la culpabilidad es la resolución de la voluntad antijurídica, ésta le es reprochada al autor en la medida en la que podía tener conciencia de la antijuricidad de su acción y en que dicha conciencia podría convertirse en un contra motivo determinante del sentido”.

2.2. Delimitación Metodológica Cuantitativa.

Para los fines que se persiguen en esta investigación el método a seguir será el cuantitativo, por que se analizarán las resoluciones de algunos juzgados de la entidad.

2.3. Este estudio abarcara de 1992 a 1995 y de 1998 a 2001 con una duración de cinco meses concretamente en la jurisdicción del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de México.

3. JUSTIFICACIÓN.

3.1. JUSTIFICACIÓN PERSONAL

A partir de las reformas del 3 de septiembre de 1993 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en diversos artículos, entra un cambio notable en el sistema penal mexicano, ya que existe un desfasamiento del sistema causalista, dando apertura al finalismo, entrando en vigor un nuevo concepto: "elementos del tipo penal", reemplazando al concepto de "cuerpo del delito", y en la actualidad se vuelve a este último concepto, provocando con ello que en el Estado de México no se hayan diferenciado esos dos términos, y sí por el contrario, se han considerando como sinónimos, por lo que me resulta interesante el realizar un estudio comparativo entre ambas corrientes, en la política judicial en la entidad referida.

La necesidad personal que cubre la realización o investigación del presente trabajo es con la finalidad de contribuir con nuevas perspectivas de aplicación de la ley penal dentro de un ámbito de racionalidad y respeto de los derechos de la sociedad.

La relación que guarda el presente trabajo de tesis de grado con mi desempeño profesional se persigue: Una superación personal con la finalidad de obtener el grado de maestro, teniendo también un mejor y mayor profundidad del conocimiento tanto de la corriente Causalista y Finalista en el derecho penal del Estado de México.

3.2. JUSTIFICACIÓN ACADÉMICA.

Se inscribe en la disciplina del derecho penal. Encontrándose en la línea de investigación teórico empírica de los hechos jurídico-sociales y de las diversas instituciones de control social, para el diagnóstico, análisis, evaluación y proposición de políticas criminales.

3.3. JUSTIFICACIÓN SOCIAL.

El grupo social que se verá beneficiado con el desarrollo del presente tema de investigación serán los individuos que se encuentren sujetos a un proceso penal dentro del Estado de México, con la finalidad de ayudar a resolver la problemática regional de una mejor administración de justicia, o a su vez, se pretende contribuir a resolver problemas nacionales, ya que aún y cuando no se encuentra vigente el sistema finalista, si no el causalista, en algunas entidades no aplican ni uno ni otro de manera correcta; además de que se tendrían resoluciones más apegadas a derecho, ya que considero que la Teoría Finalista es más legalista, debido a que cuenta con elementos objetivos, subjetivos y en algunos casos normativos para la comprobación del tipo penal; asimismo en el sistema causalista para la comprobación del cuerpo del delito se requiere la justificación de la existencia de los elementos objetivos del tipo; así como de normativos y subjetivos, cuando aparezcan descritos en éste; mencionaremos en el desarrollo del presente trabajo cuáles son cada uno de ellos, de acuerdo a cada corriente.

3.4. JUSTIFICAR EL ESTUDIO.

En el Estado de México se modificaron las leyes Sustantiva y Adjetiva Penales y se pasó de la visión Teórica Causalista a la Finalista el día 7 de marzo de 1994.

El 26 de Marzo del año 2000 entra en vigor el nuevo Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de México cambiando el sistema finalista al causalista.

El problema a explicar reside en la forma sobre cómo en la práctica judicial en los juzgados del Estado de México, se han aplicado las reformas constitucionales y legales que cambiaron del casualismo al finalismo, teniendo como panorama tres años anteriores y tres posteriores a cada reforma.

4. PROBLEMA.

LOS OBJETIVOS PREVISTOS

Evaluar la forma cómo los jueces del Estado de México han puesto en práctica el sistema jurídico penal que se dio del casualismo al finalismo en 1994, y el actual sistema que impera en el Estado de México.

Revisar las sentencias del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de México en cuanto a la aplicación de la Teoría Causalista durante los años de 1993 al 7 de marzo de 1994, así como en las resoluciones actuales.

Revisar las resoluciones de algunos Juzgado del Estado de México en cuanto a la aplicación de la Teoría Finalista a partir del 07 de marzo de 1994 al 30 de septiembre de 1996, y teoría causalista a partir del 26 de Marzo del año 2000.

Analizar si se cumplió en las resoluciones judiciales del Estado de México, con la modificación teórico penal que impuso la reforma constitucional del 03 de septiembre de 1993, y del Código Penal para el Estado de México el 07 de marzo de 1994, así como en la actualidad, lo que corresponde a las reformas que entraron en vigor el día veintiséis de marzo del año dos mil, en la Ley Adjetiva Penal en el Estado de México, conforme al sistema causalista establecido por nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

5. HIPÓTESIS.

Un estudio comparativo del sistema causalista al sistema finalista en el Derecho Penal del Estado de México, puede hacer posible la formulación una reforma al contenido de la ley adjetiva penal de la entidad.

4. PROBLEMA.

LOS OBJETIVOS PREVISTOS

Evaluar la forma cómo los jueces del Estado de México han puesto en práctica el sistema jurídico penal que se dio del casualismo al finalismo en 1994, y el actual sistema que impera en el Estado de México.

Revisar las sentencias del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de México en cuanto a la aplicación de la Teoría Causalista durante los años de 1993 al 7 de marzo de 1994, así como en las resoluciones actuales.

Revisar las resoluciones de algunos Juzgado del Estado de México en cuanto a la aplicación de la Teoría Finalista a partir del 07 de marzo de 1994 al 30 de septiembre de 1996, y teoría causalista a partir del 26 de Marzo del año 2000.

Analizar si se cumplió en las resoluciones judiciales del Estado de México, con la modificación teórico penal que impuso la reforma constitucional del 03 de septiembre de 1993, y del Código Penal para el Estado de México el 07 de marzo de 1994, así como en la actualidad, lo que corresponde a las reformas que entraron en vigor el día veintiséis de marzo del año dos mil, en la Ley Adjetiva Penal en el Estado de México, conforme al sistema causalista establecido por nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

5. HIPÓTESIS.

Un estudio comparativo del sistema causalista al sistema finalista en el Derecho Penal del Estado de México, puede hacer posible la formulación una reforma al contenido de la ley adjetiva penal de la entidad.

6. VARIABLES.

6.1. VARIABLE DEPENDIENTE.

Del casualismo como una práctica en el Derecho Penal en el Estado de México.

Del finalismo como una práctica en el Derecho Penal en el Estado de México.

6.2. VARIABLE INDEPENDIENTE.

Para la realización del presente trabajo se tienen como corrientes el finalismo y el causalismo.

Con estas corrientes se tiene una transformación para lograr una legislación más perfecta.

INTRODUCCION

En el desarrollo del presente trabajo de tesis veremos el sustento teórico del ordenamiento jurídico relativos al derecho penal, en donde la norma establecida en ella, en especial la penalidad impuesta en una sentencia, es la que sanciona las conductas delictivas, atendiendo al principio de legalidad y no debe entenderse como la consecuencia que enuncia un deber ser del sujeto al cual se dirige, obligando así a la autoridad judicial a imponer la sanción que enlaza la realización de una conducta reconocida como típica, antijurídica culpable Y punible.

Por otra parte abordaremos la teoría del delito, la cual se encarga de las hipótesis teóricas fundamentales de las disposiciones normativas particulares cuya violación trasciende al fincamiento del castigo por la inobservancia de los valores de la conciencia jurídica a los que están referidos los valores del acto conocido como delito; también se analizará la teoría de la pena ya que veremos la forma de enjuiciamiento en el Estado de México.

En la actualidad se traduce la validez teórica y el alcance práctico de los postulados de la concepción causalista y finalista, pretendiendo aplicar aquella que permita cumplir con la misión que por excelencia se tiene asignada al derecho penal.

Por otro lado veremos al delito desde el punto de vista causalista y finalista, los fundamentos metodológicos que sostienen estas teorías, sus principios teóricos; el contenido que le atribuyen a cada elemento que compone el delito y el alcance que representa en la normatividad positiva para entender las mencionadas teorías, si tiene continuidad una con otra, o si el finalismo pretende derrocar las anteriores teorías que sostienen los ordenamientos según los parámetros causalistas, como lo vuelve hacer en la actualidad de acuerdo a las reformas a nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y ver cuál corriente resulta más apegada a nuestra sociedad; considerando que el finalismo es una reelaboración del esquema teórico existente a partir de nuestros fundamentos, que impactan todo el sistema jurídico penal, traduciendo una reorientación de los principios causalistas que trasciende a la configuración de reglas diferentes y dentro del universo de razonamientos distintos pues no representa una construcción sistemática que se encuentre en solución de continuidad con la anterior ciencia penal, sino por el contrario una sublimación de las direcciones que a través de lo subjetivo en el tipo y de lo normativo en la culpabilidad. Asimismo, se pretende describir que contiene cada capítulo y que se puede esperar en cada uno de ellos.

El presente trabajo se desarrolla en cuatro capítulos; **el primero comprende los aspectos teórico- evolutivos de la corriente causalista**, sus elementos positivos y negativos.

En el segundo capítulo se estudia la teoría finalista; sus aspectos teórico- evolutivos, así como sus elementos correspondientes a su caracterización.

En el capítulo tercero se desarrolla el estudio de los elementos del tipo desde la perspectiva causalista y finalista, para hacer un análisis a las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En el cuarto y último capítulo se aborda la forma de enjuiciamiento penal en el Estado de México, en donde a partir de la reforma Constitucional de 1999, se retorna al concepto - **Cuerpo del delito "; concluyendo que no se integran resoluciones causalistas ni finalistas, sino que se retoman por las autoridades investigadora y judicial ambas corrientes, teniendo resoluciones eclécticas.**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPÍTULO

Teoría Causalista, aspectos positivos y negativos.

1.1.1. LA ACCIÓN CAUSALISTA.

Para la corriente causalista el delito es un ente jurídico, porque el delito es una violación del derecho que, como tal, se debe sancionar.

Los teóricos del causalismo entienden al delito como “una infracción de la ley y del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso”¹. Al delito se le considera compuesto por dos elementos o fuerzas, una moral y otra física. La fuerza moral para Carrara, consiste en la voluntad inteligente del hombre; el concurso de la voluntad y de la inteligencia surge la intención. A su vez, la intención puede ser directa y surge así el dolo; o indirecta y aparece la culpa, según el criterio de la previsibilidad que él maneja. La fuerza física o elemento externo nace del movimiento corporal o de su ausencia, que producen un resultado de daño que puede ser efectivo o potencial. Carrara consideraba que el delito es un

¹ Carrara, Francisco: “Programa del curso del derecho criminal”. Parte general volumen I, Ed. Bogotá, Colombia, 1971 p.43

ente jurídico que se conforma por supuestos y por elementos que son necesarios para la integración de la figura delictiva; que tales presupuestos y elementos deben encontrarse, así como pueden desprenderse de la propia ley, situaciones en las cuales la falta de presupuestos o elementos impiden que el acto externo del hombre y que se apuntaba como delictivo, no lo sea. Al Causalismo le interesa el resultado más que el fin para comprobar la existencia del delito.

Desde el punto de vista causalista la explicación naturalística del acto o acción humana se basa en relaciones de tipo jurídico legal. La acción nace de un movimiento corporal que es un proceso que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto; y entre una u otra se da una relación de causalidad.

Para algunos causalistas el término **acción** o el **de acto** comprende también el **concepto de omisión**, otros autores prefieren el uso de términos como el de **conducta, hecho o acontecimiento que abarcaban los conceptos de acción u omisión**.

Von Liszt señala que la acción humana, debe de ser voluntaria, pero que tal voluntad está referida al movimiento corporal que produce un resultado material. El movimiento corporal voluntario resulta así un proceso corporal en donde no interesa el sentido o el fin de la acción, la voluntad tiene

dos caracteres, (un interno, contenido de voluntad) y otro (externo, la manifestación de la voluntad).

En la Teoría Causalista en el estudio del acto o acción lo que interesa es la fase externa, la interna corresponde a otro nivel, es decir a la culpabilidad donde se analiza si el contenido de voluntad fue dolosa o culposa.

La teoría causalista nos marca, qué fue lo que motivó a la acción del ilícito y el porqué se establece una protección jurídica al bien con la finalidad o con la idea de proteger a la relación que mantiene estable a la sociedad y, por su parte la teoría finalista de la acción, indica que el delito es el referente de un movimiento jurídico que reprime el hecho en sí con la idea de prevenirlo, retribuirlo y finalmente de evitar el daño directo al interés social.

El estudio de la teoría del delito se inicia a finales del siglo XX cuando surgen las leyes escritas, es decir, la etapa de las codificaciones. A partir de los códigos se genera lo que es la dogmática jurídica contemporánea, no sólo en materia penal sino en las demás esferas. Se llama estudio dogmático a aquello que explica e interpreta la ley.

Es con las codificaciones cuando se desarrolla la escuela de la dogmática jurídica; los dogmáticos son los que se dedicaban a comentar la ley e interpretarla o sistematizarla.

La dogmática desde sus inicios hasta nuestros días a venido construyendo distintas líneas de pensamiento; la más conocida es la del siglo XIX denominada escuela clásica del derecho penal.

La escuela clásica es la que forma Francisco Carrara en Italia, Von Liszt en Alemania, quienes mas tarde llamaron clásicos. Para ellos el delito era lo que la ley definía como tal, tenían la concepción del hombre como ser dotado de libre albedrío; también decían que los hombres son libres de decidir voluntariamente, y la pena se fundaba en la culpabilidad del sujeto.

A fines del siglo XIX aparece la escuela positiva en Italia, y uno de sus principales exponentes fue César Lombroso quien como esta anexo era médico. Hay un auge del empirismo para el cual sólo es verdadero lo que se podía comprobar mediante la experimentación, y de esto trataban las ciencias naturales. Lombroso era médico de la morgue, encargado de los condenados a morir, y decía que **"el hombre es delincuente porque tenía un problema"**; se dió la tarea de buscar las causas psicológicas de la delincuencia.

Posteriormente surge una lucha, otro jurista de nombre Enrico Ferri quien sirvió a Lombroso, el cual afirmaba **"que la delincuencia no solo tenía causas biológicas, sino bio-sociales"**.

Para los causalistas el delito sigue siendo lo que la ley defina como tal; ya no se determina al hombre como un ser dotado del libre albedrío, impera la idea del precondicionalismo.

Los positivistas hablan de medidas de seguridad, mismas que no pueden estar en el sujeto, deben estar en la peligrosidad del sujeto. La peligrosidad es la posibilidad de que el sujeto vuelva a delinquir. El ideal del positivismo es que no hay que esperar a que el sujeto delinca, sino hay que aplicarle una medida para que no lo haga.

Los dogmáticos han seguido elaborando los estudios sobre las leyes penales, inclinándose hacia la protección de la libertad de la persona, o perspectiva por esta. Lo que más se ha trabajado es la teoría del delito, en la que se ven cuáles son los elementos indispensables para que se configure, y al mismo tiempo aquellas circunstancias que lo excluyen.

En el siglo XX hasta los años setentas se ha trabajado en la teoría del delito, sin embargo en los últimos treinta años se ha ampliado la perspectiva del estudio de los dogmáticos y se cuestiona la famosa neutralidad. Se ha estudiado el causalismo de la política criminal, y ahí ha dejado entrar la cuestión valorativa, planteando cuál fue la política que siguió el legislador, se le cuestiona qué se valorará ¿cual es la mejor

manera? y se ha puesto el acento en analizar y permitir la cuestión penal del estado.

En el presente trabajo de tesis, uno de los principales objetivos es analizar si en el Estado de México se aplica la teoría causalista o finalista, por lo que mencionaremos las teorías de la pena de manera sencilla en donde se verá la finalidad de la actuación penal en el Estado. Tradicionalmente las teorías se han dividido en teorías absolutas y teorías relativas.

Teorías Absolutas.- Se llaman así porque no le buscan ninguna finalidad a la pena, es decir la justifican por sí misma.

Seix Francisco menciona que las teorías absolutas son "aquellas, según las cuales se pone en razón a la comisión de un determinado delito. Atienden sólo al sentido de la pena, sin tomar en consideración ninguna finalidad concreta. La pena es retribución, es decir, compensación del mal causado"²

Las teorías relativas.- Si buscan una finalidad a la pena, dicen que sirve para algo. Las teorías relativas son dos:

- 1.- La teoría de la prevención general o social.
- 2.- La teoría de la prevención especial.

²Seix, Francisco. "Nueva enciclopedia jurídica". Tomo XVI. Barcelona España. 1990 p.p. 348-351

Las teorías de la Prevención General o Social. Señala que la finalidad de la pena es emitir un mensaje al resto de la sociedad, para que se abstenga de delinquir. Al momento de imponerle al sujeto activo una pena para que los demás miembros de la sociedad, al ver lo que le sucede al castigado se abstenga de imitarlo.

Esta teoría es criticada porque dicen que la sociedad no tiene derecho de que se castigue a alguien para que sirva de ejemplo a las demás como chivo expiatorio. Si nos guiáramos por esta teoría entonces, por ejemplo, los delitos que se cometen con mayor frecuencia se les pondrá una penalidad elevada, y los que se cometen poco casi no se les castigaría.

Teoría de la Prevención Especial. Por otro lado la teoría de la prevención especial refiere que la pena tiene por finalidad quién ya cometió un delito no vuelva a delinquir, la idea es readaptar al delincuente, ver la pena como un tratamiento. También por sí sola tiene críticas, porque no nos dice cual es el límite del tratamiento aplicable.

El mismo Seix Francisco menciona respecto a las teorías relativas "la idea de éstas, es la de que la pena aparece como un medio para la obtención de fines útiles. Se utiliza la pena para evitar que se comentan delitos en el futuro. Aquí la pena

es un medio para conseguir el bienestar social. Atribuyen a la pena finalidades preventivas”.³

“Sobre la cuestión preventiva, nos habla la escuela positivista, de quien César Lombroso y Rafael Garófalo son sus más destacados representantes, al sostener que importa más la prevención que la represión de los delitos. Aquí, la pena es una medida de defensa cuyo objeto es la reforma de los delincuentes readaptables y la segregación de los inadaptables; por ello interesa más la prevención que la represión; son más importantes las medidas de seguridad que las mismas penas “.⁴

La teoría absoluta es una teoría retributiva en razón de lo que se expondrá a continuación.

Teoría retributiva. Fue sostenida por filósofos como Kant o Hegel, quienes nos dicen que la teoría es la consecuencia necesaria del delito; quien viola la ley merece ser castigado. La pena restaura la violación del derecho esto es, volver las cosas a su lugar, lo único que se busca es que se haga justicia. También tiene críticas porque es mentira que la pena vuelva las cosas al estado anterior.

³ Seix, Francisco. Op. Cit. Tomo IX, pp. 348 - 351

⁴ Castellanos Tena, Fernando. “Lineamientos elementales de derecho penal”. Edit. Porrúa. S.A. Decimonovena Edición. México 1984.

“De la retribución, nos habla precisamente la escuela clásica, de quien Francisco Carrara es su más brillante defensor”.⁵

Roxin hace una propuesta referente a delimitar la actuación del estado, en la cual debe respetarse, el principio de legalidad y definir la conducta que lesionan los bienes jurídicos más importante para la sociedad. En parte crear límites a la actuación penal del estado, y ésta tiene una función social y se apoya en el principio de igualdad, de subsialidad, de legalidad y el de legitimidad.

Roxin dice que al legislador le interesa a la actuación penal o la norma, hay una amenaza; por lo tanto podemos hablar de la prevención general o social.

Al momento que un juez procede a imponer la pena, su límite es la culpabilidad; la penalidad debe ser de acuerdo a lo reprochable de su conducta y no puede rebasar el límite que establece la ley. Al momento en el que el juez impone una pena, garantiza el principio de prevención general, ya que también la sociedad espera que se cumpla la imposición de justicia. También el autor en cuestión dice que el momento de la ejecución de la pena la teoría que rige esta acción es la de prevención especial; rechazando Roxin la teoría retributiva.

⁵ . Idem. p. 58

“Teorías Eclécticas; intentan conciliar las dos anteriores, acogen con mayor o menor intensidad la idea de retribución, pero uniéndola al cumplimiento de fines preventivos, tanto generales como especiales”.⁶

Sobre los fines de la pena, el Doctor Arturo Palmero sostiene en su obra titulada enciclopedia jurídica “Que estos son: Corregir y curar al delincuente; impedir su reincidencia con el temor que causa una pena anterior; es decir, atemorizar a los demás individuos para evitar que cometan delitos”.⁷

José Ángel Ceniceros establece que “uno de los más importantes fines de las penas, es la enmienda del penado, y que los gobiernos deben a toda costa corregirlos”.⁸

Luis Marco del Pon menciona “que el fin de la pena, es que no se vuelva a delinquir, y que esto se logra con la readaptación social del delincuente”.⁹

Francisco Carrara sostiene “que la pena no debe ser excesiva”.¹⁰

⁶ Seix, Francisco. Op. Cit. p. p. 348-351

⁷ Palmero, Arturo “Enciclopedia Jurídica”. J. Balleca y Cia. Sacs. México. 1919. p. 361.

⁸ Ceniceros, José Ángel Garrido, Luis. “La ley penal mexicana”. Ediciones Botas. México. 1934. p. 90

⁹ Marco del Pon, Luis. “Penología y sistemas carcelarios”. Tomó I. Penología. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1982. p. 4

¹⁰ La justicia. “Revista Mensual”. Tomo XXXV. No. 580. Agosto de 1978. p. 36.

Michel Foucault sobre el particular ha sostenido "que las penas deben ser moderadas", ¹¹ ya que el mismo autor menciona "pues toda severidad excesiva en las mismas, se convierte de otra forma en abuso del poder". ¹²

Foucault al ocuparse de la pena escribe: "El derecho de castigar a sido desplazado de la venganza del soberano a la defensa de la sociedad. Pero sucede que él se encuentra entonces reorganizado con elementos demasiados poderosos, que se vuelve más terrible. Uno ha arrancado al malechor de una amenaza, por naturaleza, excesiva, pero se le ha expuesto a una pena de la cual no se ve qué podría limitarla. Retorno de un super poder terrible, y necesidad de plantear al poder del castigo un principio de moderación" ¹³. (principio de humanización que equivale al sentido de la pena, según Raúl Carrancá y Rivas).

Si la pena, como menciona Beccaria y Foucault, debe ser moderada, tampoco aquí, nada tiene que hacer la pena de muerte, toda vez que esta representa lo contrario, por ser la misma, una pena excesiva e incompatible totalmente con la citada moderación.

Las penas suelen dividirse en:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¹¹ Foucault, Michel. "Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión". XXI Editores. Décimonovena Edición. México. 1991. p. 95.

¹² Foucault, Michel. "La vida de los hombres infames". Edit. Altamirna. Corante Ensayos. Argentina. p. 42.

¹³ Carrancas y Rivas, Raúl "El drama Penal". Editorial Porrúa S.A. 1a. Edición. México. 1982. p. 290.

1.- Intimidativas, para quienes teniendo aún sentido de moralidad pueden reforzarlo con el miedo al castigo; destinadas a evitar el contagio del ejemplo.

2.- Correctivas, que como su nombre indica, tienden a corregir al delincuente, Infingen un dolor compensador del que ha sido causado a la víctima.

3.- Eliminativas, que vibran radicalmente a la sociedad de un ser considerado incorregible y peligroso. Al respecto, el papa Clemente XI, a principios del siglo XVIII, al estar en desacuerdo con la postura eliminativa y, bajo la influencia de las ideas religiosas que esté lanzó, codificó una divisa que mandó grabar en Roma, en la cárcel de San Miguel en 1703, la cual dice así: "No basta con castigar a los malechores, es preciso mejorarlos mediante una disciplina".¹⁴

La teoría del delito es la ciencia dogmática más compleja, más elaborada, hecha por los penalistas quienes han pretendido analizar cuáles son los elementos necesarios para que una conducta pueda ser considerada delictiva. Los primeros estudiosos del derecho parten del análisis de los códigos, por lo que los primeros conceptos son abstractos porque es una teoría. Se parte de un sistema analítico y esta teoría ha tenido una evolución; los desarrollos más

¹⁴ Gran Larousse Universal. Plaza Jones. S.A. Editores. Volumen XXXI. España. 1982. p. 9801.

importantes se dieron en Alemania desde finales del siglo pasado hasta nuestros días. El punto de partida para la elaboración de una definición analítica del delito fue la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo. Por un lado la conducta física que da por resultado un delito, y por el otro el acontecimiento psíquico: Ubicando que lo psíquico está en el tipo, en tanto que lo subjetivo está en la culpabilidad.

POSICIÓN CAUSALISTA:

DEFINICIÓN DE ACCIÓN.- "La manifestación de la voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda."

15

"La acción es un factor de orden naturalístico desencadenado de un resultado material, es simple y sencillamente un proceso causal.

A partir de Liszt el sistema causalista señala que los sub-elementos que integran a su vez al elemento, acto o acción son:

¹⁵ Orellano Wiarco, Octavio Alberto, "Teoría del delito sistema causalista y finalista" 3a Edición. Ed. Porrúa S.A. México 1996. p. 11.

a). Manifestación de la voluntad, que consiste en la intervención voluntaria del cuerpo humano que se traduce en un movimiento corporal, o en su inactividad (cuando nos encontramos frente a la omisión).

b). Un resultado, que es la mutación en el mundo exterior, causado por la manifestación de la voluntad, o la no mutación de ese mundo exterior por la acción esperada y que el sujeto no realiza, y

c). Un nexo causal, que implica en que el acto, acción o conducta ejecutado por el sujeto, produzca el resultado previsto en la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa a efecto".¹⁶

El mismo Liszt parte de la idea de que el injusto consistió en la causación física de un resultado socialmente dañoso, y la conducta la entiende como voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de la causalidad.

El acto o acción humana y su efecto en el mundo exterior son un proceso causal. Como todo proceso natural que parte de una causa, produce un efecto. En el concepto de acción para algunos causalistas queda comprendida la omisión. Von Liszt, refiere que la acción humana debe ser voluntaria, pero que

¹⁶ Pavón vasconcelos, Francisco, "Manual de Derecho Penal Mexicano", Parte General, 2da. Ed. Edit, Porrúa, México, 1967, p. 227.

está referida al movimiento corporal humano que produce un resultado material donde sólo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material. Esa voluntad establece el mismo Liszt, tiene dos caracteres, uno interno que equivale al contenido de la voluntad y otro externo, la manifestación de voluntad. Para los causalistas el estudio de la fase interna se hace en otro nivel, la culpabilidad o sea el contenido de la voluntad, si fue doloso o culposo, reduciendo el estudio en este ámbito al elemento externo ya que solamente debe plantearse lo relativo a la manifestación de la voluntad, más no el porqué de la misma.

Edmundo Mezger es quien formula la fundamentación de la omisión simple, la cual perfecciona en la actualidad Bacigalupo, estableciéndose que en los delitos de acción el efecto resultado es material, y en los de omisión se da un resultado de índole jurídico, aunque Liszt plantea la existencia de los delitos formales o de simple actividad, pero sostenía que en todo delito se exigía un resultado. Mezger considera que en los delitos de simple actividad, el tipo penal se agota con el mero movimiento corporal sin que sea necesario un resultado externo pues éste va implícito en el propio movimiento corporal. Finalmente el nexo causal debe de ser generado (provocado) por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado deben de estar en relación de causa a efecto (relación de causalidad). Dice Mezger que

la conducta es un comportamiento exteriorizado en forma de puesta en marcha de la causalidad; algunos hablan de la acción Social.

Ernesto Beling también define al respecto la conducta como un elemento, como una voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de la causalidad.

1.1.2. AUSENCIA DE LA CONDUCTA.

"El penalista Francisco Pavón Vasconcelos asegura que el aspecto negativo del primer elemento del delito se presenta cuando falta cualquiera de sus sub-elementos a saber, a). ausencia de conducta; b). inexistencia del resultado y c). falta de relación causal entre la acción o la omisión integrantes de la conducta y el resultado material considerado. " ¹⁷

Por lo que se refiere al aspecto negativo de este extracto como se dijo, se dará faltando alguno de sus sub-elementos como lo estableció el autor antes mencionado, haciendo válida la fuerza física irresistible; del sueño al sonambulismo, al hipnotismo.

¹⁷ Luis Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal", Tomo III 4ª. Edic. Edit. Lozada Buenos Aires, actualizada 1963, p. 958.

Ernesto Beling considera a la acción como un elemento integrante de la tipicidad; mira, como es lógico, la falta de acto como ausencia de tipo. Jiménez de Asúa dice que los que le dan personalidad y autonomía al acto, estimándole como el primer carácter del delito, de donde se da la falta de acción un elemento negativo del crimen con sustantividad propia.

Pone como ejemplo el propio Jiménez de Asúa la fuerza irresistible; ésta no es ausencia de tipicidad, sino falta de acción, Puede decirse que toda conducta que no sea voluntaria en el sentido de espontánea y motivada, supone ausencia de acto humano. Así, la fuerza irresistible material, haciendo relevancia en el sentido que ni la demencia, ni la coacción moral, pueden ser falta de acción, pues aunque anormal la primera, supone una conducta voluntaria y motivada, y esos mismos requisitos reúne la segunda, pues obra en virtud del miedo invencible; pudo también, según el grado de éste, en vez de ceder a la coacción y perpetrar el acto punible.

Cuando a una persona se le obliga con la mano apresada, a que clave un puñal a otro individuo desconocido, a quien no quiere herir o matar, pero que es adversario de quien emplea la fuerza, si el agente no puede oponerse a ese movimiento corporal forzado, estamos en un caso de falta de acción, ya que para que exista esta se debe precisar que procede de un ser provisto de voluntad, y el violentado físicamente es un

instrumento como el revólver o el cuchillo. Lo mismo acontece cuando se obliga a una persona a realizar una conducta delictiva de la cual no es su voluntad realizarla, se dice que no constituye un acto humano, reiterando que tenemos como ejemplo de ausencia de acto o fuerza irresistible y sugestión hipnótica.

1.1.3. LA TIPICIDAD.

Es el segundo elemento del delito dentro del sistema causalista cuya aportación se debe a Ernesto Beling en el año de 1906, ya que Von Liszt no lo tenía contemplado como elemento del delito, y se explica porque Beling formuló una función significadora y sistimatizadora de la teoría del delito, que como instrumento técnico garantiza el principio de legalidad, garantía del individuo frente al poder político del Estado consagrando el principio de legalidad penal moderno "*Nullum crime sine lege*", teniendo una función descriptiva, totalmente separada de la antijuricidad y de la culpabilidad.

Ernesto Beling define *la tipicidad como la prohibición de la causación de un resultado*. Este autor nos habla que los delitos se describen mediante tipo, esto es, existe una descripción tipo; la descripción legal de una conducta como delictiva y la tipicidad como el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo.

Beling hizo que evolucionara la teoría del tipo y la tipicidad ya que los concibió como meramente descriptivos, separados de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Decía este autor que además del respeto a la máxima *"no hay pena sin ley"* debía consagrarse el principio no hay delito sin tipicidad, donde la conducta se asociara con el tipo para que fuera típica; pero tal encuadramiento debía ser en el marco descriptivo de la ley, sin consideraciones a la antijuridicidad de la conducta, porque tipicidad y antijuridicidad no pueden ser idénticas, ya que alguna conducta puede ser típica, pero puede no ser antijurídica.

En líneas anteriores dijimos que el tipo es una descripción de una conducta como delictiva, pero se busca conocer si esa conducta es contraria a la norma, ello constituye una función voluntaria que corresponde a la antijuridicidad que excede el marco de la tipicidad; más aún, si tal conducta la pretendemos atribuir a un sujeto para reprochársela, esto correspondería a la culpabilidad.

Se dice que el tipo y la norma son partes en la teoría del delito, pero que el tipo describe, la norma valora. también la tipicidad debe separarse de la culpabilidad.

Ernesto Mayer, penalista Alemán, es quien plantea la segunda etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad llamándose fase indiciaria, donde la tipicidad deja de ser

meramente descriptiva y se le considera indiciaria de la antijuridicidad. Este autor sostiene la separación de tipicidad y antijuridicidad, asignándole a la primera el fundamento del conocimiento de la antijuridicidad.

Edmundo Mezger en su obra "Tratado de Derecho Penal", aborda la tercera etapa de la teoría del tipo, en donde se requiere y considera que la tipicidad es la *ratio essendi* de la antijuridicidad. Para este autor el delito es una acción típicamente antijurídica, es decir, suelta los conceptos de tipicidad y antijuridicidad, y así el delito es acción antijurídica y al mismo tiempo típica.

Existe una cuarta parte del desarrollo de la tipicidad que es la defensiva, y se refiere a la segunda formulación de la teoría de la tipicidad de Beling de 1930. En su obra *Die Lehre Vom Tatbestand*, en la que ya no habla de una especie delictiva, sino de una "imagen rectora" compuesta de pluralidad de elementos, unos expresos en la ley, otros subyacentes en la misma, de los que se desprenden de la descripción legal que pueden ser objetivos como la antijuridicidad, o subjetivos como las referentes a la culpabilidad. Con este enfoque a la tipicidad, Beling busca dar solución al problema de la tentativa, a la complicidad, que no podía encuadrarse en la específica descripción típica pero sí en la imagen rectora.

Algunos autores al hablar de tipo y tipicidad llegan a confundir estos conceptos, por lo que se debe distinguir entre tipo, juicio de tipicidad y la tipicidad. Aparece una quinta fase sobre la teoría del tipo y se le llama destructiva, y se debe a las posiciones radicales del Nacional-Socialismo alemán, donde el punto de partida del delito no es la acción sino la voluntad del agente; donde no se reprocha el daño causado sino la peligrosidad del agente, y sobre todo donde el orden jurídico parte de una moral del pueblo, y el juez debe interpretar con orden moral del pueblo y estar a su lado para consideraciones formales. Asimismo, como los principios *nullun crimen, nulla poena sine lege* no existe para el derecho nazista, llegó a los excesos de todos conocidos, inclusive los principios del derecho penal liberal democrático fueron atropelladas en aras de un estado totalitario.

Mencionamos que el tipo se conforma por elementos objetivos, pero en ocasiones en forma expresa involucra elementos subjetivos como ocurre cuando se hace referencia a condiciones psicológicas del sujeto activo al momento de realizar la conducta típica.

La existencia de los elementos subjetivos y normativos además de los objetivos, llevó a la clasificación de los tipos en normales y anormales, siendo los primeros aquellos que sólo contenían elementos objetivos y los segundos, los que

además de contener elementos objetivos, consignaban elementos subjetivos o normativos, o ambos.

Algunos autores cuestionan la posición velignionia de que el tipo debió concebirse como descriptivo, que cualquier cuestión subjetiva o valorativa correspondía a la culpabilidad o a la antijuridicidad.

Beling niega la existencia de los elementos subjetivos de la antijuridicidad y explica que cuando el tipo hace referencia a conceptos como "ajeno", "ejercicio legítimo", asume referencias jurídicas de la conducta que conservan su función descriptiva, puesto que sólo sirven para delimitar dicha conducta en el sentido de una especie de delito. También no acepta los elementos subjetivos, pues en su concepto la "intención impúdica o el ánimo de lucro" no son más que frases que se refieren a la descripción.

Algunos autores consideran que los elementos subjetivos del injusto deben tratarse al estudiar la antijuridicidad, otros que debe hacerse al estudiar la culpabilidad. El sistema causalista desde el siglo pasado ya apuntaba la problemática de los elementos subjetivos del injusto.

Mezger consideró en un principio a los elementos subjetivos del injusto, con exclusiva referencia a éste; posteriormente explicó que no todo lo objetivo pertenece a lo injusto y ni todo

lo subjetivo a la culpabilidad, sino que en ocasiones tales elementos son fundamentación del ilícito, sobre todo cuando la exclusión de esos elementos subjetivos da lugar a la desaparición de la antijuridicidad del hecho, en otros casos podrán ser referencias anímicas subjetivas del inculpaado y entonces ello caerá en el campo de la culpabilidad.

1.1.4. LA ATIPICIDAD.

Es el aspecto negativo de la tipicidad la cual se dará cuando se presente o falte el bien jurídico tutelado, la falta de calidad, o el número en cuanto a sujetos pasivos o activos que exija el tipo; cuando no exista manifestación de voluntad, cuando no se dé el resultado previsto en el tipo, cuando no exista relación causal por falta de modalidades de tiempo, lugar u ocasión que exigía el tipo; y por falta de objeto material.

La ausencia de tipo presupone la absoluta posibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica, en consecuencia, no hay delito sin tipicidad, puesto que no se acepta la analogía, cuando un hecho no esté tipificado en la ley o cuando le falta alguno de los caracteres o elementos típicos, no puede ser detenido el agente.

Un ejemplo en donde faltan las referencias del sujeto activo, es el protagonista de un pretendido delito que exige función

pública no es funcionario del sujeto pasivo, como cuando la cosa hurtada no es ajena sino propia; del lugar, del medio o de la ocasión, entonces nos hallamos ante casos específicos de tipicidad y por ende, no se puede proceder en contra del autor de conductas donde faltan los elementos del tipo. El caso de tipicidad es el que con más razón ha de quedar impune ya que conforme al apotegma, no hay delito sin tipo legislado.

En el caso de que el tribunal tenga conocimiento de un hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al gobierno las razones que le asisten para creer que debiera ser objeto de sanción penal; lo cual en nuestro país no ocurre, ya que al momento de legislar no toman en cuenta a los tribunales, realizando los presupuestos de ley personas que no tienen el conocimiento debido a las lagunas que el mismo deja, y del reclamo de la sociedad, siendo que los jueces son las personas que aplican la ley, de acuerdo al caso concreto además son los que se dan cuenta de los reclamos de la sociedad.

La teoría causalista contempla en el delito una fase objetiva, en la que se ubica el tipo y la tipicidad. Algunos tratadistas de esta corriente incluyen como elementos del tipo, aspectos que juzgan o señalan como objetivos y son:

- 1.- El bien jurídico tutelado.
- 2.- Los sujetos: activo, pasivo, sea en cuanto a su calidad o número
- 3.- La manifestación de la voluntad.
- 4.- El resultado previsto en el tipo.
- 5.- La relación de causalidad.
- 6.- Los medios, formas y circunstancias previstas en el tipo.
- 7.- Las modalidades de tiempo, lugar ocasión que señala el tipo
- 8.- El objeto material.

El aspecto negativo de la tipicidad lo encontramos cuando falta alguno de los elementos del tipo, así se dará la atipicidad cuando se presente:

- 1.- Falta del bien jurídico tutelado.
- 2.- Falta de calidad, o del número en cuanto a los sujetos activos o pasivos que exige el tipo.
- 3.- No existe manifestación de voluntad.
- 4.- No se da el resultado previsto por el tipo.
- 5.- No existe relación causal.
- 6.- Por ausencia de los medios, formas o circunstancias prevista en la ley.
- 7.- Por falta de las modalidades de tiempo, lugar u

ocasión que exige el tipo
8.- Por falta de objeto material, entre otras.

1.1.5. LA ANTIJURIDICIDAD.

Para Vont Liszt consiste "en el acto materialmente ilegal en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad antisocial"¹⁸

Este mismo autor refiere que la antijuridicidad es la causación de un resultado socialmente dañoso. Mayer sigue las ideas de Liszt elaborando su teoría de las normas de cultura como fundamento de la antijuridicidad que se reduce a conocer en la sociedad la comunidad de intereses en donde se establecen normas de cultura (órdenes y prohibiciones), por las que una sociedad exige el comportamiento a su interés y es antijurídica aquélla conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado. Determina la contrariedad existente entre una conducta típica y norma jurídica, en cuanto se pone la conducta a la norma.

Vela Treviño partidario de la teoría causalista refiere que la antijuridicidad es "el resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva que cultural reconocida por el Estado"¹⁹

¹⁸ Vela Treviño Sergio. "Antijuridicidad y Justificación". 3ª. Ed. Ed. Trillas, México, 1990, p. 130.

¹⁹ Jiménez de Asúa Luis, "La ley del delito". Ed. Hermes Sudamericana, primera edición en México, 1986 p..234.



Beling refiere **que en la antijuridicidad es la contradicción entre la causación y el resultado del orden jurídico.**

Von Liszt también **sostenía que el acto es formalmente contrario al derecho cuando se transgrede la norma que contiene y lo mandan, o una prohibición, y ese acto resulta materialmente opuesto a la norma,** por cuanto signifique una norma contraria a la sociedad. Este criterio dual de la antijuridicidad lo critican Jiménez de Asúa y Soler ya que sostenía que el creador de la dogmática penal confundía la antijuridicidad formal con la tipicidad.

Von Liszt, dice que **la antijuridicidad es la causación de un resultado socialmente dañoso.**

Algunos otros autores causalistas definen la Antijuridicidad en su aspecto formal como contradicción entre la causación del resultado y el orden jurídico y en su aspecto material como dañosidad Social.

La antijuridicidad es un concepto negativo, lo contrario a la norma, lo contrario a derecho.

Garófalo decía que la antijuridicidad **es la valoración de un acto, que en su esencia es contraria a la norma o valores de la sociedad,** a los cuales el autor denomina como

sentimientos altruistas de piedad y probidad, que todo grupo social posee a su juicio en una medida media.

Ernesto Mayer dice que es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado, Algunos otros autores han expuesto que la esencia de la antijuridicidad la encontramos en la protección de bienes jurídicos, expresión de las valoraciones ético-sociales plasmadas por el legislador en la ley.

Vela Treviño, autor mexicano, define la antijuridicidad como el resultado del Juicio Valorativo de naturaleza objetiva que determina la contradicción existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado, como también se refiere con antelación.

Este concepto de antijuridicidad fue criticado por Jiménez de Asúa y Sebastián Soler. Cuello Calón dice que la antijuridicidad formal es una consecuencia del principio de legalidad, donde la antijuridicidad se determinará dentro del marco de la antijuridicidad formal; aceptar únicamente la antijuridicidad material, nos puede llevar a excesos y abusos como los emitidos en la Alemania Nazi, donde la conducta antijurídica era lo que contrariaba al sano sentimiento del pueblo alemán.

Algunos autores piensan que en ciertos delitos, además se requiere valorar la conducta desplegada por el sujeto para asumir que la misma fue antijurídica; se demanda contemplar la integración de elementos de carácter subjetivo señalados en el tipo. Para Mezger tales elementos subjetivos de lo injusto eran excepciones de un tipo de injusto entendido de un modo causal objetivo. Los autores causalistas, afirman que esos elementos subjetivos son diferentes del dolo, son tendencias especiales, motivos que el legislador exige, además del dolo.

La antijuridicidad la podemos definir como aquella conducta que la norma, en tanto siendo típica, no esté amparada en alguna causa de justificación.

1.1.6. ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTIJURICIDAD O CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Este aspecto se constrañe a las llamadas causas de justificación que ha sido motivo de desacuerdo de muchos doctrinarios y su aparición incluye la antijuridicidad.

Luis Jiménez de Asúa refiere que "excluyen la antijuridicidad de una conducta que pueda subsumirse en un tipo legal, eso es aquellos actos u omisiones que revisten aspectos de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter

de ser antijurídicos, contrario al derecho, que es el más importante del crimen".²⁰

Cuando falta la antijuricidad podemos decir que no hay delito, que el hecho se justifica; es decir, que hay una causa de justificación como algunos autores las llaman, e incluso algunos las denominan excusas absolutorias.

Son causas de justificación la que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, esto es aquellos actos u omisiones que revisten aspecto del delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de ser contrario al derecho, que es el elemento más importante del crimen. Las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme al derecho.

Mayer denomina las causas de justificación aquellas que se basan en la lucha contra lo injusto o en el valor del interés protegido añadiendo los privilegios conforme a los siguientes puntos:

- a) La lucha contra lo injusto:
 - 1.- El deber jurídico.
 - 2.- La legítima defensa.

²⁰ Giuseppe Maggiore, "Derecho Penal", vol I Ed. Temis Bogotá, Colombia, 1954. p. 487.

- 3.- La ayuda propia.
- b) El reconocimiento del interés protegido:
 - 1.- Norma general. (lo que no se opone a la norma de cultura).
 - 2.- La esfera de libertad que se deja por el Estado.
 - I.- El consentimiento de la víctima.
 - II.- La actividad curativa del médico.
 - 3.- La corrección.
- c) Privilegios.

Mezger dice que las causas de justificación se basa en la falta de antijuricidad según el principio de la ausencia del interés, o por preponderancia de aquél conforme a este sistema:

- a).- Ausencia de antijuricidad según el principio de la ausencia del interés.
 - 1.- Consentimiento del ofendido.
 - 2.- Consentimiento presunto.
- b).- Ausencia de antijuricidad según el principio del interés preponderante.
 - 1.- La acción especialmente debida.
 - 2.- La acción realizada en virtud de especiales derechos, en particular del derecho de necesidad.
- 3.- El principio de la valuación de los bienes jurídicos.

En la mayoría de los códigos encontramos como causas de justificación las siguientes:

- a). Actos legítimos ejecutados en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, de autoridad, de oficio.
 - b). Legítima defensa.
 - c). Estado de necesidad.
- 1.- Por colisión de bienes jurídicos.
 - 2.- Por colisión de deberes.

La primera causa de justificación es la más normal de todas, la cual está constituida por actos legítimos ejecutados conforme a la norma expresa y en cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, profesión, cargo u oficio, y por ejemplo, en una defensa se ponen de manifiesto los vicios o defectos de la parte contraria porque les es imprescindible hacerlo en favor de su cliente, no comete acto alguno delictivo, ni puede ser acusado de injurias ya que esas expresiones las ha vertido en el ejercicio legítimo de su derecho de defender y de su profesión de abogado.

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad, como elemento positivo del delito, y su aparición excluye a la antijuridicidad, más no así el acto. Estas causas de justificación, vienen a resultar conductas lícitas, y por ende no pueden ser antijurídicas, o sea, contrarias a derecho, sino por el contrario ajustadas a éste y por ende carentes de sanción.

Algunos autores utilizan el término de causas de licitud en lugar de causas de justificación, porque el término licitud viene a ser sinónimo de derecho, reiterando que la mayoría de tratadista penales argumentan como causas

de justificación a la legítima defensa, sea propia o de un tercero; al estado de necesidad; obrar en cumplimiento de un deber; al actuar en el ejercicio legítimo de un derecho o el consentimiento del ofendido en algunos casos.

Si existe una causa de justificación podemos decir lo siguiente:

1.- Siendo lícita no cabe en un mismo acto obrar en contra de derecho..

2.- Cualquier partícipe en un acto justificado ejecutado por el actor, también se encontrará justificado.

3.- Quien obró con una causa de justificación no le es aplicable ninguna medida de seguridad, o cualquier tipo de sanción, puesto que su actuar fue lícito.

4.- Cuando existe una causa de justificación, al excluirla, la antijuridicidad de la conducta hace innecesario el estudio de la culpabilidad del sujeto, pues este estudio sólo podría llevarse a cabo si la conducta fuese antijurídica, presuponiendo la imputabilidad.

1.1.7. LA IMPUTABILIDAD.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Guissepe Maggiore refiere que la imputabilidad "es el conjunto de condiciones psíquicas que refiere la ley para poner una acción a cargo de

la gente. Estas condiciones se resumen en el concepto de libertad. Imputabilidad, equivalente a libertad" ²¹

Debemos entender a la imputabilidad como el querer y conocer la realización del hecho delictuoso. Algunos doctrinarios partidarios del casualismo asumen la imputabilidad como la capacidad de entender y querer; la primera en un plano de volitividad y la segunda en el plano intelectual de comprensión, sin embargo son objeto de severos cuestionamientos.

Debemos entender a la imputabilidad cuando el sujeto activo se conduce de manera libre para producir el resultado, por lo tanto le es reprochado, sentido que se tiene la mayoría de los causalistas.

Es la capacidad de comprender la ilicitud y de conducirse conforme a esa conducción, comprensión, tiene que ver con el mundo fáctico valorativo de los hechos. Las normas penales se dirigen en principio a los adultos con capacidad psíquica y lo mismo para menores infractores.

La mayoría de la doctrina pone a la imputabilidad como elemento de la culpabilidad.

Carrara la menciona en su definición de delito al referirse a que el "acto externo del hombre, positivo o negativo" deberá ser moralmente imputable.

²¹ Graf Dohna Alexander. "La estructura de la teoría del delito", Abelev-Perrot, Buenos Aires, 1958. p.34.

El penalista Italiano Guieppe Maggiore menciona respecto a la imputabilidad que es "el conjunto de condiciones psicicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente", estas condiciones se resumen en el concepto de libertad. Imputabilidad equivale a libertad.

El Código Penal de Chihuahua de 1983 en su artículo 36 dice: Imputabilidad. Es imputable penalmente la persona mayor de 16 años, que en el momento de cometer la conducta típica, tenga la capacidad para comprender su carácter ilícito y determinar aquello en razón de esa comprensión.

La imputabilidad exige dos límites mínimos para su existencia, que son:

- 1.- Un límite físico, o edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo cronológico, logró el desarrollo psíquico suficiente para podersele considerar imputable; y
- 2.- Un límite psíquico, o sea, la capacidad de "entender "y" querer".

Algunos autores ubican a la imputabilidad dentro de la teoría del delito, otras lo colocan como un elemento del delito y otros la asumen como presupuesto de la culpabilidad o como elemento precedente de la culpabilidad.

La imputabilidad puede definirse como la facultad de determinación normal, por tanto es susceptible de imputabilidad todo hombre con un desarrollo adecuado en consecuencia mentalmente sano, cuya conciencia no se

haya perturbado. El contenido normal y la fuerza motivadora normal de las representaciones constituyen la esencia de la imputabilidad.

La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona: La responsabilidad resultó de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad por sufrir las consecuencias del delito, si bien en última instancia, es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible; la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que les es imputable más que a condición de declararle culpable a él.

El concepto clásico de la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y de responsabilidad moral. Desde este punto de vista la imputabilidad criminal no es acaso distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplica en concreto al autor de un delito y puede definirse como el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre.

1.1.8. LA INIMPUTABILIDAD.

Es la ausencia de la capacidad de conocer y querer la realización de la parte objetiva no valorativa del tipo. También es la ausencia de capacidad para comprender la específica ilicitud o para conducirse de acuerdo a esa comprensión.

Encontramos como causas de inimputabilidad en aquellos casos en los que al sujeto que ha cometido una conducta típica y antijurídica, no se le puede imputar el resultado porque no reúne el límite físico y psíquico que exige la ley; porque no alcanza el límite de edad previsto por la ley, o no reúne las condiciones psíquicas previstas en la misma.

En esta corriente se define a la imputabilidad como la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que, si bien el hecho típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le puede atribuir el acto que perpetró.

Algunos Códigos Penales hispanoamericanos mencionan como causa de inimputabilidad las siguientes:

a) La falta de desarrollo mental:

La minoría de edad se reconoce en los códigos como eximente, pero varía el plazo de exención, que en las más antiguas se fija en los diez años de edad; en otros a los doce años; en algunas figuran como límite los catorce, y en los más adelantados en este punto, los dieciséis y hasta los dieciocho como en nuestro país; aunque existen críticas en el sentido que los menores de edad sean inimputables ya que ésta es no tener la capacidad psíquica de querer y entender la realización del hecho delictuoso, y los menores que cometen un injusto, tienen esa capacidad psíquica de querer

y entender la realización del hecho delictuoso, sería mejor decir que los menores no son sujetos del derecho penal.

b).- Sordomudos:

- Falta de Salud mental.
- Trastorno mental transitorio.
- Embriaguez (sólo atenuante en algunos códigos)
- Fiebre o dolor.

Para los causalistas la inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad, esto es que el sujeto que ha realizado una conducta típica y antijurídica no es imputable porque no tiene la capacidad psíquica de querer y entender, bien sea por la edad o porque sufra en su persona alguna causa que se lo impida, ya que si dijimos que la imputabilidad es el querer y conocer, lo contrario de esto es el no querer y/o el no entender.

1.1.9. LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad se puede definir como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La culpabilidad en el más amplio sentido corresponde la imputabilidad.

Liszt dice que la culpabilidad es una relación psicológica entre la conducta y el resultado en forma de dolo o culpa.

Binding define la culpabilidad ya no desde el punto de vista psicológico sino normativista y dice que es reprochabilidad incluyendo también el dolo y la culpa.

Para los causalistas toman el antecedente del concepto de la escuela clásica, se le identificaba por los conceptos de dolo y culpa.

Para estudiar la culpabilidad en la teoría causalista se analizará el pensamiento de los más importantes exponentes de la teoría causalista naturalista como lo son: Carlos Binding, Franz Vont Liszt, Paul Merkel Hellmunth y Melle, autores alemanes.

Para Carlos Binding el dolo y la culpa son pura relación o mejor dicho el dolo y la culpa son pura culpabilidad.

En su teoría sólo hay culpables, pero no hay un injusto culpable o una acción antijurídicamente antinormativa ya que no es dolosa ni culposa. Dice que la culpabilidad se encuentra contenida en el dolo y la culpa de la siguiente forma:

A). El dolo sólo existe en el autor cuando haya actuado con conciencia de antijuricidad del deber, con ello se obtiene como resultado que el dolo y la culpa son escalones de culpabilidad.

B). Binding utiliza el significado y jurídico de la palabra culpabilidad olvidando el campo de la ética o de las costumbres.

Carlos Binding define a la culpabilidad como "el resultado de tomar, encuentra lo que hizo el autor, y en sentido estricto define a la culpabilidad como la voluntad de capacidad de acción como causa de una antijuricidad y en sentido amplio es la desaprobación jurídica por que el hecho era evitable o podía haber sido evitable y de esa forma cumplir con el deber jurídico".²²

En conclusión Carlos Binding dice que la acción capaz de culpabilidad (la acción desvaliosa), antijurídica es capaz de ser respetuosa del deber jurídico como tal.

Franz Von Liszt considera la culpabilidad en el más amplio "sentido como la responsabilidad del autor por el acto ilícito que se ha realizado".²³ El juicio de culpabilidad expresa la consecuencia ilícita que trae consigo el hecho cometido y se le atribuye a la persona del infractor. A la desaprobación jurídica del acto como señale lo que recae sobre el autor, y en sentido estricto sigue diciendo el autor la culpabilidad es la relación subjetiva entre el actor y el autor.

El mismo Von Liszt indica que la imputación contenida en el juicio de la culpabilidad contiene dos elementos:

1.- La imputación del autor, consiste en aquel estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente con la facultad

²²Liszt, Franz Von. "Tratado de Derecho Penal", Tomo Segundo, 3ª. Edición, Instituto de Reus, S. A., Traducido por Luis Jiménez de Asúa.

²³ Graf Dolma Alexander. Op.Cit. p. 89.

que tiene la gente de determinarse de manera general con las normas de conducta social.

2.- La imputación del acto se da cuando el autor conocía la significación antisocial de su conducta, o hubiese podido y debido conocerla y dice que tiene dos especies el dolo y la culpa.

Paul Merkel define la culpabilidad como "juicio de desvalor sobre una persona justamente sobre su actitud que se revela por medio de ella y actúa de una manera determinada".²⁴

El dolo y la culpa para este autor son dos formas; una persona es culpable cuando hay capacidad, la conciencia de la antijuricidad no tiene ningún lugar en el dolo; la relación sobre la antijuricidad no es o no se dirige a la conformación de la culpabilidad en la psique del autor, refiere en resumen que sólo el acto doloso y culposo de un tipo penal pueden existir en el juicio de la culpabilidad, por lo tanto, es decisivo que el dolo y la culpa sean fundamentos requisitivos de la culpabilidad.

Theodor R. Schultze utiliza el concepto de atribución o de imputación en lugar de culpabilidad. Entiendo "ésta como la dirección o acción penal causada por la voluntad del hombre"²⁵ La atribución o imputación es el deber del juez penal de reconocer que el autor es culpable y por ende su conducta es punible. Señala que la atribución es la conducta y ésta se asienta sobre la voluntad del autor. El autor debe de ser culpable del hecho.

²⁴Graf Dohna Alexander Op. Cit. p. 91.

²⁵Graf Dohna Alexander Op. Cit. p. 86.

Gustavo Radbruch trata de encontrar un concepto que abarque el dolo y la culpa, planteando dos hipótesis:

a).- "Utiliza el dolo como un momento valorativo, por lo que aparece un juicio sobre la antijuricidad, como juicio de valor, por lo que el dolo contiene la antijuricidad".

b).- Utiliza la culpa como elemento valorativo con base en la norma la tensión del autor en los delitos culposos la antijuricidad de la conducta. Con esto no es una mala representación del resultado; la culpabilidad es un estado de ánimo que tiene características especiales ²⁶

Para este autor la culpabilidad es "como un estado de ánimo en el cual una acción se aparece como las características del autor ante y deja demostrar la característica de una acción basada en el estado de ánimo".

Posteriormente viene la teoría normativista o también conocida como el casualismo valorativo y sus exponentes son: Reinhard Frank, James Goldschmidt, Berthold Freudentaly Edmundo Mezger, y en México sus máximos exponentes son Fernando Castellanos Tena, Raúl Carrancá y Rivas, Ricardo Franco Baz y Pavón Vasconcelos.

Para Reinhard Frank en su obra toma como punto de partida la teoría normativa de la culpabilidad y en ésta teoría la circunstancia del hecho es

²⁶ Graf Dohna Alexander Op. Cit. p. 87.

decir el concepto de culpabilidad debe comprender las circunstancias que lo rodean. Expone que en el estado de necesidad el sujeto activo actúa con dolo, es decir la culpabilidad no sólo es una relación psíquica del autor que actúa con dolo en el estado de necesidad no desaparece el dolo.

Incorpora al concepto de reprochabilidad los siguientes requisitos:

La norma, actitud espiritual del autor, la concreta como la relación psíquica del autor con el acto y las normales condiciones en las que se da el hecho.

Frank descubre que las circunstancias concretas para el delito culposo y en especial para la culpabilidad en especial son de significancia. También sostiene que las circunstancias normales rigen o deben de ser tomadas para la culpabilidad.

La motivación aparece como la medida de la culpabilidad que sería la parte no comprobada. Hay un momento ético, y ello tiene significación en la motivación de las circunstancias que rodean al hecho, que es de suma importancia para las condiciones, para la medida de la pena.

Para este autor la culpabilidad no está en la psique del autor, culpabilidad es solamente un juicio que involucra la conducta antijurídica, (por hecho dado en la realidad) le sería reprochado. Estos hechos (dolo y culpa) así como la dirección de los hechos se le puede hacer un reproche cuando podía él haber actuado en otra forma.

Refiere que la exigencia de libertad será entonces lo más importante; cuando existe un defecto de la libertad habrá una exclusión de la culpabilidad y será fundamento de la disciplina.

"James Goldschmit en su obra (La concepción normativa de la culpabilidad) apunta que los expositores del normativismo sostienen sus doctrinas en dos puntos capitales; por un lado la norma sobre la que apoyan el juicio de culpabilidad por otro, una nota real que sirve de base al juicio" ²⁷

Este autor parte de la cuestión de que si el concepto de culpabilidad es externo a los componentes psicológicos y no se manifiestan en él, o no hay elementos normativos; agrega que el elemento normativo es la contrariedad al deber.

El tratadista de referencia sustenta el problema de la conciencia de la culpabilidad sobre la base de la norma del deber debiendo examinarse si la norma del deber es independiente o se refiere a la norma de cultura que determina la parte material de la antijuricidad. Considera que la norma de deber es autónoma y convive junto con la norma jurídica o de acción.

Basado en el pensamiento de Kant llega a la conclusión de que la libertad sucede a la voluntad (es apriori de la voluntad) de modo que ella es independiente de la experiencia, de ello el autor, como referencia, deduce que el sujeto se deja determinar categóricamente por el motivo del deber.

²⁷ Goldschmidt, James. "La concepción Normativa de la culpabilidad". Depalma. Traducción. Buenos Aires. 1943.

La norma del deber aparece en forma independiente con la exigibilidad que es la base de la teoría normativa. De ahí que las normas de deber son el límite externo de las exigencias puestas en la motivación o sea la exigibilidad.

La reprochabilidad aparece como el no dejar motivar por la representación del deber. La culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico, es la distribución de tal hecho a una motivación reprochable. La exigibilidad presupone siempre un deber.

La teoría de Goldschmidt se basa en la contraposición de dos normas: La norma del derecho que se refiere al injusto, y la norma del deber que se refiere a la culpabilidad. La valoración queda a un lado del dolo. El autor afirma: si bien la motivación normal no es único presupuesto de la exigibilidad y de la reprochabilidad, sí aparece como presupuesto de la no exigibilidad. La culpabilidad no es una mera relación psíquica del autor con la acción antijurídica sino una valoración del supuesto psíquico.

El elemento normativo en la culpa sería un deber especial para motivarse en virtud de representarse el resultado junto con la existencia de un elemento general normativo de la culpabilidad que sería la actitud de la voluntad en contra del deber. Para éste autor la culpabilidad es la intención o la conjunción de un hecho antijurídico que es reconocido en virtud de una dificultad de valoración. No es el hecho antijurídico mismo sino la dirección de la motivación de lo que es reprochable.

1.2.1 LA INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad o causa de exculpación como también se le conoce son los que excluyen la culpabilidad, son los que observan al sujeto activo en el juicio de reproche.

Encontramos como causa de inculpabilidad las siguientes:

- a).-Error con sus especies y variedades que son de hecho y de derecho.
- b) Eximentes putativas.
- c) Obediencia jerárquica.
- d) No exigibilidad de otra conducta.

Es el aspecto negativo de la culpabilidad, lo cual sería la mencionada inculpabilidad, que en la teoría causalista estaría formada por el error, pero la normativista acepta además del error la no exigibilidad de otra conducta. El error es una concepción equivocada de la realidad, puede ser de hecho y de derecho, para los causalistas sólo es admisible el error de hecho cuando el sujeto en virtud de una equívoca e invencible concepción de la realidad fáctica produce un resultado típico, rechazando el error de derecho, pues su falsa apreciación de que el derecho ampara su actuar, no le releva de responsabilidad. El error de hecho a su vez se divide en esencial y accidental, y a su vez el esencial en vencible e invencible; la inexigibilidad admitida por los causalistas normativistas se apoyan en la

imposibilidad de reprochar su conducta al agente tienen su fundamento, según Muñoz Conde, para quien en el derecho no pueden exigirse comportamientos heroicos o en todo caso no puede imponerse una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley, antes de sacrificar su propia vida o su integridad física.

1.2.2. LA PUNIBILIDAD.

Algunos penalistas como Vasconcelos estiman que la punibilidad es un elemento del delito y la define como **"La amenaza de pena del Estado Social a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar el orden social"**.²⁸

Otro autor mexicano como Castellanos Tena, refiere a la punibilidad como una consecuencia del delito, no un elemento del mismo y aquí consigna que: **"Una acción o una abstención humana son penada cuando se les califica de delictuosas pero no adquieren ese carácter porque se les sancione penalmente"**²⁹

Algunos tratadistas opinan que debe distinguirse entre la punibilidad en sentido abstracto como la **sanción prevista en el tipo y como una situación concreta individualizada a un hecho delictivo que se ha cometido.**

²⁸Saver, Guillermo. "Derecho Penal, parte general". Traducción Juan del Rosal y José Cerezo Bosch, Barcelona, 1956. p. 222.

²⁹Mezger, Edmundo. "Derecho Penal, parte general", Cárdenas editores. 1985. p.189.

Zaffaroni, se refiere de la pena "en síntesis escribe éste autor hay dos sentidos de la palabra punibilidad (merecimiento de penalidad y posibilidades de aplicar la penalidad merecida). La pregunta sobre el merecimiento de penalidad queda respondida con la afirmación de que hay un delito; la pregunta sobre si ésta penalidad puede operar, deben resolverse dentro de la teoría de la coerción penal, que es a la que corresponde tratar su propia operatividad".³⁰

Existen dos teorías acerca de la pena, las cuales ya mencionamos con antelación junto con la ecléctica.

1.- Las teorías absolutistas o teoría absoluta en la cual la pena, cumple únicamente el propósito de castigo, son las represivas por decirlo de otra manera, se agota la pena en sí misma.

Destaca en este terreno el pensamiento de Kant quien escribió: "incluso en el caso en que todos los miembros de una comunidad decidieron unánimemente disolverse... habría que ejecutar antes de que tan difícil decisión se cumpliera, al último asesino que quedara en sus cárceles, para que todo mundo supiera el valor de sus hechos, y la culpa de su sangre no cayera sobre el pueblo que no exige el castigo".

Algunos otros autores refieren que la Teoría Absolutista concede primordial importancia al aspecto represivo.

³⁰ Orellano Wisarco, Octavio Alberto . Op. Cit. p. 71.

2.- Las teorías relativas, que son las que dominan actualmente el campo de la doctrina se caracteriza por otorgar a la pena fines preventivos de carácter general como la amenaza de la misma pena, (culpabilidad en abstracto), el de carácter particular cuando se refiere a su índole rehabilitadora o readaptadora (punibilidad en concreto).

1.2.3. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

En este punto encontramos las excusas absolutorias que son aquellas excepciones o causas por las cuales el legislador deja impune una conducta típica, antijurídica y culpable. Puesto que aún y cuando se haya realizado la figura delictiva, no se castiga la misma por así haberlo establecido el legislador.

En el caso de las excusas absolutorias opera el criterio antes mencionado, pues dichas causas revelan que el legislador prefirió aplicar medidas de política criminal a pesar de que el principio de justicia reclama la imposición de una pena.

A continuación se mencionarán algunas de las excusas absolutorias que contempla la ley sustantiva penal en vigor en el Estado de México.

Artículo 63 "No se impondrá pena alguna a quien por culpa y con motivo de tránsito de vehículos en que viaje en compañía de su cónyuge, concubina, concubinario, ascendientes o descendientes consanguíneos y afines, parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por

*afinidad hasta el segundo, ocasione lesiones u homicidio a alguno o algunos de estos”.*³¹

*Artículo 153. “Estarán exentos de las penas impuestas a los encubridores, los que sean de su cónyuge, concubino, ascendientes y descendientes, consanguíneos o afines, parientes colaterales, por consanguinidad hasta el cuarto grado o por afinidad hasta el segundo, o que estén ligados con el responsable por respeto, gratitud o estrecha amistad, siempre que no lo hiciere por un interés ilegítimo ni empleare algún medio delictuoso. Esto no se aplicará en el caso del artículo anterior”.*³²

*Artículo 198. “No se impondrá pena a los que obren ejerciendo la patria potestad, la tutela o la custodia, abran o intercepten las comunicaciones escritas dirigidas a los menores, o a las personas que se hallen bajo su tutela o guarda; los cónyuges o concubinos entre sí”.*³³

Artículo 251. “No es punible la muerte dada al producto de la concepción:

I. Cuando aquella sea resultado de una acción culposa de la mujer embarazada;

II. Cuando el embarazo sea resultado de un delito de violación;

³¹ Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de México. Ed. Sista S.A. de C.V., México 2000. p. 39.

³² Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de México. Op. Cit. p. 63.

³³ Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de México. Op. Cit. p. 77.

III. Cuando de no provocarse el aborto la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora; y

IV.- Cuando a juicio de dos médicos existe prueba suficiente para diagnosticar que el producto sufre alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar por resultado el nacimiento de un ser con trastornos físicos o mentales graves, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de la madre".³⁴

Artículo 293. "No será punible el delito de robo:

I. Cuando sin emplear la violencia, alguien se apodera por una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento;

II Cuando el valor de lo robado no exceda de veinte veces el salario mínimo vigente en la zona económica en donde se cometió, se restituya el bien espontáneamente por el sujeto activo se paguen los daños y perjuicios ocasionados, no se ejecute con alguna de las circunstancias a que se refieren las fracciones II a V del artículo 290 de éste Código y aún no tome conocimiento del delito la autoridad;

³⁴Idem. p. 94

III Cuando se cometa por un ascendiente en contra de su descendiente o viceversa, por un cónyuge contra el otro, por el concubinario contra la concubina o viceversa o por el adoptante contra el adoptado o viceversa, y

*IV Si se prueba la buena fe de su tenencia o propiedad del vehículo del que se trate. La buena fe se demostrará cuando en la documentación probatoria de propiedad se establezca la fecha de adquisición y el precio de su transmisión, el nombre, el domicilio y número de identificación del vendedor con los datos de su credencial de elector o pasaporte".*³⁵

Las excusas absolutorias son conductas delictivas que el legislador determinó que no deberían ser sancionadas por el derecho penal por considerar que en esos casos que él menciona en la ley sustantiva no afectaban de manera trascendente a la sociedad y porque los pasivos por lo regular son familiares o amigos con los que se sostiene una relación de esa índole o incluso con amigos y en consecuencia de ello se estimó pertinente no sancionar esa conducta negativa.

El concepto de delito como "acción, típica, antijurídica y culpable", del que casi toda la opinión docente Alemana -y en muchos otros países ha partido, no ha sido obra de un espíritu sobrepujante único, sino que se apoya en una larga historia, de desarrollo dogmático, en la que tuvieron participación grandes pensadores del Derecho Penal. En esa larga historia de aproximadamente un siglo, pueden distinguirse fundamentalmente tres períodos, que son: El llamado "sistema clásico", el del "sistema neoclásico"

³⁵ Idem. p. 109.

o "teleológico" y el "sistema finalista", cada uno de ellos con sus respectivas características.

SISTEMA CLÁSICO.

Puede decirse sin reservas como que la moderna sistemática del derecho penal ha sido iniciada con Franz Von Liszt desde el año de 1881, en que aparece la primera edición de su "**Tratado de derecho penal**" y, en efecto con un sistema concebido a base "clasificación". Del concepto de delito dado por el derecho positivo, y otros presupuestos de la pena, desarrolló el concepto superior de "acción humana"; siendo él quien dio al concepto de acción el perfil clásico, con los elementos de la corporalidad y de la causalidad del resultado. De este concepto general de acción, Liszt llegó al concepto buscado de delito; mediante la continua clasificación de las acciones: Primero las "antijurídicas", luego en "culpables" y, finalmente en acciones "amenazadas con una pena". Liszt no partió pues, del delito y busco un sistema para sus elementos particulares, si no partió de un sistema y busco colocar en él los elementos del delito estructurado fundamentalmente de dos elementos: Antijuridicidad y culpabilidad correspondiendo a la primera todo lo "objetivo" del delito y a la segunda todo lo "subjetivo". Después de estos atributos de la acción, Liszt se refiere a la característica de estar "amenazada con una pena".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En el año de 1906, con la aparición de su "Teoría del delito" Beling, aportó a los elementos señalados por Liszt el de la "tipicidad" de la acción y creó, además, una sistemática más consistente para los elementos del delito, ya que la tipicidad no pertenece a todas las acciones humanas -antijurídicas y

no antijurídicas, sino sólo a aquéllas que se encuentran legalmente descritas bajo el principio **nulla poena, nullum crimen sine lege**. Fue Beling el primero que le dio al tipo penal su función específica en el sistema del delito consistente en señalar el punto de referencia para el "juicio de antijuricidad y para el juicio de culpabilidad", y en ser el portador de la función político- jurídica de garantía; de ahí, que, para él, el concepto de delito se edifica en el "tipo", y la "tipicidad" aparece como concepto fundamental con la suma de otros, a la siguiente definición: "delito es la acción típica, antijurídica, culpable, colocada bajo la amenaza de una pena adecuada y suficiente a las condiciones de la amenaza penal. Los tres primeros elementos: Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, determinen aun la discusión actual.

El sistema de Liszt/Beling, conocido como el "sistema clásico" del delito, al cual se adhiere también Radbruch, tiene como fundamento el "concepto de acción", caracterizado como el concepto "causal" de acción; por reducirse al puro proceso causal que la voluntad ocasiona con el mundo exterior, sin importar el "contenido de la voluntad", la "voluntad" aparece sólo como un impulso causal, esto es, sólo funge como "factor causal", más no como "factor de dirección". La dificultad para esta forma de consideración, relativa al cambio que se experimenta en el mundo exterior yacía naturalmente en el entendimiento de la "omisión", que Beling pretendió aclarar en forma puramente nominal como "realización de un movimiento".

Si se determinaba la existencia de una acción, entonces habría que investigar si esa acción era también "típica", "antijurídica" y "culpable". Aquí,

según el sistema clásico, habría que diferenciar rigurosamente entre las partes objetiva (externa) y subjetiva (interna) integrantes del delito. Esta diferenciación, según el actual punto de vista, constituye una de las características del sistema clásico. La parte "Objetiva" del hecho encuentra expresión en los elementos de tipicidad y antijuridicidad, es decir, en el suceder objetivo fuera del ánimo del autor. La culpabilidad, en cambio, abarca lo subjetivo, es decir, los procesos intelectuales y anímicos que, en relación con el hecho, se reflejan en la persona del autor.

Resumiendo: La acción es concebida "naturalísticamente". El tipo es entendido en un sentido estricto como "descripción" de los elementos exteriores de la acción, esto es, de la parte que se encuentra fuera del ánimo del autor; además, como algo aun totalmente libre de desvalor, de antijuridicidad, neutra, es decir, definido en forma puramente "descriptiva", pero no lo valorado "normativamente". La antijuridicidad es concebida bastante "formal", como una contraposición del hecho objetivo con el orden jurídico; concepción que concuerda con la consideración causal, ciega, de la acción. Es en la afirmación de la antijuridicidad de la conducta, que se da por primera vez la formulación del juicio de valoración. La culpabilidad era concebida puramente subjetiva, como una relación psíquica entre el autor y la parte externa del hecho (resultado producido). Es en la culpabilidad donde se plantea apenas el problema sobre el "contenido de la voluntad"; por ello, es que el dolo y la culpa aparecen como "formas" de ésta. La imputabilidad en cambio, fue entendida como un "presupuesto" de la culpabilidad, y el estado de necesidad como causa excluyente de la culpabilidad. Las "intenciones", "motivos", "tendencias", que en numerosas disposiciones penales son previstas, fueron también ordenadas como

elementos subjetivos en la culpabilidad. La tentativa y la consumación, la autoría y la participación, la unidad y la pluralidad de delitos, son resumidas como "formas de aparición del delito", como variaciones de la forma fundamental, caracterizada por la acción de ejecución y el resultado.

SISTEMA NEOCLÁSICO O TELEOLÓGICO.

Esta construcción dogmática del concepto de delito en el sistema de Liszt/Beling/Radbruch, fue sumergida, en Alemania, en un proceso de transformación desde la primera década de este siglo por la dogmática posterior; que fue caracterizada como el "sistema teleológico" y que estuvo esencialmente determinado por la "teoría del conocimiento" de la escuela del neokantismo sudoccidental alemán (Stammler, Windelband, Lask, Rikert). Esta aporta, junto al método "científico causal" de la ciencia natural, un método "científico- intelectual" (espiritual) propio, que comprende y enjuicia los sucesos en atención a los fines y valores. Sin embargo, como dice Welzel, esta nueva corriente, que también es conocida como "filosofía de valores" o escuela Badén Badén, no es más que una continuación del positivismo que influyó en la dogmática anterior.

Si bien la transformación de la teoría clásica se centró en gran parte en el concepto de acción, porque ésta, con sus elementos naturalísticos, muy poco podía adecuarse a un sistema del Derecho Penal que se relaciona a valores, no es en torno a ella que se dan los cambios decisivos, sino éstos se experimentan sobre todo en el ámbito del "tipo" y de la "antijuridicidad", así como también en el de la "culpabilidad".

En primer lugar, fue cuestionado el problema que originaba el concepto "psicológico" de culpabilidad, sobre todo al tratarse de la "culpa", más aún, de la "culpa inconsciente"; ya que todos los esfuerzos para demostrar aquí la relación psicológica entre el autor y el resultado, o de que hay un dolo del inimputable, habían sido ilusorios. Fue Reinhart Frank el primero que puso de manifiesto esta insuficiencia en el año de 1907, en su ensayo "Sobre la estructura del concepto de culpabilidad"; crítico que el concepto de culpabilidad fuera entendido simplemente como la suma de "dolo" y de "culpa", es decir, como relación psicológica del autor con su hecho, y como incomprendible que se considerara, no obstante, al estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad, y afirmó, en cambio, que el concepto de culpabilidad es un concepto complejo, y que entre sus partes integrantes (elementos) se encontraban, además del dolo y la culpa, también la "imputabilidad" y las "circunstancias concomitantes" al hecho; afirmó, asimismo, que la ausencia del estado de necesidad, al ser entendido como "causa de inculpabilidad"- no podía permanecer fuera del concepto de culpabilidad, sino que debía sumarse a ella. Y, al buscar un concepto en que pudieran encerrarse todos los elementos mencionados, no encontró otro mejor que el de "reprochabilidad"; "culpabilidad es reprochabilidad". En las elaboraciones de Frank se ve actualmente el origen del concepto normativo de la culpabilidad, sobre el cual se han esforzado posteriormente, sobre todo, J. Goldschmidt y Freudenthal.

Con las aportaciones de estos autores penalistas, el concepto "psicológico" de la dogmática clásica fue abandonando en cierta forma en favor de un concepto normativo de culpabilidad, que desde entonces ocupa el primer plano de la ciencia jurídico-penal alemana. Con ello se logró establecer el

punto de referencia, al que pudieron ser ordenados lógicamente los distintos elementos de la culpabilidad y, al mismo tiempo, fue establecido claramente que el "objeto del juicio de culpabilidad" debe ser algo que se encuentra en el ánimo del autor. Es decisivo, pues, para el reproche de culpabilidad, si el autor en lo personal pudo actuar tal y como él debió actuar. Este concepto "normativo" también llamado "mixto", de culpabilidad, por contener tanto elementos psicológicos como normativos, encontró un mayor desarrollo y fundamentación en las elaboraciones de Mezger.

La sistemática continuó tomando nuevo giro, al empezar a ver a la antijuridicidad desde la "lesión del bien jurídico" y al reconocer "elementos subjetivos del injusto"; con lo que, la clara separación sistemática entre lo objetivo y subjetivo del delito fue abandonada. Es, en efecto, en la esfera del "tipo" y de la "antijuridicidad" donde también se experimentaron cambios decisivos durante el período "teleológico" o "neoclásico", sobre todo por el descubrimiento de los elementos "subjetivos" y "normativos" del tipo.

Las primeras sugerencias sobre la teoría de los elementos subjetivos se deben a H. A. Fischer, quien en 1911 manifestó –en el área de Derecho privado– que la determinación del injusto depende de la concurrencia de ciertos "elementos subjetivos"; Pensamiento que fue desarrollado después en el campo del Derecho penal, primero por Hegler y Mayer, posteriormente, por Mezger, Hegler y Mayer; en trabajos separados, explicaron que, para determinados delitos, el contenido material del injusto no se obtenía ya del simple suceder fáctico objetivo, sino sólo si se añadía un momento subjetivo al suceder fáctico y se los reconocían como elementos subjetivos del injusto.

Hegler llegó a afirmar que no todo lo "subjetivo" pertenece a la culpabilidad ni a la antijuridicidad lo sólo "objetivo", como se sostenía en el sistema clásico, sino que en ciertos casos el daño social objetivo de la conducta puede depender de momentos subjetivos.

Mayer, por su parte, basado en el pensamiento de Fischer, desarrolló su teoría de los elementos subjetivos, no en el ámbito del tipo como lo hizo Hegler, sino en la esfera de la antijuridicidad; lo cual obedece a la configuración teleológica y material de la antijuridicidad como "infracción de las normas de cultura". Para Mayer, existen "elementos normativos" del tipo y "subjetivos" de la antijuridicidad; los elementos normativos del tipo dice son aquellas partes integrantes de un resultado típico que solamente tiene importancia voluntativa.

La teoría de los elementos subjetivos del injusto es desarrollada, posteriormente, por Mezger, quien en un primer trabajo hace una exposición detallada de ellos sobre una base histórico- dogmática, con especial atención de los "elementos subjetivos que excluyen el injusto", y trata, en un trabajo posterior los "elementos subjetivos que fundamentan el injusto". Establece y fundamenta la separación entre "injusto" y "culpabilidad", y afirma, por una parte, que el injusto es contradicción objetiva de las normas del Derecho o, en otros términos "lesión objetiva de intereses", pero que ello no quiere decir que esa lesión puede ser siempre determinada con independencia de la dirección "subjetiva" de la voluntad del autor, sino que en muchos casos ésta (voluntad) puede influir para fundamentar el injusto; y, por otra, que toda culpabilidad depende del

injusto, pues aquélla significa solamente "reprochabilidad personal" de un injusto cometido; sin injusto –afirma- la culpabilidad no es imaginable, pero ambos conceptos pueden permanecer separados. Tres años más tarde (1926), Mezger vuelve a ocuparse de estos elementos subjetivos del injusto y, contrariamente a los intentos de Beling de separar profundamente la "teoría del tipo" de la "teoría de la antijuridicidad", sostiene que el tipo, para los fines del derecho penal, es un tipo de injusto; y que dicho tipo delictivo, no es un concepto puramente "objetivo" y "descriptivo" como sostenían Beling y M. E. Mayer, sino que en él también se encuentran elementos "subjetivos" y "normativos". En 1931, con la aparición de su "Lehrbuch", Mezger redondea su pensamiento sobre la teoría de los elementos subjetivos, concluyendo que los elementos subjetivos del injusto son a la vez elementos de la culpabilidad. Con Mezger llega la sistemática neoclásica o teleológica a su máximo desarrollo, y es a todo ese desarrollo que se verá enfrentado el nuevo sistema.

El proceso de transformación que la Dogmática penal experimentó en este período teleológico, lo siguiente:

La orientación nueva de la teoría del delito, nacida en Alemania desde poco antes de la primera guerra mundial, producto de un proceso de transformación hondamente positivo, que se da en la "filosofía de los valores" de la escuela sudoccidental alemana, tuvo como propia aportación él haber completado la esfera de la realidad del positivismo en la configuración de la ciencia del Derecho como elaboración metodológica de los conceptos. Dicha manifestación filosófica en la dogmática penal, parte de la misma consideración de la realidad que el positivismo inspirador de

los sistemas de Liszt y Beling; pero, mientras que para el positivismo la realidad está integrada por un conjunto de objetos, libres de sentido y de valor, cuya categoría fundamental lo es la "causalidad ciega", para la filosofía de los valores, la esfera de la realidad ciencia del Derecho aparece formada, no por puras reproducciones de lo real, sino por conceptos resultantes de una elaboración metodológica practicada por el sujeto empírico; por lo que, ahora, los hechos están referidos a "valores" y "fines", y de ahí que se defina materialmente a la antijuridicidad como "lesividad social" y que se transforman los tipos en "tipos de injusto".

Las esferas dogmáticas de la acción y del tipo corresponden en la doctrina penal valorativa con los de la realidad y de los conceptos propios de la realidad y de los conceptos propios de la escuela sudoccidental alemana. El tipo aparece ahora, ya no como mera descripción "libre de valor" de un suceso cualquiera, sino como "descripción legal de la lesión (típica) del bien jurídico"; como "medio o recurso del legislador para distinguir los elementos del injusto característicos para todos los tipos delictivos" y, con ello, de simple indicio de la antijuridicidad (**ratio cognoscendi**), se transforma en portador (**ratio essendi**) del injusto delictual.

Por lo que hace a la culpabilidad, junto al concepto puramente "psicológico" ahora también se maneja, incluso preponderantemente, uno acentuadamente "normativo"; pero, en ambos casos el dolo y la culpa son componentes de la culpabilidad y, como consecuencia de ello, toda la problemática del "error" es vista exclusivamente a nivel de este elemento.

Después de estas modificaciones, la sistemática jurídico- penal perdió sus claras líneas con las que se había caracterizado antes. El injusto y la culpabilidad no se dejaron más separar claramente como partes objetiva y subjetiva de la acción, ya que en ambos se encuentran ahora elementos subjetivos. Incluso la acción fue puesta en entredicho como concepto fundamental del delito, sugiriéndose, entre otras alternativas frente al concepto "naturalístico", el concepto "social" de acción. Y se llega, finalmente, a un orden de elementos del delito.

Se llega así a la segunda mitad de la década de los treinta, en la que los dos sistemas anteriores empiezan a ser caracterizados, por sus rasgos comunes, como el "sistema causalista", precisamente al comenzar a diseñar un nuevo sistema del derecho penal: El "sistema finalista", que somete a revisión y profundas críticas a toda la sistemática anterior y se verá en el siguiente capítulo.

La explicación del sistema causalista derivó de una concepción filosófica naturalista y positivista que cobró auge a principios del siglo antepasado. Liszt y sus seguidores plantearon la necesidad de extraer la teoría del delito de la propia ley naciendo así, la dogmática jurídico- penal.

El causalismo maneja una explicación de relaciones causa efecto, para explicar el delito. Así, el primer elemento del delito, la acción, es una relación de causa efecto, en la que únicamente interesa la manifestación de la voluntad para la ejecución de los movimientos corporales, no así la finalidad de esa acción que como proceso subjetivo corresponde al estudio de la culpabilidad. La acción es "ciega".

El causalismo coloca en el plano objetivo a la acción, la tipicidad y la antijuridicidad; a la culpabilidad pertenece lo subjetivo.

La tipicidad para el sistema causalista, aparece cuando la conducta encuadre en el tipo, en la norma, pero este escarmiento es en relación a los elementos objetivos del tipo. La aparición de los elementos subjetivos del tipo fue uno de los problemas más serios que se plantearon en este sistema.

El causalismo no puede explicar la tentativa a una "acción ciega" y a un resultado no producido, en efecto, ¿Cómo sabe qué se propuso el sujeto si solo podemos formarnos un juicio sobre un mero comportamiento corporal y el resultado no aconteció?

La teoría causalista habla del error de hecho invencible y errores accidentales, pero los estudian en relación con la culpabilidad.

En el causalismo, el estudio de la antijuridicidad se ubica en el plano objetivo, sin embargo, el problema de los elementos subjetivos del injusto vuelve a plantear problemas que quedan insolubles.

Los causalistas colocan al dolo y la culpa en el terreno de la culpabilidad, a la imputabilidad como un presupuesto propio de culpabilidad.

CAPÍTULO II

TEORÍA FINALISTA, ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS.

2.2.1 LA ACCIÓN FINALISTA.

Abordaremos la teoría del delito, la cual se encarga de las hipótesis teóricas fundamentales de las disposiciones normativas particulares cuya violación trasciende al fincamiento del castigo por la inobservancia de los valores de la conciencia jurídica a los que están referidos los valores del acto, conocidos como delitos, también se analizará la teoría de la pena ya que veremos la forma de enjuiciamiento en el Estado de México. En la actualidad se traduce la validez teórica y el alcance práctico de los postulados de la concepción causalista y finalista, pretendiendo aplicar aquella que permita cumplir con la misión que por excelencia se tiene asignado el derecho penal, veremos al delito desde el punto de vista causalista y finalista, los fundamentos metodológicos que sostiene estas teorías, sus principios teóricos el contenido que le atribuyen a cada elemento que compone el delito y el alcance que representa en la normatividad positiva para entender las mencionadas teorías, si tienen continuidad una con otra, o si el finalismo pretende derrocar las anteriores teorías que sostienen los ordenamientos según los parámetros causalistas, como lo vuelve hacer en la actualidad de acuerdo a las reformas a nuestra Constitución y ley adjetiva y ver cuál es la más apegada a nuestra sociedad.

Considerando que el finalismo es una reelaboración del esquema teórico existente a partir de nuestros fundamentos, que impactan todo el sistema jurídico penal, traduciendo una reorientación de los principios causalistas que trasciende a la configuración de reglas diferentes y dentro del universo de razonamientos distintos pues no representa una construcción sistemática que se encuentre en solución de continuidad con la anterior ciencia penal, sino por el contrario una sublimación de las direcciones que a través de lo subjetivo en el tipo y de lo normativo en la culpabilidad

El sistema causal analiza la acción o conducta como elemento del delito fundado en una explicación naturalística, esto es, que la acción es un fenómeno de la naturaleza, que como cualquier otro se basa en una relación de procesos causales.

Al amparo de las corrientes mecanicista de las ciencias de la naturaleza de fines de siglo XIX, el derecho penal concibe a la acción como un movimiento corporal o inervación muscular, que como todo proceso causal natural que parte de una causa, va a producir un cambio en el mundo exterior (un efecto) y entre uno y otro se da una relación necesaria de causa y efecto. Como este concepto no permite diferenciar cualquier conducta que se produce en la naturaleza de aquella que resulta relevante para el derecho penal; Liszt introduce la voluntariedad como aspecto inherente de la acción, concluyendo que ésta es un acaecimiento o comportamiento previsto en la ley, dependiendo de la voluntad humana, siendo tal voluntad el factor causal que desencadena el movimiento corporal que produce el cambio en el mundo exterior. En el dependiente de la del derecho se da una relación de causalidad que implica

necesariamente correlación entre fenómeno y regla, de modo que es necesario partir de la causalidad para entender los objetos naturales, como el delito; puesto que como afirma Jiménez de Asúa, la conducta es la manifestación de voluntad que mediante acción provoca un cambio en el mundo exterior, o pone en peligro de que se produzca; o bien, que por no hacer, lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda. El acto es, una conducta humana voluntaria que produce un resultado. La acción penal es la suma de relaciones causales que pueden entrañar:

A) Una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, en los delitos de acción con resultado material.

B) Un simple movimiento corporal sin que exija además la producción de un resultado, en los delitos de lesión o puesta en peligro.

C) La no-evitación de un resultado en los de omisión.

D) La no-realización de una determinada actividad, causada por la voluntad, en los delitos de comisión por omisión. Al exteriorizarse la voluntad, la acción delictiva puede adoptar las formas de acción y omisión divide esta última en omisión simple y omisión impropia o comisión por omisión. En los delitos de acción, en sentido estricto, se infringe una ley prohibitiva. Los delitos puros de omisión consisten en la infracción de una ley preceptiva que manda hacer algo. En los delitos de comisión por omisión se infringe una ley prohibitiva mediante la infracción de una ley

preceptiva. En este tipo de delitos la acción se compone de un movimiento corporal, un resultado y un nexo causal entre ambos.

ELEMENTOS DE LA ACCION.

A) Movimiento corporal producido por la voluntad: Proceso objetivo cuya causa se encuentra en la voluntad (inervación de hacer o no hacer) y su efecto consiste en un resultado material. La voluntad que causa la modificación del mundo externo es entendida como el acto psíquico que mediante la inervación de los músculos determina la realización del movimiento corporal. Luego entonces si bien la voluntad constituye un ingrediente esencial de la acción, sólo se le reconoce la función de ser el factor causal o desencadenante del movimiento corporal, estimándose, sólo en su aspecto objetivo, con independencia de que el autor le haya querido o incluso quisiera preverlo, pues el contenido de la voluntad, queda relegado a la culpabilidad. La acción contempla a su vez dos sub-aspectos a saber:

I) Subjetividad.-La conducta requiere una volición del sujeto. Este acto de voluntad existe en el plano autístico del sujeto de ahí que suele denominársele querer interno.

II) Objetividad.- Consiste en el desbordamiento del plano artístico del querer interno del sujeto a través de su exteriorización, con movimientos orgánicos. Se integra con el obrar autónomo o complementando del sujeto.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

De lo anterior se desprende que la voluntad tiene dos caracteres o fases: una interna, que se traduce con el contenido de la voluntad analizable hasta el nivel de la culpabilidad para determinar el actuar doloso y el culposo; y otra, la fase externa, que es la manifestación de la voluntad que interesa relevantemente para la acción causalista, aquella que es acromática y no matizada con la finalidad que persigue.

B) Un resultado: El impulso voluntario o la inervación desencadena un proceso causal como efecto de la voluntad, consistente en mutar o reproducir un cambio en el mundo exterior que conlleva un resultado material.

Los delitos pueden clasificarse en delitos de daño efectivo y daño potencial o de peligro, pues las formas positivas y negativas de manifestarse las conductas descritas en las figuras típicas que integran sus contenidos conceptuales de modo diverso: unas veces con una simple actividad o inactividad; otras, en cambio, requieren además de un resultado externo, donde por ejemplo matar no es la actividad de dar muerte, si no ésta, más el resultado muerte.

C) Relación de causalidad entre conducta y resultado: Se incorpora este concepto de las ciencias naturales y parte de la consideración de que el acto ejecutado por el sujeto, produce un resultado previsto por la ley, de forma que existe una relación necesaria de causa – efecto entre uno y otro. Por tanto expresa una conexión necesaria entre un antecedente causa y un consiguiente (efecto), donde la causa es antecedente del resultado unido a el por una relación de necesidad resultante de una ley físico – natural.

Resultan incontables las teorías formuladas para dilucidar cuándo puede atribuirse un resultado a un sujeto como causa, pudiendo englobarlas en las denominadas teorías individualizadoras y teorías generalizadoras.

Las teorías individualizadoras son aquéllas que tratan de destacar del conjunto de antecedentes del resultado (condiciones) uno que constituye la causa, de donde la distinción entre causa y condición del resultado repercute después en la teoría de participación.

Las teorías generalizadoras parten del supuesto que no puedan establecerse una diferencia entre causa y condición, en atención a que cada una de las condiciones sin las cuales no se hubiera ocasionado el resultado tienen igual valor causal, por que el Derecho Penal maneja el mismo concepto de causas que las ciencias físico-naturales.

TEORÍAS INDIVIDUALIZADORAS.

A) DEL EQUILIBRIO O DE LA PREPONDERANCIA. (BINDING)

Binding sostuvo que la aparición de un evento criminal está determinado por circunstancias que tienden a producirlo, llamadas "Condiciones positivas" y otras que impiden que aquellas surtan efectos, ("condiciones negativas") entendiéndose por causa la producción de una preponderancia de las condiciones positivas sobre las negativas del resultado mediante la voluntad humana.

B) DE LA CONDICIÓN MÁS EFICAZ (BIRKMEYER)

En términos generales esta doctrina de la relación causal expuesta en la obra de Birkmeyer, precisa que la causa tiene naturaleza cuantitativa; esto es, que si el evento criminal depende de una serie de causas (en número), la mayormente prevaleciente en igualdad de condiciones es la más eficaz y por ello la causa en el sentido del Derecho Penal.

SISTEMA FINALISTA DEL DELITO.

La teoría del delito se ocupa de los presupuestos jurídicos generales de la punibilidad de una acción, estudiando los componentes del concepto de delito que son comunes a todo hecho punible, ya que existen ciertos factores esenciales que no se hallan contenidos en las descripciones típicas de la parte especial, sino antepuestos a ellas.

Beling señalaba que en la dogmática penal debe procurarse una unidad de perspectiva valorativa, refiriendo que al analizar el delito se debe emplear una pureza metodológica, con el objeto de evitar, contradicciones, que impregnen la totalidad de su estructura, pues los elementos del concepto general del delito no se hallan desconectados entre sí, sino en una estrecha relación interna que responde a leyes lógicas de supra-subordinación, guardando un estricto orden sistemático.

Tanto la teoría causalista como la teoría finalista pretenden colmar estos presupuestos para que todos los elementos particulares (delitos previstos

por cada tipo penal) como generales (parte general de los Códigos Penales) puedan ser considerados en unidad conceptual respecto a sus componentes a través de una dogmática coherente; pero el pensamiento de Welzel llega a conclusiones que según mi parecer, permiten una corrección global de las corrientes lagunas y contradicciones surgidas en el sistema antes dominante.

Analizados los alcances de la corriente clásica, en el capítulo precedente analizaremos el estudio de los principios teóricos de la más reciente propuesta sistemática. Por eso debemos partir del hecho que la doctrina de la acción finalista acepta la estructura triédrica del delito al estimar que la tipicidad, antijuricidad, y la culpabilidad, son tres elementos que convierten la acción en delito, donde la culpabilidad (responsabilidad penal por el hecho antijurídico) presupone la antijuricidad del resultado del mismo modo que ésta debe estar concretada en tipos legales, vinculándose lógicamente de manera que cada elemento posterior del delito presupone el anterior.

Desde el punto de vista dogmático, la teoría del derecho penal impone el estudio del tipo, la antijuricidad en cuanto tal, y cómo ha de concebirse su relación con aquél, dejando al final el análisis, de las causas de justificación de las acciones típicas y consecuentemente la culpabilidad. A partir de estos elementos se obtienen los conceptos fundamentales, o aspectos esenciales que habrán de ser objeto de análisis posteriormente.

El sistema finalista de la acción de Welzel, propone el estudio de tales categorías desde una perspectiva totalmente distinta al esquema clásico, e incluso llega a darles un contenido diverso al que les era propio a la luz del positivismo, dividiéndolos, por ejemplo, en otros subconceptos cuyas

peculiaridades repercuten notablemente en la configuración y estructura de los ordenamientos positivos.

La doctrina de Welzel se cimienta en varios axiomas que le dan sustento, pero además nos permiten percibir a **priori** los alcances del esquema en estudio:

A).- El delito deja de ser un fenómeno natural que es producido por una causa, y acarrea una consecuencia o resultado, mudando su faz para convertirse en una realidad del ser social, ya que el derecho se edifica sobre la base de la naturaleza real de las cosas.

B).- El concepto clásico del delito fue producto del pensamiento jurídico característico del positivismo científico, mientras que el finalismo vino determinado por una fundamentación ético - social del derecho penal, retomando criterios añejos aportados por el derecho natural, pues "para el conocimiento de los valores recurrió a lo que precede a la existencia humana: El deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del actual ético social y la concordancia de los órdenes ético-sociales".³⁶

C).- Admite que el concepto del delito debe ser congruente, ya no con las causas y efectos (como un fenómeno natural), sino con el fin y los medios del derecho Penal. El fin estriba en la protección de la convivencia en comunidad frente a infracciones graves a la normatividad; mientras que el

³⁶ Welzel, Kans. "La Teoría de la acción finalista". Ed. De palma. Argentina 1951. p.44.

principal medio de que se sirve es la pena, traducida en la conminación e imposición de un mal estatal en proporción a la gravedad de la lesión del derecho, cuyo propósito es el mantenimiento de tal orden jurídico..

D).- Como consecuencia el método que sigue el finalismo para estudiar la teoría general del delito se funda en un derecho penal de medios afines donde por exigencia del fin, la antijuricidad constituye un elemento general del concepto de delito, pues quien actúa correctamente no puede ser castigado.

E).- Intenta una verdadera fundamentación ético-social del derecho penal, plasmando:

- 1.- La concepción personal de la antijuricidad.
- 2.- El postulado de la responsabilidad del hombre por la objetiva corrección de sus decisiones voluntarias.
- 3.- El redescubrimiento del pensamiento retribucionista como el sentido de la pena y
- 4.- Postula el principio de inocencia que goza todo ciudadano frente a la imputación del hecho criminal.

F).- Reconoce que la teoría del delito debe fundarse en la naturaleza de la acción perpetrada, más no en la personalidad del delincuente para fijar los criterios de punibilidad, en atención a que la imposición de la pena debe circunscribirse a una "responsabilidad de acto" y no "de acción" que impide que al sujeto se le apliquen criterios de peligrosidad temibilidad,

reincidencia o habitualidad, como sabios de un positivismo que se encuentra en contradicción con los principios del derecho natural.

G).- Welzel postula que en la antijuricidad reside el juicio de desvalor que sobre el hecho perpetrado efectúa el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, del principio del merecimiento de la pena en proporción con la gravedad de la lesión del Derecho, se deduce la exigencia de la culpabilidad, en cuyo reproche se encierra el juicio de desvalor que el ordenamiento efectúa sobre el autor. Ambos elementos, antijuricidad y culpabilidad son los componentes fundamentales de carácter material de delito a éstos se agrega un elemento de naturaleza eminentemente formal; la tipicidad, pues el injusto merecedor de una pena debe hallarse legalmente previsto para cumplir las exigencias que impone un Estado de Derecho.

Independientemente de lo anterior, el concepto central de la teoría del delito es el ser real de la acción humana desde un punto de vista ontológico, colocándose la noción final de acción en la base de la estructura del delito, siendo el elemento primario para su comprensión.

La actividad humana en sociedad representa una realidad ordenada y de sentido cuya existencia es previa al Derecho Penal, de modo que las formaciones conceptuales que contempla la ley son simplemente descripciones de un sector de la realidad representado por determinados actos que deben ser prohibidos al encerrar un desvalor social.

Por tanto, el concepto de acción que debe manejar el Derecho Penal es estrictamente "ontológico", que no es único ni exclusivo del derecho, sino de todas las acciones humanas *in genere*, y por ende, debe satisfacer distintas exigencias para ajustarse al papel que le corresponde en el conjunto de la teoría del delito, realizando una función de clasificación, definición, enlace y delimitación.

A).- Función de clasificación.- Todas las formas de actuar humano relevantes para el Derecho Penal deben tener cabida en el concepto de acción, ya sea que se trate de comportamientos dolosos, imprudentes, activos u omisiones.

B).- Función de definición.- Debe poseer suficiente contenido material para que puedan referirse a él las categorías sistemáticas jurídico - penales: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, como ulteriores especificadores.

C) Función de enlace.- Debe desempeñar una función de unión de las categorías sistemáticas aducidas (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), sin que adelante los elementos generales del delito, pues ello conduciría a la confusión de los mismos.

D) Función de delimitación.- El concepto de acción debe excluir aquellas formas de comportamiento que en ningún caso pueden poseer relevancia jurídico-penal.

EL DELITO DE ACCIÓN.

"La acción es ejercicio de la actividad final.- La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse por tanto fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan a la consecución de esos fines".³⁷

Por ende, el ser humano en la realización de cualquier actividad, orienta invariablemente el suceder causal externo a la obtención de un fin, lo que significa que la acción es un comportamiento dirigido conscientemente en función del fin, cuyo quid se resume como la voluntad consciente del fin.

ELEMENTOS DE LA ACCIÓN FINALISTA

Siendo la voluntad la espina dorsal de la acción final, es precisamente ésta la que rige el acontecer causal externo como un factor de dirección y lo convierte en una acción dirigida finalmente, que se realiza en dos fases:

A) Fase interna.- Que transcurre en la esfera del pensamiento y a su vez, se integra de tres sub-etapas a saber:

A.1) Anticipación, fijación o propuesta del fin que el autor quiere realizar.

³⁷ Welzel, Hanz. "El nuevo sistema del derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista". Ed. Ariel. España 1964. p. 26.

A.2) Selección de los medios necesarios para su realización refiriendo con ello propiamente la posibilidad de elección de los medios de acción, donde el fin se encuentra previamente determinado y desde él se lleva a cabo la selección de los factores causales necesarios como medios de la acción, mediante un fenómeno de "retroceso", el cual entraña que una vez planteado el fin, la mente retrocede para plantearse los instrumentos para su consecución.

A.3) La consideración de los efectos concomitantes implica que los factores causales elegidos como medios van siempre unidos a otros efectos además del fin perseguido, que pueden acompañarlo u obrar juntamente con él, los que quedan comprendidos en la voluntad final de realización porque el autor pensó en ellos o confió en que no se produjera.

Esta estimación de efectos accesorios puede inducir al autor a optar por dos diversas formas de conducta, bien sea para reducir los medios elegidos hasta el momento, ya para elegir otros factores causales que impidan la producción de dichos efectos bien o para dirigir la acción de modo que pueda evitarlos, en cuyo caso la voluntad de la acción dirigida a la realización del fin, se orienta también al mismo tiempo a evitar efectos, concomitantes.

En este punto, el proceso mental resulta opuesto al retroceso propio de la fase de selección de medios, ya que se efectúa desde el factor causal elegido como medio hacia los efectos que tiene o puede tener.

B) Fase externa.- Es la parte objetiva de la conducta final, donde el autor pone en marcha los medios de acción anteriormente electos (factores causales) cuyo resultado es el fin, junto con los efectos concomitantes, conformando el complejo total a realizar. Por tanto, en esa segunda fase el sujeto lleva a cabo su acción en el mundo real, de modo que, si por cualquier motivo ésta no se produce, la acción final correspondiente queda sólo intentada.

La fase objetiva del actuar es un proceso causal en realidad, puesto que puede darse el caso que se ejecute una conducta penalmente relevante que traiga aparejadas consecuencias, pero derive de una acción no querida, en cuya hipótesis el aspecto objetivo es producido de un modo causal (ciego) por la acción final.

Cabe precisar que "a la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas; sin ella queda sólo la voluntariedad que es incapaz de caracterizar una acción de un contenido determinado".³⁸, entendiéndose por voluntariedad que un movimiento corporal y sus consecuencias que pueden ser reconducidos a algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería producir el autor.

En el entendido de que sólo hay acciones finales en relación con las consecuencias comprendidas por la voluntad de realización, sea que se trate de la obtención concreta del fin de la conducta voluntaria, cuando es

³⁸Welzel Hanz. Op.Cit. 1964. p. 28

un medio para un fin ulterior o un efecto concomitante comprendido por la voluntad de realización.

En esa inteligencia estamos ante la presencia de una acción final que puede tener un sentido múltiple por su relación con las diferentes consecuencias producidas voluntariamente, por ejemplo en la acción de lesionar, como fin propuesto; o bien, cuando ésta es solo un medio para otro objetivo (como el robo), o se plantea como un efecto concomitante (al oponer resistencia el pasivo del lenocinio y perpetrarse violentamente), aún cuando también en muchos casos nuestros movimientos corporales se han hecho automáticos, por su constante ejercicio, sin que ello afecte la dirección final de una acción.

Cabe comentar que el punto neurálgico de la teoría del delito en todos los tiempos y casi por todos los autores, gira en torno a los delitos de acción, también llamados de comisión, que son aquellos que prohíben acciones cuya voluntad de realización va dirigida a producir un resultado socialmente no deseado, ya sea dicho resultado el fin en sí mismo, el medio o el efecto concomitante de la acción por su parte, el análisis de la omisión y la comisión por omisión invariablemente es reducido, relegándose siempre a segundos planos, lo que dificulta un tanto su tratamiento. Empero la omisión, sea propia o impropia es una subespecie de la conducta delictiva, destinando a ella el siguiente apartado.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

EL DELITO DE OMISIÓN.

Para estudiar el delito de omisión debemos partir del hecho que existen normas jurídicas que ordenan realizar acciones, bien sea para la producción de resultados socialmente deseados, o para evitar los no deseados. Tales preceptos conocidos como normas de mandato se quebrantan con la omisión de la conducta.

El sistema casualista resuelve el problema de los delitos de omisión equiparándolos con los de acción, señalando que son aquéllos en los que el ordenamiento impone el deber de ejecutar un hecho y que, por no hacerlo, se produce un resultado, siempre que de haberse realizado, se hubiera podido evitar la consecuencia. En estos casos la ley penal mantiene sus exigencias, pues depende de la voluntad del sujeto el haber perpetrado la acción que de él se esperaba; por ende, en la doctrina tradicional, la omisión aparece como un concepto negativo: Simplemente no hacer externa la conducta esperada.

Sin embargo, como afirma Welzel, acción *stricto sensu* y omisión tienen un concepto independiente, sin que sea dable recurrir a soluciones ficticias como la teoría de la causalidad hipotética que postula que entre el no hacer y el resultado existe una relación de causalidad igual a la que existe entre el movimiento corporal y el resultado en los delitos materiales, pero caracterizada porque la omisión se identifica a la acción esperada.

Ante esta situación, el finalismo explica que la conducta humana regida invariablemente por la voluntad dirigida por el fin, presenta la forma de

acción u omisión, donde por tratarse de nociones opuestas no cabe transferirle a la segunda, matices y características propias de la primera.

La omisión, desde el punto de vista ontológico, no es precisamente una acción, sino que bajo el elemento común a ambos del poder final del hecho o dominio final potencial, acción y omisión se comportan como "A" y "NO-A". Utilizando un principio de inversión, al aplicar el delito de comisión. Al aplicar al delito de omisión las reglas desarrolladas en torno al delito de comisión, tienen que invertirse "los signos", supuesto que la omisión es la falta de realización de una acción.

Welzel precisa que entre el delito de comisión y el de omisión se debe seguir como criterio diferenciador la causalidad o no causalidad de la conducta. De este modo, si el autor ha causado dolosa o culposamente el resultado típico, se ha realizado un delito de comisión; pero si a la conducta delictiva le falta la causalidad para el resultado, sólo cabe considerar un delito de omisión.

Con dicha estimación se controvierte la validez de la teoría de la causalidad hipotética que se invocaba para los delitos de omisión en base a una acción esperada que no ejecuta el agente, ya que efectivamente no existe causalidad alguna entre acción y resultado, supuesto que ontológicamente ni siquiera existe acción (entendida como movimiento corpóreo, intencional o no) y ante esta ausencia de relación causal, nos encontramos en el ámbito de los delitos de omisión.. "En todo caso, junto al delito por comisión, un omitir de la posible evitación del resultado causado,

temporalmente, anterior o posterior a aquél, puede realizar el tipo de un delito de omisión".³⁹

EL DELITO POR OMISIÓN PROPIO DOLOSO.

"La omisión dolosa es la no-producción de la finalidad potencial de una persona en relación con una determinada acción; esto es, un no hacer una acción posible subordinada al poder final de un hecho de una persona concreta".⁴⁰, derivada de normas que exigen la realización de acciones para evitar resultados socialmente no deseados, mismas que se cumplen con la realización de la acción exigida e infringida con su omisión.

El que no actúa omite la acción ordenada por el mandato sólo cuando tenía el poder para su ejecución, erigiéndose el poder final del hecho como criterio rector, que suponen los siguientes elementos:

A) El conocimiento de la situación típica.- Para alcanzar el fin de la acción. El sujeto tiene que conocer la situación en que ella debe producir sus efectos.

Dicho de otra forma, el agente omitente debe saber las consecuencias que se pueden derivar si decide no actuar y no impide la consecución del hecho

típico, contraviniendo lo ordenado por la norma de mandato, pues el mero tener que conocer no basta.

³⁹ Welzel, H. Op. Cit. 1964. p.241.

⁴⁰ Welzel, H. Op. Cit. p. 238.

En esta especie de la conducta la "situación típica" comprende todos aquellos presupuestos circunscritos típicamente cuya concurrencia hace que el ordenamiento jurídico exija una intervención. El tipo de los delitos de omisión dolosos, señala por regla general la meta de la acción mandada sobre el objeto el que debe influirse y las circunstancias que se presuponen para su intervención.

B) La capacidad de planteamiento.- Implica el conocimiento o conciencia del omitente de su poder de hecho para la ejecución de la acción omitida; es decir, el "dolo de omisión" en analogía al "dolo de hecho".

Se involucra en este punto tanto la "conciencia reflexiva" (decisión de omitir), como propiamente se identifica la "capacidad de planteamiento", que implica que habiendo conocimiento de la situación de la cual se desprende el poder de actuar, el emitente está en condición de reconocer el camino para la realización de la acción mandada y pueda seleccionar los medios aptos para llevar a efecto el objetivo.

C) La posibilidad real física de llevar a efecto la acción mandada.- Entraña el poder emplear los medios elegidos y ejecutar el acto planeado, donde el plan de acción proyectado tiene que ser realizable, pues el que no ha actuado, tiene que poder tomar efectivamente el camino que le es reconocible, para alcanzar el fin fijado por el mandato.

La posibilidad de realizar el mandato se da también aun cuando el obligado no esté personalmente en la situación de llevar a efecto la tarea, pero se

puede servir de un tercero obligado o no obligado al tanto de la situación. "El mandato exige también apoyar a otros obligados a concluir con su mandato ayudarlos a ejecutar la acción en común con ellos".⁴¹

La comprobación de que alguien no ha ejecutado (ha omitido) una acción dependiente de su poder de hecho es un mero juicio subjetivo, cuya naturaleza deriva de que la acción respectiva dependía del poder de hecho del autor y no fue ejecutada por éste, siendo un juicio totalmente independiente de si al momento de la no-ejecución de la acción, cualquier persona o el ordenamiento haya esperado su ejecución debiendo sólo constatar el Ministerio Público la actualización de la omisión, si dependía del poder del hecho del autor y si no se ejecutó por él.

El finalismo suele denominar "omisión querida" u "omisión consciente" a la omisión en la conciencia de poder actuar (el emitente sabe que puede salvar al que se está ahogando), aun cuando ambos géneros cumplen igualmente con el concepto de omisión.

EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIO.

Para el sistema causal, el delito de omisión impropio o comisión por omisión, es aquél en que el agente no actúa, y por esa inacción se produce el resultado material.

⁴¹ Weizel, H. Op. Cit. p. 243

Se considera sujeto activo a la persona que tuviere un deber de impedir el resultado, atribuyéndose tal calidad a quién esté constituido en garante de que el mismo no se produzca con arreglo al ordenamiento jurídico.

El caso característico que sirve de ejemplo es aquél en que la madre deja sin alimentos al recién nacido, y por tal situación produce su muerte. Sin embargo, las posibilidades de encontrarnos ante delitos de comisión por omisión son innumerables, toda vez que analizando estrictamente los tipos penales, cualquier persona que estuviere en el momento en que se ejecuta un delito de resultado, tendría el deber de impedirlo siendo garante del orden normativo por el sólo hecho de vivir en sociedad, de modo que la omisión impropia puede desarrollarse a través de una conversión de los tipos de comisión.

Ahora bien, en los delitos de comisión todo el que realiza la acción típica es autor del delito respectivo enunciado como "el que comete", "el que ejecuta", "el que realiza"; pero por el contrario, los tipos de la comisión por omisión presentan un vacío significativo en este apartado lo que podría incluso llegar al extremo de afirmar que, todo aquél que no evite un delito de resultado se hace acreedor a una pena por omisión impropia.

De esta forma, el finalismo plantea la interrogante, si puede equiparse el no evitar la lesión de un bien jurídico con la producción de ésta, de modo que la primera pueda ser penada conforme a la misma disposición legal.

Conforme a esta corriente el delito de omisión impropia es aquél que deriva de mandatos legales que obligan a evitar la inminente lesión de bienes

jurídicos por parte de una persona con poder para ello, esto es, quien tiene la capacidad para la evitación del resultado dirigido finalmente no actúa y por consiguiente, se produce un resultado material que consiste en la lesión o una puesta en peligro de un bien jurídico.

El criterio resulta más acertado a la luz del finalismo ya que no somete a cuestiones subjetivas definir al autor (como la acción esperada o la constitución de garante derivado de la ley), sino que obedece a la condición objetiva del poder que tiene una persona para evitar o impedir el resultado típico.

De igual modo, el no evitar el resultado típico en un delito de comisión por una persona con poder para ello, nunca es suficiente para fundamentar la autoría en el correspondiente delito de omisión impropia.

Entonces, ¿qué criterio debemos seguir para analizar la autoría típica de estos delitos y poder determinar cuándo una persona tiene poder para evitar el resultado no deseable socialmente?

"La autoría debe fundarse en las características propias del autor, pues sólo el no evitar un resultado típico por parte de una determinada persona, con poder para ello, convierte a dicha persona en autor".⁴², siempre que de antemano se encuentre en una relación estrecha respecto al bien jurídico amenazado y en cuya razón deba cuidar de él.

⁴² Idem. p. 247.

Por consiguiente la peculiaridad típica de los delitos de omisión impropios estriba en que la antijuricidad de la conducta sólo se funda mediante la adición de características objetivas especiales del autor; pero, mientras en los delitos de comisión regulados en la ley generalmente se describe en el tipo las características objetivas del autor (v.gr. médico, abogado, juez) en la omisión impropia no puede obtenerse ninguna característica especial del autor para determinar el agente de la omisión ni siquiera mediante la conversión de cualquier tipo de comisión, ya que la mayor parte de éstos sólo conocen como al autor anónimo "el que".

Sólo es posible desprender del tipo legal de los delitos de comisión la conducta típica, es decir, el evitar el resultado socialmente no deseado.

Pero respecto a las características objetivas del autor es el juez quien, mediante una cumplimentación del tipo, tiene que elaborar por sí mismo las peculiaridades de dicho autor de la omisión.

De ahí que los tipos de los delitos de comisión por omisión sean en parte de formación legal y en otra de formación judicial, contraviniendo en gran medida el principio *nulla poena sine lege* propio de un estado de derecho, ya que sólo está legalmente determinada la conducta del autor, pero no las características objetivas de éste.

Sin embargo, esta problemática no deriva de deficiencias en la elaboración de la ley, sino de la naturaleza de las conductas penadas, pues es sumamente difícil circunscribir la concreta y exhaustivamente en los tipos legales la gran variedad de posibles autores de omisión.

Los únicos puntos de referencia típicos que atenúan el problema dogmático y permiten elaborar las características del autor de la omisión impropia son;

- A) El poder de hecho que tiene una persona.
- B) Que al encontrarse en una relación estrecha con el bien jurídico amenazando deba cuidar de él y.
- C) Que por consiguiente asuma la posición de garante efectivo, respecto del bien jurídico y no evite el resultado típico, a pesar de poder hacerlo.

LA ACCIÓN EN LOS DELITOS CULPOSOS. Para el sistema causal el análisis del elemento volitivo del delito se analiza hasta abordar su estudio en este punto, dado que los delitos dolosos entrañan una forma de manifestación de la acción la que desarrolla después a nivel del tipo.

Anteriormente la doctrina jurídico penal, sostenía la idea generalizada de que el resultado era el aspecto esencial del hecho culposo, tanto que la teoría causal creyó encontrar su *ratio essendi* en la causación de una lesión de un bien jurídico mediante un acto de voluntariedad.

Por su parte el finalismo en un principio manejó también esta concepción (que se consideró posteriormente errónea) ampliando el concepto de acción como finalidad potencial o posibilidad objetiva de ponerse fines, que se traducen en la evitabilidad mediante un actuar final.

Sin embargo, para comprender la naturaleza de la acción culposa es menester dejar asentado que el momento esencial del hecho culposo no reside en el resultado, sino en la clase y modo de ejecución de acción; esto es, en la contravención del cuidado,

En los delitos culposos las conductas punibles exigen la aplicación de una medida mínima de dirección final, con el propósito de evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados, la cual en sí misma no se dirige a la producción de resultados, "penados", sino que el ordenamiento jurídico exige que las formas de selección y aplicación de los medios elegidos para el despliegue de una acción (con indiferencia de los fines que quiere realizar el autor sean dirigidas", "con el cuidado necesario" (p. ejem. en el tránsito vehicular). a fin de evitar efectos concomitantes no queridos (lesión de transeúntes), prohibiendo las acciones si el autor no puede realizarlas conforme al cuidado exigido.

De esta forma "los tipos de los delitos dolosos y culposos comprenden la acción final (dirigida) desde distintos puntos de vista; mientras los dolosos comprenden la acción final en la medida que su voluntad de acción está dirigida a la realización de resultados (objetivos) intolerables socialmente, los tipos de los delitos culposos se ocupan no tanto de los objetivos, sino más bien de la clase de ejecución de la acción final con relación a consecuencias intolerables socialmente, que el actor o bien confía en que no se producirán o ni siquiera piensa en su producción, y comprenden

aquellas ejecuciones de acción (procesos de dirección) que lesionan el cuidado para evitar tales consecuencias en el ámbito de relación.”⁴³

La acción final expresa que al estar dirigido y conducido un acontecer por la voluntad, lo que importa no es tanto la dirección y la conducción, sino sobre todo el fin, de modo que en la acción culposa interesa el modo y la forma de la dirección y conducción de la acción, que en caso de producir un resultado contrario al cuidado es inapropiada.

Consecuentemente cuando no puede ser efectuada en forma adecuada y conforme al cuidado necesario, no debe realizarse en absoluto.

EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA CULPOSO.

Es factible que en los delitos de omisión impropios se pueda presentar la falta de cuidado (relación entre el deber de garante y el deber objetivo de cuidado), que fundamenta la culpa, bajo los mismos presupuestos que en los delitos culposos:

A) En el planteamiento o la ejecución de la acción para impedir el resultado (el bañero lanza muy lejos el salvavidas).

B) Al enjuiciar la situación típica (el bañero no oye el grito de ayuda o lo oye pero no cuenta con la producción del resultado porque cree que la

⁴³ Idem. p. 156.

persona que no sabe nadar puede ayudarse a sí misma en aguas no profundas).

C) Por el contrario, no cabe considerar la culpa cuando el omitente no ha reconocido su posición de garante (sí un padre omite salvar a un niño que es llevado por las olas sin darse cuenta que es su hijo, siendo sólo penado por el deber de socorro, pero no por el deber de garante).

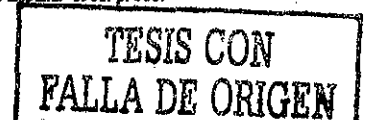
EL TIPO PENAL.

Las formas del comportamiento antijurídico se hallen contenidas en descripciones fijadas por la ley que reciben el nombre de tipos, los que obedecen a principios de seguridad jurídica.

“La teoría del tipo penal nace a partir de la concepción de Beling, quien lo refiere como la descripción de la imagen externa de una acción penal determinada, es decir, la descripción objetiva del comportamiento prohibido”.⁴⁴, sin embargo el finalismo le atribuye un matiz diferente.

Para ello, parte de la premisa que el ordenamiento jurídico tiene que describir objetivamente la conducta que prohíbe, concretándose sus disposiciones penales, mediante la especificación de la llamada “materia de la prohibición”, que satisfaga las exigencias del principio natural escolástico “*nulla poena sine lege*”, pues si bien las disposiciones de dicho orden deben ser generales, abstractas e impersonales, también lo que sería en

⁴⁴ Heinrich Jescheck, Hans. La obra se llama “Tratado de Derecho Penal, parte general”. Ed. Posch. España. 1981. p. 333.



grado de imposibilidad llegar a postular una generalidad que impida al ciudadano, saber qué es lo que debe de hacer u omitir y al juez lo que debe castigar.

El tipo es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es decir, la figura conceptual que describe objetiva y materialmente la conducta prohibida, donde tienen cabida todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material del injusto o sentido de la prohibición; tanto de los elementos objetivos como subjetivos (tipos cerrados), cuya función estriba en fijar el sentido de la norma penal mediante el esclarecimiento del bien jurídico, precisar los objetivos de la acción relevantes, así como señalar el grado de realización del hecho injusto y las modalidades que debe comprender el comportamiento penado.

Empero, en algunos casos el tipo no refleja en forma concreta y objetiva todos los elementos de la norma prohibitiva, describiendo sólo una parte de éstos y dejando que el resto resulte de la formulación judicial, por vía complementación del tipo Teoría de los tipos abiertos. Reciben el nombre de tipos abiertos aquellos preceptos penales en los que falta una guía objetiva para complementar el tipo, de modo que resultaría imposible la diferenciación del comportamiento prohibido y del permitido con la sola ayuda del texto legal, como acontece con los delitos imprudenciales y de la omisión impropia.

La corriente finalista conceptualiza al tipo como tipo de injusto, en atención a que hay elementos que se hallan configurados como juicios de valor que

han recibido un contenido normativo (elemento de valoración global del hecho)

Esto nos lleva a refutar la separación estricta entre cada uno de los elementos del tipo, precisando que el delito es una conducta típicamente antijurídica y culpable. Luego entonces, el tipo se conforma por los elementos que fundamentan el contenido de injusto del delito, cuyos pilares básicos son el bien jurídico, el objeto de la acción, el autor y la acción. Por cuanto hace a la acción típica, ésta ha quedado agotada con anterioridad, por lo que mencionamos algunos puntos relevantes de otros aspectos. En este sentido, el bien jurídico es el punto de partida que preside la formación del tipo, caracterizado por el valor ideal del orden social jurídicamente protegido en cuyo mantenimiento tiene interés la comunidad, ejerciendo una función de clasificación para la formación de grupos de tipos. Por su parte, el objeto concreto en el que se realizó la acción típica recibe el nombre de objeto de la acción, de modo que la lesión del bien jurídico protegido consiste en el desprecio del específico interés de la vida en comunidad que toma cuerpo sólo en el objeto de la acción. De estas categorías se deducen los elementos del tipo y se originan diversas clases de éstos.

Por otro lado, puesto que el contenido de toda clase de delito toma cuerpo en el tipo, para que un hecho sea antijurídico ha de corresponder a los elementos de aquel tipo legal. Esta correspondencia es llamada "tipicidad".

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO DE INJUSTO.

La aparición externa del hecho a través de una acción se describe mediante los elementos objetivos del tipo, que constituyen el núcleo objetivo real de todo delito. Sin embargo, no sólo se concretan a describir los objetos del mundo exterior que trascienden a través de una acción penalmente relevante, sino todo aquello que se encuentra citado fuera de la esfera psíquica del autor.

De esta forma, encontramos a "la acción" compuesta de un movimiento o conducta corporal, un resultado y la relación de causalidad entre ambos, que a su vez puede hallarse determinada por circunstancias de diversa naturaleza: Forma de ejecución del hecho, conexión en el espacio, tiempo u ocasión, relación con personas o cosas (objeto material de la acción) y su vinculación con la actuación de otros sujetos, puntos sobre los que particularizamos en breves líneas a continuación, sin pasar por alto que también dan origen a diversas clasificaciones del tipo.

A) forma de ejecución del hecho.- Las circunstancias externas del hecho caracterizan la situación en la que la acción ha de tener lugar para resultar punible siendo también conocida como especiales medios o formas de realización.

B) Modalidades o circunstancias de modo, tiempo u ocasión.

La actualización de ciertos tipos penales requiere la referencia a cualidades temporales, espaciales y específicas de comisión punible.

C) Objeto de la acción.- Es el objeto concreto en el que se realiza la acción típica que puede manifestarse bajo formas distintas, ya sea en personas (sujeto pasivo) o cosas.

En el primer caso, aparece como unidad psíquica corporal (integridad o vida de una persona); como valor social (honor del ofendido), mientras que con relación a la segunda; como valor económico (patrimonio), como cosa (animal susceptible de caza) o como estado real (posibilidad de uso de un objeto).

D) Sujeto y sus características.- El círculo de autores completa la inclusión en el tipo del sujeto "activo", distinguiendo otras cualidades objetivas en razón de calidad de éstos, que expresa una condición jurídica o una especial posición de deber (embarazada, madre, padre, funcionario) así como el número de intervinientes, en su caso.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DE INJUSTO.

El finalismo distingue entre elementos objetivos y subjetivos del tipo penal; donde estos últimos tienen por función una más concreta caracterización de la voluntad típica de la acción, que es el factor de dirección que desencadena el movimiento corpóreo.

Para la teoría final de la acción de los elementos subjetivos o internos deben incluirse en el tipo penal, dado que si la acción tiene su naturaleza en una unidad final de sentido, el tipo debe abarcar todos los momentos finales, y por tanto también el dolo, puesto que su función es describir acciones prohibidas. Luego entonces, para la realización del tipo subjetivo

el derecho penal requiere del dolo de tipo, la culpa y los especiales elementos subjetivos en el autor diferentes al dolo.

DOLO DE TIPO

Es la voluntad de dirección final orientada a la realización del tipo; es decir, significa conocer y querer la realización típica, que exige como condiciones: el conocimiento de las circunstancias del hecho, la previsión del resultado y la previsión del curso de la acción (conexión causal).

El dolo constituye el núcleo de lo injusto personal de la acción en los hechos dolosos, siendo el elemento subjetivo general del tipo que determina el curso, dirección y meta de la acción lo que supone la existencia de dos dimensiones que lo conforman:

A) Dimensión intelectual.- Requiere la conciencia de lo que se quiere; esto es, el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas de hecho del tipo penal, sean positivas o negativas por lo que no alcanza la conciencia de la antijuricidad (conocimiento del tipo). Asimismo, su intensidad es diferente según se trate del fin, medios o circunstancias concomitantes, bastando un conocimiento lego de los elementos normativos (en el común del conocimiento de las gentes sin que éste sea técnico).

2.2.2. LA AUSENCIA DE ACCIÓN.

Si alguno de los elementos esenciales del delito este comportamiento está ausente, entonces éste no se integrará. Ahora bien, en el sistema clásico, el aspecto negativo del comportamiento es la ausencia de conducta, de manera que si no hay conducta, no habrá injusto y mucho menos pena. Si bien la acción y la omisión son las formas de la conducta, no toda actividad o inactividad integran una conducta humana, salvo cuando fuere voluntaria.

La violación constituye el elemento indispensable para constituir una conducta, ya sea de esta acción u omisión, puesto que dicha acción es un acaecimiento dependiente de la voluntad del sujeto, por consiguiente, cuando lo ocurrido no depende de la voluntad de quien lo realice no hay acción; o dicho en otras palabras, se excluye ésta cuando el sujeto no puede ajustar su conducta a las exigencias de derecho.

El movimiento corporal y la inactividad involuntarias no conforman una conducta considerada para efectos del derecho, pues a la expresión puramente física o material faltaría el elemento necesario para atribuir la acción u omisión a un sujeto.

Hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito cuando la acción u omisión son involuntarios, es decir, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son suyos, por faltar en ellos la voluntad.

Se considera como factores eliminatorios de la conducta: Los movimientos reflejos, *la Vis Absoluta* o fuerza física exterior irresistible y *la vis mayor* o

fuerza mayor. Excluyen igualmente la conducta, los estados de sueños sonambulismo e hipnotismo.

MOVIMIENTOS REFLEJOS.

Se actualizan cuando la intervención se transmite directamente por vía subcortical por los nervios sensores a los motores sin intercalación de la conciencia, de forma tal que el acto sigue inmediatamente al estímulo sin posibilidad de inhibición.

Sin embargo, es importante distinguir que en los supuestos en que participa un "querer" -aunque primitivo- en el proceso genético del movimiento corporal, no se excluye la acción como es el caso del actuar impulsivo o también llamada "acción de corto circuito", en la que un impulso anímico se transforma sin más trámites en acción.

VIS ABSOLUTA Y VIS MAIOR.

No hay acción cuando el sujeto obra violentado por una fuerza física exterior irresistible que es aquella que imposibilita al sujeto a adoptar una resolución, o que cuando la ha tomado, impide que la ponga en práctica, como factor eliminatorio de la conducta.

Distiendiendo de *la vis maior*, que deriva de la naturaleza -energía no humana- *la vis physica* absoluta o hablativa, entraña la intervención de una tercera persona que la emplea, dado que se deriva de una violencia externa perpetrada en contra del sujeto que la recibe.

ESTADO DE INCONSCIENCIA.

En los estados de inconsciencia como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, la narcosis y la hipnosis encuentran la falta del elemento de la acción penal, porque estos estados impiden el proceso de formación de la voluntad afectando su propia raíz, la conciencia.

En todo caso, tratándose de la fuerza irresistible, como de las restantes hipótesis de falta de acción, hay que considerar que el punto determinante estriba en que falta ésta cuando existe ausencia de relación entre la voluntad del sujeto y el acaecimiento en cuestión y, en ese sentido, es diferente que medie una *vis physica* absoluta u otra cualquiera de las causas antes expresadas, puesto que todas tienden a excluir a la acción, amén que el ordenamiento penal les otorga el mismo tratamiento.

2.2.3 TIPICIDAD

La tipicidad es la suma de cualidades descritas por el tipo, es decir, la característica de una acción de adecuarse a una conducta descrita por la ley o como lo refieren algunos tratadistas del derecho penal, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

El elemento tipicidad en el derecho penal mexicano se encuentra establecido en el artículo 14 Constitucional, que precisa que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Sin

embargo no puede hablarse de legalidad donde los tipos penales estén formulados con tal amplitud que trasladen la tarea de determinar qué conductas son punibles al juez.

El legislador se sirve de la abstracción y del empleo de un lenguaje propio para configurar los tipos penales. En virtud del principio de igualdad ante la ley, los preceptos penales requieren generalizar a fin de incluir todos los casos iguales.

2.2.4. ATIPICIDAD.

El elemento negativo del delito llamado atipicidad se presenta cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal. "La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo".⁴⁵

Es importante reparar que este elemento no equivale a la ausencia del tipo, sino que se presenta, cuando el comportamiento humano, legal y abstractamente previsto no encuentra una adecuación perfecta en la fórmula legal por estar ausente; alguno de los requisitos que constituyen el tipo (calidad y número de sujetos activos y pasivos, objeto material o jurídico, cuando no se satisfacen las exigencias de la ley, respecto de sus atributos, referencias temporales, espaciales o medios comisivos).

2.2.5 ANTIJURICIDAD.

⁴⁵ Castellano Tena, Fernando. Op. Cit. p. 174.

La antijuricidad, se concibe o entiende como lo contrario a derecho, pues radica en la violación del valor o bien protegido por un tipo penal, algunos tratadistas del derecho penal la definen como lo que no es derecho.

[Von Liszt elaboró una estructura dualista de la antijuricidad, la cual es entendida en sentido formal y material.

A).- Formal: Se compone de la mera relación de contradicción entre la conducta típica y-ordenamiento jurídica cuando una acción constituye una trasgresión a la norma dictada por el estado, contrariando al mandato o prohibición de la ley.

B).- Material: Se refiere más al contenido de la conducta que a la forma, planteando la interrogante ¿por qué la conducta es antijurídica?, la cual es respondida en diversos sentidos:

Porque lesiona intereses colectivos.

Porque lesiona las normas de cultura.

Porque lesiona el deber de fidelidad que todo individuo tiene frente al Estado

Porque lesiona o pone en peligro bienes jurídicos que competen al derecho penal, generando una teoría del bien jurídico.

Se menciona que esta concepción dualista ha tenido una aceptación escasa entre los doctrinarios que se inclinan por una unidad de lo antijurídico, y actualmente se encuentra superada.

Al ser la antijuridicidad un juicio de valoración ¿quién formula dicho juicio?. Si lo hace un sujeto, por ejemplo el juzgador, estamos frente a la antijuridicidad subjetiva, por otro lado si parte del ordenamiento jurídico en su totalidad, nos hallamos ante una antijuridicidad objetiva, siendo ésta la doctrina dominante.

El enfoque causalista asume la tesis de la naturaleza predominante objetiva de la antijuridicidad, que postula en principio que es diferente lo que el sujeto se propusiera "motivos, fines, así como condiciones personales" para decidir si su conducta es antijurídica, dado que el Estado no debe intervenir en la vida de los individuos, cuando externamente su comportamiento se ajuste a las normas jurídicas, limitando la intromisión a los elementos externos al acto humano.

Cómo consecuencia de lo anterior ¿se requiere consignar el contenido de la voluntad, para afirmar la antijuridicidad?. Evidentemente para este esquema la antijuridicidad no presupone el contenido de la culpabilidad y por consiguiente tampoco el dolo, reafirmando el carácter estrictamente objetivo de este elemento.

Como se analizó en el capítulo correspondiente, la dogmática clásica circunscribió el análisis del delito sobre la base de la estructura puramente objetiva del tipo y la naturaleza subjetiva de la culpabilidad, limitando el concepto de antijuridicidad (lo contrario a derecho) a la valoración del estado causado por el hecho, conformándose exclusivamente de caracteres externos objetivos de la acción, puesto que la relación animica entre autor y resultado constituía la culpabilidad.

El sistema finalista aporta un nuevo cariz, señalando que el derecho pretende establecer un orden valioso para la vida social y en la realización antijurídica del tipo se encuentra la conducta que lo contraría: *la antijuricidad es un juicio negativo de valor, es decir, un juicio de desvalor, derivado de la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto.*

Frecuentemente, en forma por demás indebida, se considera que la antijuricidad es la contradicción de la conducta con el tipo penal previsto por el ordenamiento, pasando por alto que al tratar correctamente esa noción, debemos definirla como la contradicción no de una conducta, sino de su realización efectiva o real prevista por un tipo, con el ordenamiento jurídico en su conjunto y, por ende, no sólo con una norma aislada.

Al afirmar que el tipo es una figura conceptual, estamos aceptando que no hay tipos antijurídicos, sino sólo realizaciones antijurídicas del tipo, y es por ello que el delito se define como la conducta típicamente antijurídica.

Cuando se actualiza una conducta descrita conceptualmente en el tipo, ésta entra en contradicción con la exigencia de la norma, generando un estado de antijuricidad o antinormatividad vinculado estrechamente con el tipo legal. En ese orden de ideas se entiende por antijuricidad formal la relación de contradicción entre la realización típica y el ordenamiento penal, mientras que es material la antijuricidad referida al contenido de la acción, que se traduce en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, términos que lejos de ser opuestos se complementan.

Es común que los teóricos del derecho penal manejen la antijuricidad y al injusto como conceptos afines, aunque también su uso ha resultado en la práctica judicial aún más desafortunado al equiparar al injusto con el tipo penal.

Aún cuando estos tres conceptos afines son utilizados indistintamente, en estricta ortodoxia la antijuricidad es una mera relación (una contradicción entre la realización típica y el ordenamiento en su conjunto), lo injusto, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma es la forma de conducta antijurídica, mientras que por otra parte, todas las materias de prohibición (tipos) son antijurídicas para todo el ordenamiento jurídico. En otras palabras, la antijuricidad es la contradicción de una acción con la norma jurídica y el injusto es la propia acción valorada antijurídicamente.

La naturaleza del concepto finalista que nos ocupa, como un juicio de desvalor se fundamenta en dos aspectos que repercuten notablemente en los alcances de la noción clásica: los elementos subjetivos del injusto y el desvalor del acto a la par del desvalor del resultado.

LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO

La moderna dogmática penal analiza la noción de antijuricidad precisando que el dolo es un elemento esencial del concepto de injusto, ya que en muchos tipos es imposible concebirlo de un modo puramente objetivo, pues también está constituido por elementos anímico-subjetivos, de manera que

la acción típica no puede ser comprendida sin la tendencia subjetiva de la voluntad que determina el acontecer externo.

Ese razonamiento rompe el esquema tradicional de contextualizar de manera objetiva a lo injusto; ya que incluso se advierte que en la tentativa, el dolo es un elemento subjetivo de lo injusto sin cuya existencia se imposibilitaría constatarlo.

Los elementos objetivos del injusto caracterizan de modo más preciso la voluntad de la acción que el autor dirige a la lesión del bien jurídico. Estos componentes se consideran como parte del delito ya que son objeto de valoración del juicio de antijuricidad, tanto momentos externos como internos del hecho.

Sin embargo, el injusto no pierde su carácter objetivo por el hecho de que incluya también elementos subjetivos de la acción típica, ya que la voluntad de la acción se valora también siempre como lesión de las exigencias generales que la norma jurídica impone frente a cualquiera, y bajo ese supuesto debe entenderse que la antijuricidad es objetiva en el sentido de un juicio de valor general, aunque su objeto, que es propiamente la acción, es una unidad de elementos objetivos y subjetivos.

La materia de la prohibición o tipo penal es tan variado como formas prohibidas de conductas hay en el derecho penal, en tanto que la antijuricidad (contradicción entre la materia de prohibición y el ordenamiento jurídico) es una y la misma en todo derecho, donde el dolo

como voluntad de la acción dirigida contra el mandato de la norma, constituye el elemento central del injusto personal de la acción.

DESVALOR DEL RESULTADO

El desvalor del resultado consiste en el daño social que por causa del hecho sufre el lesionado y la comunidad, aquellos que el mandato de la norma están llamados a impedir. Este aspecto fue consideración fundamental para el sistema clásico, falta lo que se traduce en la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción protegido, el cual se convierte en injusto "de resultado" al ser recogidos en los tipos legales.

La doctrina de la antijuricidad como lesión causal de un bien jurídico que rechazamos, tiene el mérito de haber destacado la importancia del elemento del resultado (del bien jurídico). En la mayor parte de los delitos es esencial una lesión o puesta en peligro, pero sólo como momento parcial de la acción personalmente antijurídica y nunca en el sentido que la lesión del bien caracterice suficientemente lo injusto del hecho.

La lesión del bien jurídico (desvalor del resultado) tiene relevancia en el derecho penal, sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de la acción).⁴⁶

⁴⁶ Welzel, Hans. "Derecho Penal Alemán". Ed. Jurídica de Chile, 1993. p. 75

DESVALOR DE LA ACCIÓN

El concepto de antijuricidad no se limita a la valoración del estado causado por el hecho, pues no sólo entraña un desvalor del resultado, sino también un desvalor del acto que se ejecuta.

La moderna teoría del delito parte de la observancia que la antijuricidad del hecho y que no se agota en la desaprobación del resultado del delito, sino que también la forma de producción del estado jurídicamente desaprobado debe incluirse en el juicio de desvalor.⁴⁷

En cuanto al desvalor del acto, la sola contemplación de los tipos penales muestra que el contenido del injusto en numerosos delitos no se determina por la sola lesión o puesta en peligro del objeto de la acción protegida, sino también por la forma de comisión del hecho, siendo ahí donde radica el merecimiento de la pena, como en los delitos contra el patrimonio, que no defienden éste contra todo menoscabo, sino sólo frente a determinadas modalidades de ataque que parecen especialmente como peligrosas.

Bajo este razonamiento, la acción es la conducta dirigida hacia la obtención de un fin penalmente relevante, por lo que la antijuricidad del hecho no reside sólo en el resultado que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, sino en la intención misma que motiva tal acción, es decir, en la forma de la comisión.

⁴⁷ Jescheck, H.: Op. Cit. p. 322

La tesis que se comenta aduce a que el injusto es tal con la relación existente entre voluntad de la acción y mandato de la norma, pues en la forma de comisión del delito se encuentra el desvalor de la acción, conformado tanto por las modalidades externas del comportamiento del autor, como de las circunstancias que radican en su persona, lo que nos conduce a la distinción entre desvalor de la acción (personal) referido al hecho y desvalor de la acción referido al autor.

2.2.6. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Partiendo de la concepción de la antijuricidad como la conducta contraria al orden legal, el causalismo delimita su elemento negativo (ausencia de antijuricidad) interpretando a contrario sensu, que una acción tipificada por la ley es conforme a derecho cuando concurre una causa de justificación; es decir, cuando se realiza en circunstancias determinadas, deja de ser una acción desaprobada por el orden jurídico.

Bajo ese supuesto, dicha circunstancia se debe inferir no sólo de la ley penal, sino de la totalidad del ordenamiento jurídico. Así, el elemento negativo de la antijuricidad está dado por la causa de justificación que impiden la integración del delito, debido a que no puede haber conducta delictiva cuando en un hecho de apariencia delictuosa el elemento de antijuricidad esta ausente.

Respecto a este tema Cuello Calón ilustra que en "Las causas de exclusión de antijuridicidad, el agente obra en condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad conciente, pero su acto no es delictivo por ser justo,

ajustado a derecho; la situación especial en que participó en la realización del hecho constituye una causa de justificación de su conducta: Como consecuencia de la licitud de ésta no será posible exigirle responsabilidad alguna, pues que el que obra conforme a derecho; no puede decirse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos".⁴⁸

El concepto de causas de justificación parte de una teoría de la adecuación social que postula que los tipos penales refieren modelos de conducta inadecuada socialmente; y por tanto, aquella que se desenvuelve dentro del marco de libertad del actuar social y legalmente admitida, no será típicamente antijurídica.

En el sistema clásico, las causas de justificación son de naturaleza eminente objetiva, pues se decide su concurrencia exclusivamente sobre la base de un examen del comportamiento externo del sujeto que actúa, impulsadas a su vez, por el principio del interés preponderante, que descansa en la situación conflictiva entre diversos intereses, uno de los cuales es reconocido por el ordenamiento jurídico como de cualquier valor.

La concurrencia de una causa de justificación excluye la responsabilidad penal, dado que no cabe castigar a quien actúa lícitamente, y aprovechan o favorecen a cuantos intervienen, cooperando en una situación ajustada a derecho. De ahí deriva la importancia de un correcto o deficiente proceder metodológico, con arreglo al cual se comprueba la existencia o no de la antijuridicidad, antes de entrar en los problemas atinentes a la culpabilidad,

⁴⁸ Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal". Ed. Bosch, Casa editorial, 14 ed. España, 1964. p. 316

pues hay una gran diferencia en las circunstancias que entraña para el sujeto activo declararle exento de responsabilidad porque su conducta es ajustada a derecho porque no es culpable.

Doctrinalmente dentro de las causas de exclusión de antijuricidad se encuentra la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho y obediencia debida.

"En la teoría finalista de la acción, la conducta típica es un indicio de la antijuricidad, es decir, ese indicio puede ser desvirtuado, pues el propio orden jurídico, al lado de las normas prohibitivas opone disposiciones permisivas que impiden que la norma general abstracta se convierta en deber jurídico concreto, apareciendo las llamadas *causas de justificación*".

49

Cabe reparar en este apartado que la corriente causalista asume la teoría de los elementos negativos del tipo a partir de la cuál éste ha de abarcar no sólo las circunstancias típicas del delito, sino todas aquellas que afecten la antijuricidad. De ese modo los presupuestos de las causas de justificación se entienden como elementos negativos del tipo, y se incluyen en éste porque sólo cuando faltan es posible un juicio definitivo sobre la antijuricidad del hecho, situándose sistemáticamente en un mismo nivel.

La existencia de una teoría de los elementos negativos del tipo que incluso en México tienen aún vigencia, aunque afortunadamente no generalizada,

⁴⁹ Orellana, O. Op. cit. p. 110.

exige como punto de partida que el legislador contempló también las excepciones al establecer el mandato de la norma jurídica, mediante las causas de exclusión o justificación.

“Sin embargo, la teoría de los elementos negativos debe rechazarse ya que las causas de justificación no responden a excepciones generales de la norma, sino que requieren la ponderación de valores en el caso concreto, en cuya virtud debe ceder, en determinadas condiciones, el interés en el mantenimiento indemne del bien jurídico protegido ante otro valor también reconocido por el ordenamiento jurídico”.⁵⁰

Estas valoraciones opuestas no contienen una limitación de la prohibición general, sino que son independientes frente a la norma prohibitiva con un contenido valorativo que le es propio.

En atención a ello, no es posible resolver la problemática de las causas de justificación mediante un procedimiento que las incluya en el tipo, invirtiendo a negativo su signo, pues las diferencias que los separa poseen significado material, ya que la acción típica justificada no acarrea pena alguna pese a lesionar el bien jurídico protegido, porque no encierra injusto material.

La trascendencia de este argumento implica que las causas de justificación no deben incluirse en el tipo como elementos negativos, pues su función no es excluir la tipicidad, toda vez que la acción dolosa subsiste, pero

⁵⁰ Jeschek, H.:Op. Cit. p. 341

simplemente no es antijurídica. La delimitación entre injusto y culpabilidad es aplicable para distinguir entre los elementos subjetivos del injusto que excluyen la antijuricidad (causas de justificación) y aquellos elementos de la culpabilidad; solo contribuyen a determinable injusto del hecho aquellos elementos subjetivos de un precepto legal que caracterizan la voluntad de actuar del autor, afectando el modo de comisión, al objeto de la acción protegido por el tipo o el bien jurídico. Son, por el contrario, elementos de la culpabilidad todas aquellas circunstancias que contribuyen a caracterizar la formación de la voluntad del autor, en cuanto que dejan traslucir en un sentido más o menos negativo, la actitud interna de la que ha surgido la decisión de cometer el hecho.

El fundamento de la exclusión de la antijuricidad de acciones típicas se encuentra en que el ordenamiento jurídico no sólo consta de prohibiciones, sino también de autorizaciones que levantan la prohibición bajo determinados supuestos particulares que adoptan la forma de proposiciones permisivas y que se contraponen a los tipos de injustos como tipos de justificación.

Los parámetros rectores que ofrecen el fundamento de los tipos de justificación son la idea de la ponderación de bienes y la idea del fin, pues la justificación significa que una acción aparece de tal forma configurada que debe aceptarse en beneficio de valores superiores la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción protegido y aprobarse también el fin perseguido por el autor, pues aunque ésta siga siendo típica, se encuentra permitida.

Dentro de las innumerables causas de justificación que contempla el orden normativo encontramos a la legítima defensa (defensa que resulta necesaria para hacer frente a una agresión antijurídica actual contra uno mismo o contra un tercero, basándose en el principio de que el derecho no tiene por qué ceder al injusto), el estado de necesidad justificante (estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de los intereses legítimos de otra persona), el estado de necesidad (estado basado en el principio de ponderación de bienes y deberes, que consiste en un peligro actual para la vida, la integridad física, el honor o el patrimonio que sólo puede conjurarse mediante una acción típica), la obediencia jerárquica (deber que nace de mandatos vinculantes en relación con la facultad de mandar y el deber de obediencia).

CLASES DE TIPOS.

El tipo penal, como portador del contenido de injusto, da lugar a distintas posibilidades de ordenación basándose en los elementos que lo integran, encontrándose dentro de las principales clasificaciones las siguientes:

a) Delitos de resultado material y de mera actividad: según se produzca un efecto exterior diferenciado de la acción o se agote con ésta sin que haya de verificarse un resultado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

b) Por el resultado o menoscabo del bien jurídico protegido se clasifican en tipos de lesión o puesta en peligro. En los primeros, el tipo presupone que se dañe al objeto de la acción protegido, mientras que en los otros basta el peligro concreto de una lesión como resultado de una acción, entendiendo

por tal un estado en que "para un observador experto puede aparecer como probable, a la vista de las concretas situaciones actuales, la producción de un daño cuya posibilidad resulte evidente" (Cfr. con más detalle a Gallas, W).

En los delitos de peligro concreto importa distinguir aquellas acciones de peligro abstracto que constituyen un grado previo, donde basta para su punibilidad la peligrosidad general de una acción y que a diferencia de los primeros, donde la causación del resultado se constata por el juez como elemento del tipo, los indicios de la peligrosidad se hallan fijados de forma vinculante en la propia ley.

c) Según el número de bienes jurídicos protegidos en cada precepto penal, pueden ser delitos simples y compuestos, como el robo que se dirige contra la libertad, la propiedad y la tenencia.

d) De acuerdo al círculo de autores posibles se distingue entre delitos comunes y especiales, según que cualquiera puede ser autor (anónimo, "el que") o que el tipo señale sólo como posibles autores a personas especialmente caracterizadas por él.

e) Delitos de consumación o tentativa, según el grado de realización de los elementos del tipo, esta última requiere la concurrencia de todos los elementos subjetivos del tipo puesto que lo único que falta es la consumación del tipo objetivo.

f) Delitos de intención, cuando el autor persigue un resultado que ha de tener presente para la realización del tipo, pero que no precisa alcanzar, y delitos de tendencia en los que la acción se halla dominada por la dirección de la voluntad del autor, lo cual le confiere una especial peligrosidad para el bien jurídico protegido.

g) Delitos de comisión y de omisión (propia e impropia), según las formas básicas del comportamiento humano. El tipo de los delitos de omisión será motivo de análisis a continuación.

EL TIPO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

El tipo de los delitos de omisión debe referir fundamentalmente por una parte la descripción de la situación típica; por otro, la no-ejecución de la acción, y finalmente el poder final del hecho para el cumplimiento del mandato.

Por cuanto hace a la situación típica, ésta debe referir todos aquellos presupuestos circunscritos típicamente cuya concurrencia hace que el ordenamiento jurídico exija una intervención. De esta guisa, el tipo de los delitos de omisión señalan por regla general la meta de la acción mandada, el objeto sobre el que debe incluirse, así como otras circunstancias que se presuponen para la intervención: *vr. gr.* la presencia de un accidente.

En segundo lugar, el tipo debe precisar la no-ejecución de una acción que tienda a alcanzar el fin fijado por el mandato (falta de un actuar con

tendencia realizar el mandato). Como particularidad, en el delito de omisión doloso falta la tipicidad en los siguientes casos:

1) Cuando el obligado a actuar cumple exitosamente (presta eficazmente ayuda), pero también cuando se esfuerza en forma seria, aunque sin resultado, por alcanzar el fin fijado, aunque acarrea la problemática de precisar cuándo estamos ante un esforzamiento serio al evitar la conducta dañosa socialmente, lo que dependería de los medios objetivos con que se cuenta, que sin duda demuestren la finalidad de los actos desplegados: Cuenta, que sin duda demuestren la finalidad de los actos desplegados.

2) Por otro lado si el obligado cree erróneamente realizar lo adecuado para cumplirlo, sólo cabe en consideración la culpa.

3) La tentativa de cumplir el mandato puede fracasar porque el obligado emplea en forma errónea el medio adecuado: lanza muy lejos el salvavidas, toma el camino errado para realizarlo, en lugar de usar el teléfono para denunciar un plan delictivo corre para denunciarlo y llega tarde; o porque a pesar de aniquilar acertadamente la situación del hecho, no encuentra la vía para intervenir (quien no sabe nadar busca cómo salvarse sin percatarse del salvavidas).

4) Finalmente para la actualización del tipo de omisión debe considerarse el poder final del hecho para el cumplimiento del mandato pues sólo se omite la acción ordenada por parte de quien deja de actuar siempre que éste tenga conocimiento de la situación típica, que habiendo conocido la situación de la cual se desprenden el deber de actuar, el omitente tenga

capacidad de planteamiento y la posibilidad real-física de llevar a efecto la acción mandada.

EL TIPO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIOS

La estructura del tipo de los delitos de omisión impropios coinciden con la de los propios, su sello especial se lo da la característica del autor en la posición de garante.

Por ende, la situación típica de estos delitos consiste en la producción de una lesión o de una puesta en peligro de un bien jurídico; es decir, la producción de un resultado típico en el sentido de un delito de comisión.

Se ha señalado que el finalismo refiere los delitos de comisión por omisión como aquellos en los que el resultado típico se produce por una inactividad del agente que tiene capacidad para evitar el resultado. La capacidad para la evitación del resultado dirigido, finalmente presupone:

- a) El conocimiento de la situación típica, es decir, de la inminente producción del resultado, donde el "tener que conocer" no basta, sino que es suficiente contar con la producción del resultado.

- b) La posibilidad de reconocer la vía para evitar el resultado, llamado también como capacidad de planteamiento para evitar el resultado, ya que el que no actúa tiene que poder reconocer la vía y los medios para salvar el bien jurídico amenazado.

c) La posibilidad real-física de evitar el resultado, para lo cual es necesario emitir un juicio causal hipotético sobre si la respectiva persona pudiese haber evitado el resultado con su actividad, ya que este juicio no se refiere a una realidad, sino sólo a una posibilidad, que únicamente puede rendir cuando muchos valores de probabilidad.

La no-evitación del resultado sólo puede equipararse a su producción cuando se puede predecir, con cierto grado de probabilidad, que el resultado se habría evitado con la ejecución de la acción omitida: la persona que ha omitido no ha evitado el resultado cuando la acción omitida no puede ser agregada mentalmente sin que el resultado desaparezca. Luego, la no-evitación del resultado por una omisión existe sólo cuando la ejecución de la acción habría evitado el resultado en un grado de probabilidad que limita con la certeza.

El autor de la omisión no es castigado por haber causado el resultado típico, sino por no haberlo evitado. La confusión de la omisión con la acción hizo que la ciencia penal persiguiera al "fantasma" de una causalidad de la omisión y correspondiera a la acción. La omisión como no-ejecución de una acción, no causa absolutamente nada. La única pregunta legítima dentro del marco de los delitos de omisión se refiere a si la ejecución de la acción omitida habrá evitado el resultado.

EL TIPO DE LOS DELITOS CULPOSOS

La acción en esta clase de delitos no está determinada legalmente por el tipo, ya que se trata de los llamados "tipos abiertos" que requieren de

cumplimentación por el juez sobre la base del criterio de que actúa culposamente, quien no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación, que es un concepto objetivo y normativo.

En el plano objetivo comprende todas las repercusiones previsibles de una acción objetivamente realizada, mediante un juicio razonable. En el normativo se considera sólo contrario al cuidado aquella puesta en peligro que va más allá de la medida adecuada socialmente, delimitando las fronteras el riesgo moderado, "la imagen del hombre inteligente".

Otra característica de los delitos culposos es el resultado, ya que la acción típica debe provocar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. La producción del resultado es justamente la concretización de la lesión del cuidado.

2.2.7. CULPABILIDAD.

La teoría de la culpabilidad expone los presupuestos por los cuales se le reprocha al autor la conducta antijurídica fincándole un reproche personal, cuando su conducta no es como lo exige el derecho y hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. De esta guisa, el objeto primigenio del reproche de culpabilidad es la voluntad, es decir, "el poder en lugar de ello" del autor con relación a su estructuración antijurídica de la voluntad.

Hemos analizado que la teoría finalista le asignó al dolo su lugar adecuado, como especie de la voluntad final de la acción, en el tipo subjetivo de los delitos dolosos, excluyendo del concepto de culpabilidad todo elemento

anímico-subjetivo para adoptar el criterio de reprochabilidad. En relación con la estructura antijurídica de la voluntad, sustituye los contrarios "objetivo / subjetivo" por los contrarios "deber / poder", entendiendo que el ámbito de la culpabilidad se trata del poder de estructuración de la voluntad según contenidos de deber ser obligatorios.

En ese sentido, el reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma estructurando su voluntad de acuerdo a ésta, fundado en dos premisas:

a) Los presupuestos existenciales de la reprochabilidad, es decir, la imputabilidad cuando el autor es capaz, atendidas su fuerza psíquica, de motivarse de acuerdo a la norma.

b) Presupuestos especiales de la reprochabilidad: posibilidad de comprensión de lo injusto, esto es, que dicho autor puede motivarse conforme a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuricidad de su propósito concreto.

El objeto de la dirección final no es el proceso causal exterior, sino los impulsos que compelen a su realización (dirección de los impulsos), cuyo criterio ordenador es el contenido de sentido supraindividual al que la persona se ve sometida y vinculada en la conducción de su vida (libre albedrío) en referencia a las normas del ordenamiento jurídico.

Todos los impulsos poseen un doble carácter: una determinada intensidad de impulso o compulsión y un determinado contenido de sentido; luego

entonces, la decisión de acción o libre albedrío es el resultado del impulso que logró el predominio, tratándose de los actos de dirección conforme a sentido, donde no se experimentan los impulsos en su compulsión pasional, sino que sólo son comprendidos en su contenido de sentido y en su significación valorativa para una conducción de vida justa.

De esta manera, el agente cognoscente no puede ser simplemente sujeto de sus impulsos, sino que debe tener la capacidad de comprender dicho impulso del conocimiento, como tarea plena de sentido, que tiene que ser sostenida frente a impulsos contrarios; esto es, de asumir la responsabilidad por el acto de conocimiento.

El libre albedrío es entonces la libertad respecto de la coacción causal ya que la culpabilidad precisa la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello, erradicando los impulsos contrarios al valor.

La culpabilidad es un elemento esencial del delito, pues no basta que un hecho sea antijurídico y típico, sino también se precisa que sea culpable, atendiendo al principio de que no hay pena sin culpabilidad: ***nullum crimen sine culpa***, que es un axioma indiscutiblemente aceptado en el derecho europeo y por el nacional:

El sistema causalista concibe a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto, tratando de dilucidar su naturaleza jurídica por dos teorías: la psicologista y la normativa.

TEORÍA PSICOLOGISTA O PSICOLÓGICA

Sus principales exponentes son Franz Von Liszt, Antolisei y Maggiore. Esta teoría concibe la culpabilidad como una relación subjetiva entre el autor y el hecho con dos sub-especies que son el dolo y la culpa. Así, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psíquico, en un proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor, en donde a través del análisis el nexo psíquico entre sujeto y el resultado se contiene dos elementos:

A).- Emocional o volitivo: que indica la suma de dos querereres, de la conducta y del resultado.

B).- Intelectual: Entraña al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta

TEORÍA NORMATIVISTA O NORMATIVA.

Con posterioridad, el causalismo se orientó por la postura normativa de la culpabilidad fundada por Reinhart Frank, en 1907, y seguida por Mezger, Mayer y Bettioli, quienes señalan que una acción es culpable cuando a causa del vínculo psicológico entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además se le reprochará. Hay pues en la culpabilidad además de una relación en la causalidad psicológica entre agente y acción un juicio de reprobación de la conducta de aquél motivado por su comportamiento contrario a la ley, pues ha quebrantado su deber de obedecerla ejecutando un hecho distinto del mandado por aquella,

Esta teoría concibe la culpabilidad como un juicio de reproche que surge de la ponderación de dos vertientes: una situación real, traducida en una

conducta dolosa o culposa, cuyo autor pudo haber evitado, y un elemento normativo, cuando a un sujeto capaz que ha obrado con dolo o culpa, el orden normativo le puede exigir una conducta diversa a la realizada, fundada en la exigibilidad dirigida a sujetos capacitados para comportarse conforme a derecho, observando un deber ser jurídico que debe constatar los componentes de imputabilidad, y dolo o culpa.

IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

Para que exista la culpabilidad, es necesario que primero exista imputabilidad, por eso se establece que esta funciona como presupuesto de la culpabilidad,

El causalismo define a la imputabilidad como "la capacidad de entender y querer en derecho penal; es decir, de realizar actos referidos al derecho penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción".⁵¹, condicionado por la salud y madurez espiritual del autor que le permitía valorar correctamente los deberes, obrar conforme a ese conocimiento y en su caso, responder del acto típico.

La doctrina penal clásica estima que el aspecto negativo de este elemento es la inimputabilidad, siendo aquellas causas capaces de anular o neutralizar el desarrollo o salud de la mente, de modo tal que el sujeto carece de actitud psicológica, para la delictuosidad. Generalmente, se

⁵¹ Castellanos. F. Op. Cit., p. 218.

conciben como los estados subjetivos que privan al sujeto de la facultad de conocer el deber.

El Código Punitivo del Estado de México, siguiendo la vertiente causalista, enuncia las siguientes causas de inimputabilidad en su artículo 16.

- I.- Alineación u otro trastorno similar permanente;
- II.- Trastorno mental transitorio producido en forma accidental o involuntaria,
- III.- Sordomudez, careciendo totalmente de instrucción.

Estos padecimientos deben tener como consecuencia la ausencia de la capacidad de comprender la antijuricidad o ilicitud de su acción y omisión, antes o durante la comisión del ilícito.⁵²

FORMAS DE CULPABILIDAD.

Según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado por la ley o cause el resultado reprochable por su imprudencia o negligencia, la culpabilidad reviste la forma del dolo o culpa.

El dolo (de la voz dolus = conciencia del hecho criminoso que se quiere cometer) es definido por los causalistas a través de la llamada teoría de la representación, misma que basa el dolo en el conocimiento y previsión del resultado, ya que el agente, sabiendo la significación de su conducta, procede a realizarla, definiéndose como la voluntad consciente dirigida a la

⁵² "Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de México", Edit. Sista S.A. de C.V. México 2000. p. 25.

ejecución de un hecho que es delictuoso y por ende, a la producción de un resultado típico y antijurídico.

La Ley adjetiva para el Estado de México, continuando con el sistema del causalista, precisa en su artículo 8º., que el delito es doloso cuando se obra conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico queriendo o aceptando la realización del hecho descrito por la ley.⁵³ El dolo ésta constituido por la conciencia de que se quebranta el deber (elemento ético) y la voluntad de realizar el acto típico (elemento volitivo o psicológico), dividiéndose a su vez en:

Dolo Directo: El resultado coincide con el propósito del agente.

Dolo Indirecto: El agente se propone el fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos.

Dolo Eventual: Se desea un resultado delictivo, previniéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.

Por su parte la culpa es la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. Una persona tiene culpa cuando obra de tal manera que, por su negligencia, imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación antijurídica, típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o

⁵³ Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de México. Op. p. 21

pudo prever y cuya realización era evitable por él; esto es, cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

Culpa cuando obra de tal manera que, por su negligencia, imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación antijurídica, típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él; esto es, cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

El propio artículo 7º del Código punitivo del Estado de México, actualmente abrogado define al delito culposo como aquél que causa un resultado por negligencia, imprevisión, imprudencia, impericia, falta de aptitud, de reflexión o de cuidado. Actualmente la culpa se encuentra contemplada en la fracción II del artículo 8º. del Código Penal en vigor, que dice: "En delitos culposos cuando se produce un resultado típico que no se previó (sic) siendo previsible o confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observarse según las circunstancias y condiciones personales."⁵⁴

El contenido del delito causal está determinado por el alcance que se le otorga a cada uno de sus elementos o aspectos conformativos, siendo

⁵⁴ Idem. p. 21.

estos la acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, los que en esencia conservó la perspectiva final de la acción.

CARACTERES NEGATIVOS DEL DELITO

La teoría de la culpabilidad expone los presupuestos por los cuales se le reprocha al autor la conducta antijurídica fincándole un reproche personal, cuando su conducta no es como lo exige el derecho y hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. De esta guisa, el objeto primigenio del reproche de culpabilidad es la voluntad, es decir, "el poder en lugar de ello" del autor con relación a su estructuración antijurídica de la voluntad.

Hemos analizado que la teoría finalista le asignó al dolo su lugar adecuado, como especie de la voluntad final de la acción en el tipo subjetivo de los delitos dolosos, excluyendo del concepto de culpabilidad todo elemento anímico-subjetivo para adoptar el criterio de reprochabilidad. En relación con la estructura antijurídica de la voluntad, sustituye los contrarios "objetivo /subjetivo" por los contrarios "deber/poder", entendiendo que el ámbito de la culpabilidad se trata del poder de estructuración de la voluntad según contenidos de deber ser obligatorios.

En ese sentido, el reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma estructurando su voluntad de acuerdo a ésta, fundado en dos premisas:

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

a) Los presupuestos existenciales de la reprochabilidad, es decir, la imputabilidad cuando el autor es capaz, atendidas su fuerza psíquica, de motivarse de acuerdo a la norma.

b) Presupuestos especiales de la reprochabilidad: posibilidad de comprensión de lo injusto, esto es, que dicho autor puede motivarse conforme a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuricidad de su propósito concreto.

El objeto de la dirección final no es el proceso causal exterior, sino los impulsos que compelen a su realización (dirección de los impulsos), cuyo criterio ordenador es el contenido de sentido supraindividual al que la persona se ve sometida y vinculada en la conducción de su vida (libre albedrío) en referencia a las normas del ordenamiento jurídico.

Todos los impulsos poseen un doble carácter; una determinada intensidad de impulso o compulsión y un determinado contenido de sentido; luego entonces, la decisión de acción o libre albedrío es el resultado del impulso que logró el predominio, tratándose de los actos de dirección conforme al sentido, donde no se experimentan los impulsos en su compulsión pasional, sino que sólo son comprendidos en su contenido de sentido y en su significación valorativa para una conducción de vida justa.

De esta manera, el agente cognoscente no puede ser simplemente sujeto de sus impulsos, sino que debe tener la capacidad de comprender dicho impulso del conocimiento, como tarea plena de sentido, que tiene que ser

sostenida frente a impulsos contrarios; esto es, de asumir la responsabilidad por el acto de conocimiento.

El libre albedrío es entonces la libertad respecto de la coacción causal ya que la culpabilidad precisa la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello, erradicando los impulsos contrarios al valor.

Como presupuestos de la culpabilidad la teoría finalista establece que son tres: La imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.

1.- LA IMPUTABILIDAD.

La culpabilidad en la teoría finalista se apoya en un primer elemento, que es la imputabilidad del sujeto, o sea la capacidad de poder actuar de otra manera. La imputabilidad es un elemento de la culpabilidad como ya lo señalamos en líneas anteriores y no como lo piensan algunos penalista causalistas de que se trata de un presupuesto.

En el sistema finalista el imputable si puede obrar de manera dolosa o culposa, y sub-obrar puede ser injusto pero no culpable, por estar imposibilitado de poder actuar de otra manera.

2.- CONCIENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.

La conciencia de la antijuridicidad, es el segundo elemento de la culpabilidad en el sistema finalista se encuentra en la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, conocimiento que es potencial, es decir, no se requiere que el sujeto conozca la antijuridicidad de su conducta, sino que basta con que podía haberla conocido, en esto se basa al reproche.

El finalismo al definir al dolo como finalidad de realizar el tipo penal, lo redujo a la relación psicológica exigida por el tipo en la acción finalista. La posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad de esa acción típica finalista que quedó como parte esencial de la culpabilidad; de ésta forma para la culpabilidad, no es la más importante si el sujeto conoció o no la antijuridicidad de su acción, lo importante es si podía conocerla o no.

3.- LA EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

La exigibilidad de otra conducta es el tercer elemento de la culpabilidad en el sistema finalista, se refiere a la exigibilidad de un comportamiento distinto al ejecutado por el sujeto, y que resultó típico y antijurídico. El derecho exige comportamientos sujetos a patrones subjetivos; aplicables al caso individual así como al derecho que está en su papel de exigir, dentro de parámetros normales que el sujeto se comporte de tal modo que no viene en la ley penal

2.2.8. INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad que opera cuando en el obrar de un sujeto imputable se hallen ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: Conocimiento y voluntad; es decir, que las causas de inculpabilidad están condicionadas a la existencia de la capacidad de entender y querer en el sujeto activo.

El causalismo involucra en este estadio el error esencial de hecho (que elimina el elemento intelectual) y la ocasión sobre la voluntad (que destruye el elemento volitivo).

El error sustancial de hecho, se presenta cuando el sujeto actúa antijurídicamente, creyendo actuar de forma jurídica, por su parte, la coacción sobre la voluntad constituye una causa de inculpabilidad por eliminar el elemento volitivo del dolo. "La coacción consiste en el constreñimiento que en el ánimo ejerce la promesa de un mal grave, irresistible e inminente, viciado por supresión o reducción, la capacidad de determinación del sujeto. Este, colocado en la disyuntiva de cometer el delito o de que, en caso de que no lo cometa, el mal prometido recaiga sobre bienes jurídicos propios o de terceros, opta por delinquir".⁵⁵

El caso fortuito consiste en obrar causando un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con las precauciones debidas. Siendo el caso fortuito la causa de un resultado ni

⁵⁵ Arilla Bas, Fernando. "Derecho Penal parte general". Ed. Universidad Autónoma del Estado de México, 1982, p. 369.

querido ni previsible, no puede ser imputado a título de dolo ni de culpa. Aquí la conducta no es culpable porque no es previsible al resultado.

En el sistema causalista se distinguió entonces entre componentes objetivos y subjetivos del delito, la parte objetiva del hecho debía reflejarse en los elementos de tipicidad y antijuricidad, en tanto que la parte subjetiva correspondía al elemento de culpabilidad.

El tipo se entendió como descripción puramente externa de la acción desprovisto de todo predicado de valor. La valoración jurídica de este suceso no podía tener lugar hasta el momento de la antijuricidad, y ello, en todo caso, desde una perspectiva puramente objetiva.

Por lo que respecta a la Teoría Finalista, a partir de la década de los años treinta, aparecen trabajos de Hans Welzel. La teoría sustentada por dicho autor cede gran importancia a la conducta humana, ya no existe la conducta como mero actuar causal, sino como actuar final; se propone un fin, y consigue un fin. Esa intencionalidad de la conducta representa al dolo por lo tanto, dice Welzel que el dolo debe estar en el tipo penal, y quitarlo de la culpabilidad pasándolo al tipo, trajo como consecuencia que el dolo fuera sólo intencionalidad, voluntad, mientras que el conocimiento de la antijuricidad se quedó en la culpabilidad. En cuanto a la culpa la pasa al tipo y la ponen como inobservancia de cuidado exigible de acuerdo a la actuación final del sujeto. La culpabilidad es despojada de los elementos subjetivos que son el dolo y la culpa para quedar como puramente normativa o como reprochabilidad.

Para la concepción finalista de Welzel contiene los siguientes elementos:

La conducta que es considerada como un hacer voluntario final, como un comportamiento intencional.

La tipicidad es entendida como la prohibición de la conducta dolosa o culposa.

La antijuricidad entendida en su aspecto formal como contradicción entre la conducta prohibida por el orden jurídico y en su aspecto material como dañosidad social.

La culpabilidad la que se entiende como reprochabilidad.

Concluyendo, Hans Welzel, acepta que si bien el delito parte de una acción y que ésta es una conducta humana y voluntaria, la misma tiene una voluntad; un fin, no como lo explicaba la Teoría Causalista que prescinde del contenido de la voluntad, o sea del fin; a la Teoría Finalista le interesa más la finalidad por parte del agente en la comisión del delito que por el resultado.

El casualismo y el finalismo consideran al delito como una acción típica, antijurídica y culpable, la diferencia está en que el casualismo ve en la culpabilidad el dolo y la culpa, lo que entiende como **dolus malo**, que se integra de un querer y conocer del hecho y también de un conocimiento de la antijuricidad de hecho; por lo que respecta al finalismo, el dolo lo divide

en el querer y conocer la realización de hecho (intención o fin), lo estudia en la tipicidad y en la culpabilidad como también el conocimiento de la antijuricidad, excepto lo referente al dolo sin olvidar que en una forma muy limitada se considera al delito como toda acción u omisión que sancionan las leyes penales.

Welzer dice: La conducta (acción humana) es finalista y no solamente causal pues la finalidad es "vidente" mientras que la causalista es "ciega" por lo tanto la conducta debe de entenderse como conducta culpable, que abarca tanto el querer, la conducta y el conocimiento como el resultado, de otra manera se aceptaría un concepto de conducta limitada o querer únicamente el movimiento corporal.

Por lo que respecta al finalismo en cuanto a la acción, maneja los conceptos expuestos por la teoría causalista, se habla de acción, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad (independientemente de la integración del tipo penal desde el punto de vista particular), tales conceptos son manejados con un esquema distinto por la teoría causalista.

El punto de vista de la teoría finalista de la acción es, como su nombre lo indica, una concepción distinta de la acción que manejaba la Teoría Causalista, ya que según éstos, acción es la manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal (o de la ausencia de ese movimiento corporal), que produce un resultado; es pues un proceso causal en donde la acción es la causa del resultado ya que como proceso causal naturalístico tiene que existir forzosamente un nexo causal entre la acción y

su resultado. Para la teoría finalista la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista; la acción es por tanto un acontecimiento finalista y no tan sólo causal, la finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, propone objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos, la finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo sino que es la resultante de los componentes causales, circunstancialmente concurrentes, la finalidad es vidente y la causalidad es ciega.

Orellano Wiarco da las siguientes diferencias.

"La explicación causalista derivó de una concepción filosófica naturalista y positivista que cobró auge a fines del siglo pasado. Liszt y sus seguidores plantearon la necesidad de extraer la teoría del delito de la propia ley, naciendo así la dogmática jurídica penal.

El sistema finalista aparece inspirado en la filosofía de los valores, corriente filosófica que surge en Alemania a principios del presente siglo, y que en el terreno del derecho penal cuestiona los postulados del sistema causalista.

El sistema de la acción finalista rechaza esta concepción que considera reñida con la propia realidad y con lo preceptuado por la ley. No es posible, a su juicio, separar la voluntad de ejecutar una acción de su finalidad; la

acción es "vidente". Lo importante no es el resultado, como destaca el casualismo, sino la propia acción.

El casualismo coloca en el plano objetivo a la acción, la tipicidad y la antijuricidad; la culpabilidad dice que pertenece a lo subjetivo. El finalismo plantea que tal división forzó la realidad, pues quien ejecuta una conducta toma en cuenta la finalidad de la misma y sus efectos concomitantes, pero esta finalidad está en su mente, reside en el campo subjetivo.

La tipicidad para el sistema causalista, aparece cuando la conducta, encuadra en el tipo en la norma, pero este encuadramiento es en relación con los elementos objetivos del tipo. La aparición de los elementos subjetivos del tipo, fue uno de los problemas más serios que se plantearon a este sistema, y Binding alude la cuestión, sin conseguirlo, diciendo que estos llamados elementos subjetivos, son objetivos porque aparecen en la ley.

El sistema finalista considera que al tipo corresponden la conformación de elementos subjetivos y objetivos (también normativos) y dentro de los elementos subjetivos muy destacadamente aparecen el dolo y la culpa. Agrega a este sistema que la ley, al señalar por ejemplo, "al que ejecute": "al que cometa", etcétera, está exigiendo que la acción típica tenga un contenido doloso, por lo que es congruente el incluir en el tipo el dolo y la culpa, y no separarlos arbitrariamente como lo hace el casualismo.

El casualismo no puede explicar la tentativa atendiendo a una acción "ciega" y a un resultado no producido, en efecto, ¿cómo saber qué se

propuso el sujeto si sólo podemos formarnos un juicio sobre su mero comportamiento corporal y el resultado no aconteció?, el finalismo al señalar que la acción es "vidente", no requiere del resultado para explicar cual fue la finalidad del sujeto, ya que éste nivel se estudia la conducta dolosa. En forma semejante va a resolver el finalismo los problemas de la participación en el delito, partiendo de la acción finalista de cada participante, lo que el sistema causalista no puede lograr al poner su énfasis en el resultado y porque el estudio del resultado del dolo, de su intención, de su finalidad lo remite a la culpabilidad.

El finalismo ubica en la teoría del tipo el estudio de error de tipo, referido a los errores invencibles, vencibles o irrelevantes, en que la conducta dolosa puede incurrir respecto de los elementos del tipo. Así, el error invencible destruiría el dolo del tipo, el vencible, podrá dar lugar a culpa y el irrelevante dejará intacto el dolo. También se debe al finalismo la elaboración de la Teoría del error de prohibición, que también puede ser invencible o vencible; el primero anula la culpabilidad del sujeto porque incurre en un error insuperable sobre la conciencia de la antijuricidad, el error vencible da lugar a una culpabilidad disminuida.

La teoría causalista habla del error de hecho invencible y errores accidentales, pero los estudia con relación a la culpabilidad.

En el casualismo, el estudio de la antijuricidad se ubica en el plano objetivo, sin embargo, el problema de los elementos subjetivos del injusto vuelven a plantear problemas que quedan insolubles. El finalismo al ubicar al dolo y

otros aspectos subjetivos en el tipo, no se plantea esas incongruencias del sistema causalista.

Los causalistas colocan al dolo y a la culpa en el terreno de la culpabilidad, a la imputabilidad como un presupuesto de la propia culpabilidad.

El sistema finalista ubica, al dolo y la culpa en el tipo y a la culpabilidad la reserva el importante papel de llevar a cabo "el reproche" de la conducta típica, apoyada en la posibilidad de poder actuar, en el conocimiento de la antijuricidad, y en la exigibilidad de conducta diversa a la ejecutada. La culpabilidad "reprocha" que el sujeto no se haya motivado en sentido exigido por la norma.

Se acusa al finalismo de haber dejado "vacía" la culpabilidad al despojarla del dolo y la culpa, crítica que no nos parece acertada pues la culpabilidad no ha quedado "vacía" sino que se le colocó en su verdadero papel, en aquél en donde al sujeto se le va a valorar, a "reprochar" por no haberse motivado a obrar conforme a la norma, o de conformidad con los valores aceptados por la ley. La culpabilidad va a ser la medida de la pena; qué papel más importante y delicado podemos concebir.

En algunas ocasiones hemos externado que quien investido de la honorable condición de juez tiene que establecer la pena aplicable al sujeto acusado y graduarla conforme a su culpabilidad, está jugando a ser "Dios", responsabilidad de la mayor magnitud, de la que deberá dar cuenta no sólo a la sociedad, sino a sí mismo.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Al decidir sobre la responsabilidad, le toca aplicar la pena, individualizar ésta con base al reproche y todo esto lo podría hacer mejor, mientras nos penetre en el estudio de los temas de la teoría del delito.

Consecuencias de las diversas soluciones que asignan causalistas y finalistas a los elementos del delito, también es diversa la solución a los aspectos negativos del delito desde los casos de ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación y de inculpabilidad, que se han apuntando a lo largo del desarrollo del presente trabajo.

La teoría finalista se ha venido abriendo campo en la teoría del delito. En México han predominado los penalistas afiliados al sistema causalista; de ellos recibimos en las aulas y en la vida profesional múltiples enseñanzas, y para todos ellos nuestros respetos, pero seguros estamos que el sistema finalista seguiría abriendo camino, más aún otros sistemas, algunos inspirados o basados en el finalismo, aparecen planteando nuevas soluciones como lo son la Teoría de la Acción Social y muy especialmente el Sistema Lógico Matemático, propuesto por Penalistas Mexicanos".⁵⁶

El problema a conocer es la forma de cómo en la práctica judicial en los Juzgado del Estado de México, se han aplicado las reformas constitucionales y legales que cambiaron del casualismo al finalismo y viceversa teniendo como panorama tres años anteriores y tres posteriores a la reforma.

⁵⁶ Orellana, O. Op. Cit. pp. 164-167.

soluciones como lo son la Teoría de la Acción Social y muy especialmente el Sistema Lógico Matemático, propuesto por Penalistas Mexicanos".

La discusión moderna en torno a la construcción del concepto de delito, iniciada por la teoría de la acción finalista en oposición crítica a la dirección teleológica, se caracteriza por un desplazamiento de la atención sobre el aspecto ético personal de la infracción penal, o, en otros términos sobre el aspecto personal y ético social del injusto. Por lo que el punto esencial de la discusión se ha desplazado en el sentido de proceder a la configuración de un concepto personal de acción y su conclusión ésta constituida, precisamente, por el sistema de la teoría de la acción final, en primer lugar por Welzel y quien también tuviera participación en sus orígenes Weber, Z uDohna y Mayer, entre otros, lográndose en éste nuevo sistema la unificación en una síntesis de las aspiraciones de la dirección personal y de la teleología del injusto. La teoría de la acción final lleva a sus mayores límites la evolución iniciada por la dirección teleológica en el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y de lo normativo de la culpabilidad; pero, en contra de la construcción tradicional del delito el dolo es trasladado del campo de la culpabilidad al de la acción y consecuentemente al del injusto, precisamente con la inclusión del contenido de la voluntad en el concepto de acción; lo que no implica que se haya abandonado el concepto de culpabilidad sino que a ella se le ha dado su verdadero contenido de valoración.

En la década de los treinta, el sistema de Liszt Beling, para entonces declinante con el desarrollo que experimentó durante el periodo teleológico,

como se manifiesta fundamentalmente en la obra de Mezger , nuevamente se vio sometida a severas críticas, que se dirigieron tanto en contra de la base filosófica, representada sobre todo por la filosofía de los valores de la escuela sudo-occidental alemana, como en contra de la base científica del positivismo naturalista y, por tanto, en contra del postulado "causalista", como se observa particularmente en la obra de Welzen **naturalismos und Wertphilosophie im Scrtafrecht** aparecida en 1935. En esta obra Welzen arremete contra el positivismo jurídico al que considera la doctrina de la unipotencia jurídica del legislador, lo hace también contra la escuela de la filosofía de los valores, a la que considera una continuación de aquél, por haber mal entendido el pensamiento de Kant. Para él, el orden positivo, real, no puede contener cualquier contenido arbitral como lo cree el positivismo; el legislador siempre se encuentra ligado a determinados límites inminentes del derecho positivo, entre los que se encuentra la estructura ontológica de la acción; y que, de no observar el legislador tal estructura al hacer sus regulaciones, éstas serán falsas. Esta estructura ontológica de la acción esta dada previamente a toda valoración y regulación, a la que el legislador no puede ni quitarle ni agregarle nada.

Conforme a esta nueva concepción la acción es "actividad final" es ejercicio de la actividad final humana, y como tal es un acontecer final y no solamente causal; la finalidad, por otra parte, es vidente y la culpabilidad si es real, el derecho penal puede dirigirse al hombre prohibiendo u ordenando sólo porque el hombre es capaz de un hogar con conciencia final; las prohibiciones y los mandatos del derecho, no pueden dirigirse a los procesos causales ciegos, sino sólo a las acciones que pueden configurar el futuro. Las normas solo pueden mandar prohibir una conducta

final; de esta manera la esencia de la acción fue fundamentalmente definida; y a su mayor estructuración correspondió, a la vez, una fundamental estructuración de los conceptos del tipo y de culpabilidad y como ello da la total estructura del delito; y una polémica entre la teoría de la acción causal y la teoría de la acción final, cuya mayor intensidad se manifestó en Alemania en la década de los cincuentas por los estudiosos que ya hemos mencionado en el presente capítulo.

CAPÍTULO III.

ELEMENTOS DEL TIPO.

3.1 DEBER JURÍDICO PENAL.

El tipo penal es descripción de conducta negativa acreedora de pena en determinado momento si es acción llega a comprobarse que es delictiva y merecedora de reproche penal; los elementos del tipo penal objetivos son todos aquellos aspectos apreciables sensorialmente o de los sentidos del ser humano incluyendo datos y condiciones jurídicas de naturaleza objetiva, en el presente capítulo analizaremos estos elementos que se ven en los tipos tanto en la corriente causalista como en la finalista.

"El deber jurídico es la prohibición o el mandato categórico contenido en un tipo legal. Este deber es un elemento, valorativo del tipo legal, enunciado en forma de prohibición o en una forma de mandato. Como prohibición, es un deber jurídico de abstenerse; como mandato es un deber jurídico de actuar".⁵⁷

El imperativo no es únicamente prohibición o mandato; toda prohibición es al mismo tiempo un mandato. Si se prohíbe una acción, a la vez se está ordenando una omisión y si se prohíbe una omisión, ello significa que se

⁵⁷ Romero Tequextle Gregorio, "Cuerpo del Delito ó Elementos del Tipo", 065. Editores S.A de C.V. 1999, Puebla, pp. 61 y 62.

ordena una acción. En los tipos de acción se esta prohibiendo la acción y en consecuencia lo ordenado es la omisión. En los tipos de omisión lo que se prohíbe es la omisión, por tanto lo que se ordena es una acción. hay una relación en ambas formas de enunciar el deber, se prohíbe una acción si se ordena una omisión y se prohíbe una omisión si se ordena una acción.

Como la omisión se define en términos de la acción omitida, parece conveniente enunciar el deber como un mandato en tanto que los tipos de acción lo más adecuado es enunciarlo en términos de prohibición.

En los tipos de acción sin resultado material se prohíbe la acción, y en los tipos de acción con resultado material se prohíbe tanto la acción como el resultado material. En los tipos de omisión sin resultado material se ordena la correspondiente acción a la cual también conocemos como omisión simple y en los tipos de omisión con resultado material u omisión impropia se ordenan tanto la acción como la evitación del resultado material.

Los tipos de acción con resultado material no pueden extenderse sin más para abarcar la omisión. Para hacerlo es necesario regular expresamente en el propio tipo el deber de evitar el resultado, o bien establecerlo en la parte general en una regla general.

Si no está regulado el deber en alguna de las dos formas anotadas la aplicación extensiva de los deberes constituye una violación al principio de legalidad consagrado en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional. El deber jurídico es un elemento discutido al que aluden los lógicos, es la prohibición de un mandato realizada por el legislador, en los cuales está

implícito en el tipo penal. Asimismo, refieren que aunque el tipo no lo diga textualmente, el mandato o la prohibición está implícita. Los tradicionalistas dicen que en los tipos penales nadamás está la definición más no la prohibición, y aluden a que en el tipo está la pura descripción. También dicen los lógicos que cuando el legislador describe una actividad, lo que está implícito es una prohibición de esa actividad, y cuando el legislador describe una inactividad lo que está implícito es un mandato de actuar, lo que establecimos en líneas anteriores.

3.2.- BIEN JURÍDICO

El bien jurídico es el concreto interés individual o colectivo de orden social protegido en el tipo legal.

Von Liszt trata de definir cuáles eran los bienes jurídicos que deberían protegerse en los tipos penales y lo vio como un concepto central, como la estructura del delito y como un interés previo a la norma y define el bien jurídico como aquellos intereses fundamentales para la sociedad, y esos serán los que el legislador protegerá en las normas.

Beling dio un concepto formal de bien jurídico al decir que es aquél que el legislador protege en la norma penal.

Los lógicos definen al bien jurídico como un valor social objetivo de carácter individual o colectivo necesario para la existencia misma de la sociedad o para la coexistencia pacífica de sus miembros.

La mayoría de los autores dicen que el bien jurídico es un concepto fundamental ya que todos los tipos hacen referencia a uno o a varios tipos, y es un criterio de interpretación y establece que no se protegen las cosas o los objetos sino el interés que hay en las personas o en los objetos.

Los bienes jurídicos pueden ser individuales como la vida y también colectivos como lo puede ser la seguridad en el transporte, la seguridad del Estado. También los bienes pueden ser difusos como aquellos que recaen en la humanidad como lo sería el medio ambiente, siendo también bienes jurídicos disponibles y no disponibles, siendo los primeros los de carácter patrimonial porque el titular puede disponer de ellos y los segundos son los que el titular no puede renunciar a ellos como puede ser la vida.

En la actualidad la doctrina moderna acepta que la moral no es un valor protegible, considerándola como un interés.

3.3 SUJETO ACTIVO

El sujeto activo es aquella persona que está en condiciones de realizar la descripción del tipo penal.

La doctrina tradicional no se ocupa del tipo. Cuando hay un delito pueden intervenir varias personas en determinados grados de participación.

Existiendo un criterio subjetivo respecto al presente tema del autor o sujeto activo y éste refiere que todos los que intervinieron son indispensables para que se cometa la conducta delictiva, por lo tanto para saber quién es el

autor y tenga que ver el objetivo, según este autor; el hecho como propio y para saber quién quiere el hecho; pero si se trata de averiguar el interés que al autor tiene para obtener el resultado. Existiendo el criterio objetivo para distinguir entre autor y partícipe, seguir este criterio para decir que es autor el que realiza personalmente toda la acción descrita en el tipo.

Surge entonces un nuevo criterio que va de acuerdo a la concepción finalista de la acción en el sentido de que se entiende la conducta como algo complejo que tiene una intencionalidad y una exteriorización o aspecto externo y se habla del dominio del hecho entendiendo al autor como aquél que tiene el dominio del hecho, o sea el que tiene el poder de decisión sobre la configuración central del hecho, esto debe analizarse en el caso concreto en las consecuencias objetivas y subjetivas. Cuando se habla de autor se habla de autor material y mediato; en partícipes se habla de instigadores y de cómplices.

El autor material o autor directo es el que realiza tanto subjetivamente como objetivamente los requerimientos de la conducta.

También se considera autor directo el que se vale de otro para realizar la conducta.

Autor mediato es el que se vale de otro que actúa sin dolo o que actúa justificadamente, ejemplo el que da la orden tiene mucha autoridad y el que obedece es responsable.

Coautor es cuando la conducta realizada con dominio de hecho dan autores materiales.

Instigadores son los que se conocen como autores materiales, es el que determina intencionalmente a otro para que cometa un delito. El instigador no tiene dominio del hecho.

El autor mediato tiene dominio del hecho.

Cómplice es el que auxilia o ayuda intencionalmente en la comisión de un delito.

Cómplice primario es imprescindible, sin su ayuda no se hubiera cometido el delito.

Cómplice secundario es aquel cuya ayuda no fue imprescindible.

El autor material si puede ser doloso o culposo, el autor mediato es doloso o intencional.

Todos tienen la misma punibilidad, pero el juez puede aplicar diferente penalidad.

Las de participación o autor mediato vienen a ser mecanismos de aplicación de los tipos en la parte especial. No son tipos independientes sino que están en la parte general para ampliar la parte especial, no se castiga al partícipe si no se comete el delito principal, por ejemplo un

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

pistolero que es contratado para matar a determinada persona, pero antes se muere de un paro cardíaco.

Para los lógicos cada uno de estos son tipos penales independientes, el cómplice es un tipo independiente, cuyo sujeto activo es el que presta auxilio en la comisión del delito, para los lógicos todo sujeto activo debe tener una capacidad psíquica. El legislador penal se dirige a sujetos por una determinada capacidad psíquica, es decir, que están en capacidad de comprender lo que se le dice y pueden conducirse dentro de esa capacidad, está la voluntabilidad y la imputabilidad.

VOLUNTABILIDAD

Es una capacidad de conducirse en el mundo fáctico, implica conocer y querer la realización de la parte objetiva no valorativa del tipo penal, capacidad de querer, conocer la conducta del tipo, la voluntad tiene que ver con la conciencia, es una capacidad.

IMPUTABILIDAD

Es la capacidad de comprender la ilicitud y de conducirse conforme esa conducción comprensión, tiene que ver con el mundo fáctico valorativo de los hechos.

Las normas penales se dirigen en principio a adultos con capacidad psíquica y a los mismos para menores infractores.

Los lógicos dicen que podría uno imaginar normas penales para inimputables permanentes, pero esos se comprendían en un tipo más una medida de seguridad.

En caso de inimputabilidad solo se aplicará medidas de seguridad si son permanentes.

El sujeto activo puede o tener capacidad específica y pluralidad específica. La calidad de garante es la relación especial, estrecha y directa en que se halla un sujeto y un bien singularmente determinado, creada para la salvaguarda del bien.

Es una calidad del sujeto regulada por el derecho penal que en los tipos de omisión se introduce para especificar al sujeto que tiene él deber de actuar para la conservación del bien; la calidad de garante hace posible por su parte aprehender espacial y temporalmente la conducta omisiva y por la otra determinar al sujeto que la realiza.

El autor de una omisión es quien previamente y por algún hecho o circunstancia de la vida se ha colocado en la posición de garantía, es decir, se ha convertido en el garante del bien jurídico frente a la lesión que pudiera sobrevenir. Esta calidad de garante implica para el sujeto el deber de ejecutar una acción idónea para evitar la lesión típica. Si no la ejecuta le será atribuida la lesión como si la hubiese producido.

En los tipos de omisión sin resultado material, la calidad de garante se regula en el mismo tipo; en los de omisión con resultado material pueden

ser reguladas en cada tipo legal o en una regla general. Lo aconsejable es la regla general que sintetice las cuatro categorías de hechos y circunstancias de la vida que generan la postura de garantías a saber:

- a).- Normas jurídicas extrapenales, incluyendo las de derecho consuetudinario y las resoluciones de los tribunales.
- b).- Aceptación efectiva.
- c).- Una conducta anterior peligrosa y
- d).- Especiales comunidades de vida o de peligro.

Los Códigos Penales mexicanos no contienen esa regla general, por ello, la autoría en los delitos omisivos con resultado material se restringe a los tipos que expresamente lo prevén.

Para entender la calidad de garante debemos hacer referencia a las conductas previstas en el tipo penal, ya que hay tipos que sólo describen una actividad; por ejemplo apoderarse, tener cópula, Hay otros tipos penales que describen una actividad más un resultado, hay otros tipos que describen inactividades, y hay otros que describen inactividad más un resultado, por ejemplo el homicidio culposo calificado.

El problema de la calidad de garante se genera en la cuarta situación en la inactividad más resultado; por ejemplo en el que muere un niño por que nadie le da de comer y el resultado ¿a quién se le atribuye? si no hubo una actividad, un no hacer, no causa nada, no hay relación causa efecto en una inactividad y un resultado, por lo tanto no hay una línea causal entre una inactividad y un resultado frente a esta situación. La doctrina ideó la

calidad de garante como la relación especial y estrecha que existe entre una persona y un bien jurídico, relación por la cual esa persona tiene la obligación de actuar para salvar ese bien jurídico y en caso de no hacerlo se le podrá responsabilizar por la lesión que sufrió el bien, por ejemplo, el salvavidas que no actúa para salvar a un sujeto que se está ahogando.

La calidad de garante se adquiere en primer lugar cuando hay un deber de proteger determinados bienes, y en segundo lugar cuando hay una responsabilidad por determinadas fuentes de peligro.

Calidad específica son las características exigidas en el tipo legal que debe reunir el sujeto activo por ejemplo el ser servidor público en el delito de peculado, el carácter de descendiente consanguíneo en línea recta en el delito de parricidio, la esfera del sujeto activo en algunos tipos legales se halla limitada por determinadas características que son requeridas para la integración del autor material. En los ejemplos que se han mencionados sólo puede ser autor quien reúne las calidades dispuestas ya que el deber jurídico se dirige no indistintamente a todo sujeto, sino sólo a los que pertenecen a la clase limitada por la calidad.

La calidad específica es el conjunto de características exigidas en el tipo y determinadoras de los sujetos a quienes va dirigido el deber.

Pluralidad específica es el número de dos o más activos exigidos en el tipo penal, por ejemplo la violación tumultuaria en la cual intervienen dos o más personas, en la pandilla deben ser dos o más.

Algunos tipos legales exigen una cierta pluralidad en el sujeto activo como por ejemplo en la asociación delictuosa, el incesto, la conspiración, la rebelión, la sedición, etcétera; en esos casos la pluralidad de personas físicas debe ser la necesaria y suficiente para hacer factible la lesión del bien jurídico; por ello se habla de autoría material necesariamente múltiple, en otros tipos legales no se requiere la pluralidad en el sujeto activo, por ejemplo en el homicidio, el robo, el infanticidio, etcétera, estos tipos se caracterizan por una sola persona, aunque pueden presentarse varias en algunos casos concretos, se dice entonces que se trata de una autoría eventualmente múltiple.

3.4 SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido en el tipo penal, depende del bien que se proteja, el sujeto pasivo podrá no tener calidad y pluralidad específicas.

La calidad específica es la característica exigida por el tipo que debe reunir el sujeto pasivo por ejemplo ser menor de catorce años para existir la violación por equiparación. Es un conjunto de características del sujeto pasivo en función de la naturaleza del bien tutelado. Sólo quien reúne esas características de calidad específica puede ser pasivo en el caso concreto, por ejemplo en el de parricidio ser ascendiente consanguíneo en línea recta; en el de estupro la mujer debe ser mayor de catorce años y menor de dieciocho, casta y honesta. Cuando no sea señalada calidad específica cualquiera puede ser sujeto pasivo. La calidad específica es el conjunto de características delimitadoras del sujeto pasivo en función de la naturaleza

del bien tutelado. Quien reúne esas características puede ser sujeto pasivo en el caso concreto.

PLURALIDAD ESPECÍFICA

Es el número de dos o más pasivos exigidos en el tipo penal, y hay tipos legales que describen una cierta pluralidad de personas para la integración del sujeto pasivo como por ejemplo el aborto sufrido (el producto de la concepción no nacido y la mujer embarazada) otros no requieren de pluralidad como por ejemplo el robo, el fraude, abuso de confianza, etcétera, aquí también como ejemplo de pluralidad específica tenemos el genocidio, por eso concluimos que hay dos tipos legales que exigen una cierta pluralidad de personas para la integración del sujeto pasivo.

3.5.- OBJETO MATERIAL

El objeto material es el ente corpóreo hacia el cual se dirige la conducta y que no siempre coincide con el bien jurídico, por ejemplo en el homicidio es el cuerpo del pasivo. El objeto material o también conocido como objeto de la acción es el ente sobre el cual recae la conducta del sujeto.

Objeto material o también conocido como objeto de la acción, es el ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrito en el tipo.

3.6.- RESULTADO MATERIAL

El resultado material es la consecuencia necesaria de la conducta exigida en el tipo penal. Es el efecto natural de la actividad prevista en el tipo. Su

presencia en el tipo es eventual, pues depende de su necesidad para la producción de la lesión del bien. El legislador, de entre todos los efectos naturales de la actividad, sólo describe en el tipo el necesario e idóneo para producir la lesión. Necesidad e idoneidad respecto de la lesión, es determinante para la exigencia de un resultado material.

La acción y el resultado material.

La conexión entre estos elementos dio origen a la discusión de la causalidad, esto se debió a la sistemática construida acerca del delito y a la irrupción en la ciencia jurídica penal de las teorías del vínculo causal que dominaban hasta el siglo pasado. El finalismo al situar al dolo y la culpa en la conducta permite reducir el marco de esta conexión.

La causalidad se entroniza en el derecho penal para determinar en el homicidio la causa productora de la muerte, extendiéndose para convertirse en el problema de todos los delitos. Esto último representa un extravío, porque el nexo causal solo debe ser planteado en los delitos de acción con resultado material, todas las acciones humanas generan efectos naturales y por ende en todos hay un nexo causal sólo. A pesar pero el legislador no siempre toma en cuenta esos efectos y por ello tampoco el nexo causal; a pesar de esta reducción subsiste un defecto en los delitos omisivos, pues los juristas consideran que en la omisión hay una conexión causal. Esto es una distorsión del acaecer fenoménico y establece que en la omisión hay una relación de normatividad. La causación es propia de los delitos de acción. El nexo causal es una línea de conexión objetiva entre la actividad y el resultado material, en la que no entra en juego la voluntad.

La concepción científica del nexo causal es aplicable al derecho penal ya que a este último no le interesa el conjunto de las condiciones ni tampoco cualquiera de ellas; regula solamente, la causa puesta en juego por el agente del delito, tal es el alcance semántico del verbo empleado en la descripción legal. Por ejemplo en el homicidio es causal toda la actividad que se resuelve en privar de la vida a otro, y es no causal toda actividad que no satisface esa propiedad. Se entiende que la actividad no desemboca de modo directo en el resultado material; entre ambos extremos tiene lugar una cadena causal. La actividad es el primer eslabón en la serie causal; el efecto inmediato es a su vez causa de otro posterior y así sucesivamente hasta el resultado material.

La causa está dada por la actividad, el nexo causal por el proceso naturalístico mirado en su totalidad. Por ser la actividad un elemento del tipo, es obvio que la causa éste limitada por la figura legal. La causa es típica y el contenido semántico de la actividad es lo que justifica lo típico de la causa, el nexo causal es típico y lo es porque sus polos, actividad y resultado material son resultados del tipo.

Causa es la actividad del sujeto activo en adecuación a la semántica del verbo típico.

Omisión y resultado material.

La omisión y resultado material se ligan entre sí no por la causalidad, sino por la posición de garantía en que se encuentra colocado en autor para la

salvaguarda del bien. Es la relación de índole normativo y no de orden natural. El resultado material se asocia a la inactividad del garante por el deber que éste tenía de evitarlo; es decir, al garante se le atribuye la autoría en la producción del resultado, no por que lo haya causado, sino por haberlo evitado.

3.7. NEXO DE CAUSALIDAD.

Nexo causal es el proceso naturalístico relacionante de todos los efectos consecutivos a la actividad, el último de los cuales es el resultado, material o como otros autores lo refieren es el enlace conducta resultado.

El nexo normativo puede definirse como la relación jurídica que atribuye el resultado material a la inactividad del sujeto activo señalado en el tipo como garante de la evitación de ese resultado, lo cual se da en los delitos de omisión.

Al hablar de la realización de la acción y de la omisión se mencionó lo concerniente al nexo de causalidad o evitabilidad que debe tener con el resultado acaecido, siendo que tal figura es a la que se refiere la ley adjetiva penal cuando indica que se debe acreditar, si el tipo lo requiere el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión del agente del delito; por eso cuando nos encontramos ante la presencia de un delito de resultado material tenemos un nexo causal, cuando nos encontramos ante la presencia de un ilícito de resultado formal encontramos un nexo jurídico y cuando nos encontramos en una relación jurídica que se le atribuye un resultado material de una inactividad señalando en el tipo como garante de

la evitación de ese resultado nos encontramos ante la presencia de un nexo normativo.

MODALIDADES

3.8 REFERENCIAS DE OCASIÓN.

a).- MEDIOS.

Son el instrumento o la actividad distinta de la conducta, exigida en el tipo, empleados para realizar la conducta o producir el resultado.

b).- REFERENCIA TEMPORAL.

Es la condición de tiempo o lapso, descrita en el tipo dentro de la cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.

c).- REFERENCIA ESPACIAL.

Es la condición de lugar, señalado en el tipo, en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.

d).- REFERENCIA DE OCASIÓN.

Es la situación especial, requerida en el tipo, generadora de riesgos para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado.

3.9 LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO.

La lesión del bien jurídico es la destrucción, disminución o comprensión del bien, contemplados en el tipo peligro de lesión es la medida de probabilidad, señalado en el tipo, asociado en la destrucción, disminución o comprensión del bien jurídico.

3.10 VIOLACIÓN DEL DEBER JURÍDICO PENAL.

Violación del deber jurídico penal es oposición al deber jurídico penal de la conducta que, al lesionar o poner en peligro el bien tutelado en el tipo, no va a salvar el bien jurídico alguno o es innecesaria por existir otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

3.11 DOLO.

El dolo en la corriente finalista se encuentra contemplado como elemento subjetivo y lo encontramos en el tipo, o debe incluirse en el tipo penal; esta figura ya la comentamos en el segundo capítulo del presente trabajo, en el que se menciona al dolo como elemento subjetivo o interno, dado que si la acción tiene su naturaleza en una unidad final de sentido, el tipo debe abarcar todos los momentos finales, ya que la función del dolo es describir acciones prohibidas, luego entonces para la realización del tipo subjetivo el derecho penal requiere del dolo de tipo, la culpa y los especiales elementos subjetivos en el autor diferentes al dolo.

El dolo de tipo como se mencionó es la voluntad de dirección final orientado a la realización del tipo; es decir significa conocer y querer la realización típica, que exige como condiciones: El conocimiento de las circunstancias del hecho, la previsión del resultado y la previsión del curso de la acción. El dolo constituye el núcleo de lo injusto personal de la acción en los hechos dolosos, siendo el elemento subjetivo general del tipo que determina el curso, dirección y meta, dolo acción lo que supone la existencia de dos dimensiones, las cuales reiteramos son mencionar en el segundo capítulo.

El dolo y la culpa en la escuela causalista se estudiaban dentro de la culpabilidad y en la teoría finalista dejan de ser especies de la culpabilidad, como tradicionalmente se les aceptó y pasan a constituir el fin de la acción; es decir en el ámbito de la acción típica, en donde debe analizarse si ésta se realizó dolosa o culposamente. Al finalismo le interesa con que fin iba dirigida esa acción u omisión, qué meta se fijó el activo al desplegar la conducta de acción o de omisión, tratando de analizar la subjetividad de la conducta para establecer si el actor se propuso cometer el injusto; o si incumplió un deber de cuidado que estaba obligado a prever o sea actuar con culpa como veremos enseguida.

3.12 CULPA.

Existe culpa cuando no se provee el cuidado posible y adecuado para no producir, o en su caso evitar, la lesión del bien jurídico previsible y provisible, se haya o no previsto.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

A la previsibilidad y provisibilidad, se les denomina como aspectos subjetivos de la culpa.

Previsibilidad.- Era posible imaginar con anticipación la lesión del bien. Prever es ver antes, con anticipación lo que puede suceder.

Provisibilidad.- Es que se podría poner el cuidado para evitar la situación.

Una conducta se estima culposa, se refiere la presencia de un actuar voluntario realizado sin las cautelas o precauciones exigidas por la ley, que produzca un resultado que pudo haber sido previsto y evitado, existiendo una relación de causalidad entre el actuar inicial y el resultado no querido ni deseado por el agente.

Existen tres teorías que explican la culpa las cuales mencionaremos de la manera más sencilla:

1.- TEORÍA DE LA PREVISIÓN.- Funda el mecanismo y la estructura de la culpa en la posibilidad que tiene el agente de prever el resultado ocasionado con su actuar delictivo.

2.- TEORÍA DE LA PREVISIBILIDAD Y EVITABILIDAD.- Para fundar la culpa no basta solo con la oportunidad que tiene el agente de prever el resultado, sino que además se requiere la oportunidad de evitar ese resultado.

3.- TEORÍA DE LA FALTA DEL DEBER DE ATENCIÓN.- La razón de ser de la culpa radica en la desatención que tiene el agente al deber de cuidado que debe cumplir.

A continuación se verán las clases de culpa que la doctrina ha aceptado y son las siguientes:

1.- CULPA CONSCIENTE CON PREVISIÓN Y REPRESENTACIÓN.-

Existe un comportamiento inicial que es conforme a derecho, con la previsión de que por su forma de ejecución probablemente se puedan afectar bienes jurídicos; sin embargo, el agente no desiste de su conducta porque abriga la esperanza de que no se producirá el resultado previsto. Es cuando el sujeto prevé la lesión del bien jurídico, pero piensa que esto no va a suceder y no quiere que suceda.

En esta clase de culpa pondremos como ejemplo aquél sujeto que conduce un vehículo que sabe que carece de frenos, pero se espera no ocasionar ningún daño, otro ejemplo aquel sujeto que conduce un vehículo de motor en estado de ebriedad, a sabiendas de que se encuentra en estado inconveniente y que puede ocasionar algún daño, lesionar o privar de la vida a otra persona.

2.- CULPA INCONSCIENTE SIN PREVISIÓN Y SIN REPRESENTACIÓN:

Existe un comportamiento inicial conforme a derecho, pero por un descuido se efectúa la ejecución de un delito que no obstante que pudo ser previsible el resultado, el agente no se llega a dar cuenta de lo que puede ocasionar

con su actuar. Es cuando el sujeto ni siquiera imagina la posibilidad de lesionar el bien jurídico.

Ejemplos: Un velador se queda dormido con un cigarro prendido en la mano el cual se le cae originándose con ello un incendio. El sujeto que conduce un vehículo de motor en estado normal y produce lesiones y daños a terceros.

3.13 ELEMENTOS NORMATIVOS.

Los elementos normativos son los que establece el juzgador para manifestar una determinada conducta, en la que no sólo se requiere describir la acción sino la realización de un juicio de valor sobre el hecho. Estos elementos normativos contienen una especial alusión a la antijuridicidad de la conducta. En los elementos normativos es necesario un determinado juicio de valoración. Gregorio Romero señala como ejemplo aquellos tipos en los que se exige que se realice la conducta indebidamente, ilícitamente; también existen algunos injustos en los que se requiere que la conducta sea injustificada o justificada, como ocurre en los delitos contra la administración de justicia.

El mismo Gregorio Romero Tequextle refiere de los elementos normativos:

“a.- Elementos de Juicio cognoscitivo que suponen una valoración de la concreta y específica situación de hecho.

b.- Elementos de valoración jurídica que opera en virtud de criterios contenidos en otras normas jurídicas.

c.- Elementos de valoración cultural pues se refiere una actividad valorativa conforme a criterios éticos y sociales".⁵⁸

Los elementos normativos: son aquellas situaciones o conceptos complementarios, impuestos en los tipos que requieren de una valoración cognoscitiva, jurídica, cultural o social.

Rodríguez Devesa José María menciona que los elementos normativos son "aquellos que requieren valoración por parte del interprete o del juez que haya aplicar la ley. Esta valoración puede proceder de diversas esferas y tener por base tanto a lo radicado en el mundo físico como perteneciente al mundo síquico".⁵⁹

Juan del Rosal refiere que los elementos normativos son "todos aquellos en los cuales el Tribunal de Justicia no se satisface con una simple constatación de la descripción efectuada en la ley, sino que se ve obligado a realizar otra para concretar más de cerca la situación del hecho. Aquí cabe describir: Elementos puramente cognoscitivos en los que los Tribunales valoren de acuerdo con datos empíricos y elementos del tipo valorativos o necesitados de valoración, en que el Tribunal adopta una actitud valorativa emocional".⁶⁰

⁵⁸Romero Tequextlé Gregorio Op. Cit. p. 70

⁵⁹Rodríguez de Veza José María. "Derecho Penal Español", Madrid, Artes Gráficas 1981 p. 339.

⁶⁰Rosal, Juan del. "Tratado de derecho Español, Madrid, Villena 1978 p.p. 781-782.

CAPÍTULO IV.

ENJUICIAMIENTO PENAL.

4.1 SENTENCIAS CAUSALISTAS.

La sentencia, es aquella resolución que emite la autoridad judicial en la que analiza de fondo los medios probatorios de cargo y de descargo cumpliendo con la instrucción que se le asignó a una persona que se le sujetó a proceso cumpliéndose con las formalidades esenciales del procedimiento. Para establecer que esta resolución cumple con los requisitos de la corriente causalista se debieron de haber analizado en ésta los elementos que señalamos en el capítulo primero del presente trabajo:

En la sentencia, el juez plasma su sentir con base en los medios probatorios; Eugenio Florián menciona que las sentencias no han de ser un acto de fe, si no un acto de convicción razonada, esto quiere decir: que las constancias probatorias deben crear convicción de manera lógica y jurídica para poder concluir en un fallo ya sea condenatorio o absolutorio sobre la base del sistema causalista que impera en la actualidad a nivel nacional de acuerdo a las últimas reformas a nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha once de marzo de mil novecientos noventa y nueve, siendo que los jueces deben actuar conforme al principio de legalidad, cumpliendo así con lo dispuesto por nuestra máxima ley, teniendo por acreditado el cuerpo del delito y la responsabilidad penal en caso de ser una sentencia de condena, entendiendo el cuerpo del delito como el conjunto de elementos que integran la figura delictiva descrita en la

ley y como lo establece nuestra ley adjetiva en vigor en la entidad, en su artículo 121 que entre otras cosas menciona "...se tendrá por comprobado cuando se justifique la existencia de los elementos objetivos del tipo; así como de los normativos y los subjetivos, cuando aparezcan descritos en éste...";⁶¹ esta nueva Legislación, sí cumple con el sistema causalista en virtud de que el cuerpo del delito no solamente ésta integrado de elementos objetivos sino que en algunos tipos se requiere como lo establece la ley adjetiva de elementos subjetivos y en algunos casos normativos, entonces una sentencia causalista será aquella que cumple con todos estos elementos, el juez analiza a cada uno de ellos al momento que emite su fallo correspondiente, si el tipo lo requiere acreditaran los elementos subjetivos y normativos, no siendo correcto el estudio que realizó el legislador para reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en fecha once de marzo de 1999 en el sentido que con el concepto cuerpo del delito era más fácil para que el juez obsequiará una orden de aprehensión, así como también dictará un auto de plazo constitucional de formal prisión o emitiera una sentencia condenatoria, ya que en el presente trabajo se ha establecido que para acreditar el cuerpo del delito se requiere de elementos objetivos, normativos y en algunos casos subjetivos cuando el tipo así lo requiera, considero que el problema recae más en la autoridad investigadora, ya que esta institución no supo que era el concepto **elementos del tipo penal**, y tampoco entiende el concepto **cuerpo del delito**, efectivamente la sociedad reclama justicia en atención a que la procuración y administración de justicia han creado impunidad, ineficiencia y corrupción; la impunidad generada por las fallas

⁶¹Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de México. Editorial Sista S.A. de C.V., México 2000, p.163.

de nuestros sistemas de las instituciones mencionadas como lo son la procuración y administración de justicia, que no inhiben la acción delictiva, sino que invitan a los delincuentes a continuar con su actividad antisocial, al saber que sus actos antisociales difícilmente serán castigados, aquí entra la ineficiencia de la procuración y administración de justicia al no emitir una resolución apegada a derecho por no tener los conocimientos adecuados, en especial la autoridad investigadora, aunado a ello se encuentra también de la mano la corrupción la cual tiene sus raíces en la falta de una verdadera cultura de legalidad y en la falta de incentivos institucionales para quienes dedican su vida hacer cumplir la ley, esto en atención a los sueldos que se les paga a los servidores públicos de la procuración y administración de justicia los cuales son bajos para que un profesionista pueda solventar los gastos de una familia lo cual lo orilla a corromperse, otra cuestión lo es la falta de recursos materiales lo cual coloca en desventaja a la autoridad frente a la delincuencia quien cuenta con recursos y técnicas modernizadas.

Es por eso, que no debemos condenar a las nuevas generaciones a crecer en un clima de violencia donde impere la ley de la selva y donde los valores de paz, tranquilidad, legalidad y justicia se vuelvan conceptos olvidados, para ellos se requiere las bases de un nuevo y eficaz sistema de justicia que contribuya definitivamente a consolidar nuestro estado de derecho.

Considero importante que las nuevas generaciones se les debe capacitar realizando foros, conferencias acerca de lo que es el cuerpo del delito, y en las universidades realizar una enseñanza a fondo de la teoría del delito, checando sus planes de estudio, concientizándonos a estudiar el derecho

penal y evitar la impunidad, la ineficiencia y corrupción, que son aspectos negativos en los cuales se ha sobresalido, lo cual nos llena de vergüenza y sobresalir en otros aspectos positivos.

4.2. SENTENCIAS FINALISTAS.

Una sentencia finalista, es aquella que adopta el concepto **elementos del tipo penal**, que a lo largo del presente trabajo hemos establecido cuáles son los elementos que se requieren para la comprobación del tipo penal, que en mi concepto es más amplio que el cuerpo del delito, en atención a que para acreditar esta figura se requiere de elementos objetivos, subjetivos y en algunos casos normativos, siendo más amplio esta figura como se ha establecido, y en seis años nuestra Constitución Política, adoptó ésta corriente y el ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, da marcha atrás a este sistema y retorna al antiguo concepto de cuerpo del delito para que el Agente del Ministerio Público y la Autoridad Judicial pueda ejercer acción penal y obsequiar una orden de aprehensión respectivamente, cumpliendo con el nuevo sistema, así como los lineamientos establecidos por la Constitución Política, así como la ley adjetiva, como consecuencia también debe ser analizado en la sentencia por el juez, todo esto en atención a la reforma del artículo 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁶²

⁶² Ibidem p. p. 227, 228.

4.3. SENTENCIAS ECLÉCTICAS.

Se le denominan así como sentencias eclécticas en atención a que en los juzgados del Estado de México, en la que el juez al emitir su fallo cumplía con la dogmática penal esto es, si en el tiempo que estuvo en vigor la corriente finalista la autoridad judicial al momento de resolver en definitiva lo hizo cumpliendo con ese sistema que imperaba o lo hizo analizando el cuerpo del delito, porque la mayoría de los servidores públicos (procuración y administración de justicia) no comprendió la diferencia entre elementos del tipo y cuerpo del delito, ya que hace una mezcolanza de los elementos que requiere uno y otro sistema es por eso, que consideró la autoridad Judicial emitía resoluciones que para los doctrinarios o estudiosos del derecho eran incongruentes, ya que la corriente causalista y finalista tienen diferencias como se han mencionado en el presente trabajo.

Denominándole eclécticas en atención a que la autoridad judicial al emitir su resolución seleccionaba lo más conveniente de cada una de las corrientes y adoptaba un criterio intermedio, puesto que no comprendió el sistema finalista ni al causalista, debemos de hacer mención que a estas corrientes o teorías han continuado otras teorías como lo son el funcionalismo, la teoría de la imputación objetiva, mencionando los puntos más esenciales del funcionalismo que son:

1.- El análisis funcional, coincide al sistema como una organización que mantiene sus límites frente al medio, y para ésta corriente la instrucción del ambiente tiende a disolverlo y asimilarlo.

2.- Las características esenciales del funcionalismo, son el hecho de concebir la atención como un factor perturbador, ocasional o contingente, y la dinámica está ausente, excepto en la forma de diversos "estados" de sistemas que suceden unos a otros.

3.- La teoría funcionalista estima que todas las variables tienen igual importancia y guardan igual reciprocidad en el sistema, es decir, están constituidos por variables o partes interrelacionadas.

4.- El funcionalismo se imposibilita de establecer una relación de causalidad respecto a los fenómenos que se estudian en el sistema, y por ese hecho, sólo puede intentar un análisis de carácter sincrónico.

5.- En el funcionalismo encontramos principios radicales de "necesidad", "propósito" etc.

6.- El principio de "causalidad" es característico del funcionalismo, radica en el desplazamiento de la tensión de los hechos presentes a los futuros, procurando "comprender o explicar un fenómeno actual con referencia a sus consecuencias para la continuidad, la pre-existencia, la estabilidad o la supervivencia del complejo de cual forma parte".

7.- El funcionalismo establece que apriorísticamente, el sistema tiene propensión automática o natural a la auto-regulación o a ejercer mecanismo de control; o sea, que ante cualquier perturbación o tensión el sistema desarrolla una tendencia natural a restablecer el equilibrio (esto sin entrar a considerar los postulados claramente ideológicos que proclaman la "convivencia" de conseguir y mantener el equilibrio del sistema).

8.- Loockwood señala una distinción existente en la teoría del funcionalismo a las cuales se identifica como funcionalismo general y el funcionalismo normativo.

Lo que caracteriza al funcionalismo de tipo general, es la eliminación de dos características que son lógicamente incluidas en el enfoque del funcionalismo normativo.

El papel enfático atribuido a los "elementos de valor compartido" en la integración de la acción social; y.

El infundado supuesto de que el estudio de la estabilidad social debe preceder al análisis del cambio social.

Otra distinción se refiere "a la integración social y a la integración del sistema".

La integración social enfoca su atención en las relaciones de orden y conflicto que existe entre los actores.

La integración de sistema en cambio se preocupa por las relaciones de orden y conflicto que se producen entre las partes de un sistema social.

Loockwood sostiene que el "funcionalismo general" en contraste con el funcionalismo normativo, no se compromete a priori con el estudio de la estabilidad con el sistema: Además no puede analizar el conflicto a partir de la integración social, aún allí donde aquél es endémico, sin incorporar en la

teoría conceptos y proposiciones respecto a las propiedades dinámicas de los sistemas de valores, que son propios el enfoque del funcionalismo normativo. De lo que se trata, por lo tanto, es de poder analizar el conflicto social (que incorpora tensión) en términos de una integración del sistema y no de una integración social (que incluyen los "valores compartidos" de los actores); dicho autor cree que la integración de sistema o integración sintética es entrar en la concepción funcionalista "general"; esta integración nos remite a una contradicción o conflicto no de tipo social o entre "actores", si no a una condición estructural. Roxin es considerado en la actualidad como un post-finalistas, debido a sus estudios y aportaciones a la teoría del delito. En su libro "La culpabilidad prevención del Derecho Penal, dice: "En la actual ciencia del Derecho Penal se discute vivamente la cuestión de si la pena se puede justificar por la culpabilidad del delincuente. La tesis más radical, partidaria de suprimir por completo el concepto de pena, se basa en la siguiente premisa: La culpabilidad supone que el delincuente hubiera podido actuar de un modo distinto a como lo ha hecho; pero una libertad de voluntad, de esta clase no existe o, como todo el mundo conoce, no se puede demostrar científicamente; aunque existiera en abstracto, no se podría demostrar en todo caso con seguridad si un delincuente concreto puede actuar de modo distinto en el momento de cometer el delito. Puesto que no es posible demostrar la existencia de la culpabilidad y dado que no se pueden derivar deducciones científicas de premisas indemostrables, tampoco se puede trabajar con el concepto de la culpabilidad". Concluye: "...si la pena es la respuesta a una conducta culpable, la indemostrabilidad de la culpabilidad lleva consigo (Coipso), la supresión de la pena".

Esta reflexión que realiza Claus Roxin, nos lleva a preguntarnos lo que Ordeig planteó: ¿tiene un futuro la dogmática jurídico penal?

Roxin parte de la teoría neo-kantiana, ya que desarrolla un sistema teleológico. Sostiene que la base del sistema está en la idea del fin, especialmente del fin de la política criminal. Propone la idea de una vuelta al pensamiento político-criminal como objetivo de interés científico y desde ahí su influencia sobre la dogmática penal.

Lo más destacado de la teoría de Claus Roxin es que orienta las categorías del delito al deber ser de la política criminal.

Cambia la denominación de culpabilidad por responsabilidad; es decir, examina si el autor de una conducta antijurídica es merecedor de una pena.

Roxin al analizar la teoría clásica, o causalista normativa, especifica que la culpabilidad se muestra como la capacidad de actuar conforme a la norma. El autor, considera que, hemos de buscar el concepto material de culpabilidad.

El postulado del prestigiado jurista alemán parte de "que los principios políticos criminales de la teoría del fin de la pena sustentan la categoría sistemática que comúnmente se denomina culpabilidad".

Roxin sostiene que "...los intentos por separar y oponer las categorías sistemáticas injustos y culpabilidad han resultado, en efecto, inconscientes todas ellas... los conceptos tales como lo objetivo y lo subjetivo, el deber y

el poder, lo general y lo individual, el desvalor de la acción y el desvalor de la actitud interna, sólo abarcan fragmentos parciales de la problemática y no pueden comprender la totalidad de los fenómenos que deben incluir sistemáticamente en estas categorías”.

Roxin afirma que “puede ser un punto de partida ideológico-teleológico, político-criminal; mientras que el tipo establece las tablas legales, es decir, prohibiciones fundamentales a modo de anunciar para todos los ciudadanos a efecto de prevención general, y la antijuridicidad designa la conducta correcta en casos de conflicto, el siguiente grado del delito hace referencia a la cuestión de si es necesaria una sanción contra el autor concreto desde puntos de vista jurídico penales”.

Claus Roxin considera que el término culpabilidad no es adecuado para designar la categoría sistemática en estudio, pues habría problemas para equiparar la culpabilidad a la necesidad de una sanción penal.

Para Roxin lo decisivo no es él poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico penales, quiere hacer responsable al auto de su actuación.

El pensamiento de Roxin se hace patente cuando afirma que el “injusto decide sobre el problema de si una conducta es o no ajustada a las reglas de la Ley del Derecho Penal; en cambio la categoría de la responsabilidad responde desde puntos de vista político-criminales a la cuestión de la necesidad jurídico penal de sancionar en el caso concreto. Pues el

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

legislador, como el juez que interpreta su voluntad, sólo puede deducir esa respuesta de los postulados de la teoría del fin de la pena”.

Roxin especifica la concepción dominante, de modo casi general, es que sólo cabe imponer una pena cuando ello sea imprescindible por razones de prevención especial o general para mantener el orden social pacífico.

Explica con ejemplos: “La dogmática penal de la culpabilidad en el llamado “estado de necesidad disculpante”. Si alguien realiza un tipo de injusto para salvar a una persona allegada, desde el punto de vista determinista habrá que afirmar que hay posibilidad de actuar de otro modo, y en ese sentido también hay culpabilidad. Pero a sentido también hay culpabilidad, pero a pesar de ello el legislador deja impune al autor por consideraciones político-criminales sobre el fin de la pena; a los efectos de prevención especial es innecesaria una sanción porque el autor está totalmente integrado socialmente y sólo la extraordinaria situación le ha llevado a realizar esa acción que también presenta una disminución esencial del injusto a causa del resultado salvador, y las razones de prevención general tampoco exigen una pena porque la infrecuencia de tales situaciones, que la mayoría de las veces no admite comparación en el caso concreto, hace que resulte superfluo sancionar, en atención a la generalidad, la desviación de la conducta regular deseada, y porque sencillamente sería difícil que, si alguna vez el hombre medio no preparado para la actuación en peligro se viera dentro de una situación así, reflexionara sobre la norma y se pudiera motivar ella”.

Roxin concluye que la teoría "del fin de la pena" explica sin dificultad porque el legislador a veces castiga y a veces prescinde de la sanción pese al poder general de actuar de otro modo y pese a la culpabilidad que por ello existe; porque, aun dando por supuesta la posibilidad de culpabilidad humana, hacer defender la responsabilidad jurídica penal de las consideraciones preventivas".

Günther Jakobs, se ubica dentro de los juristas que consideran la culpabilidad como un concepto funcional. Es decir, la culpabilidad no se basa en la libertad del hombre -la cual ponen en duda-; no parte de la acción, sino que ve la culpabilidad como un concepto funcional, por un lado y desde la perspectiva utilitarista por otro, teniendo como fundamento la prevención general positiva.

Jakobs fundamenta su doctrina en un concepto funcional de la culpabilidad basado en parte en la teoría de la prevención general, resalta la caracterización del autor en la culpabilidad. La pena será impuesta con el fin de conservar la fidelidad general de la norma, y de estabilizar el orden jurídico, alterado por la acción del autor que actuó como un defecto en la motivación.

Para Jakobs esta falta de motivación aparece en todos los estados del delito.

Por ejemplo:

Es la acción típica y antijurídica, el centro del sistema es la acción del autor, en el supuesto de que no aparezcan motivos suficientes que permitan evitar su acción ilícita. La existencia de una acción estará atada al poder de

motivación del autor, ya que la acción es sólo tomada como contenido del dolo y culpa.

En la antijuridicidad se carece del contenido de la motivación y ella se funda en una falta de fidelidad al derecho. Jakobs hace una distinción entre norma y el reconocimiento de ella. Sólo se requiere la posibilidad de conocimiento de la norma, si en el injusto aparece, lo decisivo es la finalidad al derecho y esto es contenido de culpabilidad.

La capacidad de culpabilidad analiza si el autor pudo separarse de la acción antijurídica; para medir esto se debe apreciar el sistema psicofísico del autor que se debe formar en el concepto de acción, se observará si la acción es cosa del autor como algo propio de él, de esta forma Jakobs une el problema de la motivación (culpabilidad) al de la precisión de los deberes del autor. Jakobs apunta que para determinar la culpabilidad se debe establecer como la precisión social puede ser atribuida o cargada a la culpabilidad del autor, como molestias tanto de la sociedad como de terceros, por el hecho de vivir en sociedad. La forma de definir la culpabilidad depende en gran medida de la constitución de la sociedad del sistema social. Jakobs sostiene que el concepto de culpabilidad es formal, de manera que sólo la finalidad de contenido a la culpabilidad.

El fin es el reconocimiento de la norma, pero la determinación de la culpabilidad implica definir a quien le corresponde cargar con el conflicto. De manera que imputación y culpabilidad son un procedimiento por el cual se aísla de entre las condiciones dadas correspondientes al hecho que

defrauda la esperanza, una que se constituye en la única jurídica y penalmente irrelevante la falta de motivación.

POSTULADOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DE LA MOTIVACIÓN OBJETIVA.

La teoría de imputación objetiva no hace relación tan sólo atribución de resultados, tampoco alude a la relación existente entre una acción natural y un resultado ni es una sistemática agrupación de criterios. De acuerdo con una misión correcta debe decirse que un resultado podrá hacerle objetivamente imputable a un individuo cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en un resultado, de manera que la imputación objetiva posee dos elementos que son:

- 1.- La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.
- 2.- La realización de dicho riesgo en el resultado, entendiendo este último no en sentido puramente naturalístico, sino como quebrantamiento de normas.

En los delitos de resultado debe existir una relación de causalidad entre acción y resultado, una relación que nos permita ya en el ámbito adjetivo, la imputación de resultado producido al autor de la conducta que lo a causado. La teoría de la imputación objetiva se propone reemplazar a la teoría del nexo causal con bases jurídicas y no naturales.⁶³

⁶³ Muñoz Conde Francisco, "Teoría General del Delito". Reimpresión de la Segunda Edic. Edit. Temis, Bogotá Colombia 1999. p. 155.

La comprobación de la relación de imputación objetiva requiere que la acción haya creado un peligro no permitido; y el resultado producido sea la realización de ese peligro.⁶⁴

La acción de conducir un vehículo de motor es un riesgo permitido; sin embargo, si el autor produce un resultado de lesiones a otros sin haber transgredido los reglamentos, es decir, se mantiene dentro de los límites el peligro permitido, el resultado no le será imputado.

Existen cuatro criterios en la teoría de la imputación objetiva que son

- 1.- No es objetivamente imputable el resultado producto de una acción que disminuye el riesgo.
- 2.- No es objetivamente imputable cuando la acción no crea un riesgo *jurídicamente desaprobado*.
- 3.- No es objetivamente imputable el resultado que se produzca fuera del ámbito de protección de la norma.
- 4.- Cuando el objeto de acción ya estaba dispuesto aún en peligro hay que distinguir los dos siguientes casos.
 - a).- Si el resultado era probable habrá imputación objetiva si se aumenta el riesgo (nexo causal hipotético).

⁶⁴ Sosa Ortiz Alejandra, "Los Elementos del tipo Penal la problemática en su acreditación". Edit. Porrúa, México 1999, p.140.

b).- Si el resultado era seguro, habrá imputación objetiva si se adelantan a su producción (aceleración del nexo causal), no será objetivamente imputable cuando el resultado se hubiera producido en el mismo instante en que el autor realizó la acción (causación del reemplazado).

La teoría de la imputación objetiva considera que un resultado sólo es objetivamente imputable a una acción humana cuando de la acción crea un peligro jurídicamente desaprobado, que se materializa en el resultado típico. Para fundamentar la teoría de la imputación objetiva debemos analizar si la acción del autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado o aumenta un riesgo ya existente, o adelanta la producción cronológica de resultado, y a consecuencia de él se produce el resultado típico, ó sea, habrá imputación objetiva a la acción del autor.

Esta teoría no se coloca realmente en contradicción con las teorías de la causalidad, más bien, acoge sus planteamientos e intenta mejorarlos, continuarlos y complementarlos, razón por la cual se puede calificar a la teoría de la imputación objetiva, sin más, como teoría de la adecuación continuada o como teoría de la relevancia desarrollada.

TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO.

Welzen propuso el concepto de la teoría del dominio del hecho, que consiste en síntesis, que el autor del delito es la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, que tiene el dominio sobre el curso del mismo, dominio que se manifiesta en lo subjetivo porque lo orienta a la lesión de un bien jurídico y lo objetivo, lo que goza del poder de

interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho; esta doctrina utiliza elementos objetivos y subjetivos que lo conlleva a una mejor determinación del autor mediato.⁶⁵

Esta teoría no confunde autor con ejecutor, y con ello mismo permite fácilmente incluir al autor mediato y además, llegar a una mejor comprensión del co-autor al tiempo que muestra un ámbito limitado pues sólo se aplica a delitos dolosos.

El fenómeno del dominio del hecho no puede caracterizarse en forma general con precisión porque tiene distintas formas concretas de aparición, que son las que pueden caracterizarse con cierto grado de certeza, toda vez que el dominio del hecho se presenta en una forma concreta, que puede ser la del "dominio de la acción", la del "dominio funcional del hecho" o la del "dominio de la voluntad".⁶⁶

a.- El dominio de la acción, es el que tiene el autor que realiza el tipo de propia mano, es decir que sería el concepto de autor de la teoría formal-objetiva.

b.- El dominio funcional del hecho, es la idea central de la co-autoría, cuando se presentan en la forma de una división de la teoría en la etapa ejecutiva.

⁶⁵ Díaz de León Marco Antonio. "Código Penal Federal...". p. 26.

⁶⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni "Manual de Derecho Penal, parte General", Edit. Cárdenas. Edit. Distribuidor, México 1999. p. p. 607, 608.

3.- El dominio de la voluntad, es la idea central de la autoría mediata, y es el que tiene lugar cuando se domina la voluntad de otro, sea por necesidad, sea por error.⁶⁷

Roxin contribuye con el mejor esclarecimiento y precisión de la tesis del dominio del hecho, pues concebir el autor como la figura central, pero reduce al dominio del hecho a una de las formas de señalización de la autoría, así, atiende que la autoría pues es señalarse por el dominio del hecho (delitos de dominio), por la lesión de un deber especial (en los hechos omisivos culposos y en los que llama delitos activos del deber), y por el requerimiento de "propia mano" en los que llama "delitos de autor penal, y "delitos sujetos a conductas sin lesión de bienes jurídicos".

Roxin establece que el dominio del hecho caracteriza la autoría porque configura lo central del suceso no sólo cuando el legislador lo quiere, sino que, además, lo hace como una creación del legislador, quien lo deja del lado en otros tipos, en lo que la figura central (autor) preside del dominio del hecho y se caracteriza una vez por la lesión de un deber especial y otra por el requerimiento de la actuación de mano propia.

Para Roxin el dominio del hecho no es algo que el legislador recoge de plano óptico realmente, o, si lo es, no es algo que le vincule, por lo que puede ser reemplazado por otros criterios y dejado totalmente de lado.

El concepto de dominio del hecho de asienta sobre la finalidad y por consiguiente, se haya muy cerca del dolo.

⁶⁷ Díaz de León Marco Antonio, "Código Penal Federal...", p. 27

No obstante pese hacer la idea básica para la individualización delimitadora de la autoría dolosa, no debe confundirse "dolo" con "dominio del hecho", se ve claramente que no pueden suponerse sin más, porque con dolo también actúan los partícipes sin embargo, no tienen el dominio del hecho. Es indiscutible que el dominio del hecho y el dolo se superponen cuando se trata del autor único o de coautores que actúan sin cómplices ni instigadores, pero cuando el hecho concurren partícipes, el dolo resulta más amplio que el dominio del hecho.

ALCANCE DE LA TEORÍA DEL RIESGO PERMITIDO.

Roxin es quien aporta el principio del riesgo a la ciencia jurídico penal. Esta teoría no busca la comprobación del nexo causal en sí si no aplicar los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona.

En resumen sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana cuando dicha acción a creado un peligro jurídicamente desaprobado que sé a realizado en el resultado típico.

Este se compone de dos elementos.

Como presupuesto, la existencia una relación de causalidad entre acción y el resultado.

El resultado debe ser la expresión de un riesgo jurídicamente desaprobado implícito en la acción: en otras palabras, el desvalor de la acción

concretado en el resultado, por ende la existencia de un riesgo no permitido implícito en la acción (desvalor de la acción).

A mayor abundamiento debe decirse que aquí se va a entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación del tipo objetivo. Prototipo del riesgo permitido es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario. No se puede negar que el tráfico viario constituye un riesgo relevante para la vida, salud y bienes materiales, obstante el legislador permite el tráfico viario (en el marco de determinadas reglas de cuidado) porque lo exige intereses preponderantes del bien común.

Es decir, que la conducción de un automóvil está permitida aunque en el caso individual no se persiga intereses superiores (así si por ejemplo se realiza por mero aburrimiento) o incluso aunque sirva a intereses reprobables (por ejemplo la preparación de un delito), de tal manera que una ponderación según los principios de justificación tendría que resultar contraria a la autorización de tal conducta. Por tanto, como el mantenimiento dentro del riesgo permitido impide la imputación al tipo objetivo, la causación de una lesión de un bien jurídico que se produzca pese a observar todas las reglas de tráfico no es una acción típica.

Dentro el ámbito del riesgo permitido entra todo el tráfico público (por tanto también el tráfico aéreo, ferroviario y marítimo-fluvial), el funcionamiento de las instalaciones industriales (especialmente las plantas peligrosas) la

práctica de deportes que implican riesgo, las intervenciones médicas curativas en el marco de la *lex artis*; en consecuencia en todo caso un punto de apoyo substancial es el establecimiento de reglas de cuidado como las que existen en el tráfico, o para el funcionamiento de instalaciones técnicas, para la práctica de deportes peligrosos, etc.; pues la regulación normativa de precauciones de seguridad es prueba de la existencia de un riesgo jurídicamente relevante.

4.4. PROPUESTAS PARA SENTENCIAR O EMITIR UNA MEJOR RESOLUCIÓN.

Lo que se propone no sólo para que un juez emita una sentencia o una resolución de acuerdo a la corriente que esté en vigor, es que se realice una reforma a la Ley Adjetiva en la que se establezca en primer lugar la definición de cuerpo del delito o elementos del tipo penal, a sí mismo. Se menciona cuáles son los elementos objetivos, normativos y subjetivos, para que así tanto la autoridad investigadora como jurisdiccional puedan emitir una resolución conforme al sistema que impere, incluso esto ayudaría a la formación de los nuevos profesionistas que vienen atrás, no sólo en la entidad, sino también en el ámbito nacional, esto auxiliaría a que se cambiaran los programas de estudio y se analizara a fondo la teoría del delito, no sólo la corriente causalista y finalista sino también las nuevas teorías como el funcionalismo y otras que han surgido, para estar actualizados en la doctrina moderna y así en un momento dado que se vuelva a cambiar de sistema no tengamos el problema de no saber cómo comprobar un cuerpo del delito, un tipo penal, o cómo le quieran denominar a cualquier otra figura que se imponga o surja en la teoría del delito.

Reiteramos se propone el estudio dogmático de la teoría del delito en virtud de que es importante como es la existencia del derecho penal, porque toda idea jurídica necesita una formulación legal que sea lo más perfecta y eficaz; de igual forma se debe realizar una revisión de las bases dogmáticas del finalismo y el causalismo para que nos permita construir que los fundamentos de ambas corrientes parten de bases epistemológicas diferentes y como consecuencia tienen divergencias que impactan los elementos del delito, desde la perspectiva teórica y legal en su parte general y especial.

El finalismo y el causalismo tienen conceptos y elementos teóricos importantes que deben ser tomados en consideración por la autoridad investigadora y la autoridad judicial, evitando los extremos, así como los aspectos extranjeros para aprovechar el derecho penal mexicano y que el trabajo de los penalistas y procesalistas mexicanos adquiera una personalidad propia.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1993, al introducir el concepto "**Elementos del tipo**", en lugar del "**cuerpo del delito**", inicia las directrices para introducir en las legislaciones penales los principios de la corriente finalista o escuela finalista.

SEGUNDA.- Las reformas a los artículos 16 y 19 de nuestra máxima ley, de fecha once de marzo de 1999, al retomar el concepto "**cuerpo del delito**", en lugar de "**elementos del tipo**". desplaza los principios del finalismo, retomando de nueva cuenta el causalismo moderno.

TERCERA.- La Legislatura del Estado de México del año dos mil, siguiendo los pasos del Congreso Federal entra en vigor el veintiséis de marzo del año dos mil, el nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en el que el artículo 121 establece cuáles son los elementos para la comprobación del cuerpo del delito.

CUARTA.- El estudio dogmático de la teoría del delito es importante como lo es la existencia del derecho penal, porque toda idea jurídica progresiva necesita una formulación legal que sea más perfecta y eficaz cuando más alto sea el nivel científico que alcance. Una ciencia desarrollada del derecho penal hará posible la configuración adecuada de los tipos apegados al principio de legalidad.

QUINTA.- Una revisión de las bases dogmáticas y sistemáticas de la corriente finalista y causalista del delito, nos permite concluir que la hipótesis que colocó este trabajo quedó plenamente colmada, ya que los fundamentos de ambas corrientes parten de bases epistemológicas diferentes y como consecuencia tienen divergencias que impactan significativamente los elementos del delito, desde la perspectiva teórica y legal en su parte general y especial.

SEXTA.- La teoría causalista desconoce la función constitutiva de la voluntad como factor de dirección y para la acción, además de que el dolo es una especie de la misma y de las circunstancias de hecho de un tipo legal, divide incorrectamente la unidad interna del tipo objetivo y subjetivo, fracasando al definir la tentativa.

SÉPTIMA.- El sistema finalista no implica una actitud científica de tolerancia frente a la metodología naturalista, no pretende complementar los principios que sustenta la corriente causalista, ni aspira superarlo sin contradecirlo; derrumba el edificio teórico del delito basado en la concepción del derecho referido a fines y valores. Por tanto, más que una teoría de la acción o una nueva sistemática de los caracteres del delito, es una actitud epistemológica dentro de la dogmática jurídico general, no siendo factible afirmar que todo aquél que incluye el dolo en el tipo o reconoce el carácter final de la acción, es por ello finalista.

OCTAVA.- La teoría del delito desarrollada por el finalismo tiene un fundamento en premisas metodológicas que condicionan su construcción, como el paso del subjetivismo al objetivismo y la sustitución del relativismo

valorativo propio del neokantismo por la afirmación de verdades eternas y estructuras lógico objetivas, partiendo del hecho que el método debe determinarse según el objeto y no al revés. Bajo ese esquema la metodología ontológica de Hans Welzel elige dos pilares como componentes permanentes del derecho penal que constituyen el núcleo de su teoría. La corriente de la acción final y la concepción de la esencia de la culpabilidad como reprochabilidad por haber podido el autor el injusto actuar de otro modo.

NOVENA.- Se está de acuerdo con la corriente finalista, estimando que deben de ser realizadas las bases tradicionales que contempla nuestra ley a la luz del finalismo, ya que éste plantea una comprensión y ordenación de las categorías del delito con arreglo a una corriente sin dosis de valor y realidad, en las categorías valorativas informar la realidad naturalística, abandonando las bases epistemológicas del causalismo.

DÉCIMA.- El causalismo como el finalismo tienen conceptos y elementos teóricos importantes que deben ser tomados en consideración, por los nuevos estudios del derecho penal, evitando los extremos y las características o aspectos de los extranjeros para aprovechar debidamente el derecho penal mexicano, para que el trabajo de los penalista y procesalistas mexicanos adquiera una personalidad propia.

DÉCIMA PRIMERA.- La reforma de fecha 11 de marzo de 1999 a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos opera el cambio del concepto de elementos del tipo y resurge el concepto cuerpo del delito, lo cual trae como consecuencia el cambio de

doctrina quedando atrás las fases del finalismo y se inicia de nueva cuenta el causalismo.

DÉCIMA SEGUNDA.- Las reformas a los artículos 16 y 19 de nuestra máxima ley da pauta a que la Jurisprudencia Mexicana se revitalice, pues el propio Senado reconoce que el cuerpo del delito no es un concepto nuevo ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo definió "**como un conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente en la ley penal**".

DÉCIMA TERCERA.- Al volver al causalismo, de acuerdo a la exposición de motivos se hizo en atención a las comisiones unidas de estudios legislativos, puntos constitucionales y justicia del Senado de la República y principalmente porque la autoridad investigadora no entendió el concepto "elementos del tipo", ya que, desde un inicio en sus pliegos de consignación eran deficientes y sin motivación al no entender este concepto, lo que acarrearía que la autoridad judicial le negará las órdenes de aprehensión y comparecencia, no ratificará detenciones, que emitiera o dictara autos de libertad y de no sujeción a proceso con las reservas de ley, así como sentencias absolutorias, porque esta institución no maduro, y se le dificultó la comprobación de elementos del tipo penal lo cual acarreo como consecuencia que existiera impunidad, ya que de las averiguaciones previas consignadas ante la Autoridad Jurisdiccional, sólo se obsequiaron en un promedio menor al veinte por ciento, esto sin tomar en cuenta las averiguaciones que se quedaron en reserva y con el cambio de corriente se espera que en la Procuraduría haya una eficacia en la impartición de

justicia y como consecuencia también esa mejoría se encuentre en la administración de justicia y para la seguridad jurídica de los ciudadanos mexiquenses.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Arilla Bas, Fernando. "Derecho Penal parte General". Edit. Universidad Autónoma del Estado de México, 1982 p. 369.
2. Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos elementales de derecho penal". Edit. Porrúa, S.A. Decimonovena edición. México, 1974..p.p. 36-37
- 3.- Carrara, Francisco: "Programa del curso del derecho criminal". Parte general volumen I, Edit. Bogotá, Colombia, 1971. p. 43.
- 4.- Carrancá y Rivas, Raúl "El Drama Penal". Edit. Porrúa.S.A. 1ª. Edición. México. 1982. p. 290.
- 5.- Ceniceros, José Ángel Garrido, Luis."La Ley Penal Mexicana".Ediciones Botas México 1984. p. 90.
- 6.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de México. Edit. Sista S.A. de C.V., México 2000. p. 39.
- 7.- Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal". Ed. Bosch, Casa editorial, 14 Edit. España, 1964.
- 8.- Díaz de León Marco Antonio. "Código Penal Federal...". p. 26.
- 9.- Foucault, Michel."La Vida de los Hombres Infames". Edit. Altamira. Corante Ensayos. Argentina. p. 42.
- 10.- Foucault, Michel. "Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión".Edit. Siglo XXI Editores. Décimo novena Edición. México 1991. p.95.
- 11.- Graf Dohna Alexander. "La estructura de la teoría del delito", Edit. Abelev-Perrot, Buenos Aires, 1958. p. 34.
- 12.- Gran Larousse Universal. Plaza Janes. S. A. Editores. Volumen XXXI. España. 1982. p. 9801.
- 13.- Goldschmidt, James. "La concepción Normativa de la culpabilidad".De palma Traducción. Buenos Aires. 1943.
- 14.- Guiseppe Mogglore. "Derecho Penal", vol I. Edit. Temis Bogotá, Colombia, 1954. p. 487.
- 15.- Heinrich Jescheck, Hans. "Tratado de Derecho Penal, parte general". Edit. Bosch. España. 1981. p. 333.
- 16.- Jiménez de Asúa, Luis, "La ley del delito". Edit. Hermes Sudamericana, 1ª. Edición México. 1986. p. 234.
- 17.- Jiménez de Asúa, Luis. "Tratado de Derecho Penal", Tomo III 4ª. Edición. Edit. Lozada Buenos Aires, actualizada 1963. p. 958.
- 18.- Liszt, Franz Von. "Tratado de Derecho Penal", Tomo Segundo, 3ª. Edición, Instituto de Reus, S.A., Traducido por Luis Jiménez de Asúa.
- 19.- Marco del Pon, Luis. "Penologia y sistemas carcelarios". Tomo I. Edit. Ediciones de Depolro Buenos Aires 1982. p. 4.
- 20.- Mezger, Edmundo. "Derecho Penal, parte general", Edit. Cárdenas Editores 1985. p.189.
- 21.- Muñoz Conde Francisco, "Teoria General del Delito". 2ª. Edición. Edit. Temis, Bogota Colombia 1999.p. 155.
- 22.- Orellano Wiarco, Octavio Alberto. "Teoría del delito sistema causalista y finalista" 3ª. Edición. Edit. Porrúa S. A. México 1996. p. 11.
- 23.- Palmero, Arturo. "Enciclopedia Jurídica".Edit. J. Bolesca y Cia. Sucs. México. 1919. p. 361.

24.- Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano", Parte General, 2ª. Edición. Edit. Porrúa México, 1967. p. 227.

25.- Rodríguez De veza, José María. "Derecho Penal Español", Madrid, Artes Gráficas 1981. Edit. Dykinson . Décima cuarta Edición. España 1991. p. 339.

26.- Romero Tequextle, Gregorio. "Cuerpo del Delito y Elementos del Tipo", Edición 065. Edit. Editores S.A. de C.V. 1999, Puebla.

27.- Rosal, Juan del. "Tratado de derecho Español", Madrid, Villena 1978. p. 781-782.

28.- Saver, Guillermo. "Derecho Penal, parte general". Traducción Juan del Rosal y José Cerezo Bosch, Barcelona, 1956.

29.- Seix, Francisco. "Nueva enciclopedia jurídica". Edit. Barcelona España. 1990. Tomo XVI. p. p. 348-351

30.- Sosa Ortiz Alejandra, "Los Elementos del tipo penal la Problemática en su acreditación". Edit. Porrúa. México 1999. P. 140.

31.- Veta Treviño Sergio. "Antijuridicidad y Justificación". 3ª. Edición. Barcelona España 1990. Edit.. Trillas, México, p. 130.

32.- Welzel, Hans. "Derecho Penal Alemán". Edit. Jurídica de Chile, 1993. p. 75.

33.- Welzel, Hans. "El nuevo sistema del derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista". Edit. Ariel. España 1964. p. 26.

34.- Welzel, Hans. "La Teoría de la acción finalista". Edit. De palma. Argentina 1951. p. 44.

35.- Zaffaroni Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal, parte General". Edit. Cárdenas. Edit. Distribuidor. México 1999. p. p. 607. 608.

HEMEROGRAFÍA.

1.- "La justicia". Revista mensual. Tomo XXXV. No. 580. Agosto de 1978. p. 36.