



A
40721
265
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON**

**“EL ESTADO ACTUAL DEL DELITO
Y LA DOGMÁTICA PENAL”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A N:

JESÚS LORAN AGUILAR

ROSALÍA RÍOS AGUILAR

ASESOR: LIC. MARIA GRACIELA LEÓN LÓPEZ

MÉXICO

2003



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.

AGRADECIMIENTOS

DIOS, gracias señor por la oportunidad que nos has dado de ver alcanzada una de nuestras metas y anhelos, porque siempre que te necesitamos, te encontramos a nuestro lado, como el ser inseparable que supo recorrer con nosotros los caminos de tristeza y de alegría, fáciles y difíciles, de preocupación y de tranquilidad; gracias porque nos enseñaste a tener fe en nosotros mismos y a entender que nuestros son el triunfo y la victoria y porque nos has apoyado a través de las personas que amamos; por haberle dado luz a nuestras vidas, por haber llenado nuestros corazones de ti y por todo lo grande y maravilloso que Tú significas para nosotros,
GRACIAS PADRE ETERNO.

Con todo amor, agradecemos a nuestros padres **ALFONSO LORANT-BEATRIZ AGUILAR** y **EDUARDO RIOS-MA. ELENA AGUILAR**, por habernos dado la oportunidad de estudiar y llegar a ser profesionistas, con lo que nos demostraron su apoyo incondicional y el amor que nos tienen,
LOS AMAMOS.

C

**MARÍA DE LOURDES,
ROBERTO, ISaura,
PATRICIA, MONICA,
BEATRIZ y ALFONSO,**

familiares y amigos, gracias sin ustedes simplemente no existirían hojas en las que pudiéramos reconocerles lo incondicional que fueron con nosotros para terminar estos estudios de Licenciatura.

Agradecemos de una forma muy especial a una de las personas artífices de este momento tan importante en nuestras vidas, por que sin ella este sueño no hubiera sido posible y por que con su apoyo absoluto sólo nos ha dejado ver el gran amor que nos tiene, muchas gracias MARÍA DE LOURDES LORÁNT AGUILAR.

A mi esposo JESÚS e hijos JENNY, JESÚS y ALFONSO dedico esta tesis, porque ellos fueron la fuerza y luz que me guiaron a lo largo de este camino y gracias a ellos no desistí en alcanzar este objetivo, con todo mi amor, para ustedes.

1

A mi esposa ROSALÍA e hijos JENNY, JESÚS y ALFONSO, dedico esta tesis ya que son una de las razones más importantes que me motivaron para la realización del presente trabajo, toda vez que con esto les pondré el ejemplo a seguir.

Eterno agradecimiento daremos a la Universidad Nacional Autónoma de México, y en particular a nuestra alma mater la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, por habernos albergado como estudiantes y forjado como profesionistas en sus aulas.

Damos las gracias a todos nuestros MAESTROS porque sin ellos no tendríamos los conocimientos y experiencias que ahora son piedra angular de esta tesis y en nuestra vida profesional.

3

A nuestra querida asesora de tesis la Licenciada **MARIA GRACIELA LEÓN LÓPEZ**, le hacemos patente nuestra gratitud y respeto, pues sin su excelente intervención no habríamos llegado al final de este trabajo, destacando la gran valía de sus conocimientos y consejos ofrecidos en todo momento dejando brillar su gran calidad humana y profesional.

Al Licenciado **SERAFÍN CECILIANO TÉLLEZ**, por su perseverancia en la culminación de esta tesis y por su gran amistad incondicional ya que sin su apoyo y paciencia, no hubiese podido ser posible la realización del presente trabajo, a ti Licenciado muchas gracias.

Agradecemos también al **HONORABLE JURADO** que tendrá a bien hacernos replicar sobre esta tesis, por su paciencia, comprensión y apoyo brindado en el examen profesional.

CAPITULADO

EL ESTADO ACTUAL DEL DELITO Y LA DOGMÁTICA PENAL

INTRODUCCIÓN

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES DEL CONCEPTO DE DELITO

1.1 Concepto legal de delito.....	1
1.2 Concepto etimológico de delito.....	1
1.3 Concepto de delito en la Escuela Clásica.....	2
1.4 Concepto de delito en la Escuela Positiva.....	3
1.5 Concepto de delito en la Tercera Escuela.....	4
1.6 Concepto jurídico de delito.....	6
1.7 Concepto jurídico-analítico de delito.....	8
1.8 Concepto jurídico-formal de delito.....	11

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍA CAUSALISTA DEL DELITO

2.1 Conceptualización de la teoría del delito.....	15
2.2 Etapas de evolución de la teoría del delito.....	15
2.3 La teoría causalista-naturalista del delito.....	17
2.3.1 El pensamiento de Franz Von Liszt, entorno al comportamiento, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad.....	18
2.3.2 El pensamiento de Ernst Von Beling, respecto al comportamiento, la antijuricidad y la culpabilidad.....	27
2.3.3 Aspectos generales del pensamiento de Franz Von Liszt y Ernst Von Beling.....	32

2.4 La teoría causalista neoclásica-teleológica o neokantiana del delito.....	38
2.4.1 La aportación de Frank.....	39
2.4.2 La aportación de Goldschmidt.....	42
2.4.3 La aportación de Freudenthal.....	43
2.4.4 La aportación de Mezger.....	43
2.4.5 La aportación de Fisher.....	45
2.4.6 La aportación de Hegler.....	46
2.4.7 La aportación de Mayer.....	48
2.5 Los aspectos generales del pensamiento de Frank, Goldschmidt, Freudenthal, Mezger, Fisher, Hegler y Mayer.....	52
2.6 Tratamiento del error en el causalismo clásico y neoclásico.....	58

CAPÍTULO TERCERO

EL IRRACIONALISMO Y EL FINALISMO

3.1 La teoría irracionalista del delito.....	59
3.2 Nociones generales de la teoría finalista de la acción.....	62
3.3 Etapas por las que atraviesa la conducta humana.....	63
3.3.1 La etapa interna del comportamiento humano.....	63
3.3.2 La etapa externa del comportamiento humano.....	65
3.4 El pensamiento de Alexander Graf Zu Dohna.....	68
3.5 El pensamiento de Hans Weizel.....	69
3.6 El tratamiento del error en el finalismo.....	72

CAPÍTULO CUARTO

FUNCIONALISMO Y MÉTODO LÓGICO MATEMÁTICO

4.1 Aspectos generales de la teoría funcionalista del delito.....	74
4.2 El pensamiento de Claus Roxin.....	74
4.2.1 La conducta.....	76
4.2.2 La antijuricidad.....	76
4.2.3 La culpabilidad.....	76
4.3 El pensamiento de Gunther Jakobs.....	77

4.3.1 La conducta.....	78
4.3.2 La antijuricidad.....	78
4.3.3 La culpabilidad.....	79
4.4 El método lógico matemático.....	79

CAPÍTULO QUINTO

LA ESTRUCTURA DE LOS ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO EN LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN

5.1 El comportamiento.....	85
5.1.1 La omisión.....	89
5.1.2 La omisión impropia o comisión por omisión.....	90
5.2 El tipo penal finalista.....	92
5.2.1 Los elementos objetivos del tipo penal.....	94
5.2.1.1 El bien jurídico protegido.....	97
5.2.1.2 La ofensa al bien jurídico protegido.....	99
5.2.1.3 La lesión al bien jurídico protegido.....	99
5.2.1.4 Los sujetos del delito.....	102
5.2.1.4.1 El activo.....	103
5.2.1.4.1.1 La autoría.....	104
5.2.1.4.1.2 La participación.....	106
5.2.1.4.2 El pasivo.....	108
5.2.1.5 El objeto del delito.....	109
5.2.1.6 La calidad en los sujetos.....	109
5.2.1.7 El resultado.....	110
5.2.1.8 El nexa causal.....	111
5.2.1.8.1 Las teorías que tratan el nexa causal.....	112
5.2.1.8.1.1 La teoría de la equivalencia de las condiciones.....	112
5.2.1.8.1.2 La teoría de la causalidad adecuada.....	113
5.2.1.8.1.3 La teoría de la relevancia de la acción.....	114
5.2.1.8.1.4 La teoría de la imputación objetiva.....	114
5.2.1.9 Los medios.....	117
5.2.1.10 Las circunstancias.....	117
5.3 Los elementos normativos del tipo penal.....	120

- 5.4 Los elementos subjetivos del tipo penal..... 121
 - 5.4.1 El dolo..... 123
 - 5.4.1.1 Directo..... 128
 - 5.4.1.2 Indirecto..... 130
 - 5.4.1.3 Eventual..... 131
 - 5.4.2 El error sobre la causalidad..... 132
- 5.5 La culpa..... 140
 - 5.5.1 Culpa consciente o con representación..... 144
 - 5.5.2 Culpa inconsciente o sin representación..... 145
 - 5.5.3 Los elementos que integran a la culpa..... 147
- 5.6 Los elementos subjetivos específicos del tipo penal..... 148
 - 5.6.1 La intención..... 151
 - 5.6.2 Las tendencias..... 152
 - 5.6.3 Los ánimos..... 152
 - 5.6.4 Los propósitos..... 152
 - 5.6.5 Los motivos..... 153
 - 5.6.6 Los impulsos..... 153
 - 5.6.7 La actitud..... 154
- 5.7 La antijuricidad..... 154
- 5.8 La culpabilidad..... 155

CAPÍTULO SEXTO

LA ESTRUCTURA DE LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO EN LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN

- 6.1 La ausencia del comportamiento..... 163
 - 6.1.1 Las causas de ausencia del comportamiento..... 164
 - 6.1.1.1 La fuerza irresistible..... 166
 - 6.1.1.2 Los movimientos reflejos..... 168
 - 6.1.1.3 Los estados de inconsciencia..... 169
- 6.2 La ausencia de tipicidad..... 170
- 6.3 La ausencia de antijuricidad por causas de justificación..... 171
 - 6.3.1 La legítima defensa..... 175
 - 6.3.2 El estado de necesidad..... 177
 - 6.3.2.1 El estado de necesidad justificante..... 178
 - 6.3.3 El ejercicio de un derecho..... 181
 - 6.3.4 El cumplimiento de un deber..... 185
- 6.4 La ausencia de culpabilidad..... 189

6.4.1 Las causas de inimputabilidad..... 191

 6.4.1.1 La embriaguez..... 195

 6.4.1.2 La minoría de edad..... 197

6.4.2 La causa de inexigibilidad de la conciencia de antijuricidad por error de prohibición..... 198

 6.4.2.1 El error de prohibición vencible..... 199

 6.4.2.2 El error de prohibición invencible..... 199

6.4.3 Las causas de inexigibilidad de otra conducta..... 200

 6.4.3.1 El estado de necesidad exculpante o inculpante..... 201

 6.4.3.2 El miedo y temor exculpante..... 203

 6.4.3.3 La obediencia jerárquica..... 203

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal, se puede estudiar a partir de tres teorías, la de la Ley Penal, la del Delito y finalmente la de la Pena. En este trabajo, sólo se tocará una parte fundamental de la Teoría del Delito, que subyace en el subtema de la dogmática penal. Lo anterior obedece en sí, a la necesidad de conocer de manera precisa y clara, que causas ha tomado esa dogmática en el mundo y por tanto en México. Ya que parece paradójico, pero muchas veces se ha escuchado decir a la gente, que el Derecho Penal en la práctica, se traduce en la forma más fácil de litigar, ya que no se estudia y los asuntos se ganan con dinero. Equivocados están lo que piensan así, por el contrario la materia penal en la práctica se traduce en un saber cabal entre otras cosas de la dogmática penal, que encierra los postulados del delito y sus elementos a la luz de la diversas corrientes y teoría por las que ha evolucionado, y conocerlas hoy en día es de suma importancia, ya que sólo así el litigante estará en posibilidad de resolver satisfactoriamente sus asuntos, el Ministerio Público de integrar adecuadamente sus averiguaciones previas para estar en posibilidades de ejercitar la acción penal y los órganos judiciales de dictar sus resoluciones de fondo, como la orden de aprehensión o comparecencia, los autos de formal prisión o sujeción a proceso y las sentencias condenatoria. Pero también a la inversa, el conocimiento de la dogmática penal se traduce en una posibilidad franca de dictar resoluciones de fondo en otro sentido, es decir, negar la orden de aprehensión o comparecencia, dictar un auto de soltura y una sentencia absolutoria. Como se ve, no se trata de una tarea fácil, máxime si se toma en

cuenta que las teorías que han tenido boga ya por muchos años en el extranjero, sobre todo en Alemania, Italia y España, apenas se han infiltrado en nuestro Derecho Penal Nacional, y esto hace evidente, que dichos modelos o discursos no correspondan a los avances que vive nuestro lus Puniendi. Así las cosas, resulta indispensable conocer con precisión los postulados de las diversas teorías que han abordado el tema del delito y sus elementos, para que así paso a paso, se encuentre que su aplicación en nuestro País, da resultado y que no sólo se han adoptado por el conocimiento de un pequeño grupo de estudiosos del Derecho Penal, sino por el conocimiento y manejo de la mayoría que estamos inmersos en esta materia. Lo anterior forma la base y esencia de esta investigación, que lejos de parecer trillada y conocida, contiene un espíritu de búsqueda de aquéllos conceptos que muchos decimos conocer cotidianamente, pero que en realidad ni siquiera hemos podido comprender en toda su dimensión. Es pues así, que aún existiendo basta bibliografía de este tema, aun resulta interesante ver y conocer una dogmática penal sintetizada y conjuntada en un solo trabajo y entorno al delito, que permitirá a sus lectores tener un amplio conocimiento de conceptos fundamentales, que se hacen vitales para ver, tratar y resolver el paradigma del delito y sus elementos. Apuntado lo anterior, se tiene que para alcanzar el fin pretendido, el capítulo primero será ocupado en tratar las nociones generales del concepto de delito, principalmente las aportadas por las Escuelas Clásica, Positiva y Tercera Escuela. El capítulo segundo será asignado para abordar el tema de la teoría causalista-naturalista del delito y la teoría causalista neoclásica-teleológica-valorativa o neokantiana del delito y sus autores más sobresalientes, Franz Von

Liszt y Ernst Beling. En el capítulo tercero, se estudiará a las teorías del irracionalismo y el finalismo, con el pensamiento de Alexander Graf Zu Dohna y Hans Welzel. Por lo que hace al capítulo cuarto, en este será tratada la estructura del funcionalismo a la luz de los postulados de Claux Roxin y Gunther Jakobs, así como el método lógico-matemático. Se pasará al capítulo quinto compuesto por la estructura de los elementos positivos del delito en la teoría finalista de la acción desde el comportamiento, el tipo penal, la antijuricidad y la culpabilidad. Finalmente, en el capítulo sexto se analizará la estructura de los elementos negativos del delito en la teoría finalista de la acción, como la ausencia del comportamiento, la ausencia de tipicidad, la ausencia de antijuricidad por causas de justificación y la ausencia de culpabilidad. En el aspecto metodológico, se hará uso del método analítico, ya que a través del mismo se tratará de descubrir y construir los objetos del conocimiento dividiendo la realidad en sus partes más elementales; también se utilizará el método jurídico, traducido en el conjunto de procedimientos intelectuales y eventualmente materiales ordenados de acuerdo con un plan racional preestablecido, que en un campo del conocimiento dado se aplican como medio para alcanzar cierto fin de conocimiento puro. Finalmente, entorno a las técnicas de investigación se utilizará primordialmente la documental, también denominada doctrinal, que se constituye en la búsqueda de información contenida en documentos escritos, libros, leyes y revistas entre otros.

CAPÍTULO PRIMERO

NOCIONES DEL CONCEPTO DE DELITO

1. 1 CONCEPTO LEGAL DE DELITO

Por principio de cuentas, se apuntará, que el concepto de delito al que se hará referencia en este trabajo, abordará su noción etimológica, así como su concepción dada por las Escuelas Clásica, Positiva y la Tercera Escuela, en virtud, que para entenderlo no sólo debe tenerse como parametro su concepción legal actual a la luz del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, el cual señala, que será delito toda acción u omisión expresamente prevista como tal en una ley vigente al tiempo de su realización, el Código Penal abrogado, por su parte establecía, que delito es toda acción u omisión sancionada por la ley penal. Pero este concepto legal, resulta ser muy escueto, por lo que se hace necesario tratar otros conceptos de delito, como el etimológico y el dogmático a la luz de diversas escuelas, como la Clásica, Positiva y Tercera Escuela, así como su noción doctrinal.

1.2 CONCEPTO ETIMOLÓGICO DE DELITO

Para el Diccionario de la Lengua Española, la palabra delito proviene del término "delicto, y entre sus múltiples acepciones implica culpa,

crimen, quebrantamiento de la ley, acción u omisión voluntaria castigado por la ley con pena grave."¹

Otra concepción etimológica, sostiene, que la palabra delito proviene del latín "supino del verbo delinquir, delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar"²; o como refiere Fernando Castellanos Tena, "deriva del verbo delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero marcado por la ley."³

1.3 EL CONCEPTO DE DELITO EN LA ESCUELA CLÁSICA

El delito en la Escuela Clásica del Derecho Italiano, es abordado por el pensamiento de Giovanni Carmignani, para quien el delito es: "la infracción de la ley del Estado protectora de la seguridad pública y privada mediante un hecho del hombre cometido con perfecta y directa intención."⁴

El concepto de delito, también aparece en los postulados de Francesco Carrara, cuando señala, que el delito "es la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso."⁵

1 **Diccionario de la Real Academia Española**, Tomo 11, 21º Ed., Espasa Calpe, España, 2001, Pág. 432
2 **MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael**, Derecho Penal, 3º Edición, Editorial Trillas, México, 1994, Pág. 432
3 **CASTELLANOS TENA, Fernando**, Line. Elem. Decho. Penal, 29º ed., Ed. Porrúa, Méx., 1991, Pág. 125
4 **FONTÁN BALESTRA, Carlos**, Trat. Decho. Penal, T.I, 2º ed., Ed. Abeledo Perrot, Arg., 1990, Pág. 326
5 **CARRARA, Francisco**, Programa de Derecho Criminal, T.I, Editorial Temis, Colombia, 1977, Pág. 40

Los anteriores conceptos de delito aportados en la Escuela Clásica, deja ver con claridad, que la misma tomaba dos aspectos primordiales, en el primero aparece la norma como el instrumento rector de comportamientos, y en el segundo, se encuentra la seguridad pública y privada, como su fin último. Por lo que se puede hacer referencia a los elementos del delito en la Escuela Clásica, al tenor, siguiente:

Infracción de la ley del Estado;

Afectación de la seguridad pública;

Acto externo e imputable del hombre; y,

Acto políticamente dañoso

1.4 CONCEPTO DE DELITO EN LA ESCUELA POSITIVA

La Escuela Positiva se contrapone a la Escuela Clásica, y destaca en razón, que da un concepto natural o sociológico del delito, bajo el amparo del pensamiento de sus expositores, como lo fueron Cesar Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo; sin embargo, sólo se tratará el concepto de delito dado por los dos últimos, ya que el primero de los autores únicamente estudió las características del delincuente, sin dar un concepto de lo que para él era el delito.

En ese orden de ideas, Rafael Garófalo, distinguió entre el delito natural y el legal. Respecto del primero sostuvo, que: "delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según

la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad."⁶ Entorno al segundo, afirmó, que es la actividad humana, que contrariando la ley penal, no es lesiva de aquellos sentimientos.

Enrico Ferri, por su parte, precisa: "para que el delito exista, es necesario, que la lesión se haya producido a impulso de un móvil antisocial."⁷

Así las cosas, los conceptos reseñados permiten establecer con claridad que los elementos del concepto de delito en la Escuela Positiva, fueron los, siguientes:

Violación del sentido moral de los hombres;

Violación de las reglas necesarias para la adaptación del hombre en sociedad; y,

Violación que tiene su origen en factores antropológicos, físicos y sociales del hombre

1.5 EL CONCEPTO DE DELITO EN LA TERCERA ESCUELA

Esta escuela, es también conocida como de la Crítica Ecléctica o Terza Scuola, y su postulado entorno al concepto de delito, se basa en que adopta una postura ecléctica entre la Escuela Clásica y Escuela

Positiva, y sostiene la negación del libre albedrío, con el pensamiento de sus precursores Bernardino Alimena y Emmanuel Carnevale.

Para esta Escuela, el delito es visto: "como fenómeno individual y social, inclinándose también hacia el estudio científico del delincuente."⁸

La acción penal tiene sentido respecto de sujetos dirigible y resulta improcedente para aquellos, que no representan tal característica; esto no significa, que respecto de ellos no sea posible ningún medio defensivo, por el contrario, se puede actuar con medidas de seguridad. Así por una parte, la Tercera Escuela, no acepta el libre albedrío y sí el determinismo, con lo cual acoge postulados del positivismo; pero al mismo tiempo, con su aspecto de dirigibilidad evita sacar las consecuencias a que llega el positivismo y logra un criterio en cierto sentido de responsabilidad, diferente del de los clásicos y del positivismo, que le permite hacer una distinción igual al de la Escuela Clásica entre imputables e inimputables.⁹ Postulando además, que la imputabilidad, es la aptitud para sentir la amenaza de la pena.

La anterior concepción de delito dada por los pensadores de la Tercera Escuela, deja ver, que éste se sostiene en dos postulados; por un lado, el que se deriva de los principios de determinismo y dirigibilidad, así como el concepto de imputabilidad e inimputabilidad, hecho que cuestiona lo que hoy en día constituye un presupuesto de la

⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., Pág. 69

⁹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Introducción al Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, Págs. 154-155

culpabilidad, la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, y por el otro, intenta desde el punto de vista científico el estudio del delincuente. Por ello, hay concordancia cuando se afirma que la Tercera Escuela manejó en su concepto de delito:

**Imputabilidad e inimputabilidad;
Determinismo del comportamiento; y,
Dirigibilidad del comportamiento**

1.6 CONCEPTO JURÍDICO DEL DELITO

El concepto jurídico del delito, será tratado desde dos vertientes, una sustancial y la otra formal. Desde la óptica jurídico-sustancial, el concepto de delito puede verse desde los siguientes aspectos:

**Unitario, totalizador o sintético; y,
Analítico o atomizador**

Para el primero, el concepto de delito, resume básicamente una idea sobre aquello que debe constituir el punto de partida de la teoría jurídica del delito. Se trata de una idea, que guarda estrecha relación con la teoría de la pena, y que a su vez, opera dentro de la teoría del delito como el axioma principal de la misma.¹⁰

Existen otros autores entre ellos Francesco Antolisei, para quienes el concepto unitario o totalizador del delito, les permite verlo como un todo orgánico, un bloque monolítico, que si bien es cierto, puede presentar aspectos diversos, no se deja fraccionar¹¹; o como resume Fernando Castellanos Tena, al decir, que: "el delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble."¹²

El delito desde la concepción jurídico-analítica o atomizadora, es visto, como un descompuesto en sus propios elementos, pero considerándolos en su conexión íntima, al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito. El análisis no es la negación de la unidad, sino el medio para realizarla, puesto que para entender el delito es menester apreciarlo por sus elementos constitutivos. Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el conocimiento cabal de sus partes; ello no implica, la negación de que el delito integra una unidad.¹³

En consecuencia, se observa al delito como un todo, que puede fraccionarse en elementos, y estos a su vez, estudiarse en forma autónoma, pero sin olvidar que los mismo se interrelacionan o dependen entre sí, y que forman una unidad.

1.7 CONCEPTO JURÍDICO ANALÍTICO DE DELITO

11 Cfr. REYNOSO DÁVILA, Roberto. Teoría General del Delito, 2º ed., Ed. Porrúa, México, 1997, Pág. 7

12 CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., Pág. 129

13 Cfr. REYNOSO DÁVILA, Roberto. Op. cit., Pág. 6

Desde la perspectiva jurídico-analítica, existen autores que se ocupan del concepto de delito, entre los que se encuentran: Franz Von Liszt, Ernst Von Beling, Max Ernst Mayer, Edmundo Mezger, Luis Jiménez de Asúa y Francesco Antolisei.

Franz Von Liszt, conceptualiza al delito como "el acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena."¹⁴ Su concepto, da la posibilidad de advertir sus elementos, como a continuación se describe:

Acto;
Culpable;
Antijurídico; y,
Punible

Para Ernst Von Beling, el delito puede ser conceptualizado como "la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad. O bien, la acción típica, contraria al derecho, culpable, adaptable a una pena y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad."¹⁵

Correspondió a Beling, la introducción de la tipicidad como un elemento del delito, dando origen al principio "nullum crimen, nulla poena sine lege". Para este autor, no es posible calificar de delictuosa una conducta, mientras de ella no se haya hecho una previa

¹⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. cit., Pág. 334

¹⁵ REYES ECHANDIA, Alfonso. Tipicidad. Editorial Temis, Colombia, 1989, Pág. 3

descripción por el legislador abstracta en una norma positiva, sólo en ese supuesto puede afirmarse que la conducta, es típica.

Esta tipicidad aparece como un elemento autónomo del delito, de eminente naturaleza descriptiva-objetiva, e independiente del juicio de valor sobre su antijuridicidad y del contenido subjetivo de la conducta misma.¹⁶ Para Beling, los elementos que integran el delito, son los, siguientes:

**Acción;
Tipicidad;
Antijuridicidad;
Culpabilidad;
Punibilidad; y,
Condiciones objetivas de penalidad**

Por su parte, para Max Ernst Mayer, el delito tiene la concepción de ser un "acontecimiento típico, antijurídico e imputable."¹⁷ De suerte tal, que la conceptualización de delito propuesta por Max Ernest Mayer, deja ver que sus elementos, son:

**Acontecimiento;
Típico;
Antijurídico; e,
Imputable**

¹⁶ **Idem**

¹⁷ **JIMÉNEZ DE ASÚA.** Luis. La Ley y el Delito, 3º ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, Pág. 206

Edmundo Mezger, conceptualiza al delito "como la acción típicamente, antijurídica y culpable."¹⁸ Desde el punto de vista de este autor, parece que el delito se estructuraba con cuatro elementos: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; sin embargo, la verdad es, que para él, la tipicidad constituía no sólo la descripción típica, sino más bien, el fundamento de la antijuridicidad y como consecuencia su indicio. En resumen, se tiene que Mezger, estructuró al delito con dos elementos:

Acción,

Típica, antijurídica y culpable

Haciendo referencia a Luis Jiménez de Asúa, éste da el siguiente concepto de delito: "actividad, adecuación típica, antijuridicidad, imputabilidad, penalidad y, en ciertos casos, condiciones objetivas de punibilidad."¹⁹

Por ende, la concepción de delito aportada por ese autor, contiene como elementos integrantes del mismo, la:

Actividad;

Adecuación típica;

Antijuridicidad;

Imputabilidad;

¹⁸ *Idem*

¹⁹ *Idem*

**Penalidad; y,
Condiciones objetivas de punibilidad**

Por último, Francesco Antolisei, respecto al concepto de delito, afirma: "que es aquel comportamiento humano, que a juicio del legislador, está en contradicción con los fines del Estado y exige como sanción una pena criminal."²⁰ Lo anterior, permite afirmar, que los elementos del delito desde esta concepción, son los, siguientes:

Comportamiento humano;
Contradicción con los fines del Estado; y,
Sanción criminal

1.8 CONCEPTO JURÍDICO-FORMAL DE DELITO

Por concepto jurídico-formal del delito, se entenderá, aquél que se encuentra descrito en la Legislación Penal. En este orden de ideas, el delito es verdaderamente configurado por su sanción penal, lo que da pauta para sostener que si no hay ley sancionadora, no existe delito, aunque la acción haya sido inmoral y gravemente perjudicial en el plano social. Sin embargo, se advierte, que se trata de un concepto incompleto, pues no se preocupa la naturaleza del acto en sí, sino que sólo atiende a los requisitos formales.

²⁰ ANTOLISEI, Francesco. Op. cit., Pag. 119

Para el análisis del concepto de delito en el Código Penal Mexicano, es preciso hacerlo, no sólo conforme al Código Penal vigente para el Distrito Federal, sino a partir de todos aquellos Códigos Punitivos, que han regido en nuestro país, ello desde luego, permitirá comprender de una manera gradual la evolución que ha tenido dicho concepto hasta el que en nuestros días se encuentra contemplado en nuestro Código Penal Federal y Código Penal Vigente para el Distrito Federal. Así las cosas, se analizará dicho concepto a partir de los siguientes cuerpos normativos: Código Penal de Veracruz de 1835, Código Penal de Martínez de Castro de 1871, Código Penal de Almaráz de 1929, Código Penal Federal vigente de 1931, Código Penal para el Distrito Federal de 1931 y Código Penal Vigente para el Distrito Federal (12 de noviembre del 2002).

El Código Penal de Veracruz de 1835, señaló en su artículo 89, que en toda infracción de la ley penal se supone que hay delito, su autor queda sujeto a las penas del derecho, mientras no pruebe excepción legal. Lo anterior, permite sostener que el Código Penal de Veracruz de 1835, integró al delito con los siguientes, elementos:

Infracción de la Ley Penal;

Autor; y,

Pena

El Código Penal de Martínez de Castro de 1871, conceptualizó al delito en su artículo 4°, como la infracción voluntaria de una ley penal,

haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda. Para este Código, los elementos del delito, son:

**Infracción de la ley penal;
Voluntabilidad; y,
Acción u omisión**

El Código Penal de Almaráz de 1929, se refirió en su artículo 11 al delito, como la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal. El Código de Almaráz, tomó como elementos del delito los, siguientes:

**Lesión de un derecho protegido; y,
Sanción penal**

El Código Penal de 1931 para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, conceptualizó al delito en su artículo 7°, como el acto u omisión que sancionan las leyes penales; de donde se desprende que los elementos que integran al delito, son:

**Comportamiento
Punible**

En cuanto hace a los Códigos Penal Federal y para el Distrito Federal de 1931, cabe recordar que en el año de 1999, se confirieron

facultades a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal (Congreso Local), para legislar en materia de leyes locales, lo que trajo como consecuencia la división del Código de 1931, para formarse un Código Penal Federal y un Código Penal para el Distrito Federal, sin embargo, la anterior división, en nada afectó la denominación de delito mencionada en el punto que antecede, pues ambos describen al delito en su artículo 7°, en los términos ya estudiados.

El 12 de noviembre del 2002, entró en vigor el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que abrogó al de 1931. Este nuevo dispositivo en su artículo 1°, contiene el principio de legalidad, que establece: a nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente en el tiempo de su realización. Por tanto, los elementos del delito, son:

Comportamiento (acción u omisión);
Típico; y,
Punible

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍA CAUSALISTA DEL DELITO

2. 1 CONCEPTUALIZACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO

Con relación a este tema, Guiseppe Maggiore sostuvo, que así como hay una Teoría General del Derecho hay una Teoría General del Delito, que está comprendida en aquélla.²¹

En el Derecho Penal Mexicano, Eduardo López Betancourt, sostiene, que la Teoría del Delito, es la parte medular del Derecho Penal, más aún de la Ciencia del Derecho Penal, que comprende el estudio de los elementos positivos y negativos del delito, así como sus formas de manifestarse.²²

Para otros autores, la Teoría General del Delito, es un instrumento, que sirve para unir el mundo fáctico con el mundo normativo. El primero, es la concreción de un hecho material; el segundo, la descripción legal. Unidos conforman el injusto, para posteriormente realizar el juicio valorativo, consistente en la imputación personal (culpabilidad). Derivado de estos juicios tenemos una consecuencia jurídica.

2.2 ETAPAS DE EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO

21 Cfr. MAGGIORE, Guiseppe. Derecho Penal, T.I, 2º Ed., Editorial Temis, Colombia, 1989, Pág. 268

22 Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría Gral. Delito, 4º ed., Ed. Porrúa, México, 1997, Pág. 3

A lo largo de la historia, se aprecian diversas Teorías del Delito, que le han dado una estructura al mismo. A cada una de ellas, le ha correspondido un lugar en el tiempo, conteniendo los pensamientos y criterios de sus autores. Se habla de los doctrinarios de la Teoría del Delito, tales como: Franz Von Liszt, Ernst Von Belling, Edmundo Mezger, Hans Welzel, Claus Roxin y Gunther Jakobs, que según Johannes Wessels, se ubicaron en tres diferentes, teorías:

Teoría causal-naturalista de la acción;
Teoría finalista de la acción; y,
Teoría funcionalista o social de la acción

Como antecedente y parte del estudio, se tiene, que para Shuneman²³, las etapas por las que ha evolucionado la Teoría del Delito, son:

Naturalismo;
Neokantismo;
Total o Irrracional;
Finalismo; y,
Funcionalismo

Carlos Daza²⁴, no habla del irracionalismo, y afirma que las etapas por las que ha atravesado la Teoría del Delito, son:

Concepción Clásica;

23 Cfr. SCHUNEMAN, Bernd. Intro. Decho. Pnal., Trad. Jesús Silva., Ed. Tecnos, España, 1984, Pág. 43
24 Cfr. DAZA GÓMEZ, Carlos. Teoría Gral. del Delito, Cárdenas Ed. y Distribuidor, Mexico, 1997, Pág. 13

**Concepción Neoclásica;
Concepción Finalista; y,
Sistema Funcionalista**

Lo anterior, da pauta para que en este trabajo se desarrolle la propuesta hecha por Schuneman, que contiene 5 fases por las que ha transcurrido la Teoría del Delito, amén de que es semejante a la que propone Daza.

2.3 LA TEORÍA CAUSALISTA-NATURALISTA DEL DELITO

Esta teoría para Bernd Schuneman²⁵, comienza a imperar del año de 1881 y culmina en el año de 1900. Aunque se advierte, que algunos otros autores prefieren señalar como tiempo de su culminación el año de 1915; sin embargo, puede afirmarse, que existen indicios que ambas posturas son erróneas, si se toma en consideración que la estructura del delito propuesta por Franz Von Liszt y retomada por Ernst Beling, fue intocada hasta, que por un lado en 1907 Frank, cuestiona el contenido de la culpabilidad psicológica, y por el otro en 1914 Hegler, plantea la existencia de elementos subjetivos en el tipo, por lo que muy bien podría sostenerse, que el período del causalismo-clásico, puede ser de 1881 a 1907.

Franz Von Liszt, empieza con la dogmática penal, al realizar un estudio del delito a partir de la ley, específicamente del Código Penal

²⁵ Cfr. SCHUNEMAN, Bernd. Op. cit., Págs 43 y 47

Alemán de 1871, en su obra **Tratado de Derecho Penal**, en el que Liszt, efectuó un análisis sistemático del Derecho Penal y del delito, partiendo de una base naturalística-causalista, que es el acto o acción humana, por lo que esa teoría recibió el nombre de causalista.

Ahora bien, se ha sostenido por Wessels²⁶, que los principales expositores de la teoría causalista, son:

Franz Von Liszt; y,
Ernst Von Beling

Opinión a la que desde luego, nos adherimos, sin pasar por alto, que estos dos autores, antecedieron pensamientos relevantes como el de Carlos Binding y Feuerbach.

2.3.1 EL PENSAMIENTO DE FRANZ VON LISZT ENTORNO AL COMPORTAMIENTO, LA ANTIJURICIDAD, LA CULPABILIDAD Y LA PUNIBILIDAD

Por lo que hace a Franz Von Liszt, cabe recordar, que inicia la dogmática penal a partir del estudio que llevó a cabo en el año de 1871 al Código Penal Alemán, tarea en la que pretendiendo encontrar, qué debía contener un delito. Inicio de un precepto equivalente al contenido en el Código Penal Para el Distrito Federal de 1931, en su artículo 7°, donde se decía, que el delito era la acción humana

26 Cfr. WESSELS, Johannes. Decho. Pen. Trad. Conrado Finzi, 6° ed., Ed. De Palma, Argen., 1979. Pág. 22

sancionada por la leyes penales, estableciendo consecuentemente, que antes de cualquier cosa, el delito era una conducta humana.

Conducta (elemento objetivo), antijurídica (elemento objetivo), culpable (elemento subjetivo) y punible (elemento diferenciador del Derecho Penal), era igual a delito para Von Liszt.

De tal suerte, que era fundamental comprender el significado de conducta, y de esa manera, comenzó a buscar qué características debía tener o de qué elementos se componía, encontrando que revestía dos aspectos:

Uno interno (contenido de la voluntad); y,

Otro externo (la manifestación de la voluntad)

El interno, abarcaba las intenciones o motivaciones del sujeto para actuar en tal o cual sentido, es decir, esta fase corresponde al nivel de la culpabilidad, donde se analiza si el contenido de la voluntad fue doloso o culposo. En tanto, que el externo, era propiamente la acción, entendida como la realización de un movimiento, para dar inicio al proceso causal. Definiendo a la acción, como movimiento corporal que produce un cambio en el mundo exterior, es decir un efecto, dándose entre una y otro una relación.

Por lo anterior para Von Liszt, la conducta humana, es equiparable a cualquier fenómeno de la naturaleza y va a considerarla precisamente,

como un mero proceso casual, que no tiene mayor sentido, porque ese proceso casual no indica hacia dónde encamina el sujeto su actividad.²⁷ Luego, entonces, la conducta, se integra de:

Manifestación de la voluntad, que consiste en la inervación voluntaria del cuerpo humano, que se traduce en un movimiento corporal o en su inactividad (cuando se trata de la omisión);

El 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,

La existencia de un nexo causal, que radica 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

Con sus estudios Franz Von Liszt, encontró un elemento, que permite diferenciar los fenómenos de la naturaleza y los del hombre, la voluntad, como algo característico de la persona y de la conducta humana. Por lo tanto Von Liszt afirmó, que habrá una conducta humana, solamente si el movimiento corporal ha sido producido por la voluntad.

En el concepto de conducta aportado por Liszt, en primer lugar, hay que establecer una relación entre la voluntad y el movimiento corporal de la persona, para efecto de determinar, que ese movimiento corporal

27 Cfr. VON LISZT, Franz. Trat. Decho. Penal, T.II. Trad. Luis Jiménez de Asúa, España, 1916, Pág. 292

ha sido causado por la voluntad. Y luego, otra relación de causalidad, que debe darse entre el movimiento corporal y el resultado. Lo que significa, el análisis de dos relaciones de causalidad en este proceso para constatar la existencia de una conducta humana. De esto que se afirma por Liszt, se concluye, que la voluntad, si bien forma un elemento esencial de la conducta humana, hay que dividirla en dos partes:

Una primera, vinculada con el aspecto externo de la propia conducta, que se conoce con el nombre de manifestación de la voluntad; y,
Otra, que se relaciona con el aspecto interno de la persona, que se conoce con el nombre de contenido de la voluntad

Ahora bien, de estos dos aspectos en que se divide a la voluntad, Von Liszt considera al primero como el que importa ser analizado dentro de la estructura del concepto de acción, y por eso se dice manifestación de voluntad o movimiento corporal voluntario. En cambio, lo que indica cuál es el sentido que el sujeto le da a su actividad, se llama dolo y forma parte de la culpabilidad, donde se analizará lo que el sujeto se propuso, o sea, cuál fue el sentido que le imprimió a esa actividad. Así pues, se determina que la conducta está estructurada solamente de elementos objetivos o externos, sin abundar, se apuntará desde ahora, que los elementos del tipo objetivo se refieren a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, es decir, aquellos que pueden ser comprendidos y entendidos

a través de la percepción de los sentidos, y de entre estos se encuentran:

El comportamiento;

Los sujetos;

Las calidades del sujeto activo y pasivo;

El bien jurídico tutelado;

La ofensa del bien jurídico;

El objeto;

Medios comisivos;

Nexo causal;

El resultado; y,

Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión

La estructura de la voluntad, da pauta a que Franz Von Liszt, afirme que juega dos funciones importantes en el proceso causal:

Una función referida, al factor desencadenante del movimiento corporal, es decir, que la voluntad, es causa del movimiento corporal, por eso se dice, que un primer problema radica en constatar una relación de causalidad entre la voluntad y el movimiento corporal, y por ello, sólo habrá conducta humana, siempre y cuando el movimiento corporal haya sido causado por la voluntad, esa es una función que juega la voluntad, ser el factor causal, el factor que desencadena el movimiento corporal; y,

El otro factor, establece que la voluntad es el factor de dirección, esto es, la que dirige o la que encamina hacia un determinado objetivo, pero esa función no es la que se analiza dentro de esta estructura del concepto de acción, sino eso se va a analizar sólo cuando se esté en el nivel de la culpabilidad.

De todo lo anterior, se concluye, que el concepto de acción que maneja Liszt, es un concepto casual o naturalístico. Proceso casual carente de sentido, porque se excluye del mismo el contenido de la voluntad, con lo que no se sabe hacia dónde se encamina ese proceso casual ciego. También se le llama naturalístico, porque se le equipara a un fenómeno de la naturaleza.

Para finalizar, con el punto relativo a la acción o conducta de Liszt, se dejará asentado que el comportamiento, está compuesto de la siguiente, forma:

Acción, dentro de cual se encuentran la actividad muscular, el carácter voluntario (voluntariedad), la manifestación de la voluntad (cambio en el mundo exterior) y nexos causal (entre el resultado y el comportamiento); y,

Omisión, integrada con una inactividad muscular, por el carácter voluntario (voluntariedad), la manifestación de la voluntad (cambio en el mundo exterior) y nexos causal (entre el resultado y el comportamiento)

Es pertinente dejar acentuado, que para el causalismo clásico la omisión se presenta, cuando no se realiza el movimiento corporal esperado, que debía producir un cambio en el mundo exterior, violándose una norma imperativa (la acción es la norma prohibitiva).

En cambio, se da la comisión por omisión, cuando se produce un resultado material a través de una omisión, de ahí que en este supuesto se viola tanto una norma imperativa como una prohibitiva.

Sin embargo, cabe señalar que correspondió a Edmundo Mezger, desarrollar la fundamentación de la omisión simple, en la tesis de la acción esperada, cuando afirmó que la omisión tiene ese carácter, por la acción esperada que el autor ha omitido realizar, porque no ha realizado esa acción que de él se esperaba, es por ello que resulta punible, en tanto que la acción esperada también puede serle exigida.

Franz Von Liszt, concibió a la antijuridicidad desde un punto de vista dualista, primero el acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión de una norma establecida por el Estado (oposición a la ley que contiene un mandato o una prohibición) y por otra parte, materialmente antijurídico, en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos, es decir, contraria a la sociedad, constituyéndose como la antisocialidad de la acción, por lo que debe concebirse como una simple valoración del acto, del proceso causal objetivo externo, que causa un resultado dañoso en sentido social. Así se habla de antijuridicidad formal y material.

La antijuridicidad para Franz Von Liszt, como lo afirma Francisco Muñoz Conde, es entendida como una simple valoración del acto del proceso causal objetivo externo.²⁸

Von Liszt, concibe a la antijuridicidad, a razón de una relación de contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico. Luego entonces, entiende a la antijuridicidad, en un sentido formal, en la medida, en que está atendiendo más a la forma, que al contenido de la conducta. Lo que es correcto, puesto que desde el punto de vista formal, la antijuridicidad, quiere decir eso precisamente, relación de contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico.

La culpabilidad de Franz Von Liszt, fue concebida en un sentido meramente psicológico, como la relación subjetiva entre el acto y su autor, formando así las llamadas formas de la culpabilidad dolo y culpa, precedidas por la constatación de la capacidad psíquica del autor, la llamada imputabilidad.²⁹ En efecto, con Von Liszt, la culpabilidad se sistematiza y desarrolla sobre una base de relaciones naturalísticas, que reafirman el carácter causalista de este sistema. Así aparece la teoría psicológistica de la culpabilidad. Para comprenderlo mejor, la culpabilidad de Liszt, viene a ser una relación natural, en este caso, una relación psicológica entre el sujeto y el acto.

²⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, Págs. 191-192

²⁹ Idem

Para la teoría psicológica de la culpabilidad, este elemento forma parte de las vinculaciones, que parten de la relación causal de la conducta, que encuadra en un resultado; a la relación subjetiva psíquica de su autor y ese resultado, sea a título doloso o culposo, la denominan culpabilidad.

La punibilidad en el pensamiento Liszt, es la consecuencia de la conducta, típica, antijurídica y culpable, y es el elemento diferenciador del Derecho Penal, a partir de la coercibilidad penal, es decir, es lo que permite distinguir el injusto penal de cualquier otra rama jurídica, contenido de una dualidad, penas y medidas de seguridad. En suma de cuentas, el esquema de los componentes del delito propuesto por Von Liszt, se puede apreciar de la siguiente forma:

Conducta (voluntad exteriorizada, en el sentido de puesta en marcha de la causalidad);

Antijuricidad (causación de un resultado dañosos en sentido social);

Culpabilidad (relación psicológica entre la conducta y el resultado, en el sentido de querer producir el resultado delictivo, o bien causar el resultado sin haberlo querido); y,

Punibilidad (en sentido de coercibilidad penal, que permite distinguir el injusto penal de cualesquiera otra rama jurídica)

2.3.2 EL PENSAMIENTO DE ERNST VON BELING, RESPECTO AL COMPORTAMIENTO, LA ANTIJURICIDAD Y LA CULPABILIDAD

Toca su turno a Ernst Von Beling, quien definió al delito como la acción típica, antijurídica y culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad.³⁰

El contenido del delito en el concepto de Beling, permite observar un nuevo e innovador elemento, el de la tipicidad, que no fue manejada por Von Liszt, y así los elementos integradores del delito para Beling, son:

Conducta (en el sentido de voluntad exteriorizada que pone en marcha la causalidad) (elemento objetivo);

Tipicidad (adecuación de la conducta al tipo previsto en la ley penal. El elemento que también contiene el deber ser de la norma, a través de la prohibición o mandato, que recoge el sentido de la conducta social deseada) (elemento objetivo-valorativo);

Antijuridicidad (contradicción de la conducta y, en su caso del resultado, con todo el orden jurídico en general. Es decir, es la calificación objetiva acerca del hecho considerándolo como contrario al orden jurídico) (elemento objetivo); y,

Culpabilidad (relación psicológica del querer de la conducta y la producción del resultado, sea a título de dolo o culpa) (elemento subjetivo)

Carlos Fontán Balestra señala, que para Beling³¹ la conducta, es entendida al igual que Von Liszt, como una voluntad exteriorizada en

**30 Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op cit., Pág. 206
31 Cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. cit., Pags. 334-335**

forma de puesta en marcha de causalidad, por lo que para constatar, que se está frente a una determinado comportamiento (acción u omisión), es suficiente si el autor a actuado o no voluntariamente, lo que perseguía con dicho comportamiento, es irrelevante.

Así el comportamiento según Beling, queda integrado al igual que lo hizo Von Liszt, de la siguiente, forma:

Acción, dentro de cual se encuentran la actividad muscular, el carácter voluntario (voluntariedad), la manifestación de la voluntad (cambio en el mundo exterior) y nexo causal (entre el resultado y el comportamiento); y,

Omisión, integrada con una inactividad muscular, por el carácter voluntario (voluntariedad), la manifestación de la voluntad (cambio en el mundo exterior) y nexo causal (entre el resultado y el comportamiento)

El elemento tipicidad fue la principal aportación de Beling, a la ya existente teoría de Von Liszt, significando así tipicidad, la descripción del suceso objetivo externo en la norma penal.³² En 1906 Beling, señaló que no era posible calificar como delictuosa una conducta mientras de ella no se haya hecho una previa descripción abstracta en una norma positiva, sólo entonces puede afirmarse que la conducta, es típica. La tipicidad surge así como un elemento autónomo del delito, de eminente naturaleza descriptiva-objetiva, e independiente del juicio

32 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., Pág. 192

de valor sobre su antijuricidad y del contenido subjetivo de la misma conducta (dolo y culpa) estudiados en el ámbito de la culpabilidad.

Según Beling, el tipo penal consiste en la descripción exterior de los elementos del tipo del delito. Por eso, se dice, que el tipo penal introducido por Beling, era neutro, avalorado o acromático, en razón, que sólo contenía elementos de carácter objetivo-descriptivos, por lo que para él, en su esquema predomina el injusto objetivo³³ y la culpabilidad subjetiva (dolo y culpa), en cuanto a que todo lo interno relativo al contenido de la voluntad, quedaba fuera de la conducta y desde luego fuera del tipo, para estar encuadrada en la culpabilidad.

La objetividad del tipo penal significa que este concepto comprende únicamente elementos para cuya comprobación no se requiere la consideración de los aspectos anímicos del autor. Todo suceso subjetivo, transcurrido en el interior anímico del autor, no corresponde al tipo penal.

En cuanto hace a la neutralidad valorativa del tipo penal, se dice que éste es puramente descriptivo, las prescripciones normativas se conectan a él, pero nada más. En el tipo penal no se da juicio de valor alguno. Luego entonces, la neutralidad valorativa del tipo abarca al legislador y al juez. En este sentido, cuando todos los elementos contenidos en el tipo penal provienen del ámbito del ser en el sentido

33 Elementos objetivos: comportamiento, nexos causal, bien jurídico, sujetos, circunstancias y objeto material

de las ciencias naturales, el juez sólo debe comprobarlos sin necesidad de valorarlos.

En efecto el tipo, es una descripción de una conducta como delictiva, pero si se busca conocer si la misma es contraria a la norma, da significancia a una función valorativa que corresponde a la antijuricidad, que excede el marco de la tipicidad; más aún, si tal conducta se le pretende atribuir a un sujeto para reprochársela, esto correspondería a la culpabilidad. Por lo anterior se afirma, que tipo y norma, son partes esenciales en la teoría del delito, pero mientras el tipo describe, la norma valora.

En suma de cuentas, se puede reseñar el pensamiento de Beling, en cuanto al tipo, al tenor siguiente:

El tipo penal consistente, en la descripción exterior de los elementos del tipo del delito, es objetivo y valorativamente neutral;

La objetividad del tipo penal, significa que dicho concepto comprende exclusivamente elementos para cuya comprobación no se requiere la consideración de los aspectos anímicos del autor, todo suceso subjetivo transcurrido en el interior de la mente del autor, no corresponde al tipo penal, sino a la culpabilidad; y,

La neutralidad valorativa del tipo penal, se refiere a que es puramente descriptivo, las prescripciones normativas se conectan a él nada más; en el tipo no se da ningún juicio de valor por parte del legislador ni del juez

El tipo de Beling, se integró de elementos objetivos, a.saber:

El comportamiento;

Los sujetos activo y pasivo;

Las calidades de los sujetos;

El bien jurídico tutelado;

La ofensa del bien jurídico;

El objeto;

Medios comisivos;

Nexo causal;

El resultado; y,

Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión

Para Beling la antijuricidad, es el juicio de valor, que recae sobre el aspecto externo u objetivo de la conducta, y en ello se diferencia terminantemente de la culpabilidad, que se contrae a aspectos internos o subjetivos (dolo y culpa).

A diferencia de Liszt, en el sistema de Beling, la antijuricidad, no sólo constituye un elemento objetivo, sino que representa un juicio de valor, entendido como la contradicción de la conducta, y en su caso del resultado, con el orden jurídico, de lo que resulta, una calificación objetiva acerca del hecho considerado como contrario al orden jurídico, con lo que aparece, un elemento objetivo-valorativo.

En suma de cuentas, se puede afirmar, que la antijuridicidad en el sistema de Beling se entendió al igual que Liszt, como la contradicción entre la causación del resultado y el orden jurídico, añadiendo Beling, el juicio de valor.

Para Beling, la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito, y constituye la relación psicológica entre la conducta y el resultado, en forma de dolo o culpa.³⁴

Así la valoración sobre el autor y de los componentes subjetivos del delito pertenecen a la culpabilidad.

2.3.3 ASPECTOS GENERALES DEL PENSAMIENTO DE FRANZ VON LISZT Y DE ERNST VON BELING

De las aportaciones hechas tanto por Franz Von Liszt así como de Ernst Von Beling, se advierte, que la valoración del acto, concebido de un modo causal-objetivo, constituía la antijuridicidad.

Lo anterior, llevó a establecer que la valoración del autor y de los componentes subjetivos del delito pertenecía a la culpabilidad.

Así las cosas, se advierte que para dicha teoría, concebida como "ciega" por Hans Welzel, el delito se componía de los siguientes elementos:

34 Cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. cit., Págs. 334-335

Elementos objetivos (la voluntad, el cambio en el mundo externo, el nexo causal, el bien jurídico, los sujetos, medios de comisión, referencias temporales o espaciales y un objeto material, perteneciente al tipo); y,

Elementos subjetivos (dolo y culpa, pertenecientes a la culpabilidad)

En cuanto a la conducta o comportamiento, debe destacarse que la voluntad no está dirigida conscientemente a alcanzar un fin, sino que transcurre, ya sea causalmente ciega o bien como sucede en la naturaleza, adecuada ciertamente al fin, pero sin conciencia del fin (instintivamente).

El concepto causal de acción desarrollado por Von Liszt-Beling, permite dar cuenta que la fraccionaba en dos partes constitutivas diferentes:

El proceso causal externo (objetivo); y,

El contenido de la voluntad (subjetivo)

Con base en lo anterior, "la acción es un mero proceso causal, que desencadena la voluntad (el impulso voluntario o la inervación) en el mundo exterior (efecto de la voluntad), sin tomar en consideración si el autor lo ha querido o si lo podía prever (contenido de la voluntad)."³⁵

Así el comportamiento contenido en la acción no es, sino la voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de causalidad.³⁶

Roberto Reynoso Dávila, precisa, que el causalismo trata a la conducta como factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevó al sujeto a cometerla. Dice que los causalistas, explican la existencia de la acción delictiva, cuando un sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta necesariamente la finalidad que se proponía al hacerlo, porque ésta no pertenece a la conducta. Se concibe a la acción como un proceso causal natural y extrajurídico, libre de valor, como simple causación, sin tomar en cuenta la voluntad rectora.³⁷

En ese orden de ideas, Octavio Alberto Orellana Wiarco acotó, "que la acción es un factor de orden natural desencadenante de un resultado material, es simple y llanamente un proceso causal."³⁸

En resumen, al punto del comportamiento que nos ocupa, fue entendido no como un actuar dirigido hacia un fin determinado, sino como un proceso natural o movimiento corporal generador de un resultado, lo que significa, que en aquella etapa cualquier comportamiento del hombre constituía un hecho relevante para el derecho penal, y, por lo tanto merecía ser sancionado.

36 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Man. de Decho. P. Cardenas Editor, México, 1988, Pág. 346

37 Cfr. REYNOSO DÁVILA, Roberto. Op. cit., Pág. 11

38 ORELLANA WIARCO, Octavio. Teoría del Delito, 6º Ed., Editorial Porrúa, México, 2001, Pág. 11

En lo que hace a la tipicidad, es de destacarse que el tatbestand belgiano nace, como algo abstracto y objetivo; lo primero porque no pertenece a la vida real sino a la ley, y lo segundo porque su función se agota en la descripción formal de la conducta.

Juan Bustos refiere, que la tipicidad constituye la descripción externa de la acción sin contenido normativo ni elemento subjetivo. Su relación con la antijuridicidad se fijó como indicio. La tipicidad resulta ser una característica objetiva sin valoración o subjetividad (incolora o sin sangre). Lo que interesa constatar es el resultado producido por la acción y la relación de causalidad. La tipicidad es descriptiva y objetiva.³⁹ El tipo penal se erigió como el presupuesto "sine qua non" para presumir, que un comportamiento posiblemente fuera delictuoso.

La antijuridicidad fue un concepto meramente formal, que constituye juicio de valor que recae sobre la acción, contemplada como un aspecto objetivo. En ese juicio de valor, no se toma en cuenta el elemento subjetivo. En consecuencia, la antijuridicidad, está conformada por un elemento objetivo-valorativo, siempre que el comportamiento humano, esté en contradicción entre la causación del resultado y el orden jurídico. Lo antijurídico, en ese mismo orden de ideas, constituye más bien, la valoración de un acto, que en su esencia fundamental, es contrario a las normas o valores de la sociedad que Rafael Garófalo denomina, sentimientos altruistas de piedad y

³⁹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit., Pág. 159

probidad que todo grupo social posee por el simple hecho de vivir en sociedad.

La culpabilidad, es entendida como la relación psicológica entre la conducta y el resultado en forma de dolo o de culpa, es decir, constituye un proceso psicológico que se encuentra en el sujeto y está relacionado con el hecho. En consecuencia, su presupuesto es la imputabilidad y sus especies son el dolo y la culpa.

En la forma de culpabilidad, dolo y según el pensamiento de Franz Von Liszt, "se encuentra no sólo el conocimiento de todas las circunstancias del hecho concreto, sino también, el conocimiento de que esas circunstancias del hecho en particular, pertenecen a la definición legal o tipo penal."⁴⁰

En esta tesitura Orellana Wiarco, señala que el dolo en el sistema causalista-naturalista, se forma de:

La representación de los hechos y circunstancias del acto, la previsión del resultado, la representación de la causalidad del acto, en los delitos de comisión; y,

La representación del no-impedimento en los delitos de omisión⁴¹

40 Cfr. VON LISZT, Franz. Op. cit., Págs. 248-249

41 Cfr. ORELLANA WIARCO, Octavio. Op. cit., Págs. 50-51

Para Sergio Vela Treviño, la culpa como especie de la culpabilidad, es la forma de manifestación de la culpabilidad mediante una conducta causalmente productora de un resultado típico, que era previsible y evitable, por la simple imposición a la propia conducta del sentido necesario para cumplir el deber de atención y cuidado, exigible al autor, atendiendo a las circunstancias personales y temporales concurrentes con el acontecimiento. En tal virtud, los elementos de la culpa son:

**Una conducta causalmente típica;
Una violación del deber exigible al autor; y,
Un resultado previsible y evitable⁴²**

En resumen Franz Von Liszt y Ernst Beling, estructuraron el delito en base a dos componentes perfectamente diferenciables, uno de ellos llamado injusto, que comprendía a la conducta y a la antijuricidad, las cuales constaban exclusivamente de aspectos objetivos, y la otra parte era llamada culpabilidad, que comprendía solamente aspectos subjetivos, habiéndose elaborado un esquema que predominó durante muchos años en el Derecho Penal, conocido como injusto objetivo-culpabilidad subjetiva, de acuerdo con el cual en la primera de esas áreas, integrada por la conducta antijurídica, solamente había aspectos objetivos, nada de subjetividad y, a la inversa, la culpabilidad contenía exclusivamente aspectos de esta clase, sin ningún componente objetivo.

42 Cfr. VELA TREVIÑO, Sergio. Culpab. e Inculp. 3º Reimp., Ed. Trillas, Mexico, 1990, Pág. 245

2.4 LA TEORÍA CAUSALISTA-NEOCLÁSICA-TELEOLÓGICA-VALORATIVA O NEOKANTIANA DEL DELITO

Bernd Schuneman⁴³ sostiene, que esta teoría tuvo vigencia de 1907 a 1935.

A principios del siglo XX, en Alemania, tuvieron boga dos Escuelas Filosóficas, denominadas neokantianas por ser derivaciones del pensamiento Kantiano. La escuela de que se hará mención en este capítulo fue conocida con el nombre de Escuela de Badem o Escuela Sudoccidental Alemana o de la Filosofía de los Valores. El postulado de la citada escuela, gira entorno a que el Derecho Penal cumple una determinada función referida siempre a fines y valores. En efecto, a los albores del siglo XX, se revisó entre otras cosas, el concepto de delito, para ver si correspondía a una nueva concepción que se daba del Derecho Penal, referido a fines y valores. Fue entonces, que nació el segundo sistema denominado Neoclásico-Teleológico o de los Valores o Neokantiano. Lo teleológico de esta teoría, se ubica en razón de que el Derecho Penal, está referido a fines y valores.

Ahora bien, los principales exponentes de esta teoría, de acuerdo con Gunther Stratenwerth⁴⁴, Francisco Muñoz Conde⁴⁵ y Juan Bustos Ramírez⁴⁶, son:

43 Cfr. SCHUNEMAN, Bernd Op. cit., Pág. 43

44 Cfr. STRATENWERTH, Gunter. Decho. Penal, Trad. Gladis Romero, Ed. Edersa, Madrid, 1976, Pág. 3

45 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., Pág. 193

46 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan Op. cit., Pág. 162

Reinhar Frank;
Fisher;
Gustavo Radbruch;
Goldschmidt;
Hegler;
Freudental;
Max Ernst Mayer; y,
Edmundo Mezger

Este segundo sistema, se centra en la reconcepción de la teoría del delito, entorno al contenido del tipo penal, al descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y normativos del tipo, a la relación que guarda el tipo con la antijuricidad y en cuanto a la estructura de la culpabilidad, por lo que sintetizando, se puede destacar lo relevante de este sistema, de la siguiente manera:

En 1907, Frank comienza a cuestionar la culpabilidad psicológica de Liszt y Beling;

En 1911, Fisher descubre los elementos subjetivos en el ámbito del Derecho Civil;

En 1914, Hegler precisa que el tipo penal no sólo contiene elementos objetivos, sino también subjetivos; y,

En 1915, Mayer descubre los elementos normativos

2.4.1 LA APORTACIÓN DE FRANK

En primer lugar se tiene, que en el año de 1907, Reinhard Von Frank, empezó a cuestionar algunos de los conceptos en torno al delito. El primer concepto, que estudió fue el de la culpabilidad, que hasta ese momento en la Ciencia del Derecho Penal, era un concepto psicológico, pues se decía que era una relación psicológica entre el autor y su hecho. Frank sostenía, que ese concepto definitivamente no respondía a la nueva concepción del Derecho Penal, porque ese derecho estaba referido a valores y fines, por lo que la culpabilidad debía implicar, igualmente, valores y fines. De ahí que Frank, haya dicho que la culpabilidad, es un concepto mucho más complejo, de un contenido mayor, y como tal, no debía ser una mera relación psicológica, sino más que nada, un juicio de valoración.

Así, vinculado con esa idea del Derecho Penal, referido a valores y fines, Frank, dice: la culpabilidad debe ser concebida como un juicio de valoración que se llamará reprochabilidad, por tanto culpabilidad, sería igual a reprochabilidad. En sí, la culpabilidad es un juicio de reproche, que se le hace al autor de una conducta antijurídica, y para realizarlo, se requiere previamente afirmar la existencia de una conducta antijurídica, y los siguientes requisitos: se debe determinar que el sujeto autor de la conducta antijurídica, es imputable.

La imputabilidad en esta construcción de Frank, viene a ser un componente de la culpabilidad, contrariamente a los autores que lo precedían, los cuales la concebían como presupuesto de la culpabilidad. Ahora con Frank, se dice, que la imputabilidad, es un

requisito para poder formular el juicio de reproche a un sujeto, y lo primero que hay que determinar, es si el sujeto tiene, dos capacidades, a saber:

Capacidad de entender; y,
Capacidad de querer

En la medida que tenga esa capacidad de entender y de querer, se dirá, que el sujeto es imputable y, por lo tanto, es capaz de ser culpable. Si no tiene esas capacidades, entonces no puede formularsele el juicio de reproche.

Pero no basta, conque el sujeto sea imputable, para poderlo declarar culpable, además se requiere, que el mismo haya actualizado su capacidad en el hecho que ha cometido. La actualización de las capacidades de entender y de querer se da con la afirmación de la existencia del dolo. Por lo que además de la imputabilidad, se requiere, que el sujeto haya actuado dolosamente. Y en este orden de ideas, el dolo viene a ser la actualización de esas dos capacidades, pues desde entonces, se concibe al dolo, como conocimiento y voluntad. Entiéndase, para que haya conocimiento, debe previamente darse la capacidad de entender, y para que haya voluntad, debe darse también previamente, la capacidad de querer.

Este concepto de la culpabilidad de Frank, se conoce con el nombre de culpabilidad normativa, como contraposición al concepto

psicológico de culpabilidad. El concepto normativo de culpabilidad, es desarrollado posteriormente por otros autores como: Goldschmidt, Freudenthal y Mezger.

2.4.2 LA APORTACIÓN DE GOLDSCHMIDT

Respecto de Goldschmidt, se puede decir, que en el año de 1913, escribió un pequeño trabajo sobre la culpabilidad en sentido normativo, donde afirmó, que junto a cada norma de derecho, que exige una conducta exterior, debe aceptarse tácitamente una especial norma de deber, conforme a la cual, el autor debe orientar su conducta interna, agregando, que la transgresión de esa norma daba lugar a la culpabilidad.

La contrariedad al deber, es pues, para Goldschmidt, el elemento normativo de la culpabilidad. También decía, que el sujeto tiene el deber de comportarse conforme al ordenamiento jurídico, y si no lo hacía, ese comportamiento antijurídico, sólo le es reprochable, en la medida en que pudiendo obrar conforme al ordenamiento y teniendo el dominio del hecho, actúa culpablemente.

Según Goldschmidt, la exigibilidad en que la reprochabilidad se funda y que constituye la característica de la culpabilidad, es un deber, que presupone un poder. Estos presupuestos de poder de la culpabilidad, son en suma de cuentas, la imputabilidad o dominio del hecho, el significado conocido o cognoscible (dolo o culpa) y la motivación

normal. De acuerdo, a lo anterior, la culpabilidad de Goldschmidt, puede esquematizarse, de la siguiente, forma:

Dominio del hecho (imputabilidad);
Significado conocido o cognoscible (dolo o culpa);y,
La motivación normal (exigibilidad)

2.4.3 LA APORTACIÓN DE FREUDENTHAL

En cuanto a Freudenthal, en el año de 1922, publicó un trabajo sobre la culpabilidad desde el punto de vista normativo, aportando un componente ahora indispensable para poder formular el juicio de reproche, relativo a las motivaciones, conocidas con el nombre de exigibilidad de otra conducta. Surge así, un nuevo elemento de la culpabilidad, la exigibilidad de otra conducta, que implica analizar, una vez afirmado que el sujeto es imputable, que ha actuado de manera dolosa o culposa, las circunstancias en que actuó, para efecto de determinar, si ese sujeto en esas circunstancias tenía o no tenía, la posibilidad de actuar de una manera diferente, y luego entonces, en la medida en que se determine, que en esas circunstancias el sujeto pudo actuar de manera distinta acorde a las exigencias de la norma, se afirmará que es culpable; por ejemplo, en lugar de privar de la vida a una persona, pudo haber actuado de distinta manera, para no cometer el delito de homicidio.

2.4.4 LA APORTACIÓN DE MEZGER

Otro autor en su obra *Tratando de Derecho Penal*, que aparece en el año de 1931, también plantea su concepto en torno a la culpabilidad, se esta haciendo referencia a Edmundo Mezger, quien sigue las ideas de Frank, Goldschmidt, Freudenthal, e igualmente sostiene "que la culpabilidad debe ser entendida como un juicio de reproche del acto a su autor."⁴⁷

Desde tal punto de vista puede decirse que la culpabilidad es el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico.

Sostiene que para formular ese juicio, es necesario afirmar los diferentes elementos ya enunciados, pero además de ellos, agrega uno más, que es la ausencia de especiales causas de exclusión de la culpabilidad. Así, únicamente será culpable, el sujeto que siendo imputable, y que además haya actuado dolosa o culposamente y siéndole exigible un comportamiento distinto, además, no exista una causa especial de exclusión de culpabilidad.

De inmediato surgen las críticas a esta postura, al plantearse preguntas, como la siguiente: ¿Cuáles eran esas causas especiales de exclusión de la culpabilidad?; ¿Habrán causas especiales que excluyan la culpabilidad, que no tengan que ver con los otros cuatro componentes?

⁴⁷ MEZGER, Edmundo *Derecho Penal*, 3º ed., Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1985, Pág. 245

La respuesta, fue negativa en el sentido que no las había, es decir, aparte de las causas de inculpabilidad que afectan directamente a alguno de estos elementos, no hay otra causa especial que excluyan la culpabilidad, luego entonces, si no las hay no tiene por qué hablarse de ellas como un componente de la culpabilidad.

De ahí que quedaron como integrantes para el juicio de reproche, la imputabilidad, el dolo o la culpa y la exigibilidad de otra conducta.

2.4.5 LA APORTACIÓN DE FISHER

Ahora bien, en 1911 Fischer demostró en el Derecho Civil y con alcance para el Derecho Penal, que lo antijurídico, en ciertos casos, no es un proceso de comportamiento objetivo o externo, debido a que también llega a inspirarse en ciertas actitudes, tendencias o propósitos del autor, por lo que en este orden de ideas, la determinación del injusto, también dependía de la concurrencia de elementos subjetivos en el ámbito de la antijuricidad.

Sostenía que la ley no prohíbe un hecho por el posible resultado, sino que algunas veces, lo califica por la intención o el propósito, que guían al agente a realizar el hecho ilícito. Y así, concluyó, que la intención, las actitudes, las tendencias y los propósito, colorean un pálido tipo legal.

De modo que el conjunto de las circunstancias del hecho se califica como ilícito, por el objeto, que guía al sujeto en la realización de su comportamiento. Agregando, que esos elementos subjetivos del dolo se encuentran dentro de la culpabilidad, pero la intención o el propósito del sujeto, están en la ilicitud y pueden reconocerse como elementos subjetivos distintos al dolo.

2.4.6 LA APORTACIÓN DE HEGLER

Por su parte Hegler, en el año de 1914 señaló, que para estar en posibilidades de afirmar el daño social objetivo, en algunas ocasiones, era necesario la existencia de ciertos elementos subjetivos.

Los tipos decía, tienen por objeto describir lo dañoso socialmente, la lesión de los intereses del Estado, es decir, el injusto jurídico penal como lo socialmente lesivo. Así en todos aquellos casos en los que el carácter socialmente dañoso de una conducta dependa de un elemento subjetivo, deberá incluirse en el tipo penal. En estos supuestos, la prohibición será objetiva, pero en algunos casos depende de particulares elementos sociológicos, sin los cuales, la conducta no está prohibida, es decir, no es antijurídica. En estos casos en particular, el injusto está integrado también por elementos subjetivos de carácter esencial en que la desvalorización normativa se funda y que son tratados en la antijuricidad.

En 1915, aparecen dos trabajos muy breves, uno Mayer y otro Hegler, ambos referidos al problema del injusto y de los elementos del tipo, autores que llegan exactamente a las mismas observaciones críticas, en el sentido de analizar, por una parte, el lenguaje que el legislador utiliza en la ley en los tipos penales, y de acuerdo a esas expresiones, es como se puede determinar, cuál es el contenido del tipo penal.

Mayer y Hegler, encuentran, que de acuerdo el lenguaje utilizado por el legislador, hay diversos tipos penales en los que se hace referencia de manera expresa a ciertos elementos subjetivos.

Véase, si se analizará el Código Penal para el Distrito Federal, se diría, que hay tipos penales, donde de manera expresa se hace referencia a elementos subjetivos, que deben darse en el autor de una conducta, ejemplo, cuando se habla del delito de fraude, se dice: con la finalidad de hacerse ilícitamente de una cosa, o de obtener un lucro indebido, o cuando se utilizan ciertas expresiones en los llamados delitos sexuales, deseo erótico sexual o sin el propósito de llegar a la cópula, entonces ahí, se está haciendo referencia expresa a un especial elemento subjetivo, que debe darse en el autor.

Luego entonces, en esos casos, dicen estos autores, que el tipo penal no puede estructurarse únicamente de elementos objetivos sino que también aparecen elementos subjetivos del tipo que son diferentes al dolo; se refieren a esas expresiones que la ley utiliza de manera expresa cuando hable de ánimos, deseos, propósitos e intenciones.

Surge aquí lo que se llama Teoría de los Elementos Subjetivos del Injusto, que es la que se desarrolla a partir de 1915.

2.4.7 LA APORTACIÓN DE MAYER

En el mismo año el propio Mayer, igualmente analizando el lenguaje utilizado por el legislador en la ley, y encontró, que hay ciertos tipos penales donde los elementos a que se hace referencia ahí, no se pueden constatar por la mera aplicación de los sentidos, es decir, que no se trata únicamente de elementos objetivos-descriptivos como lo señalaba Beling en el año de 1906, sino que hay una serie de datos, que solamente se pueden determinar a través de un juicio de valoración, naciendo así los elementos normativos. Por ejemplo, cuando se habla en nuestra Legislación Penal de algunas referencias valorativas, se tomaba como referencia el delito de estupro, en el que se dan algunas calidades en el sujeto pasivo, se hablaba de que la mujer debía ser casta y honesta o el carácter ajeno de la cosa en el delito de robo, entonces ahí se está en presencia de un elemento que no se puede constatar por la mera aplicación de los sentidos (ya que no se puede tocar, ver u oír) requiriéndose ahí, de un determinado juicio de valoración, que puede realizarse tomando en cuenta lo que dice la ley, la doctrina, la jurisprudencia o bien lo que se considera en un determinado contexto cultura o social.

En este orden de ideas, se debe considerar, que:

Habitualmente los elementos del tipo se perciben mediante los sentidos (elementos objetivos);

Estas características, no se dan en el caso de los elementos normativos, la ajeneidad de una cosa, la honestidad de la joven, no se pueden captar por medio de la percepción sensorial. Su determinación requiere una valoración, que puede derivar de la ley, de la doctrina, de la jurisprudencia, del contexto cultural o social;

La valoración no pertenece al tipo básicamente, sino a la antijuricidad; Al pertenecer los elementos normativos a la antijuricidad, no son ratio cognoscendi, sino la ratio essendi de la antijuricidad; y,

De todo este bagaje de conceptos, el hecho que el tipo no sea puramente objetivo-descriptivo, significa que a la vez penetran en él, elementos de la antijuricidad, tornándose borrosos los límites de ambos conceptos

Mayer además señaló, que la tipicidad ya no es una mera descripción, por lo que le atribuye un valor indiciario, sosteniendo la independencia entre la tipicidad y la antijuricidad, afirmando, que si una conducta es típica, ya es un indicio de su antijuricidad, y por tanto su relación, es similar a la existente entre el humo y el fuego, el humo no es fuego ni contiene fuego, pero mientras no se pruebe lo contrario, indica la existencia de fuego.

Ahora bien, como síntesis se expondrá en una clara sucesión las argumentaciones de M. E. Mayer, en el siguiente desarrollo:

Habitualmente los elementos del tipo se perciben mediante los sentidos;

Está característica no se da en el caso de los elementos normativos: la ajeneidad de una cosa o la honestidad de la joven, no se les puede captar por medio de la percepción sensorial. Su determinación requiere una valoración;

Las valoraciones no pertenecen al tipo básicamente, sino a la antijuricidad;

Por lo tanto, los elementos normativos son auténticos elementos de la antijuricidad. Ellos no denotan la antijuricidad, siendo ratio cognoscendi de ésta; y,

Los elementos normativos apoyan uno de sus extremos en el tipo legal y el otro en la antijuricidad

Por su parte Edmundo Mezger, autor de la ratio essendi de la antijuricidad, definió al delito como la acción típicamente, antijurídica y culpable, de lo que se advierte, que sitúa la tipicidad dentro de la antijuricidad, afirmando que aquélla es la ratio essendi de la segunda y no un mero indicio, como lo había venido sosteniendo Mayer.

A decir un poco más sobre el pensamiento de Mezger, éste consideró como antinatural la separación de la antijuricidad y la tipicidad, señalando que el acto de creación legislativa del tipo penal contiene ya directamente la declaración de su antijuricidad, encontrando ahí la fundamentación del injusto. Sostiene, que el legislador a través del tipo penal, crea la antijuricidad específica, con lo cual, la adecuación típica

de la acción, no es mera ratio cognoscendi sino auténtica ratio essendi de la antijuricidad especial. La adecuación típica convierte a la acción en acción antijurídica, naturalmente no por sí sola, sino en vinculación con la falta de especiales fundamentos que excluyen la antijuricidad.⁴⁸

Ya antes que Mezger, había expresado Sauer (1921), que el tipo es sólo una matriz concreta de la antijuricidad, una imagen incompleta de la antijuricidad, una irradiación de la antijuricidad, una antijuricidad típicamente acuñada.

En el mismo sentido Hegler, afirmó que los juicios judiciales de valor están tipificados en el tipo penal.

Por su parte también Frank, Von Hippel, Von Liszt y Schmidt, sostuvieron que el establecimiento de un tipo en la ley significa una declaración de la antijuricidad.

En cuanto al pensamiento de Mezger, aparecieron severas críticas en contra de su llamado injusto penal, que nadie sabía qué era, sosteniéndose así por parte de este autor, que el injusto, es la suma de la conducta típica y antijurídica.

Agregando un poco más en cuanto al pensamiento de Mezger, en 1923, realizó una clasificación de los elementos normativos, según se trate de criterios de valoración tomados de las normas jurídicas, de la

48 El tipo penal es un juicio y la acción constituye un injusto. Cfr. Welzel. H., Teoría Acción Finalista. Pág. 65

concepción cultural o del arbitrio judicial subjetivo, siendo tres los criterios de valoración:

- Jurídicos (criterios de valoración tomados de las normas jurídicas);**
- Culturales (criterios de valoración tomados de la concepción cultural);**
- y,**
- Subjetivos (criterios de valoración tomados del arbitrio judicial subjetivo)**

Luego entonces, se ve con claridad, que para este sistema el tipo penal, no solamente contiene elementos descriptivos, sino además, valorativos-subjetivos, iniciando con ello la Teoría de los Elementos Subjetivos del Tipo o del Injusto, sus artifices fueron Hans Albrecht Fischer, Zimmerl, Mayer, Hegler y Edmundo Mezger.

2.5 LOS ASPECTOS GENERALES DEL PENSAMIENTO DE FRANK, GOLDSCHMIDT, FREUDENTHAL, MEZGER, FISHER, HEGLER Y MAYER

La tipicidad, en el sistema neoclásico o teleológico, es vista como la suma de los elementos objetivos-descriptivos del tipo penal; sin embargo, se decía, que esos elementos objetivos-descriptivos, no indicaban todavía la antijuridicidad de la conducta, además, que no planteaba aún ninguna valoración. De ahí, que era necesario buscar otros componentes de tipo penal, para que respondiera a esas exigencias.

El procedimiento que se sigue para determinar si una conducta es antijurídica o no, es un procedimiento de carácter negativo, consistente en analizar si en el caso concreto en torno a la conducta típica, no aparece una causa de justificación, o sea, una norma permisiva. En la medida, que no haya una causa de justificación, que ampare la conducta típica, se dirá que esta es antijurídica.

Hasta ese momento toda la doctrina señalaba, que para afirmar la antijuridicidad a través de ese procedimiento negativo, bastaba con constatar los elementos objetivos, ejemplo: constatar que no hubo legítima defensa o un estado de necesidad, luego de ello y en la medida que no hubo legítima defensa o estado de necesidad, la conducta será antijurídica.

Es a partir de 1915, que para constatar la antijuridicidad o alguna causa de justificación, se hacía necesario analizar y afirmar un elemento subjetivo. Así por ejemplo, en la legítima defensa, no basta con el surgimiento de una agresión con las características señaladas por la ley, y la defensa como una simple repulsa a esa agresión, sino además, se tenía que acreditar, que esa repulsa se hubiera hecho con la voluntad de defensa.

Por tanto, un elemento que aparece ahora como integrante de la legítima defensa como causa de justificación, es el "animus defendendi", que permite afirmar la existencia de la legítima defensa, siempre y cuando, la repulsa se haya hecho con la voluntad de

defenderse, si no se da ese elemento subjetivo, no habrá legítima defensa.

Lo mismo sucedía, las otras causas de justificación. Por lo que en este nivel, se plantean, además de elementos objetivos otros de carácter subjetivos, y con eso, se refuerza más la idea, que ya no resulta sostenible el que todo lo objetivo esté referido en la antijuridicidad, porque ahora, también hay elementos subjetivos que se estudian en la antijuridicidad, es decir en el injusto. En suma de cuentas, se tiene que en el sistema del Causalismo-Noeclásico-Teleológico-Valorativo o Neokantiano, el delito fue definido por Max Ernst Mayer, como un acontecimiento típico, antijurídico e imputable.⁴⁹

Para Edmundo Mezger, como la acción típicamente, antijurídica y culpable.⁵⁰

Definiciones que permiten encontrar sus elementos, al tenor, siguiente:

Conducta;

Tipicidad;

Antijuridicidad;

Culpabilidad; y,

Condiciones objetivas de punibilidad

49 Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., Pág. 206
50 Idem

Entorno al análisis de dichos elementos, ocupa el primer término la conducta, la cual para Edmundo Mezger, es la voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de la causalidad⁵¹ o bien, el acto interno de voluntad y la manifestación externa, que son requisitos de la acción.⁵² Así en cuanto al comportamiento humano, la acción fue entendida igualmente como en el sistema Liszt-Beling, como un acto humano voluntario, externo, generador de un resultado. Por lo que hace a la tipicidad, se encuentra que se erige como el eje de la teoría neokantiana. Si bien, el tipo es independiente de la antijuridicidad, está ligado a ella, por un vínculo indiciario, en cuanto considera, que su función no es simplemente descriptiva, sino reveladora de una contrariedad entre la conducta y las normas de cultura legalmente reconocidas. Zaffaroni advierte, que para precisar la tipicidad de ciertas conductas, no queda otro recurso, que tomar en cuenta aspectos subjetivos (se llamaron aspectos subjetivos del injusto). Por ende, la tipicidad fue entendida además como prohibición de la causación de un resultado, que eventualmente también toma en cuenta, elementos subjetivos. Para otros autores, es claro que la tipicidad en este sistema, fue considerada como "ratio essendi" de la antijuridicidad. Se habla así del tipo del injusto, en su condición de mera descripción, exenta de valoración, como apuntaba la teoría clásica, se ve afectada por el descubrimiento de los elementos normativos del tipo y los elementos subjetivos del injusto.

51 Crf. DAZA GÓMEZ, Carlos. Op. cit., Pág. 3

52 Ibidem, Pág. 4

En el ámbito de la culpabilidad aparecen al lado de los elementos subjetivos (dolo y culpa) la imputabilidad y exigibilidad de otra conducta, que implican valoraciones, pues son vistas como la relación psicológica entre el autor y su hecho.

La innovación al concepto culpabilidad en este sistema, se le atribuye Reinhar Frank, para quien la culpabilidad no es un nexo psicológico entre el agente y su comportamiento, sino un juicio que se emite sobre quien, habiendo podido comportarse conforme al deber que le era exigible, ha actuado de un modo contrario a ese deber, de ahí que el elemento "exigibilidad" como obra o aportación fundamental de Berthol Freudental.

El elemento referido, es parte fundamental de la culpabilidad, ya sea como un fenómeno complejo de cuya estructura forman parte el dolo, la culpa, la imputabilidad y la normalidad de la motivación, puesto que en ella intervienen esos elementos, o bien sintetizándose en la reprochabilidad.

De este modo, dolo y culpa, dejan de constituir el fenómeno mismo de la culpabilidad, para convertirse simplemente en elementos suyos.

Goldschmidt apunta, entorno a la culpabilidad "que el sujeto tiene el deber de comportarse conforme al ordenamiento jurídico, pero al actuar contrariamente a éste, resulta culpable. Por lo que ese actuar antijurídicamente, sólo le es reprochable en la medida en que

pudiendo obrar conforme al ordenamiento y teniendo el dominio del hecho, actuó culpablemente.⁵³

En esta tesitura, la culpabilidad en el sistema neokantiano, es reprochabilidad, pero conteniendo también el dolo y la culpa. Así el estado de cosas, permite sostener, que los elementos de la culpabilidad en la teoría neokantiana, son:

Imputabilidad (aptitud espiritual normal de autor);

El dolo y la culpa (relación entre el autor y el hecho); y,

Exigibilidad (normalidad de las circunstancias en que el autor obra)

En síntesis, el sistema neokantiano, vio al delito de la siguiente manera:

Aspecto objetivo

Tipo penal (objetivo); y,

Antijuricidad (normativo y subjetivo distinto al dolo)

Aspecto subjetivo

Culpabilidad (imputabilidad, formas de culpabilidad dolo y culpa, y exigibilidad)

53 GOLDSCHMIDT, James. La Concep. Nor. de la Culpabilidad. Ed. De Palma, Argentina, 1943, Pág. 23

2.6 TRATAMIENTO DEL ERROR EN EL CAUSALISMO CLÁSICO Y NEOCLÁSICO

Una conducta será típicamente dolosa cuando se opere la congruencia típica, más nunca podrá serlo cuando no se opera, ejemplo: el sujeto cree que estar disparando a un oso, sin embargo dispara sobre su enemigo. Hay incongruencia típica cuando el sujeto desconoce los elementos del tipo objetivo: es un caso de error. A este error se llama error de tipo, que a su vez puede ser vencible o invencible. Es vencible cuando el sujeto, poniendo el cuidado debido, podía salir de él (podía darse cuenta que no era un oso; es invencible cuando ha puesto el cuidado debido y no pudo salir de él (el enemigo estaba disfrazado de oso en una zona que abundan). Cuando el error de tipo es vencible hay una conducta culposa (siempre que haya un tipo culposo). Cuando es invencible, la conducta será atípica.

En consecuencia para el causalismo clásico y neoclásico, todo error invencible elimina el dolo y todo error vencible hace culposa la conducta. Por lo que se puede representar en el siguiente esquema:

Siempre elimina el dolo;

Si es invencible, elimina también la culpabilidad;

Si es vencible, hace culposa la conducta;

No importa si recaé sobre el conocimiento del tipo o sobre la antijuricidad; y,

Es siempre un problema de la culpabilidad

CAPÍTULO TERCERO

EL IRRACIONALISMO Y EL FINALISMO

3.1 LA TEORÍA IRRACIONLISTA DEL DELITO

Se encuentra como antecedente, que esta teoría se originó y aplicó únicamente en Alemania, al amparo del pensamiento de George Dahm, para quien el único criterio válido de ilicitud, es la potencialidad que el hecho tiene de vulnerar o poner en peligro el orden moral, que emerge del pueblo y de la raza.

De acuerdo con el anterior planteamiento, antes que a la tipicidad de la conducta, se debía mirar a su capacidad de lesionar el interés de la nación. En la balanza de la justicia, de un lado estaba el hombre con su comportamiento, y del otro la comunidad ultrajada. Los restantes son criterios formales, deben ser desestimados, lo que desde luego, hacer ver a esta teoría como peligrosa, pues, la tipicidad como función garantizadora de la libertad individual, son patrimonio de los regímenes democráticos y letra muerta en los Estados totalitarios.

Sebastián Soler agrega, "que el Derecho Penal Alemán de la época Hitlerina, estuvo influido por la concepción nacionalista del Estado, al destruir los principios fundamentales del Derecho Penal liberal, tal como el de "nullum crimen nulla pena sine lege", tenía que renegar de la tipicidad, porque ella se convertía en un obstáculo para la

punibilidad de conductas, que significaran un peligro al nuevo ordenamiento jurídico.⁵⁴

Este momento de existencia del irracionalismo jurídico penal, apareció como consecuencia de la toma del poder por el nacional socialismo, que había conquistado casi por completo el escenario de la dogmática jurídica penal.

Resulta difícil, el determinar cuáles eran los elementos que integraban al delito o establecer cómo se entendía para entonces cada uno de esos elementos; sin embargo, de acuerdo con la teoría totalizadora, tal pareciera, que el delito era entonces un bloque monolítico, que no se encontraba estructurado como en el causalismo clásico o en el Neokantismo.

En el sistema irracionalista, se vino a destruir el avance que tanto los causalistas clásicos y neokantistas, habían construido en el Derecho Penal alemán, al darle preponderancia al interés nacional, antes que la seguridad jurídica de las personas.

En efecto, por un lado, se vio al elemento tipicidad como un obstáculo para la defensa social de la nación, de manera que constituyó una etapa de autoritarismo e irracionalidad, donde lo mismo se juzgaba y sancionaba un comportamiento, que para el Derecho Penal fuera

relevante o irrelevante, siempre que penetrara al ámbito del poder, que los propios alemanes disfrazaron con el nombre de interés nacional.

En esa medida, puede decirse que las características del delito en la teoría del irracionalismo fueron los, siguientes:

Se atacó la debilidad del razonamiento neokantiano;

Censuraba la parcialidad de una construcción teleológica de los conceptos;

Se reducía el criterio del bien jurídico protegido;

Se alimentó en su mayor parte de fuentes políticas e ideológicas;

Se rechazó la agudeza del sistema Neokantiano, como producto de un pensamiento penal liberal;

Las causas de exculpación se entendieron como debilitamiento socialista del esqueleto del Derecho Penal;

Se propagó una perspectiva totalizadora;

El sistema se convirtió en un irracionalismo y al decisionismo;

Se suprimió el supuesto de hecho típico en todas sus funciones; y,

Los anteriores elementos trajeron consigo la autosupresión de la Ciencia del Derecho Penal

Aundando un poco más, entorno a esta teoría irracionalista del delito, debe concluirse, que concibió al delito desde una posición unitaria o totalizadora, bajo el amparo de la Escuela de Kiel, artífice de la corriente penal nacional socialista, que se apoyó en razones políticas, más que jurídicas y que introdujo el criterio del sano sentimiento del

pueblo, lo que destruyó el principio de legalidad existente en la teoría analítica.⁵⁵

3.2 NOCIONES GENERALES DE LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN

La teoría de la acción finalista, a decir de Schuneman, prevalece de 1945 a 1960, tras la caída de la dominación nacional socialista. Con lo que comenzó la construcción de todo un sistema penal, por vía de la crítica, el debate jurídico y científico del Derecho Penal, y sobre todo, de la teoría del delito.

El sistema finalista parte del concepto final de acción y al igual, que los sistemas anteriores, se ven vinculados con una concepción filosófica y política. Para la teoría finalista de la acción, ontológicamente el comportamiento humano es el ejercicio de la actividad finalista.⁵⁶ La acción, se erige así, como un acontecimiento finalista y no solamente causal. La finalidad de la acción encuentra sustento, en "que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de su comportamiento, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetos."⁵⁷ La finalidad, es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que

⁵⁵ Cfr. SCHUNEMAN, Bernd. Op. cit., Págs. 57 a 59

⁵⁶ Cfr. WELZEL, Hans. Teo. Acc. Fina., Trad. Eduardo F., Ed. De Palma, Buenos Aires, 1951, Pág. 75

⁵⁷ MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano, 1º ed., Ed. Porrúa, México, 1997, Pág. 357

es resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, se dice, que la finalidad es vidente, la causalidad ciega. En sí, se aprecia como para esta teoría finalista, el hombre debe ser visto como un ente capaz, libre, que puede conocer los alcances y consecuencias de sus actos y, en virtud de ello, estar en posibilidades de proponerse fines y escoger los medios para lograrlo.

3.3 ETAPAS POR LAS QUE ATRAVIESA LA CONDUCTA HUMANA

Para la teoría finalista, la acción o conducta humana pasa por dos, etapas:

Una interna; y,

Otra externa

3.3.1 LA ETAPA INTERNA DEL COMPORTAMIENTO HUMANO

Respecto a la etapa interna, cabe decir, que se encuentra en la esfera del pensamiento, en el interior del sujeto, y respecto de esta esfera tienen que distinguirse tres momentos en el desarrollo de formación de una conducta humana.

Partiendo de esa idea, en la conducta humana o acción realizada por el hombre aparece un primer momento, consistente en la proposición o fijación de fines. La finalidad que el sujeto se propone alcanzar, puede ser algo que le interese o no al Derecho Penal, en razón de su

relevancia o irrelevancia. Por ello, se puede afirmar, que la mayoría de las conductas o acciones que realizamos, son irrelevantes para el Derecho Penal, y en tal virtud, no están prohibidas, ejemplo: realizar un viaje. Para llevar a cabo este fin, selecciona los medios necesarios (viajar en coche, tren o avión). Esta selección sólo puede hacerse a partir del fin. Es decir, sólo cuando el autor está seguro de qué es lo que quiere, puede plantearse el problema de cómo lo quiere. En esta esfera interna, tiene también que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone (si, por ejemplo, elige el coche como medio de viaje y éste es largo, sabe que tiene que parar a dormir o que se le puede descomponer aun automóvil). La consideración de estos efectos concomitantes puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace alguno de los medios seleccionados para su realización. Pero una vez que los admita, como de segura o probable producción, también esos efectos concomitantes pertenecen a la acción o comportamiento.

De aquí se derivará, en qué lugar de la estructura del concepto de delito, se encuentra el dolo y la culpa, ya que con anterioridad en el sistema del causalismo clásico y neoclásico, siempre fueron analizados en el ámbito de la culpabilidad, porque es ahí donde se preguntaba qué es lo que el sujeto se había propuesto. Se encuentra entonces, que la primera consecuencia sistemática que Weizel extrae del concepto final de acción es la pertenencia del dolo al tipo, ya que el dolo no es más que un aspecto o parte de la finalidad, o mejor dicho,

la finalidad misma referida a los elementos objetivos del tipo. En consecuencia, la acción que sirve de base al tipo no es ese proceso causal "ciego" del sistema causalista clásico y neokantiano, sino uno "vidente" guiado por la finalidad. Además este concepto de dolo no se confunde tampoco con el tradicional *dolus malus*, que comprendía también el conocimiento de la antijuricidad, sino que es un dolo natural no valorativo. De ahí que para el finalismo la distinción entre conocimiento de la antijuricidad y el dolo sea ya una consecuencia natural de sus premisas y que sitúa al dolo como elemento natural en el tipo y al conocimiento de la antijuricidad, como cuestión valorativa de la culpabilidad.

La fase interna, puede quedar resumida, de la siguiente, forma:

El objeto que se pretende alcanzar o proposición de fines;

Los medios que se emplean para su realización; y,

Las posibles consecuencias concomitantes, que se vinculan con el empleo de los medios, que pueden ser relevantes o irrelevantes para el Derecho Penal

3.3.2 LA ETAPA EXTERNA DEL COMPORTAMIENTO HUMANO

La etapa externa, una vez propuesto el fin, seleccionado los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo; pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, y

procura alcanzar la meta propuesta. Aquí habrá, que distinguir diferentes momentos, que son contemplados en lo que se conoce como *inter criminis* (camino del delito). En muchas ocasiones inmediatamente después, que el sujeto resuelve llevar a cabo una conducta o acción, puede cristalizarse en un acto consumativo, lo que no da la posibilidad de distinguir etapas, como sería la preparación del hecho o la utilización de los medios necesarios par ello. Existen otros casos, en los que el sujeto no se propone consumación inmediata, sino que pasa por diferentes etapas; ejemplo: el sujeto que está en su casa y antes de dormirse planea lo que va a realizar al otro día, puede ser que nada más haya quedado pensado en la forma de llevarlo a cabo y se quede dormido, y al otro día no sucede nada de lo que pensó, entonces todo se habrá quedado en la esfera del pensamiento; pero también puede decirse, mañana a primera hora (si lo que se propone es privar de la vida a alguien) conseguiré un arma de fuego y después esperar el momento que he elegido para lleva a cabo el hecho. Todo lo anterior, implica la realización previa de una serie de actos, y es aquí, donde se puede distinguir lo que es una primera etapa de los actos preparatorios, otra de los actos ejecutivos, donde entra en consideración lo que es la tentativa, y otro de los actos consumativos. Lo anterior, tiene importancia tratándose de acciones penalmente relevantes, porque lo que importa es saber a partir de qué momento, los actos que se desarrollan en el mundo exterior, empiezan ya a ser penalmente relevantes y merecedores de una sanción penal.

La fase externa, en resumen, comprende:

La puesta en marcha, la ejecución de los medios para cristalizar el objetivo principal;

El resultado previsto y el o los resultados concomitantes; y

El nexo causal

Con lo dicho hasta aquí, se dan las bases para el estudio de la nueva estructura del concepto final de acción, cuyos dos componentes, son: la finalidad y la causalidad.

En efecto, la acción siempre está revestida de una finalidad, un objetivo hacia donde se encamina la actividad corporal de un sujeto, y el desarrollo de esa actividad corporal hacia la consecución de ese fin, es lo que se llama la causalidad. En esta teoría, se agrega el elemento finalidad, que es lo que hace que este proceso tenga sentido, nos indique hacia dónde el sujeto encamina su actividad, por eso se dice, que la finalidad es la que supradetermina a la causalidad, es la que la dirige hacia un determinado objetivo. Solamente pues, en un proceso corporal podrá afirmarse la acción, siempre y cuando esté presente la finalidad, la voluntad como factor de dirección, y aquí la voluntad, no solamente funge como factor causal, sino también como factor de dirección del proceso causal.

La teoría finalista de la acción, estructuró al delito como a continuación se esquematiza:

Tipicidad (entendida como la voluntad exteriorizada y finalísticamente determinada, a partir del conocimiento y del querer);

Antijuricidad (entendida como la contradicción con el orden jurídico, con un contenido que reconoce la presencia de elementos que pueden ser no sólo objetivos sino también subjetivos y normativos); y,

Culpabilidad (entendida como juicio de reproche, razón por la cual su contenido queda delimitado en sentido puramente normativo)

Apuntado lo anterior, se tiene que los autores principales de la teoría finalista de la acción, son:

Von Weber;

Alexander Graf Zu Dohna;

Hans Welzel;

Reinhar Maurach;

Gunter Stratenwerth; y,

Armin Kaufmann (Wessels, Pág. 22 y Daza, Pág. 45)

Para fines de este trabajo, sólo se analizará el pensamiento de Alexander Graf Zu Dohna y Hans Welzel, por ser los más importantes sustentadores de la teoría finalista de la acción.

3.4 EL PENSAMIENTO DE ALEXANDER GRAF ZU DOHNA

Alexander Graf Zu Dohna, definió al delito, como la transgresión culpable de las normas. Agrega, que primordialmente todo delito es

acción, pues únicamente una acción humana puede tener por consecuencia, una pena. No se puede llegar a determinar el concepto de delito, sin referirse a la característica acción. Con base en lo anterior, los elementos del delito en la concepción de Zu Dohna, son los, siguientes:

Acción;
Tipicidad;
Antijuridicidad; y,
Culpabilidad⁵⁸

La acción es primordialmente concreción de voluntad, que puede ser dirigida o producir o evitar la actividad corporal. Por tanto, la acción y omisión, son las dos formas de manifestarse la acción.

Entorno a la antijuridicidad Zu Dohna, afirma que un sujeto actúa antijurídicamente siempre que no exista un fundamento de justificación.

Por lo que respecta a la culpabilidad señala, que es obra de un comportamiento psíquico que merece desaprobación, es la determinación de voluntad contraria al deber.

3.5 EL PENSAMIENTO DE HANS WELZEL

⁵⁸ Cfr. GRAF ZU DOHNA, Alexander. La Teoría del Delito, 4º ed., Ed. Abeledo, Buc. A., Págs. 11 y 14

En cuanto hace a Hans Welzel, los elementos del delito, son: la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Los mismos, están relacionados lógicamente, de tal modo, que cada uno de ellos es posterior y presupone la existencia del anterior.

Por ende, para Hans Welzel los elementos del delito, son:

**Tipicidad;
Antijuridicidad; y,
Culpabilidad**

Entorno a la tipicidad, Hans Welzel señala, que el tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos formales posibles conductas humanas como delito. Si se lleva a cabo la conducta descrita en el tipo, la misma entra en contradicción con la exigencia de la norma y en tal virtud, esa conducta es típica. El tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida.

Por lo que hace a la antijuridicidad, Hans Welzel manifiesta, que es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva, con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Para el finalismo, la antijuridicidad no es más que el comportamiento que despliega un sujeto que está en choque con la norma penal y por tanto, ese comportamiento no se encuentra amparado por una causa de justificación.

Toca su lugar a la culpabilidad, que en el pensamiento de Welzel, es entendida ya no como una relación psicológica, sino como un juicio de valor, que se hace a la conducta del sujeto. Es el reproche del proceso volitivo, por no haber evitado mediante una actividad regulada de modo finalista o bien, la culpabilidad fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho. El sujeto hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este poder en lugar de ello del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica.

Culpabilidad es reprochabilidad de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad, es según esto, culpabilidad de voluntad, sólo aquello respecto del cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad. En opinión de Moisés Moreno, la culpabilidad, es entendida como presupuesto de la punibilidad, reconoce el ingrediente ético de aquella y el contenido retributivo de la pena, y al concebirla sobre la base de la posibilidad de actuar de diversa manera, está implicando el reconocimiento de la libertad del hombre como persona.

En síntesis puede decirse, que en la teoría finalista de la acción, la culpabilidad se basa en la teoría normativista pura que se integra con la imputabilidad, como capacidad para comprender lo ilícito de la conducta y como facultad para conducirse con esa comprensión; con la conciencia potencial de la antijuricidad de la conducta, entendida como la posibilidad de que el sujeto sepa, paralelamente a la esfera de lo profano, que lo que hace es contrario al Derecho, y finalmente con la exigibilidad de otra conducta, funcionando como juicio respecto de si en esas mismas condiciones tuvo el autor oportunidad para actuar de otra manera, tomando como parámetro lo que hubiera hecho un hombre del término medio en esas mismas circunstancias, ya que el Derecho Penal no dirige sus mandatos ni a los héroes ni a los cobardes, sino al hombre corriente.

3.6 EL TRATAMIENTO DEL ERROR EN EL FINALISMO

Una conducta será típicamente dolosa cuando se opere la congruencia típica, más nunca podrá serlo cuando no se opera, ejemplo: el sujeto cree que estar disparando a un oso, sin embargo dispara sobre su enemigo. Hay incongruencia típica cuando el sujeto desconoce los elementos del tipo objetivo: es un caso de error. A este error se llama error de tipo, que a su vez puede ser vencible o invencible. Es vencible cuando el sujeto, poniendo el cuidado debido, podía salir de él (podía darse cuenta que no era un oso; es invencible cuando ha puesto el cuidado debido y no pudo salir de él (el enemigo estaba disfrazado de oso en una zona que abundan). Cuando el error de tipo es vencible

hay una conducta culposa (siempre que haya un tipo culposo). Cuando es invencible, la conducta será atípica. (Zaffaroni, Pág. 197)

En consecuencia, el finalismo representa al error en el siguiente esquema:

Error de tipo

Recae sobre el conocimiento del aspecto objetivo del tipo;

Es por tanto, un problema de la tipicidad;

Elimina siempre el dolo;

Si es invencible deja atípica la conducta; y,

Si es vencible, resta una conducta culposa (siempre que haya tipo culposos)

Error de prohibición

Recae sobre el conocimiento de la antijuricidad;

Es por tanto, un problema de la culpabilidad;

Nunca elimina el dolo;

Si es invencible, la conducta típica y antijurídica será inculpable; y,

Si es vencible, reduce el reproche

CAPÍTULO CUARTO

EL FUNCIONALISMO Y EL MÉTODO LÓGICO MATEMÁTICO

4.1 ASPECTOS GENERALES DE LA TEORÍA FUNCIONALISTA DEL DELITO

Bernd Schuneman, señala, que el funcionalismo ha logrado un desarrollo impetuoso, a partir del año de 1990. La teoría funcionalista, cuyo eje fundamental se encuentra en la función político criminal del Derecho Penal, constituye la posición más reciente y actualizada dentro del moderno Derecho Penal Alemán.

Dentro de los principales exponentes de esta teoría, se encuentran:

Claus Roxin, y
Gunther Jakobs

4.2 EL PENSAMIENTO DE CLAUS ROXIN

Se tratará primeramente el pensamiento del alemán Claus Roxin, quien mantiene una postura moderada, a contrario de Jakobs, que es esencialmente radical. Roxin comienza por ver la importancia de orientar la dogmática penal hacia la política criminal, para lo cual, utiliza una perspectiva más global, aceptando que las diversas finalidades del Derecho Penal, se limitan entre sí. Roxin, no orienta su

sistema a los fines de la pena, sino a los fines del Derecho Penal. El propio Roxin advierte al exponer los elementos del delito, que estos tiene que partir de las categorías correspondientes a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; las cuales, deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse, bajo la premisa de su función político criminal.⁵⁹

Con base en lo anterior, Carlos Daza afirma, que Claus Roxin retoma el pensamiento de Franz Von Liszt, sobre la política criminal, para sostener, que el fin de la pena, es la prevención general. Esta teoría, pone en tela de juicio la culpabilidad normativa, introduciendo un nuevo concepto el de la imputación personal, que encuentra su cimiento en la prevención general como fin de la pena. Roxin, además propone un cambio en la estructura de la culpabilidad, al señalar, que se supera la pugna entre el libre albedrío y determinismo.

En consecuencia, se tiene que las categorías del delito como les llama Roxin, son los mismos que contempla la teoría finalista de la acción de Welzel, pero en su desarrollo con significados distintos, enfocados desde el punto de vista de la política criminal con miras a la prevención general. Así dichas categorías en el pensamiento de Roxin, son:

Tipicidad;
Antijuridicidad; y,
Culpabilidad

59 Cfr. ROXIN, Claus. Pol. Crim. y Sist. Decho. Pen., Trad. Francisco M., Ed. Bosch, España, 1972, Pág 48

4.2.1 LA CONDUCTA

La conducta o comportamiento humano, para Roxin, al parecer no tiene la importancia que los causalistas y finalistas le dieron, y más bien, muestra su desprecio a ese concepto. Así por ejemplo, al referirse a la infracción que comete el sujeto, que tenía la obligación de custodiar bienes ajenos, señala, que es indiferente la forma en que el autor ha hecho esto, si de todos modos lesiona su deber en una manera perjudicial para el patrimonio.

4.2.2 LA ANTIJURICIDAD

Respecto de la antijuridicidad, Claus Roxin, dice: que no toda conducta típica, resulta punible, sin perjuicio que su prohibición general, pueda resultar autorizada. Por ello a tales autorizaciones las denomina causas de justificación. Una causa de justificación no afecta en nada a la tipicidad de una conducta, pero si excluye su antijuridicidad, su contradicción con el Derecho. Roxin afirma, que la antijuridicidad, es el sector de las soluciones sociales a los conflictos, el campo en el que chocan los intereses individuales opuestos o las exigencias sociales con las necesidades del individuo.

4.2.3 LA CULPABILIDAD

Para Claus Roxin, el injusto penal (conducta típica y antijurídica) no es sin más punible. Su encuadramiento como injusto, sólo significa, que

el hecho realizado por el autor, es desaprobado por el Derecho, pero no autoriza a concluir que aquél deba responder personalmente por ello, ya que eso debe decidirse en un tercer nivel de valoración correspondiente a la culpabilidad. En consecuencia, una conducta típica y antijurídica, puede no resultar punible, si el autor en el caso concreto ha actuado sin culpabilidad, que tiene mucho que ver con el problema de si conviene o no sancionar penalmente en una situación concreta, que averiguar si el agente pudo o no actuar de otra manera. En tal virtud, para Roxin, no basta demostrar que el sujeto a actuado típica y antijurídicamente, habiendo podido hacerlo de otro amañera, para deducirle punibilidad, es necesario además, que el legislador haya decidido política y criminalmente, que desde el punto de vista de la prevención especial o general, la sanción penal, es necesaria.

4.3 EL PENSAMIENTO DE GUNTHER JAKOBS

En cuanto hace al pensamiento de Gunther Jakobs, toma camino de la necesidad de una renormativación como base de la fundamentación de las categorías y los conceptos del delito. Carlos Daza apunta, que el radicalismo de Jakobs se encuentra, en que propone un funcionalismo, que sustituya la base ontológica del finalismo, por un fundamento normativo.

En este orden de ideas, considerando la opinión de Edgardo Alberto Donna, las categorías que estructuran al delito en el funcionalismo de Jakobs, son los, siguientes:

**Acción;
Tipicidad;
Antijuridicidad; y,
Culpabilidad⁶⁰**

4.3.1 LA CONDUCTA

Para Gunther Jakobs, la base del sistema es la acción del autor. La existencia de una acción, estará unida al poder de motivación del autor, ya que, la acción es sólo tomada como un sentido impreso al contenido, esto tanto en el dolo como en la culpa.⁶¹

Ahora bien, la tipicidad se deriva directamente del hecho, que una conducta humana sólo puede castigarse cuando está prevista por un precepto, que describe con claridad la conducta prohibida o exigida mediante la aplicación de una pena. Se llama tipo, a esas descripciones de delito, que contienen las leyes penales.

4.3.2 LA ANTIJURICIDAD

Para Jakobs, la antijuridicidad carece del contenido recto de la motivación, y ella se funda en una falta de fidelidad al derecho. Hace distinción entre el contenido de la norma y el reconocimiento de la norma, afirmando que sólo se requiere la posibilidad del conocimiento

⁶⁰ DONNA, Edgardo Alberto. Teo. del Delito y de la Pena. T. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1922, Pág. 186
⁶¹ Cfr. JAKOBS, Gunther. Imput. Obj. Decho. Penal, Trad. Manuel C., Ed. Civitas, Madrid, 1996, Pág. 67

de la norma, y añade que si el injusto aparece, lo decisivo es la fidelidad al derecho, y esto es un problema de la culpabilidad.

4.3.3 LA CULPABILIDAD

Jakobs opina, que la culpabilidad debe ser estimada como la presión social, puede ser atribuida o cargada a la culpabilidad del autor, como molestia tanto de la sociedad, como de terceros, por el hecho de vivir en sociedad. En síntesis, el concepto de culpabilidad funcional es formal, ya que solamente la finalidad da contenido a la culpabilidad. El fin es el reconocimiento de la norma, pero la determinación de la culpabilidad implica ver a quien le corresponde cargar con el conflicto.

4.4 EL MÉTODO LÓGICO MATEMÁTICO

El modelo lógico formal del tipo, se funda en el cálculo funcional y la lógica formal, siguiendo el método lógico de síntesis. (Malo Camacho, Pág. 369) El análisis del modelo lógico formal del tipo tiene su base en la orientación del positivismo jurídico formal, manifestada como una de las expresiones derivada del neokantismo, como reacción al causalismo naturalista. El modelo lógico matemático mexicano, hace una sistematización de los postulados del finalismo. Los creadores de este método son Olga Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez, con apoyo del matemático Lian Carp.

En efecto, los anteriores autores siguiendo la metodología de la lógica formal simbólica y el cálculo funcional de la matemática, prepararon el modelo lógico formal del Derecho Penal, sobre la base de una matriz, que intenta recoger los diversos niveles conceptuales en que se manifiesta el Derecho, en uno de cuyos polos aparece el tipo.

Olga Islas, define al delito como "la culpable concreción de un tipo legal."⁶² Con base al criterio de Olga Islas, los elementos que componen el delito, son:

Culpabilidad, y
Concreción de un tipo legal

Viendo lo anterior, puede sostenerse cabalmente que un comportamiento típicamente adecuado existirá, si previamente resulta ser culpable. La anterior afirmación, se aprecia un tanto ilógica, en virtud, que primero debe darse la concreción de un tipo legal y después, será culpable. Lo importante de este método, consiste en que el tipo penal lo representa mediante símbolos y distingue al mismo tiempo entre presupuestos del delito y elementos del delito. Este modelo distingue entre los conceptos "tipo típico y "tipo de tipo". El primero, corresponde a la descripción de la figura típica elaborada por el legislador, es decir, la expresión simbólica de la descripción típica. El "tipo de tipo" en cambio, implica una construcción ideal de la teoría e implica un conjunto lógico abstracto, que en sus subconjuntos

contiene los elementos de todos los tipos típicos previstos en la ley penal. (Malo Camacho, Pág. 370)

No se debe olvidar que el tipo, es una figura elaborada por el legislador, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos; y que desde este punto de vista del modelo lógico matemático, se expresa de la siguiente manera:

N= La norma

B= Bien jurídico

M= Objeto material

A1+A2= El sujeto activo (calidad y número)

P1+P2= Sujeto pasivo (calidad y número)

Elemento inominado

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

K= Kernel típico, integrado por:

J1= Voluntad dolosa

J2= Voluntad culposa

L1= Actividad

L2= Inactividad

R= Resultado material

U= Nexa causal

E= Medios

G= Referencia temporal

S= Referencia espacial

F= Referencias de ocasión

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

V+H= La violación de la norma

La tipicidad, es igual a la correspondencia unívoca uno a uno entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito, es decir, que para cada elemento del tipo tiene que haber una proporción de contenido del delito, que satisfaga la semántica de aquél, y para cada porción de contenido del delito, tiene que haber un elemento del tipo que exija su concreción.

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

La culpabilidad, es reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene, en el sentido que con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existen otras alterternativas de actuación no lesiva o menos lesiva.

La simbología general de esta teoría se presenta de la siguiente forma:

N= Norma

B= Bien jurídico

A1= Sujeto activo calidad

A2= Sujeto activo número

P1= Sujeto pasivo calidad

P2= Sujeto pasivo número

M= Objeto material

K= Kernel

J= Voluntad

J1= Voluntad dolosa

J2= Voluntad culposa

L1= Conducta

L2= Conducta por omisión

R= Resultado

E= Medios

G= Referencia temporal

S= Referencias espaciales

F= Referencias a la ocasión

W1= Lesión

W2= Puesta en peligro

V= Violación del deber jurídico penal

X= Variable de holgura

H= Deber de obrar o abstenerse

U= Nexos de causalidad (Malo, Pág. 359)

CAPÍTULO QUINTO

LA ESTRUCTURA DE LOS ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO EN LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN .

Antes que nada, es pertinente recordar, que en la teoría finalista de la acción sustentada por Hans Welzel, no se tomó al comportamiento como parte integradora del delito, sino como un elemento esencial o presupuesto de todo hecho. Sin embargo, queda claro, que existen elementos positivos y negativos del delito, como a continuación se establece:

ELEMENTOS POSITIVOS

Comportamiento
Tipicidad
Antijuridicidad
Culpabilidad

ELEMENTOS NEGATIVOS

Ausencia del comportamiento
Ausencia de la tipicidad
Ausencia de la antijuridicidad
Ausencia de la culpabilidad

Welzel señala, que el delito parte de una acción u omisión que se encuentran consagradas en la ley, por ende, el legislador no puede prescindir del contenido de la voluntad ya que está impregnada de finalidad. Así cuando el tipo dice "al que engañando" o "al que se apodere", está considerando acciones socialmente contrarias a derecho, con un sentido finalístico. Por eso el contenido de la voluntad

(finalidad) forma parte ya de la descripción típica, ya sea en forma de dolo o de culpa, y a través de la acción u omisión.

5.1 EL COMPORTAMIENTO HUMANO

El comportamiento humano, es uno de los elementos del delito y por ende, se erige como la base, de donde parte el estudio de la teoría del delito.

La palabra conducta procede del "latín conducta, que significa, conducida, guiada."⁶³ En otra de sus acepciones, conducta implica la manera con que los hombres gobiernan sus vidas y dirigen sus acciones. En tal virtud, el término conducta en lo general, es lo suficientemente ambiguo como para designar simplemente actividad.

Bien, se tiene que ir al fondo del asunto, y en este orden de ideas Welzel precisa, que la conducta es la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad. Conducta que puede ser una acción (ejercicio efectivo de actividad final) o una omisión (el no ejercicio de una actividad final posible). Luego entonces, se puede afirmar, que la concurrencia del comportamiento humano constituye el primer requisito de la tipicidad por ser común a todo tipo, y en ese orden de ideas la tipicidad, se presenta como un requisito previo a la antijuridicidad, ya que se erige como un hacer voluntario final.

⁶³ Diccionario de la Real Academia Española. Tomo 11, 21ª ed., Espasa Calpe, España, 2001, Pág. 341

Fernando Castellanos Tena, manifiesta, que la conducta, es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. O bien, puede entenderse como un peculiar comportamiento del hombre, que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria, consiste, por un lado, en un movimiento corporal, y por el otro, en una abstención, es decir, un no hacer.

En este orden de ideas, se puede concluir, que el comportamiento humano desde el punto de vista de la teoría finalista de la acción, es aquel movimiento, que realiza el hombre con dirección y con el propósito de alcanzar un fin determinado, eligiendo para ello, los medios adecuados existentes dentro del mundo normativo.

El sujeto al realizarlo está actuando finalísticamente, el dolo se encuentra forzosamente en su acción. De esa manera el sujeto, que no comprende el carácter injurioso de sus palabras, la ajениdad de las cosas o la deshonestidad de su conducta, no actúa dolosa ni finalísticamente, en el sentido jurídico penal, es decir, no actúa en lo absoluto.

Para entender mejor lo anterior, considerese que en la teoría causalista se tendría que aceptar, que quien pronunció palabras de las que ignoraba su connotación injuriosa, o tomó una cosa, sin percatarse de su carácter ajeno, llevaría a cabo una acción, porque habría realizado una manifestación corporal voluntaria, con lo que se

integraría el primer elemento del delito; en cambio, para la teoría finalista de la acción, como ese actuar no se había propuesto los fines señalados como típicos, no es doloso y por ello no habría tal acción desde el punto de vista penal, pues su movimiento corporal voluntario, no tenía un propósito de realizar la conducta con el dolo exigido por la ley.

En cuanto a las formas del comportamiento humano, el finalismo, acepta que, son:

Acción o actividad;

Omisión propia; y,

Omisión impropia o comisión por omisión

Por lo que hace a la acción u actividad finalista, es claro que la vida comunitaria del hombre se estructura, sobre la actividad final. Esto presupone, que los miembros de la sociedad pueden actuar conscientes del fin, lo que significa, proponerse fines, elegir los medios requeridos para su obtención y ponerlos en movimiento con conciencia del fin, esta actividad final se llama acción.

Encuentra su diferencia del simple suceso de la naturaleza, en cuanto éste no es dirigido conscientemente desde el fin a alcanzar, sino más bien transcurre ya causalmente ciego o bien como sucede en la naturaleza orgánica, adecuado ciertamente al fin, pero sin conciencia del fin.

Luego entonces, acción humana, es ejercicio de actividad final, por lo que la acción es, un acontecimiento finalista y no solamente causal.

La finalidad o actividad finalista de la acción, se sostiene en la idea, que el hombre sabedor de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos.

La finalidad, es un actuar dirigido consciente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no esta dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes.

Por lo que se ha llegado a afirmar, como ya se ha dicho, que la finalidad es vidente y la causalidad es ciega.

En este orden de ideas, la acción finalista, afirma que la acción humana no es sólo un proceso causal dependiente de la voluntad, sino, por su propia esencia, ejercicio de actividad final.

La conducción final de la acción, tiene lugar en tres momentos: empieza con la anticipación mental de la meta, sigue con la elección de los medios necesarios para la consecución de la misma y concluye con la realización de la voluntad de la acción en el mundo del suceder

real.⁶⁴ Así se encuentra, que en los delitos de acción desde el punto de vista del finalismo, no existe problema alguno para determinar la intención de un sujeto, ya que indudablemente su comportamiento lleva implícita una dirección final. Concluyéndose así, que en los delitos de acción, se realiza lo prohibido por la ley.

5.1.1 LA OMISIÓN PROPIA

Haciendo referencia a la omisión, se puede ver que la voluntad humana no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino que además puede abarcar la omisión, misma que puede ser de dos formas: omisión propia e impropia o comisión por omisión.

En la omisión propia apunta Welzel, se impone pena simplemente a la infracción de un deber de actuar, ejemplo: el omitir una denuncia de planes delictivos o la no prestación de auxilio en caso de accidentes.

Este grupo comprende los casos principales de los llamados delitos de omisión propios, esos hechos punibles se agotan en la infracción a una norma preceptiva y en la simple omisión de una actividad exigida por la ley, traducida en la abstención de obrar. De ahí que un comportamiento será omisivo o de pura omisión, si el sujeto viola un mandato de acción, o sea, si no hace lo que debe hacer.⁶⁵

⁶⁴ Cfr. MAURACH, Reinhart. Decho. Pen., Trad. Jorge B., 7° ed., Ed., Astrea, Buen. Aires, 1994, Pág. 242
⁶⁵ Cfr. RANIERI, Silvio. Man. Decho. Pen., Trad. Jorge Guerrero, T. I, Ed. Temis, Bogotá, 1975, Pág. 298

En el sistema finalista, el fin perseguido en la omisión, como el fin propuesto en la acción, deben estar dominados por la voluntad del agente, así el dominio potencial del sujeto basta para convertir una inactividad en omisión. En los delitos de omisión, el contenido típico está constituido por la simple infracción de un deber de actuar. El paradigma de este tipo de delitos es la omisión del deber de socorro, en él, el deber de actuar surge en el plano objetivo, de la presencia de una situación típica (persona desamparada y en peligro manifiesto y grave) que exige una intervención. La no prestación de una intervención (no socorrer), determina el cumplimiento de los elementos objetivos del tipo de injusto (Muñoz Conde, Pág. 25)

5.1.2 LA OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN

En lo que hace a la omisión impropia o comisión por omisión, debe advertirse que junto a estos imperativos establecidos por ley, existe además un vasto grupo de mandatos, que obligan a evitar la inminente lesión de bienes jurídicos, sin estar sancionado expresamente por la ley. Por ejemplo, la madre, que deja morir de inanición a su hijo, será penada de acuerdo con las disposiciones, que castigan al delito de homicidio. Este amplio grupo de delitos de omisión, que no están colocados expresamente en la ley con una sanción, son denominados delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropios. En los delitos de omisión impropia, se exige evitar un resultado, como garante. Los delitos de omisión impropia, son un reflejo de los delitos de comisión, y por esa razón corresponden a los de resultado.

En suma de cuentas, la comisión por omisión es un no hacer voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo además un resultado típico. Aquí hay una doble violación de deberes, de obrar y de abstenerse y por ello se infringen dos normas, una preceptiva y otra prohibitiva.⁶⁶

En efecto, la producción del resultado reprobado pertenece al tipo de lo injusto, por lo que en el caso del garante, que lesiona el bien jurídico protegido, realiza un tipo penal, que está construido en la ley como un delito comisivo, en el cual se basa principalmente una norma prohibitiva. En esta tesitura a diferencia de lo que pasa en el delito de acción, en el de comisión por omisión, no basta con la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido, para imputar un resultado al sujeto de la omisión, ya que es preciso además, que este sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado, en virtud de determinados deberes, cuyo cumplimiento ha asumido o le incumbe en razón de su cargo o profesión. Por lo que esta obligación especial, convierte al sujeto en garante de que el resultado producido no se realice.

Así las cosas, los delitos de omisión impropia consisten como ya se apuntó en líneas anteriores, en una abstención, un no obrar, cuando se está obligado por la ley a actuar, debido a una característica especial, que en ese momento tiene el sujeto, con la obligación de garantizar, que no se ofenda el bien jurídico protegido por la norma, y

⁶⁶ Cfr. FORTE PETIT C., Celestino. Apunt. de Decho. Penal, 13^o ed., Ed. Porrúa, México, 1990, Pág. 217

del que se le ha encargado, así como impedir el resultado. De conformidad, a lo anterior, se ha dicho que la calidad de garante tiene sus fuentes en los siguientes actos jurídicos:

La ley;

El contrato;

El hecho anterior que pone en peligro el bien jurídico o actuar precedente;

Las relaciones especiales de comunidad y el ámbito de dominio;

Obligación profesional; y,

Especial relación de lealtad

5.2 EL TIPO PENAL FINALISTA

El tipo, es una figura conceptual, que describe mediante conceptos formales posibles de conducta humana. La norma, prohíbe la realización de estas formas posibles de conducta humana. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibida, esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma, y por lo tanto, será típica. De ahí se deriva la antinormatividad de la conducta. Tipo, es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual, puesto, que del principio de legalidad, se deriva directamente el que una conducta humana, sólo puede castigarse cuando está prevista por un precepto, que describe con claridad la conducta prohibida o exigida mediante la conminación de

una pena. Se denomina tipo, a esas descripciones de delito, que contienen las leyes penales. En este orden de ideas, tipo es la abstracta descripción, que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible. La abstracción, se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento, la connotación descriptiva, puntualiza el carácter preferentemente objetivo del tipo.

De tal manera, que el concepto de tipo no se agota en la descripción del comportamiento humano, sino que constituye ya el principio de que dicho comportamiento puede ser antijurídico o antinormativo, como dice Weizel.

El tipo penal es un todo compuesto de muchas partes, si llega a faltar cualquiera de sus partes, no existe la adecuación del comportamiento al supuesto de hecho típico. Por ello, el tipo constituye la mayor parte del tipo general, sobre todo en los delitos dolosos, en los cuales contiene una descripción precisa de los elementos objetivos y subjetivos de la acción, incluyendo el resultado. Por el contrario, en los delitos culposos, el tipo en sentido restringido, se refiere generalmente sólo al resultado. De allí, que dentro del tipo de lo injusto, hay que hacer una distinción entre características del tipo descriptivas y normativas, objetivas y subjetivas, de donde resulta, que los requisitos concretos del supuesto de hecho típico (tipo penal) se clasifican en los que caracterizan el comportamiento desde fuera, y aquellos otros que lo hacen desde dentro. De acuerdo con esto, se distingue entre

supuesto de hecho típico objetivo y subjetivo, aunque, se pondrá de manifiesto más adelante que existen acciones cuyos aspectos exteriores e interiores no pueden separarse en la descripción.

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

Elementos objetivos; y,

Elementos subjetivos

5.2.1 LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL

El tipo objetivo, es el núcleo real y material de todo delito. El delito, es voluntad mala, que se realiza en un hecho. El fundamento real de todo delito, es la objetivación de la voluntad de un hecho externo. El hecho externo es por ello, la base de la estructuración dogmática del delito.

La objetivación de la voluntad, encuentra su expresión típica en las circunstancias del hecho objetivas. Estos elementos objetivos, son las circunstancias, que determinan la manifestación externa del hecho; pueden ser descriptivas o normativas, referirse al hecho o al autor. Constituye la objetivación de la voluntad integrante del dolo y comprende características externas del autor, puesto, que se refieren a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, que son esenciales, como las que dan lugar al tipo autónomo (por ejemplo el

delito de homicidio), y a veces también se presentan elementos accidentales, que sólo califican, agravan o privilegian (atenúan), al tipo autónomo (la premeditación como calificativa en el delito de homicidio, o la riña como atenuante en el propio delito de homicidio).

Para Welzel, son elementos objetivos del tipo, los, siguientes:

El comportamiento humano (acción y omisión);

La ofensa del bien jurídico;

Los medios especiales (tiempo, lugar y ocasión);

Las circunstancias objetivas del hecho de determinados delitos; y,

Las circunstancias atenuantes o agravantes (Wezel, Teor. Acción Finalista, Pág. 74)

Stratenwerth, estima que los elementos del tipo objetivo, son:

El autor;

La acción prohibida;

El resultado;

El objeto del hecho o de la acción; y,

Conexión exterior o nexo de causalidad (Stratenwerth, Pág. 96)

Por su parte Wessels, manifiesta que la parte objetiva del tipo penal, se encuentra integrada de los siguientes, elementos:

El sujeto del hecho;

El objeto del hecho;
El objeto de la ejecución del hecho;
Las formas especiales de comisión;
Los medios u otras modalidades del hecho;
La producción de un resultado; y,
La relación causal (Wessels, Pág. 146)

Para Octavio Orellana Wiarco, los elementos objetivos del tipo penal, son:

El sujeto activo;
El sujeto pasivo;
El bien jurídico protegido;
La conducta;
El resultado;
Los elementos normativos; y,
Las circunstancias objetivas de atenuación o agravación (Orellana, Pág. 89)

Para Carrancá y Rivas y Carlos Daza, los elementos que integran la parte objetiva del tipo penal, son:

La acción;
La omisión;
La relación de causalidad o nexo causal;
La causalidad o imputación objetiva; y,

El resultado⁶⁷

Hay otros autores, como el caso de Bacigalupo, para quienes los elementos objetivos del tipo, sólo se resumen, en:

Autor;

Acción; y,

Situación de hecho (Bacigalupo, Pág. 38)

En suma de cuentas, para fines del presente trabajo, los elementos objetivos del tipo penal, serán:

Bien jurídico protegido;

Ofensa del bien jurídico protegido;

Autores del delito;

Objeto;

Calidad del sujeto activo;

Resultado;

Nexo causal;

Medios comisivos;

Elementos normativos; y,

Circunstancias

5.2.1.1 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

67 Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, 4° Edición, Editorial Porrúa, 1983, Pág 259

En este punto, se comenzará por hacer una diferenciación de los siguientes, conceptos:

Bien jurídico protegido;

Objeto material del delito; y,

Objeto jurídico del delito

El bien jurídico desde el punto de vista de Welzel, es un bien vital de la comunidad y por lo tanto del individuo, que por su significación social, es protegido jurídicamente. El bien jurídico, es todo estado social deseable, que el Derecho quiere resguardar de lesiones, por lo que el Derecho Penal lo protege, prohibiendo comportamientos (acciones y omisiones) y conminándolos con pena, en caso de lesión. En tal virtud, el bien jurídico penalmente tutelado constituye, la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto protegido por el Estado.

El objeto material del delito, lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro o la acción delictuosa.

El objeto jurídico, es el bien jurídicamente tutelado, es decir, el bien o el hecho que es protegido por las leyes penales, que puede ser la vida, la integridad corporal o la propiedad privada.

Lo anterior, permite afirmar, que entre bien jurídico y objeto jurídico, no existe diferencia alguna, ya que su esencia es la misma y en particular puede referirse a la vida, la libertad de las personas, la seguridad

nacional, el patrimonio del Estado, como ya se mencionó. Por el contrario, entre el bien jurídico o objeto jurídico y objeto material del delito, si existen diferencias, ejemplo: en el delito de homicidio, el bien jurídico protegido es la vida, y el objeto material lo será el cuerpo del occiso.

5.2.1.2 LA OFENSA AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Wessels precisa, que la intensidad sufrida por el objeto de la acción, establece la diferencia entre delitos de lesión y delitos de peligro. A este respecto, Muñoz Conde sostiene, "que la ofensa al bien jurídico, constituye la esencia del juicio de antijuridicidad, y puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro del bien jurídico."⁶⁸ De ahí, que la ofensa del bien jurídicamente tutelado, se traducirá en un daño, si se presenta como lesión; y, en un peligro, si aparece como amenaza de lesión de un bien jurídico tutelado.

Carlos Daza y Eduardo López Betancourt, señalan que los tipos penales en orden a la ofensa al bien jurídico, pueden ser de lesión o de puesta en peligro del bien jurídico protegido.

5.2.1.3 LA LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Haciendo referencia a los delitos de lesión, es pertinente señalar, que en el Diccionario de la Lengua Española, "el término lesión proviene

⁶⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., Pág. 47

del latín *laesio-onis*, y en una de sus múltiples acepciones implica, cualquier daño, perjuicio o detrimento.⁶⁹ Para llegar a comprobar la lesión del bien jurídico, se debe comprobar, además de la acción, la producción de un resultado de lesión, y la existencia de una relación específica entre el resultado de lesión y la acción. Los delitos de lesión presuponen, por tanto, el resultado de lesión de un objeto determinado. Este objeto, se denomina objeto de la acción, y puede ser como ya se ha dicho una cosa o una persona. La lesión del bien jurídico, es un concepto normativo del cual no sólo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también, las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal, que no tienen un sustento material. Tal lesión, es la destrucción de la vida o de una cosa ajena en los delitos de homicidio y de daños, respectivamente, o como la ofensa al honor en el delito de injurias.

En cuanto hace a los delitos de peligro, se debe decir, que el término peligro tiene sus raíces en el latín *periculis*, que implica el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal o también significa tormento de justicia. Desde el punto de vista doctrinal, el peligro en el bien jurídico tutelado, es la situación en la cual, la producción de determinadas consecuencias no deseadas es probable, conforme a un juicio objetivo de experto. Los delitos de peligro, a su vez se dividen en dos, delitos en concreto y delitos en abstracto, en los cuales, basta la producción de una situación de peligro para el objeto de protección presupuesto en el tipo.

⁶⁹ Diccionario de la Lengua Española. T.II. Pág. 268

En los delitos de peligro en concreto, se exige la demostración en cada caso, que realmente se ha producido el peligro, y en los delitos de peligro en abstracto, se destaca, que si bien el delito represente un peligro específico de los bienes jurídicos protegidos, la consecuencia penal, no depende de que se demuestre la situación de peligro especial. En este sentido, el peligro, es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad, para determinar si un bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después, esa lesión de hecho no se produzca. El juicio de peligro, es pues, un juicio ex ante, que se emite situándose en el momento en que se realizó la acción. Para llegar a concluir, si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es preciso, que se conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción (conocimiento ontológico) y además se sepan, las leyes de la naturaleza y las reglas de experiencia por las que se puede deducir que esa acción realizada en esa forma y circunstancias, pueda producir generalmente la lesión de un bien jurídico.

Reseñando, en los delitos de peligro en concreto, el hecho en particular tiene que haber creado realmente un peligro, y con base en eso se hace merecedor de la pena. Aquí la producción del peligro, es característica del tipo, para aplicar el castigo, se necesita la comprobación del peligro efectivo, si tal circunstancia no se demuestra la conducta es atípica, es decir, no existe un comportamiento típicamente adecuado, y por ende impune, ejemplo de un delito de peligro en concreto: deteriorar una vía férrea o destruir aparatos u

otros objetos de uso necesario para el servicio de la vía, siempre que de tal hecho se derive la posibilidad de un siniestro.

En el caso de los delitos de peligro en abstracto, es suficiente, que la acción usualmente traiga peligro consigo, para lo cual, es fundamental la suposición legal de que formas de conductas determinadas son generalmente peligrosas para el objeto de protección. Aquí, la peligrosidad de la acción no es característica del tipo, sino tan sólo fundamento para que la disposición exista. En puridad, estos tipos de peligro en abstracto, no exigen la prueba del peligro, basta que la conducta se realice; de ahí, que el peligro se presume *juris et de jure*, por ejemplo: la asociación para delinquir, la adulteración de sustancias comerciales, el contagio venéreo, el abandono de niños.

Como se aprecia, los delitos de peligro en abstracto, constituye una parte del tipo penal, contrario al principio de inocencia, en virtud, que por el simple hecho de haber desplegado el comportamiento prohibido por ley, dará posibilidad a que dicho comportamiento genere el peligro en abstracto.

5.2.1.4 LOS SUJETOS DEL DELITO

Por sujetos del delito se debe entender, a todos aquellos que intervienen en el hecho delictuoso, ya sea cometiéndolo o sufriendo sus consecuencias; el primero se le llama sujeto activo del delito y el segundo sujeto pasivo del delito.

5.2.1.4.1 EL ACTIVO

Entorno a la figura del sujeto activo, se tiene como aquel que precisamente realiza la acción prohibida por la norma. Generalmente en el tipo penal se alude al sujeto activo del delito, con expresiones impersonales como él que o quien. En esos casos, sujeto activo del delito puede ser cualquiera. En este orden de ideas, por ejemplo, Francisco Pavón Vasconcelos, señala "que sujeto activo del delito, es la persona que realiza por sí solo la conducta típica, antijurídica, culpable y punible, por lo que obedece al nombre de autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual), también cuando varios origina el delito se denominan coautores, o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a la realización concomitante de la conducta con ella o después de su consumación, siempre que su intervención resulte eficaz en el hecho delictuoso (cómplice y encubridor)."⁷⁰

Por su parte Hans Welzel, manifiesta, que el autor de un delito culposo, es todo el que mediante una acción que lesiona el grado de cuidado requerido en el ámbito de relación produce de manera no dolosa un resultado típico. Por esta razón no existe, en el ámbito de los delitos culposos, diferencia entre autoría y participación. Ello, porque toda clase de concausación en la producción no dolosa de un resultado, mediante una acción que lesiona el cuidado conforme al

ámbito de relación, es ya autoría. En los delitos dolosos es autor solamente, aquel que mediante una conducción tiene el dominio sobre la realización del tipo. Mediante el dominio final sobre el acontecer el autor se destaca del mero partícipe, el que, o bien auxilia el acto dominado finalmente por el autor o bien incitó a la decisión. Solamente en los tipos dolosos, existe diferencia entre autoría y participación.

5.2.1.4.1.1 LA AUTORÍA

La autoría, en opinión de Welzel, comprende tres formas:

Autoría mediata;

Autoría concomitante; y

Coautoría (Welzel, Pág. 57)

Wessels, también da su opinión respecto a las formas de manifestación de la autoría, al tenor, siguiente:

Autoría directa;

Autoría mediata; y,

Coautoría (Wessels, Pág. 246)

Hablando de la autoría directa, se puede decir, que se presenta cuando un hombre comete el hecho punible personalmente, o de otra forma, el que de un modo directo y personal realiza el hecho.

En cuanto a la **autoría mediata**, se considera lo expuesto por **Welzel**, quien sostiene que ese tipo de autoría se presenta, cuando el actor del delito no necesita cumplir por sus propias manos el hecho en cada una de sus fases, sino que se puede servir para ello no solo de instrumentos mecánicos, sino también poner para sus fines el actuar de otro individuo, en cuanto, que sólo él posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo. Por su parte el autor **Wessels** afirma, que autor mediato, es quien comete el hecho punible, a través de otra persona.

Por lo que hace a la **autoría concomitante**, se ha sostenido, que es el obrar conjunto de varios sujetos sin acuerdo recíproco en la producción de un resultado. El hecho de cada uno, se aprecia y juzga en sí mismo.

Sin embargo, puramente para el **finalismo** la autoría puede dividirse en dos aspectos que, son: la autoría mediata sobre la base del dominio final único del hecho por utilización de un tercero, que actúa sin dolo; y la autoría mediata sobre la base de un dominio superior del hecho, mediante utilización de un tercero que actúa sin libertad.

La **coautoría**, es autoría, su particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor, es quien en posesión de las cualidades personales de autor, es portador de la decisión común respecto del hecho, y en virtud de ellos toma parte en la ejecución del delito. Otros más opinan, que coautoría, es la comisión

mancomunada de un hecho punible mediante colaboración consciente y querida.

5.2.1.4.1.2 LA PARTICIPACIÓN

Tocante a la figura de la participación, no se debe olvidar, que es entendida como la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad. Así Welzel y Wessels, son coincidentes en señalar, que sus formas, son:

La instigación; y,

La complicidad (Welzel. Pág. 63-Wessels, Pág. 247)

Por instigación, dice Soler, debe entenderse cuando el sujeto quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro, quiere causar ese hecho a través de la psique de otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo.⁷¹

De lo anterior, se ha sostenido, que instigación es la determinación dolosa a un hecho conocido y querido, a través de una influencia espiritual. Por eso, es instigador, quien da el precio exigido al homicida, que se ha ofrecido por dinero a cometer el hecho delictuoso, o bien, es aquél, quien dolosamente ha determinado a otro, al hecho antijurídico cometido dolosamente.

71 Cfr. SOLER, Sebastián. Op. cit., Pág. 375

Ahora bien, Welzel ha sostenido que la complicidad, consiste en prestar ayuda dolosa a un hecho conocido y querido. En este orden de ideas, debe precisarse, que el autor no necesita saber que se le ayudará o bien como afirmó Francisco Muñoz Conde, se trata de una contribución a la realización del delito, con actos anteriores o simultáneos a la misma, que no pueden, en ningún caso, ser considerados como de autoría.

Aunado a todo lo anterior, se cree conveniente, ver si el artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal abrogado, y el numeral 22 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, consagran la autoría y la participación.

Primeramente, se abarcará el contenido del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, abrogado, al tenor de sus fracciones, en el siguiente, orden:

Son autores o partícipes del delito

Los que acuerden o preparen su realización (autor intelectual);

Los que lo realicen por sí (autor material);

Los que lo realicen conjuntamente (coautores);

Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro (autor mediato);

Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo (inductor);

Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otros para su comisión (cómplice o auxiliador); y,

Los que con posterioridad a su ejecución auxiliien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito (auxiliador)

Ahora toca su turno, al artículo 22 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que en cuanto a la autoría y participación, establece: (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

Lo realicen por sí (autor material);

Lo realicen conjuntamente con otro u otros (coautores);

Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento (autor mediato);

Determinen dolosamente al autor a cometerlo (inductor);

Dolosamente presten ayuda o auxiliien al autor para su comisión (cómplice o auxiliador); y,

Con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito (auxiliador)

5.2.1.4.2 EL PASIVO

Tocando al otro sujeto del delito, que es el pasivo, se ha afirmado que es el titular del bien jurídico protegido o bien el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma, y sobre él recae la conducta delictiva. En conclusión, es la persona que resiente el daño causado por el delito.

Así se tiene, a manera de ejemplo: que en los delitos cometidos por los servidores públicos, el sujeto activo del delito será necesariamente un servidor público, el sujeto pasivo lo será el Estado o cualquiera de sus organismos, porque es el titular de los bienes públicos, y el ofendido lo será la sociedad, en virtud, que es ella quien se verá afectada por la conducta ilícita.

5.2.1.5 EL OBJETO DEL DELITO

En lo tocante el objeto del delito, para la teoría finalista de la acción, se divide en dos: objeto material y objeto jurídico.

El objeto material del delito, lo constituye la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa.

Con relación al objeto jurídico del delito, se puede decir, que es bien protegido por la ley, que es lesionado y puede ser la vida, la integridad corporal, la libertad sexual o la propiedad privada.

5.2.1.6 LA CALIDAD EN LOS SUJETOS

Por lo que hace a las calidades del sujeto activo del delito, Francisco Muñoz Conde señala, que en algunos casos la ley exige determinadas calidades para ser sujeto activo de un delito, es entonces, que aparecen los llamados delitos especiales. Sujeto activo de estos ilícitos, sólo puede serlo, aquella persona, que además de realizar la

acción típica, tenga las calidades exigidas en el tipo. Por ejemplo, el delito de peculado, sólo puede ser llevado a cabo por un funcionario público.

5.2.1.7 EL RESULTADO

Ahora bien, toca su turno al resultado, y debe citarse que la relación existente entre acción y resultado, permite distinguir, entre delitos de simple actividad y de resultado. Por lo anterior, se hace necesario apuntar, que la acción típica prevista en la ley, puede integrarse con el simple movimiento corporal, estando así, en presencia de un delito de resultado formal o de simple actividad. Pero, también existen tipos penales, que para su integración exigen la producción de un resultado, y es cuando se habla de delitos de resultado material.

En el caso de éstos últimos, se presupone en el tipo penal, la producción de un resultado en el mundo exterior, de modo que se tiene que investigar, la relación causal entre acción y resultado. De ahí, que para su integración, se requiere la modificación del mundo exterior, producido por un movimiento corporal finalista de quien realiza la acción. Además, es importante, que exista un nexo entre el autor y el resultado material.

En cambio, en los delitos de resultado formal o de simple actividad, no se requiere el resultado en el mundo exterior, como en los de resultado

material. La acción prevista en la ley, es decir en el tipo penal, se integra simplemente con el movimiento corporal.

5.2.1.8 EL NEXO CAUSAL

En cuanto respecta al nexo causal, Francesco Antolisei, ha señalado, que para su existencia se requiere de una modificación del mundo exterior (resultado), que además pueda atribuirse a un sujeto. En otras palabras, es necesario que haya una relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto y el resultado.

En este sentido Romagnosi, sostiene, "que el nexo causal, es la esencia de la imputación de todo acto a su realizador, que no se puede atribuir a nadie más."⁷²

Por su parte Fernando Castellanos Tena, afirma que entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal, lo que significa, que el resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva.

Al respecto, González Quintanilla, precisa, la fundamentación de la vinculación causal entre una acción y un resultado, tiene por efecto, la mera manifestación exterior de un fenómeno; refiriéndose así, indirectamente a una ley causal, pero su objeto directo de conocimiento, es sólo la manifestación exterior de la misma.⁷³

⁷² ROMAGNOSI, Giandomenico. Génesis del Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1956, Pág. 760
⁷³ Cfr. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José A. Decho. Pen. Mex., 3° ed., Ed. Porrúa, Mex., 1996, Pág. 679

De ahí, que Celestino Porte Petit, advierte, que la conducta humana puede producir un cambio en el mundo exterior, físico, anatómico, fisiológico y psíquico o sea material. Sigue diciendo, que entre la conducta y el resultado material se requiere una relación causal, para que aquella sea atribuible al sujeto, la relación causal consiste en un nexo entre un elemento del propio hecho (conducta) y una consecuencia de la misma (resultado material), que viene a ser igualmente un elemento del hecho.

5.2.1.8.1 LAS TEORÍAS QUE TRATAN EL NEXO CAUSAL

Por otra parte, de manera sintetizada, se analizarán las teorías que estudian la relación de causalidad entre el comportamiento del autor y el resultado, como son las de la equivalencia de las condiciones, la de la causalidad adecuada, de la relevancia, y la de la imputación objetiva, que no corresponde a la teoría finalista de la acción sino a la del funcionalismo de Roxin y Jakobs.

5.2.1.8.1.1 LA TEORIA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES

La teoría de la equivalencia de las condiciones, fue desarrollada por Von Buri. En su postulado sostiene, que la teoría de la equivalencia de las condiciones, consiste en que toda condición, que no pueda ser suprimida mentalmente, sin que con ello desaparezca el resultado en su forma concreta, contribuirá al resultado. Así, si toda condición tiene

un valor equivalente en la producción del resultado, todas pueden considerarse causas del mismo, lo que hace imposible diferenciar entre causas y condiciones. Ahora bien, el procedimiento para averiguar cuando se está en presencia de una causa en la fórmula de la conditio sine qua non, se establece por medio de un procedimiento de supresión mental hipotética.

5.2.1.8.1.2 LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

La teoría de la causalidad adecuada fue desarrollada por Von Bar. Es Luis Jiménez de Asúa, quien advierte, que la teoría de la causalidad adecuada trató de corregir los excesos de la teoría de la equivalencia de las condiciones, en orden a la responsabilidad penal.

Por su parte Elena Larrauri señala, que la teoría de la causalidad adecuada, consiste en que de las múltiples condiciones que intervienen en un acontecimiento, sólo tiene consideración de causa, la condición, que conforme a la experiencia, es adecuada para producir el resultado típico. Lo que significa, que no toda condición del resultado concreto, es causa en sentido jurídico.

Una acción será adecuada para producir un resultado, cuando una persona normal colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever en circunstancias corrientes, que tal resultado se produciría inevitablemente.

5.2.1.8.1.3 LA TEORÍA DE LA RELEVANCIA DE LA ACCIÓN

La teoría de la relevancia de la acción, se atribuye a Edmundo Mezger, refiriéndose a una causalidad jurídica, sosteniendo además, que para efectos penales sólo es causa la condición que sea jurídico-penal relevante, lo cual requiere en primer lugar, que sea adecuada (coincide con la teoría de la adecuación) y, además una interpretación del sentido de cada tipo para ver, que causa se puede considerar o no relevante a efectos del mismo.

La teoría de la relevancia de la acción, centra su eje de estudio sobre la importancia o indiferencia del comportamiento, y sobre la base de esos parámetros podrá determinarse si el hecho o la acción es penalmente relevante, aunque debe ir también acompañado de que dicha acción, sea adecuada para la producción del resultado.

5.2.1.8.1.4 LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Por último se tratará la teoría de la imputación objetiva, que pretende reemplazar a la teoría de la equivalencia de las condiciones, fue iniciada por Hegel, y más recientemente por los trabajos de los alemanes Claus Roxin y Gunther Jakobs.

Respecto a la teoría de la imputación objetiva, debe decirse, que un resultado podrá serle objetivamente imputable a un individuo, cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, y además que

ese riesgo haya causado un resultado, de manera que la imputación objetiva posee dos elementos, a saber:

**El de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; y,
Que la realización del riesgo cause un resultado**

Entendiendo este último no en sentido puramente naturalístico, sino como quebrantamiento de normas.

Elena Larrauri Larenz, propone lo siguientes principios, para el estudio de la imputación objetiva:

La imputación objetiva tiene como resultado, la tarea de deslindar los acontecimientos accidentales del hecho propio de un sujeto;

Esta diferenciación no puede basarse en la causalidad común al hombre y a la naturaleza;

Lo distintivo del hecho propio es que aparece como la realización de la voluntad del sujeto;

Por hecho se entiende la acción y sus consecuencias, en cuanto era posible abarcarlas por la voluntad;

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

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

La imputación objetiva tiene como función dilucidar la significación jurídica de una relación de causalidad ya dada, esta relación de causalidad;

Es significativa en el Derecho Penal, cuando aparece dirigida por la voluntad humana;

Sólo aparece dirigida por la voluntad humana, cuando ésta podía prever y dirigir su curso;

Por ello sólo son imputables, aquellos resultados, que aparecían como previsibles y dirigibles, esto es, colocados finalmente por la voluntad;

Solamente la imputación objetiva del resultado (previsibilidad y alcanzabilidad) permite constituir una omisión típica y además construir una acción típica;

La imputación objetiva del resultado, es por consiguiente un presupuesto de la tipicidad del comportamiento; y,

Con ello, se consigue imputar un resultado, pero no indica aun, la relación psíquica del sujeto con este resultado;

Es por ello una imputación objetiva⁷⁴

Por su parte Claus Roxin, ha sostenido como criterios para fundamentar la imputación objetiva, los siguientes:

Disminución del riesgo;

Creación o no de un riesgo jurídicamente relevante;

Aumento de un riesgo permitido;

La esfera de protección de la norma como criterio de imputación;

74 Cfr. REYES ALVARADO, Yesis. Imputación Objetiva. Editorial Temis, Bogotá, 1944, Pág. 75

**Pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma; y,
La realización del plan⁷⁵**

En el mismo sentido Gunther Jakobs, propone cuatro principios para el estudio de la imputación objetiva, siendo éstos:

El riesgo permitido;

El principio de confianza;

La prohibición de regreso; y,

La competencia de la víctima (Jakobs, Pág. 135)

5.2.1.9 LOS MEDIOS

Existen tipos penales en los que se requiere de cierto medios especiales para su comisión, en tal virtud, aún cuando se reúnan plenamente todos los elementos objetivos del tipo penal, si faltare el medio comisivo el comportamiento humano, que haya originado el resultado, no será típico.

5.2.1.10 LAS CIRCUNSTANCIAS

Respecto de las circunstancias que aparecen en el tipo penal, es necesario destacar, que unas veces la descripción contenida en los tipos, es simple en cuanto a que el legislador se limita a ser mención la conducta, sin aditamentos circunstanciales de ninguna especie, en

⁷⁵ Cfr. ROXIN, Claus. Intro. al Decho. Pen., y al Decho. Procesal Penal, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, Pag. 87

tanto que otras veces, consigna expresamente modalidades que concretan y enmarcan la conducta en el tiempo en el espacio. En el primer caso, la libre formulación del tipo permite, que en él se subsuma el hecho del agente, cualesquiera que sean los medios y las circunstancias en que se realice, tal ocurre, por ejemplo, con el incesto, puesto que el delito se estructura independientemente del momento o lugar en donde se ejecutó y de los medios empleados para lograrlo. En el segundo caso, la tipicidad de la conducta depende de que se desarrolle dentro de las circunstancias modales o temporales o espaciales precisamente descritas en el tipo. En este sentido, se tiene que la mayoría de los autores, son coincidentes en afirmar que las circunstancias pueden ser:

Circunstancias de modo;

Circunstancias de lugar;

Circunstancias de tiempo; y,

Circunstancias de ocasión⁷⁶

Las circunstancias de modo, se refiere a la manera como el autor realiza el hecho, o más concretamente, a los instrumentos utilizados para lograr su cometido. Así por ejemplo, los padrinos de un duelo (cuando esto se permitía) sólo eran sancionados cuando utilizarán en contra de los combatientes cualquier medio desleal, como la alevosía o la insidia, de ahí que el agente activo del injusto puede valerse de ciertos modos, que pueden influir en el mundo psíquico (hipnotismo) o

76 Cfr. CARRANACÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Decho. Pen. Mex.*, 20° ed., Ed. Porrúa, Méx., 1999, Pág. 642

también en el mundo físico (el hombre y las cosas). En cuanto hace a las circunstancias de lugar, se ha sostenido que se refieren a los terrenos físicos a los que hace alusión el tipo, los cuales pueden ser de ámbito limitado o circunscritos. La limitación espacial, implica la posibilidad de ejecutar el hecho en cualquier parte. El espacio es circunscrito, cuando el propio tipo indica el lugar, donde la conducta debe desarrollarse, o la naturaleza misma de ésta, encierra delimitación espacial. En el primer caso la circunscripción es expresa, en el segundo tácita. Es expresa en la piratería, cuando la norma indica que la actividad del agente debe realizarse en el mar o en los ríos de la República o a bordo de una embarcación. Es tácita en aquel ilícito contra los funcionarios públicos, que consiste en impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones legislativas, judiciales o administrativas.

Haciendo referencia a las circunstancias de tiempo, se trata de aquellas que se refieren al momento en que el hecho se debe ejecutar para que resulte típicamente adecuado, de tal suerte, que la temporalidad de la conducta así entendida, puede ser ilimitada o circunscrita. Lo primero significa, que la conducta puede ejecutarse en cualquier momento (asociación para delinquir, falsificación de moneda y la falsedad documental) y lo segundo, que sólo es jurídicamente relevante la que se desenvuelve en el momento a que el tipo se refiere (ponerse al servicio de una nación extranjera en tiempos de paz).

Las circunstancias de ocasión, son referencias que enmarcan situaciones de ocasión, vinculadas con la realización de la conducta.

5.3 LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO PENAL

Los elementos normativos son aquellos, que hacen referencia a un hecho objetivo del tipo penal, y que requieren particular valoración de parte del interprete, sin la cual no es posible precisar su verdadera significación y alcance. Estos elementos pueden ser de contenido jurídico o extrajurídico. De ahí, que es preciso separar los meros elementos valorativos, sea esta valoración jurídica como el concepto de documento, de funcionario, o sea cultural, como el desprecio en la difamación y honestidad en la seducción. Los elementos normativos, se encuentran en los tipos penales con las expresiones de ilegítimo o ilegitimamente, indebidamente, sin autorización del gobierno, sin estar autorizado por la ley, ilícitamente, sin autoridad o derecho para ello, faltando a las condiciones o formalidades establecidas por la ley, sin justo motivo o sin motivo justificado o sin razón legal, sin el consentimiento o licencia de su dueño, matar un animal ajeno, sin necesidad.⁷⁷

Los elementos normativos de contenido jurídico, implican una valoración eminentemente jurídica en cuanto se trata de conceptos que pertenecen al ámbito del derecho, al cual debe recurrir el interprete para fijar su alcance; por ejemplo, los conceptos de

ilegalmente, fuera de los casos autorizados por la ley, sin cumplir los requisitos que exige la ley, sin facultad legal, legalmente, detenido, puesto que éstos se encuentran previstos en la ley penal; y, por lo tanto, no se tiene porque hacer una valoración distinta de ellas.

En el caso de los elementos normativos extrajurídicos, se ha considerado, que son aquellos, que tienen un contenido cultural y en los que se requieren una valoración de orden ético o social. La operación mental que sobre ellos se realiza, se ajusta a normas y concepciones vigentes que no pertenecen, sin embargo, a la esfera misma del derecho. Por ejemplo, sin justa causa, de manera desleal, deshonrosa en cuanto su significación debe buscarse en valores culturales sobre los que se cimienta la convivencia humana, aunque debemos precisar, que si bien es cierto, los mismos no encuentran su significado real en la norma penal.

5.4 LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL

Los elementos subjetivos del tipo penal, son circunstancias, que corresponden al ámbito psíquico y al mundo de representaciones del autor. Otros dicen, que estos elementos atienden a condiciones de la finalidad de la acción, o sea al dolo, y en ocasiones a los ánimos o tendencias del sujeto activo.

Para Welzel, los elementos subjetivos del tipo, son los, siguientes:

El dolo; y

La culpa (Welzel, Pág 63)

Por su parte, Octavio Alberto Orellana Wiarco, señala, que los elementos subjetivos del tipo, son:

El dolo;

La culpa; y

Los elementos subjetivos específicos (Orellana, Pág. 164)

Carlos Daza señala, que la parte subjetiva del tipo está formada siempre por el dolo y agrega, que la concurrencia de varias características subjetivas depende de la estructura del tipo penal.

De entrada, cuando se habla de los elementos subjetivos del tipo penal, se está haciendo referencia a una cuestión interna e intangible del hombre, también lo subjetivo puede indentificársele si se quiere con el espíritu, una cuestión excesivamente compleja en el Derecho Penal, y más aun en la teoría del delito conforme al finalismo alemán el subjetivismo, se refiere desde luego a que toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere (momento intelectual) y por la decisión al respecto de querer realizarlo o (momento volitivo). Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo o si se quiere constituye una circunstancia que corresponde al ámbito psíquico y al mundo de representaciones del

autor, en tal tesitura, los elementos subjetivos del tipo, están formado por el dolo, la culpa y los elementos subjetivos específicos.⁷⁸

Los elementos subjetivos específicos como los denomina la doctrina, están compuestos con los siguientes, aspectos:

La intención;

La tendencia especial;

El ánimo;

El propósito;

Los motivos;

Los impulsos efectivos; y,

La actitud

5.4.1 EL DOLO

En primer lugar se hará referencia al elemento dolo, que etimológicamente "viene del latín dolus que implica engaño, fraude por simulación."⁷⁹

En el plano del Derecho Penal y más específicamente tratándose de los delitos, dolo significa la voluntad intencional, el propósito de cometer dichos delitos. En la doctrina penal alemana Alexander Graf Zu Dohna, precisa, que actúa dolosamente quien sabe lo que hace. Aquello que el autor sabe (o no sabe), es la concreción de un tipo

78 Cfr. MIR PUIG, Santiago. Decho. Pen., 2º ed., Ed. Publicaciones Univer., Barcelona, 1985, Pág. 231
79 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Dicc. Jur. Elemental, 10º ed., Ed. Heliasta, 1993, Pág. 987

objetivo del delito. Según ello, realiza una conducta dolosa, quien actúa con conciencia de concretar un tipo de delito, de lo que se advierte, que en un primer plano el agente tiene la conciencia del fin que persigue, puesto que toda acción consiente, es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere (momento intelectual) y por la decisión al respecto de querer realizarlo (momento volitivo). Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo.

En este orden de ideas, el dolo es como situación psíquica, la voluntad de realizar un tipo penal conociendo todas sus circunstancias objetivas de hecho, o bien, el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo.

Así Claus Roxin autor funcionalista señala, que sólo debe aceptarse el dolo, cuando el autor supo de la prohibición de su comportamiento.

El núcleo y la esencia del delito reside en la actitud consciente de rebeldía contra el Derecho, es decir, en la desobediencia.

Por ello, se sostiene que sólo en estos casos se alcanza el grado de culpabilidad más grave o como bien apunta José Cerezo Mir, "el dolo es la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo."⁸⁰

80 CEREZO MIR, José. Curso Derecho Penal Español, Tomo III, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, Pág. 157

Se distingue, por ello, un elemento intelectual y un elemento volitivo en el concepto del dolo.

El dolo es un elemento, que se encuentra como se observa en el pensamiento del hombre y consiste en la voluntabilidad de querer realizar un comportamiento prohibido; y, por ende, contravenir la norma penal; sin embargo, el dolo no es un concepto o elemento monolítico o cerrado, por el contrario, se compone de toda una estructura compleja.

Dicho lo anterior, se puede concluir que los elementos del dolo, son:

**El elemento intelectual (conocimiento del hecho); y,
El elemento volitivo (voluntad de realizar el hecho)**

El elemento intelectual del dolo o conocimiento del hecho, comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal o más bien, que en el ámbito intelectual la acción dolosa presupone, que el autor haya conocido al cometer el hecho, todas las circunstancias fundamentadoras y agravantes de la pena referentes al tipo penal realizarlo objetivamente.⁶¹

Su representación debe abarcar el hecho concreto en sus rasgos fundamentales, las peculiaridades típicamente relevantes de la ejecución, la producción del resultado típico, de curso causal en sus

perfiles esenciales, así como todas las demás características del tipo objetivo de lo injusto. Es suficiente, que el autor determine el objeto del hecho en forma genérica; por ello, tanto en el causalismo, el finalismo y el funcionalismo, el elemento intelectual, consiste en la conciencia o conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo.

En un sentido más estricto el dolo, comprende la conciencia de los elementos objetivos del tipo, que concurren en el momento de dar comienzo a la acción típica y la previsión de la realización de los restantes elementos objetivos del tipo y, por tanto, de la producción del resultado, en los delitos de resultado material, en los que el dolo comprende, así mismo a la reprobación del curso causal entre la acción y el resultado, de ahí que el elemento intelectual como parte esencial del dolo, ha de consistir en que el agente activo del delito debe conocer los elementos objetivos de que su comportamiento constituye de por sí una contravención a la norma penal, es decir, debe saber que en primer término existe una norma que prohíbe su comportamiento y en segundo, aún conociendo esa prohibición, debe aceptar la realización del hecho mediante el curso de un plan determinado para obtener el fin que el agente se ha propuesto.

En efecto, se afirma que un sujeto actúa con dolo o dolosamente, cuando en la esfera de su comportamiento sabe qué es lo que hace y además debe conocer los elementos que caracterizan su acción u omisión como típica. Lo que significa, que ha de saber, por ejemplo, en el delito de homicidio, que mata a otra persona; en el delito de robo,

que se apodera de una cosa mueble ajena o mejor dicho, de algo que no es suyo, sin que sea necesario que conozca otros elementos pertenecientes a la antijuricidad, culpabilidad o penalidad. Por tanto, "el elemento intelectual del dolo se integra con aquellos elementos objetivos del tipo, tales como el sujeto, la acción, el resultado, el nexo de causalidad y el objeto, entre otros, elementos que como ya ha quedado enunciado con anterioridad, son objetivos porque se pueden apreciar a través de los sentidos, es decir, ver o tocar."⁸²

Cabe mencionar, que la doctrina contempla la llamada valoración paralela en la esfera del profano, que existe cuando el sujeto no conoce con precisión los elementos objetivos de su actuar, por ejemplo, en la violación de una menor de 12 años, no es preciso que el sujeto sepa exactamente la edad, basta con que aproximadamente se presente tal extremo; en el robo, basta con que sepa que la cosa es ajena, aunque no sepa exactamente de quién sea.

Haciendo referencia al elemento volitivo, Hans Welzel, señala que es la voluntad incondicionada de realizar el tipo (voluntad de realización), el querer condicionado, es decir, aquel aún no decidido. Ese elemento volitivo, se traduce en conocimiento de las circunstancias del hecho y su significación. El dolo, no exige que el autor se subsuma dentro de la ley con exactitud jurídica. Si se tratara de características descriptivas como cosa, dañar o destruir, debe comprenderse en su sentido

natural, y por lo tanto, no es sólo conciencia, sino también voluntad de querer realizar los elementos objetivos del tipo. (Welzel, Pág. 328)

La necesidad de este elemento volitivo se deduce claramente de alguno de los términos utilizados en la legislación penal, de ahí que el elemento volitivo dolo, consista en la aceptación que del hecho prohibido hace el sujeto exteriorizándolo y asumiendo sus consecuencias.

De otra forma, para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, sino que además se necesita el querer realizarlos, ejemplo, cuando el sujeto mata al cajero para apoderarse del dinero, probablemente no desea su muerte, incluso preferiría no hacerlo, pero a pesar de ello quiere producir la muerte en la medida en que no tiene otro camino para apoderarse del dinero.

Ahora bien, el dolo puede, ser:

Directo o de primer grado;

Indirecto o de segundo grado o de consecuencias necesarias; y,

Eventual o de tercer grado⁸³

5.4.1.1 DIRECTO

83 Cfr. JIMENEZ HUERTA, Mariase. La Tipicidad, Editorial Porrúa, México, 1975, Pág. 125

El dolo directo o de primer grado, se presenta cuando al autor le interesa producir un resultado típico o realizar la circunstancia, para la cual la ley, presupone una acción intencional. Por intención debe entenderse la voluntad dirigida al resultado y puede ser al mismo tiempo, motivo de la acción. Al respecto, Claus Roxin, ha sostenido, que el dolo en su formulación más pura sólo debe aceptarse cuando el autor supo de la prohibición de su comportamiento, o como bien refiere, Bacigalupo, el dolo directo se traduce en que el autor quiere el resultado como meta de su acción y tiene seguridad de que el mismo se producirá como consecuencia de su acto. Por su parte, Muñoz Conde, precisa que en el dolo directo o de primer grado, el autor quiere realizar precisamente el resultado prohibido por el tipo penal, ejemplo el autor quiere matar y mata, quiere dañar y rompe la cosa, quiere robar y roba.

Refiriéndose a este tema Carlos Daza señala, que cuando el autor quiere concretar precisamente la realización del resultado prohibido en el tipo, actúa con dolo.

En resumen, el dolo directo, es aquel donde el autor quiere directamente la producción del resultado típico, sea como el fin directamente propuesto o como uno de los medios para obtener ese fin. Por ende, el autor se representa en el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Existe voluntariedad en la conducta y querer del resultado, ejemplo: cuando un sujeto quiere privar de la vida a otro, le

dispara toda la carga de un arma de fuego, aquí la fórmula que impera es que el sujeto conoce y quiere.

5.4.1.2 INDIRECTO

Ahora bien, tratándose del dolo indirecto o de consecuencias necesarias o de segundo grado, existe cuando el autor al afirmarse la existencia del dolo directo, además sabe o prevé como seguro otros posibles resultados y a pesar de ello realiza su comportamiento delictuoso. De ahí que el autor, no quiera directamente las posibles consecuencias diferentes de su pretensión inicial, sin embargo, tiene que admitirlas por la necesidad de la producción del fin principal que persigue. Así las cosas, "el dolo indirecto resulta cuando se produce un hecho típico insoluble, sustentando en la unión a la realización de un hecho principal directamente perseguido (predominio del elemento cognitivo), en el que el resultado secundario, es consecuencia de la acción principal."⁸⁴

En efecto, el dolo indirecto se presenta cuando el autor actúa con la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acontecimiento ejecuta el hecho, ejemplo: el sujeto que para privar de la vida a quien va abordar un avión, coloca una bomba en la maleta, con la certeza que además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas o el famoso caso Thomas, un sujeto conocido con ese sobrenombre,

⁸⁴ TULLIO RUIZ, *Servio*. La Concepción del Delito en el Código Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1983, Pág. 236

con el fin de hundir el barco y cobrar el seguro de las mercancías embarcadas, hizo subir a bordo una máquina infernal, que al hacer explosión produjo numerosas víctimas y cuantiosos daños. En este ejemplo se aprecia que estos últimos resultados (accesorios) en la mente del sujeto, deben imputársele por ser consecuencia necesaria del principal por él perseguido, aquí la fórmula imperante será igual que en el dolo directo, conoce y quiere.⁸⁵

5.4.1.3 EVENTUAL

En el dolo eventual o de tercer grado, el autor considera seriamente como posible, que su conducta ha de producir un resultado típico, y se conforma con esa posibilidad. En efecto, existe dolo eventual si el autor no desiste de la ejecución del hecho por la posibilidad cercana de la producción de un resultado y su conducta justifica la conformidad con el riesgo para conseguir el fin propuesto, de esta manera, el agente está dispuesto a aceptar el resultado y no abandona la ejecución de su conducta, es decir, el autor se representa la realización del hecho típico como posible o bien como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual producción. Por tanto "en el dolo eventual, hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado"⁸⁶, ejemplo: el sujeto que incendia una bodega, previendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones o el ejemplo de los mendigos rusos, quienes para excitar la caridad pública, mutilan a

⁸⁵ Cfr. DÍAZ PALOS, Fernando. Op. cit., Ed. Bosch, Barcelona, Sin Año, Pág. 49 **86**

⁸⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, José M. Decho. Pen. Español, 14° ed., Ed. Dykison, Madrid, 1944, Pág. 569

unos niños a los que obligan a pedir limosna, pero algunos de estos niños mueren por obra de la mutilación y, no obstante eso, repiten la conducta y otro niño muere. Se dice entonces que no querían los mendigos la muerte de los niños, pues les servían mejor vivos que muertos para sus fines mendicantes. En cambio, se representaron la probabilidad de la muerte, lo que basta para hacer ingresar su conducta en el dolo. Aquí la fórmula, será que el sujeto prevee y acepta.

Debe señalarse, que muchos han confundido al dolo eventual con la culpa con representación, sin embargo, para no incurrir en esa equivocación, se cree pertinente acotar lo siguiente. Dolo eventual, se dijo, es cuando el autor se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. Culpa consciente, significa que el agente ha previsto el resultado típico como posible, mismo que ha rechazado, en la confianza que en base a su capacidad, aptitudes personales o habilidades, en su momento podrá evitarlo. Como se puede apreciar en ambos hay voluntariedad de la conducta causal y representación del resultado típico, pero mientras que en el dolo eventual se asume indiferencia ante el resultado, en la culpa consciente, no se quiere, antes bien, se abriga la esperanza que no se producirá.

5.4.2 EL ERROR SOBRE LA CAUSALIDAD

El error sobre la causalidad, se ocupa de los casos que se da un error en el proceso de ejecución de la voluntad dirigida a la comisión del delito y que se diferencian de los casos regulares del error, donde estos últimos se vinculan no con el error en el proceso de ejecución, sino con el error en el proceso de formación a la voluntad, destruyéndola o siendo irrelevantes para la misma, y cuyo estudio corresponde a la culpabilidad.⁸⁷

El error en la causalidad, el dolo de tipo también debe abarcar el curso causal en sus perfiles esenciales. Pero dado, que todos los pormenores del suceso nunca pueden preverse con exactitud, las divergencias ante el curso representado no excluye sin más, el dolo. Aquí, se plantea más bien el problema de cuando un error sobre el curso causal es tan esencial como para que el dolo desaparezca. Según la opinión dominante, "las divergencias entre el curso causal representado y el real, no son esenciales, carecen de significación para el dolo de tipo, si se mantienen todavía dentro de los límites de lo previsible según la experiencia general y no justifican otra valoración del hecho"⁸⁸, puesto que, en principio, las desviaciones inescenciales o que no afectan la producción del resultado querido por el autor son irrelevantes, A dispara contra B con ánimo de matarlo, hiriéndolo levemente, con lo que resultan irrelevantes las desviaciones inescenciales o que no afectan la producción del resultado querido finalmente por el autor del delito, sin embargo, es preciso señalar que

87 Cfr. MANCILLA OVANDO, Jorge A. Teoría Legalista del Delito, Ed. Porrúa, México, 1994, Pág. 99
88 GÓMEZ BENÍTEZ, José M. Derecho Penal, Parte General, Editorial Civitas, Madrid, 1987, Pág. 279

si el resultado se produce desconectado del autor, sólo podrá reputarse el hecho en grado de tentativa.

Los casos más frecuentes de error sobre el proceso de ejecución del delito, son:

Aberratio ictus o error en el golpe;

Aberratio in persona o error en la persona;

Aberratio in objetum o error en el objeto; y,

Dolus generalis

La aberratio ictus o error en el golpe, se presenta cuando el autor dirige su conducta hacia una cierta persona pero por un "error en el golpe" que incide en el proceso de ejecución de la voluntad, afecta a otra persona distinta de aquella a la que se quería afectar, o bien se causa un daño en la víctima, diverso al querido o aceptado, ejemplo: se quería cometer un homicidio y sólo se produce lesiones. El bien lesionado puede ser de superior, igual o menor entidad, ejemplo: una persona dispara en contra del perro bravo que se encuentra a un lado de su dueño, pero equivocando el golpe, lesiona al dueño en lugar del perro. Aquí el bien lesionado es evidentemente superior al que se pretendía lesionar. Si los hechos ocurren en sentido inverso, el bien lesionado será de menor entidad. En estricto sentido, en el primer caso lo que acontece es una tentativa de lesiones, respecto del intento de matar al perro, al cual se le suma un homicidio culposo derivado del resultado producido como consecuencia del error en el golpe. Parte de

la doctrina, señala sobre este particular, que cuando los bienes son de igual entidad, como podría serlo el caso del individuo que quiere matar a una persona, equivoca el golpe y mata a otra, debe estimarse que, a fin de cuentas, se trata de un homicidio doloso consumado, en tanto que el autor quería matar a un hombre y efectivamente mató a un hombre; un caso similar se presenta cuando el error en el blanco hace que se produzcan lesiones en lugar de homicidio o al revés.

Enseña Welzel, respecto de la aberratio ictus, que es la desviación del golpe, el hecho dirigido contra un objeto determinado no alcanza a éste, sino a otro típicamente equivalente. (Welzel, Pág. 94) Si la posibilidad de desviación del curso del acontecer estaba dentro del marco de causalidad adecuada y el resultado provocado es típicamente equivalente al querido, estamos ante un delito doloso consumado. Pero si el resultado producido y el querido no son típicamente equivalentes, estamos frente aun concurso ideal entre la tentativa del hecho doloso y el delito culposo. Al respecto Wessels, manifiesta, que del error sobre el objeto de la acción debe distinguirse del error en la ejecución (aberratio ictus). (Wessels, Pág. 154)

Los objetos del ataque y de la lesión no son idénticos, sino diferentes, en la aberratio ictus, el resultado de la lesión se produce en un objeto, que no es el que constituye el objeto verdadero del ataque. Aquí no se produce la lesión que el autor ha querido (en el objetivo), en tanto que el resultado de la lesión que efectivamente se ha producido (en el objeto alcanzado por equivocación) no ha sido querido. En este caso,

tanto si se trata de equivalencia o no equivalencia de ambos objetos, frente al hecho propuesto, sólo se tiene en cuenta la tentativa y respecto de la lesión no querida y equivocada de otro objeto, únicamente un hecho culposo. Esta clase de error se da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física, el autor por su mala puntería alcanza a B, cuando quería matar a C, en este caso habrá tentativa de homicidio doloso en concurso con un homicidio consumado por imprudencia. De ahí, que cuando el autor quiso matar, no logró el resultado, cuando creyó que no mataba, produjo el resultado muerte.

De tal suerte que el error en el golpe o aberratio ictus, tiene consecuencias distintas, dependiendo de como se presente. Así, las hipótesis y consecuencias jurídicas que en general se pueden presentar son las, siguientes:

Si en el error de tipo en el golpe o aberratio ictus, el resultado provocado como hemos visto es típicamente equivalente al querido, estamos sin lugar a dudas ante un delito doloso consumado, y, por lo tanto el autor responde en esa medida; y,

Si el error de tipo en el golpe o aberratio ictus, el resultado producido y el querido no son típicamente equivalentes, estamos frente aun concurso ideal entre la tentativa del hecho doloso y el delito culposo

La aberratio in persona o error en la persona a diferencia del error en el golpe se presenta como otro caso de error en el proceso de la

ejecución. Aquí el individuo no yerra en el golpe, sino que atina en el blanco, sin embargo, el autor, desde un principio ha equivocado a la persona, toda vez que pretendiendo lesionar a un sujeto B y creyendo que se trata de él, acierta en el blanco que resulta ser C.

La aberratio in objetum o error en el objeto, hace referencia al error que deriva de dirigir la conducta en contra de un cierto objeto, pero en lugar de afectar a éste, daña a otro. Parecería que si se trata de un error en el proceso de ejecución, se estará frente al caso de un delito tentado doloso, más un delito consumado culposo, en la inteligencia que éste último sólo será punible en la medida en que la ley expresamente autorice la punición de la conducta culposa.

El error sobre el objeto excluye el dolo del autor, solamente si falta equivalencia entre el objeto representado y el objeto efectivamente atacado. En cambio, si ambos objetos son típicamente equivalentes, la confusión de los objetos carece de importancia para la culpabilidad de quien yerra, porque se trata de un error irrelevante sobre el motivo, o como bien apunta Carlos Daza, en el sentido que la doctrina en general considera irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre la que recae la acción. (Daza, Pág 78) El sujeto yerra sobre la característica o identidad del objeto de la acción, por ejemplo: A le dispara a un perro, pero falla en el blanco, lesionando con el disparo a B, quien pasaba por ese lugar, de donde se desprende, que el error sobre el objeto de la acción en principio, es irrelevante la calidad del objeto o de la persona sobre los que recae el comportamiento

delictivo. En consecuencia, es preciso señalar las dos hipótesis que unos y otros reiteran, así como los efectos de ambos, en el terreno del análisis evidentemente que a simple vista frente a la presencia del error de tipo en el objeto y en la persona puede presentarse las siguientes hipótesis:

**Quando los objetos son equivalentes; y,
Quando los objetos no son equivalentes**

En el primer caso, cuando los objetos son equivalentes, el error es irrelevante, el autor responde a título de dolo, puesto que si mata a un hombre distinto al que había dirigido su comportamiento final, de todas maneras, estamos frente a la hipótesis de homicidio doloso, ya que el valor de la vida es la misma para todos.

En el segundo caso cuando los objetos no son equivalentes, el autor según sea el caso existirá tentativa o culpa, sin embargo como hemos visto, en ambas hipótesis no serán posibles. En esta medida, resulta por demás sumamente interesante, puesto que frente a esta clase de error de tipo como se observa aun cuando el comportamiento no es punible, del mismo se desprenden dos hipótesis:

**Puede configurarse la tentativa no penada; y,
Puede configurarse la culpa no penada
Existirá tentativa no penada en el error de tipo, si los objetos no son típicamente equivalentes, cuando, utilizando el ejemplo del campesino**

en una gran tienda de la ciudad confunde un maniquí con un extraño que lo estaría mirando fijamente; por ello, le da de bofetadas al maniquí, rompiéndolo. En este caso habría tentativa de lesiones corporales (no penada por que no se trata de una persona). O bien, en otra hipótesis semejante, un trabajador de la construcción que en época de vacaciones, sale un día de campo portando un rifle, y en lugar de darle a un supuesto vendado, da el blanco en el brazo de su patrón que también andaba de vacaciones por ese mismo lugar cazando venados (habrá tentativa de homicidio) no penado, por que su intención no era la de lesionar a su patrón.

Existirá eventualmente culpa no penada, en el ejemplo del campesino, es decir, daños culposos (no penada), porque su intención no era dañar el maniquí, sino lesionar a una persona. O bien, en en otro ejemplo del trabajador (habrá lesiones) no penadas, por que su intención era la de matar al venado.

Por último el dolus generalis, es el error que recaé sobre la causalidad, se presenta, cuando el autor cree haber alcanzado el resultado típico por él propuesto, siendo que este sobreviene, como consecuencia de un curso causal distinto, ejemplo: A deseando causar la muerte de B lo agrede a golpes hasta que queda privado de su conciencia, creyéndolo muerto, lo lanza al río para desaparecer el cuerpo, acontece que la víctima estaba sólo desmayada, y el resultado de la muerte se produce por ahogamiento, a consecuencia del acto posterior del autor. (Malo, Pág. 243)

En este ejemplo la doctrina se divide en dos posiciones. La primera estima que se trata de un error irrelevante, considerando que si bien la previsión de la causalidad del autor es errónea y se plantea una desviación en el curso causal, esta desviación, sin embargo, es irrelevante respecto del resultado, razón por la cual debe considerarse exclusivamente este último para determinar el tipo delictivo de que se trate. En posición diversa otra parte de la doctrina estima que no se trata de una conducta, sino que son dos conductas distintas, que exigen tomar en cuenta la desviación del curso causal como una desviación relevante; se observaría así, para quienes así lo entienden, que se trata de una tentativa de homicidio a la que se suma un homicidio culposo. Lo que supone una respuesta jurídica similar a la señalada respecto de las demás formas de error en el proceso de ejecución.

5.5 LA CULPA

La culpa, es la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho, de ahí que, actúa culposamente quien no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación. Entonces, se tiene que investigar cuál es el cuidado requerido en el ámbito de la relación para el autor en sus situación concreta, y luego a través de una comparación entre esta conducta con la acción real del autor, se determinará si era adecuado el cuidado o no, habida cuenta, que el fundamento de todo hecho punible, es la conducta humana socialmente relevante; este criterio es

válido tanto para los delitos dolosos como para los culposos. No obstante, mientras al hecho doloso le corresponde la voluntad de realizar el tipo con conocimiento de todas las características objetivas del tipo, para el hecho culposo es esencial la realización no querida del tipo legal, al desatender contrariamente al deber de cuidado necesario en el tráfico, por ello, la culpa no es una simple forma de la culpabilidad, sino un tipo especial de conducta punible, que reúne elementos de injusto y de culpabilidad, de ahí que sea preciso señalar, que en esta forma de realización del comportamiento, el autor realiza el tipo sin quererlo, como consecuencia de su obrar descuidado o negligente. Aquí el fundamento de la imputación, es el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos.

En el delito culposo, en consecuencia, finalidad y comportamiento no coinciden a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos, esta discrepancia está compensada por la infracción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal, de ahí que lo esencial del tipo de injusto del delito culposo, no es la simple causación del resultado, sino la forma en que se realiza la acción.

Al respecto Fernando Castellanos Tena señala, "que existe culpa, cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o por la imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas."⁸⁹

Orellana Wiarco precisa, que para el finalismo la culpa tiene que definirse a partir de la acción, no del resultado como lo hace el causalismo. Lo fundamental en el tipo culposo, es el desvalor de la acción, no la causación del resultado; lo fundamental se encuentra en la divergencia ente la acción ejecutada y la que debió realizarse, en virtud del cuidado necesario.

De tal suerte, existe coincidencia en que la esencia de la culpa como forma de comportamiento, se origina por la falta de diligencia de un deber de cuidado previsible y evitable.

Para Wessels, los elementos de lo injusto, en los delitos culposos de resultado, son:

La causación del resultado;

La lesión del deber objetivo de cuidado; y,

La imputabilidad objetiva del resultado, que se funda en el error de la conducta

Por otra parte José Cerezo Mir apunta, que los elementos del tipo de lo injusto en los delitos de acción culposos, son:

La inobservancia del cuidado objetivamente debido;

El resultado; y,

Que dicho resultado debe ser lo que trata de evitar la norma

Para Bacigalupo, la tipicidad del delito culposo requiere de los siguientes, elementos:

La infracción a un deber de cuidado;

El resultado de lesión (en el caso que así sea); y,

El resultado deberá ser objetivamente imputable a su autor

A este mismo respecto, Muñoz Conde refiere, que los elementos de la culpa son los, siguientes:

La observancia del deber objetivo de cuidado; y,

La diligencia debida

Por su parte Rafael Márquez Pifeiro, argumenta que los elementos de la acción culposa, son:

Una acción u omisión, consciente y voluntaria, pero no intencional;

Una realización del acto inicial, sin tomar aquellas cautelas o precauciones necesarias para evitar resultados lesivos; y,

El resultado dañoso debe ser previsible para el agente

Finalmente Carlos Daza, divide a los cimientos del tipo culposo, en una parte objetiva y otra subjetiva:

El aspecto objetivo comprende la causalidad, la violación del deber de cuidado, la relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y la producción del resultado; y,

El aspecto subjetivo se compone de un aspecto volitivo y un aspecto intelectual o cognositivo

Señala igualmente, que los elementos normativos, son:

La negligencia;

La impudencia;

La impericia; y,

La inobservancia de reglamentos

Esta última formula, será la que se considerara en este trabajo para realizar el estudio de sus componentes.

Respecto de las clases de culpa, se tiene que son las, siguientes:

Culpa consciente (con previsión o con representación); y,

Culpa inconsciente (sin previsión o sin representación)

5.5.1 CULPA CONCIENTE O CON REPRESENTACIÓN

En cuanto hace a la culpa consciente con previsión o con representación, se dice que actúa de esa forma quien considera como posible la realización del tipo legal, pero, contrariamente al deber y en

forma reprochable, confía que no lo realizará. En esta clase de comportamiento, el agente se ha representado mentalmente la probable verificación de un hecho típico y por consiguiente lo ha previsto, pero confía indebidamente en poderlo evitar. En otras palabras, existe "culpa consciente, cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, mismo que ha rechazado, en la confianza, que en base a su capacidad, aptitudes personales o habilidades, en su momento podrá evitarlo y que el resultado típico no será producido"⁹⁰, ejemplo: el conductor de un vehículo que desea llegar a tiempo a su trabajo y conduce su coche a sabiendas que los frenos funcionan defectuosamente. Existe en su mente la previsión o representación de un posible resultado típico y a pesar de ello, confía en que no se realizará, desarrollando la conducta. Aquí, la fórmula, es: prevee y confía, no se quiere el resultado.

5.5.2 CULPA INCONSCIENTE O SIN REPRESENTACIÓN

Por lo que hace a la culpa inconsciente, sin previsión o sin representación, se dice, que actúa de esa forma, quien desatiende el cuidado para el cual, conforme a las circunstancias y su situación personal, estaba obligado a evitarlo porque era capaz, y lo realiza sin reconocerlo. En este caso, el actor no se representó la verificación del hecho típico previsible al realizar un comportamiento, en cuyo desarrollo estaba obligado a obrar con el cuidado necesario para evitar que tal hecho se produjera, por ello se sanciona al agente porque no

previó lo que en la situación concreta y con ordinaria diligencia hubiera podido y estaba obligado a prever. Faltó así, "al deber de cuidado, que en esa oportunidad le era exigible conforme a las circunstancias del hecho en particular."⁹¹

De lo anterior, se advierte que a diferencia de la culpa consciente, en la inconsciente el agente que emite el comportamiento típico, de ninguna manera estuvo en su mente o se representó el resultado posible, sino que éste se produce como un evento inesperado.

De otra forma dicho, existe culpa inconsciente cuando no se prevee un resultado previsible, es decir, ni siquiera existe el conocimiento efectivo del peligro a los bienes jurídicos, pero sí se da la posibilidad que el agente hubiera podido representarse ese resultado. Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible, ejemplo: el sujeto que limpia una pistola en presencia de otras personas sin medir los alcances de su conducta, se produce un disparo y resulta muerto o lesionado uno de los que se hallaban en el lugar. El evento era indudablemente previsible, al ser sabido por todos lo peligroso que resulta el manejo de armas de fuego, sin embargo, el actuar del sujeto fue torpe, al no prever la posibilidad de un resultado que debió haber previsto y evitado. Aquí la fórmula, se traduce en el que el sujeto, simplemente no prevee.

5.5.3 LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN A LA CULPA

Como ya se apuntó en líneas anteriores, se encuentran como elementos integradores de la culpa:

La imprudencia;

La negligencia;

La impericia; y,

La violación de normas legales

La imprudencia, es una manera de actuar sin la cautela, que según la experiencia corriente, debe emplearse en todas aquellas actividades de las que pueda derivarse algún perjuicio. Es un comportamiento inadecuado, que lleva al sujeto a obrar sin las precauciones debidas y que suele originarse en falta de discernimiento, en desatención, y en general, en el predominio de las pasiones instintivas sobre la ponderada reflexión o bien en la ignorancia o inconsideración.

Haciendo referencia a la negligencia, surge tanto de la omisión como de la acción, siempre que aquella y ésta se deban a desatención, descuido o incuria, es decir, a una actitud en la que está ausente la diligencia que le era exigible desplegar al agente para garantizar que su comportamiento no genere consecuencias jurídicas. Habida cuenta, que también puede implicar el obrar con retardo o no obrar o actuar abiguamente, ante los deberes de hacer. El apático o negligente se muestra negativo frente a su obligación de diligencia.

La impericia consiste, en la insuficiente aptitud para el ejercicio de un determinado oficio, se requiere, conocimiento más o menos especializados. Al mismo respecto, Carlos Daza, afirma que la impericia nunca ha sido tipificada en la norma genérica de la culpa, se aplica al de la necesidad de exigir experiencia o habilidad para ciertas artes o labores, que implican riesgos para los demás, como son la conducción de vehículos, el manejo de máquinas, la práctica de la medicina o la contaduría. (Daza, Pág. 143)

Por último, tocando el punto de la violación de normas legales que integran a la culpa, se presenta siempre, que el hecho típico no querido por el actor haya sido el resultado de la violación de un mandato legal, creado precisamente para prevenir tales acontecimientos, es decir, proviene de la necesidad en la vida actual de regular la ejecución de ciertas actividades, las que resultarían peligrosas dejarlas al azar. Lo anterior conduce, a la afirmación que la inobservancia de reglamentos y leyes no constituye un estado anímico en sí, sino la reafirmación normativa de la necesidad de obrar con diligencia o con prudencia o con pericia.

5.6 LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL TIPO PENAL

Toca abordar el tema de los elementos subjetivos específicos del tipo penal, que son identificados como aquellos, que tienen el contenido ético social de la acción en determinado sentido. Se traducen en la

actitud o posición subjetiva desde la cual el autor ejecuta la acción determina, frecuentemente en gran medida el significado ético específico de la acción. Por lo tanto, el contenido específico de desvalor ético o social de una acción, se determina en muchos casos por la actitud o posición subjetiva del autor, de la cual ha surgido la acción. Se dice que se trata de elementos subjetivos del autor de la acción, puesto que es su postura o actitud anímica del sujeto que colorea o anima la acción de un modo específico. Esos elementos subjetivos pueden consistir en la voluntad de realización de un suceso determinado, sin embargo, tal suceso se encuentra fuera de la descripción del de hecho típico. Y a menudo nisiquiera se trata de un acontecimiento exterior, sino de un momento o relación anterior. Por lo demás, las circunstancias de hecho subjetivo, tienen una naturaleza plural compleja.

De acuerdo con lo anterior, el dolo específico se da, cuando la voluntad tiene a conseguir un fin especial, requerido por la ley para distinguir de otro un título de delito. Así, en estos elementos subjetivos específicos, el desvalor de la acción, que brinda la materia del tipo subjetivo de estos ilícitos penales, puede no agotarse en el dolo. En ciertos casos se requiere, que además del conocimiento y voluntad de la realización del tipo, el autor haya realizado el hecho típico o con una determinada intención, motivación o impulso, puesto que ciertos delitos específicos lo requieren. Estos elementos subjetivos específicos no coinciden, sin embargo, con el dolo. Se trata de

especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito.

En este orden de ideas, los elementos subjetivos específicos en concepto de Welzel, son:

La intención;

La tendencia especial de acción; y,

Los momentos especiales de ánimo (Welzel, Pág. 325)

Por su parte Stratenweth, refiere que los elementos subjetivos específicos del tipo penal son los, siguientes:

Los propósitos;

El motivo del autor;

El impulso afectivo; y,

Los elementos de la actitud (Stratenweth, Pág. 176)

Para Bacigalupo, los elementos subjetivos específicos del tipo penal, son:

Una determinada intención;

Una determinada motivación; y,

Un determinado impulso (Bacigalupo, Pág. 130)

La anteriores opiniones, permiten advertir que no hay un criterio uniforme, que establezca cuales son los puntos o referencias que se

contienen dentro de los elementos subjetivos específicos; sin embargo su análisis, se efectuara bajo el siguiente, esquema:

La intención;

La tendencia especial;

El ánimo;

El propósito;

Los motivos;

Los impulsos afectivos; y,

La actitud

5.6.1 LA INTENCIÓN

La intención como elementos subjetivo especial del tipo penal, es la meta o finalidad perseguida por la acción típica, en este caso no es necesario, que la intención como finalidad de la acción típica, sea el fin último (el móvil) del autor, sino, que basta con que sea la finalidad inmediata de la acción típica, la que a su vez, frecuentemente será el medio para otro fin ulterior, por ejemplo: la intención de lucro en el delito de fraude; en este caso, se trata de una meta perseguida por el autor, que está mas allá de la realización del tipo objetivo, otro caso se tiene en el delito de injurias, no es suficiente que el autor haya proferido, sabiéndolo, expresiones cuyo contenido sea idóneo para desacreditar o deshonar a otro, es preciso que además haya dirigido su voluntad al fin ulterior, de querer lesionar el honor, es decir, debe llevar implícito el *ánimus injuriandi*.

5.6.2 LAS TENDENCIAS

Por lo que hace a las tendencias, debe decirse, que se presenta como la tendencia voluptuosa en el delito de abuso sexual. La acción lasciva, es exclusivamente la lesión objetiva del pudor llevada a efecto con tendencia subjetiva voluptuosa.

5.6.3 LOS ÁNIMOS

Weizel, hace referencia al tema de los ánimos, señalando que van más allá del dolo y caracterizan el contenido específico de desvalor ético-social del hecho. Por ejemplo, al describirse el asesinato como el dar muerte por el placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia o por otros móviles bajos, alevosamente, cruelmente, brutalmente, con maldad o inescrupulosamente.

5.6.4 LOS PROPÓSITOS

Ahora bien, los propósitos aparecen como una característica de la voluntad de realización que se superpone al concepto de dolo, solamente la circunstancia que el resultado correspondiente se encuentre más allá del supuesto de hecho típico objetivo, justificará hablar de propósitos y no de dolo. Este propósito, coincidente en lo estructural con el dolo, sólo entra en consideración allí donde la ley, en base a razones político-criminales, se aparta de la regla según la cual, en el supuesto de hecho típico, se describe el delito objetivamente

consumado, dejando librada la descripción de los estadios previos a las prescripciones penales generales de la tentativa, ejemplo: en el delito de falsificación de monedas el ataque en sentido propio al tráfico monetario protegido, se da al poner el dinero falso en circulación; sin embargo, la ley constituye la fabricación del dinero falso en delito independiente, consumado, en razón de la extraordinaria peligrosidad de esta acción preparatoria, con la intención de ponerla en circulación.

5.6.5 LOS MOTIVOS

Respecto de los motivos del autor, la ley los señala como los fundamentadores de la punibilidad, que determina una agravación o atenuación de la consumación. Los motivos, como el propósito, pertenecen al ámbito intelectual y no al psicológico afectivo, ejemplo: motivos bajos, deseo asesino, codicia, para obtener una ventaja patrimonial o para enriquecerse o enriquecer a otro.

5.6.6 LOS IMPULSOS

Toca su turno a los impulsos afectivos, y Stratenwert precisa que a menudo es decisivo el impulso afectivo sobre el que se estructura el comportamiento. En estos casos, habrá que recurrir en cierta forma a las fuerzas psíquicas impulsivas que se encuentra detrás de los motivos del autor, que se expresan en la aparición del motivo y en la elección de los fines de la acción, ejemplo: la tendencia a excitarse o excitar sexualmente a otro.

5.6.7 LA ACTITUD

Por último la actitud, como elementos subjetivo especial del tipo, se refiere a que la ley señala, una serie de prescripciones penales, a circunstancias para las que se ha elaborado el concepto de elementos de la actitud, por ejemplo: el crudo maltrato o descuido malicioso de persona sometidas a la guarda, y la lesión desconsiderada de las reglas del tráfico.

5.7 LA ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad, es uno de los elementos constitutivos del delito, y aparece cuando el hecho que genera el delito, contraviene al derecho. Es la violación de una norma jurídico penal, que destaca la oposición de un hecho con el derecho consagrado en la ley, y se hace presente ante la calidad de ciertas conductas, que no cumplen con lo prescrito por la norma jurídica, que las regula. De ahí, que se refiera a todo aquello que va contrario a Derecho. Desde el punto de vista doctrinal, la antijuridicidad, es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva, con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Es siempre, la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Es el juicio impersonal objetivo, sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico, puesto que toda acción comprendida en un tipo de lo injusto de los delitos de acción doloso o culposos, será antijurídica si no concurre una causa de justificación. En este orden de ideas, Sergio Vela Treviño manifiesta,

"que la antijuridicidad, es el resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contradicción existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta, a la norma cultural reconocida por el Estado."⁹²

Se advierte, que en esencia la antijuridicidad, constituye la contradicción del comportamiento humano y el Derecho, la oposición entre el mundo fáctico y el mundo normativo, es la no autorización de dicho comportamiento por parte de la ley, sin embargo, para que un comportamiento pueda ser considerado como antijurídico, no es suficiente, que exista dicha antijuridicidad objetiva de contradicción entre el comportamiento y la norma, sino que además el elemento antijuridicidad, debe estar investido de ciertos ingredientes.

En suma de cuentas, la antijuridicidad de un comportamiento típicamente adecuado, no es otra cosa, sino el juicio de valor, que por un lado expresa, que la acción puede ser contraria a la norma, y, por otra, toma en cuenta la conducta externa del autor. Así, al injusto, sólo le interesa el fin, que el sujeto se ha propuesto.

5.8 LA CULPABILIDAD

El termino culpabilidad, viene del término culpable. También, "viene del latín culpabilis, y significa aquel a quien se puede echar la culpa o delincuente responsable."⁹³

⁹² VELA TREVIÑO, Sergio. Antijuridicidad y Justificación, Ed. Porrúa, 3ª Edición, México, 1996, Pág. 397
⁹³ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas, Mayun Ediciones, México, 1996, Pág. 79

También se dice que la culpabilidad es calidad del responsable de un mal o de daño, imputación de delito o falta, autor de mala acción, responsable de un delito o bien supone una conciencia específica y normal del sujeto para comprender la finalidad del acto imputado. Culpable así, es quien ha tenido esa conciencia, en tanto que es imputable.

El tema de la culpabilidad ha sido dentro de la teoría del delito un serio problema, en principio se ha discutido entre psicologismo y normativismo. Desde esta perspectiva, la teoría finalista de la acción, ve a la culpabilidad como reprochabilidad de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto, de voluntad. Existe culpabilidad, cuando el autor de un hecho antijurídico ha actuado en condiciones de motivabilidad normal, lo que sucede es que si no es inimputable (enajenado, menor de edad o cuenta con una alteración o percepción desde la infancia, que altere gravemente su conciencia de la realidad o actúe en trastorno mental transitorio) ni obra en una situación de no exigibilidad.

En suma de cuentas, es correcta la noción de culpabilidad que la identifica con el reproche que se le hace al autor por haber realizado una conducta típica y antijurídica, a pesar de que podía haber actuado de otra manera.

En efecto, con las anteriores ideas, que presentan a la culpabilidad como un juicio de reproche del acto a su autor, el dolo y la culpa

pasaron de la culpabilidad al tipo penal, es decir, dolo y culpa se integraron al tipo como su fase subjetiva, y si bien la culpabilidad siguió siendo un juicio de reproche, éste se aprecia sobre la base de la imputabilidad, de la conciencia de la antijuricidad y la exigibilidad de otra conducta (o motivación normal), todos elementos valorativos.

Así, Hans Welzel refiere, que los elementos de la culpabilidad, son:

Que el autor sea imputable;

Que el autor haya comprendido el carácter injusto de su comportamiento; y,

Que el autor sea capaz de motivarse de acuerdo con la norma (Welzel, Pág. 187)

Para Stratenweth los elementos, que componen la culpabilidad son los, siguientes:

La capacidad de culpabilidad (imputabilidad);

El conocimiento virtual de la prohibición; y,

La exigibilidad de otra comportamiento (Stratenweth, Pág. 210)

Para Francisco Muñoz Conde, Carlos Daza, Octavio Orellana Wiarco, y Eduardo López Bertancourt, los elementos de la culpabilidad, son:

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad;

La posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito del hecho realizado; y,

La exigibilidad de una conducta conforme a la ley

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad, es la capacidad del autor de comprender lo injusto del hecho y de determinar la voluntad conforme a esa comprensión.

La capacidad de culpabilidad tiene, por tanto, un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo). Cuando a causa de falta de madurez de un joven o a consecuencia de estados mentales anormales no se da, aunque sea sólo uno de estos momentos, el autor no es capaz de culpabilidad, en tal tesitura, el primer presupuesto de todo reproche de culpabilidad, es que el autor en el momento del hecho haya sido capaz de obrar responsablemente, es decir, comprender que el hecho no está autorizado y determinarse por esta comprensión, y abstenerse del hecho.

Se ha dicho que no es posible determinar la capacidad de culpabilidad (capacidad de imputación) en forma positiva, sino captarla a través de la ausencia de determinados fundamentos que la excluyen.

Estos fundamentos son, por un lado, la minoridad y, por otro, las modificaciones anormales de la personalidad o la disminución de la misma.

En tal virtud, Alfonso Reyes Echandía refiere que la imputabilidad es la capacidad de conocer y comprender la antijuridicidad de la propia conducta, es decir, de autorregularse⁹⁴, o como manifiesta José Manuel Gómez Benítez, "la imputabilidad significa la aptitud para conocer y valorar el deber de respeto a la norma y la capacidad para actuar o de comportarse conforme a dicha comprensión."⁹⁵

En otras palabras, la imputabilidad se refiere a una apreciación de la posibilidad de motivación del sujeto, de su capacidad para comprender los mandatos y las prohibiciones normativas y de conducirse en consecuencia, ya que imputabilidad tiene la connotación de atribuibilidad.

Más aún, para que un sujeto pueda ser culpable, requiere que antes sea imputable, con caracteres de conocimiento y voluntad. Por lo que en pocas palabras, se puede afirmar que la imputabilidad, es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente.

Resumiendo, se puede decir, que la imputabilidad es la capacidad de entender o de querer en el campo del Derecho Penal, ya que está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental.

94 Cfr. REYES ECHANDÍA, Alfonso. La culpabilidad. 4º ed., Ed. Temis. Bogotá, 1991. Pág. 215

95 GÓMEZ BENÍTEZ, José M. Op. cit., Pág. 45

Los elementos que deben estar presentes para que un sujeto sea imputable, dicen Welzel, Stratenwer y Wiarco, son dos, uno intelectual y otro volitivo, como a continuación se establece:

Momento cognositivo o intelectual (capacidad de comprender lo injusto del hecho); y,

Momento volitivo o voluntad (capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión, abstenerse)

Ahora bien, para el momento cognositivo o intelectual, es decisiva la capacidad de comprensión de lo injusto del hecho, no de lo no permitido. En todo caso, se trata de la capacidad de comprensión del injusto material. Aquí no es necesario, que el autor pueda reconocer el hecho como contrario a la ley o, en general, como punible, ni es suficiente la conciencia de perpetrar una simple inmoralidad, sino que el autor tiene que poder reconocer, que su hecho es una transgresión de aquellas normas sociales que son indispensables para la vida en común. Si no se da esta capacidad, entonces se excluye también la posibilidad concreta de comprensión del injusto; es decir, la capacidad de comprensión como elemento intelectual de la capacidad de culpabilidad, se refiere, a que al autor se le exige, pueda reconocer que su conducta transgrede normas sociales indispensables para la vida en común, para lograr esa exigencia, no es necesario que el agente conozca el hecho como tipificado por la ley.

Por lo que respecta al elemento volitivo o de voluntad, Enrique Bacigalupo, sostiene que la capacidad de motivación, es la capacidad de determinación por el cumplimiento del deber, es decir, que no basta con que intelectualmente se halla determinado desplegar un comportamiento penalmente relevante, sino que además, el agente debe tener la voluntad de obtener el objetivo, que se ha propuesto mediante el fin dirigente de su comportamiento. (Bacigalupo, Pág. 174)

En este orden de ideas, si luego de haber analizado cada uno de los elementos que componen la capacidad de culpabilidad, han sido reunidos tanto el aspecto cognoscitivo o intelectual como el volitivo o de voluntad, se puede afirmar que el agente es capaz de responder culpablemente; sin embargo, frente a esa capacidad de culpabilidad, también puede ser que exista alguna causa que impida integrar precisamente esa capacidad de culpabilidad, y, por lo tanto, evitará que el agente se le pueda fincar responsabilidad alguna.

Todo lo anterior, puede concretizarse afirmando que la conciencia de la antijuricidad es el conocimiento potencial del autor, en el caso concreto, de la ilicitud de su acción; y la exigibilidad de otra conducta incide en la apreciación de si el autor estaba en condiciones de adecuar su actuar a la norma en la realidad del momento y circunstancias en que llevó a cabo la conducta típica.

Aunado a lo anterior, para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener la capacidad de entender y de

querer, de determinarse en función a eso que conoce; luego la aptitud intelectual y volitiva se hacen necesario para que exista la culpabilidad.

CAPÍTULO SEXTO

LA ESTRUCTURA DE LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO EN LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN

6.1 LA AUSENCIA DEL COMPORTAMIENTO HUMANO

No existirá comportamiento cuando el pensamiento y la voluntad del hombre no llena las características de la acción, siempre que no haya sido iniciada una manifestación exterior de voluntad; en la omisión hay que referirse a la no producción de los efectos que habría tenido la actividad jurídicamente esperada; ya que toda conducta, que no sea voluntaria en el sentido de espontaneidad y motivada, supone ausencia de acto humano. De tal manera, que no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad, de ahí que si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, la ausencia o falta de aquélla, abarca la ausencia de acción o de omisión; es decir, el aspecto negativo entraña la actividad y la inactividad involuntarias; de donde se deduce, que "quien ejecuta un acto sin voluntad no ejecuta un acto humano sino que es asiente de un hecho, que ocurre fuera de su dominio y, a veces, contra su propia determinación y por ser vencidas sus propias fuerzas. En suma de cuentas la ausencia de comportamiento, se presenta cuando el sujeto no plantea la realización de un fin típico, no ha seleccionado los medios para lograrlo, no ha considerado los efectos concomitantes, y el resultado se produce como un mero proceso causal.

Sin embargo, como el Derecho Penal, no puede dejar al arbitrio de cualquier persona el determinar a su criterio cuáles son los hechos que no constituyen conductas ilícitas, sino que en su carácter protector de los bienes jurídicos, ha elaborado parámetros que permiten determinar cuando se está frente a un hecho que no constituye comportamiento, dando así origen a las llamadas causas de ausencia de la conducta.

6.1.1 LAS CAUSAS DE AUSENCIA DEL COMPORTAMIENTO HUMANO

Existen dentro del Derecho Penal, una serie de causas, que influyen en el hombre y que lo convierten en un autómatas, en un instrumento, y en ese estado, el sujeto puede emitir hechos meramente causales con resultados materiales o formales. A éstas causas se les ha conocido como causas de ausencia de comportamiento. Así se encuentran como casos de ausencia de comportamiento:

Los movimientos reflejos (ataques espasmódicos, movimientos durante el sueño o estado de inconsciencia);

Las reacciones de miedo simplemente instintivas, sustraídos al dominio de la voluntad;

La conducta obtenida por una fuerza externa irresistible (vis absoluta);
y,

Los actos sustraídos del control psíquico humano (realizado en estado de hipnosis)

Para Muñoz Conde, no habrá comportamiento penalmente relevante, cuando falte la voluntad, es decir, cuando el movimiento corporal se deriva de los siguientes, casos:

Fuerza irresistible;

Movimientos reflejos; y,

Estados de inconsciencia (Muñoz Conde, Pág. 97)

Para Orellana Wiarco, los casos de ausencia de comportamiento se pueden presentar, por:

Caso fortuito; y,

Fuerza física exterior e irresistible (Orrellana, Pág. 84)

En opinión de Eduardo López Betancourt, los casos que dan origen a una ausencia de comportamiento, son:

Vis absoluta o fuerza física superior exterior irresistible;

Vis maior o fuerza mayor;

Hipnotismo; y,

Sonambulismo (López Betancourt, Pág. 231)

En el caso particular, de este trabajo, se tomará como parámetro de estudio la propuesta que establece como causales de ausencia del comportamiento las, siguientes:

**Fuerza irresistible;
Movimientos reflejos; y,
Estados de inconsciencia**

6.1.1.1 LA FUERZA IRRESISTIBLE

La fuerza irresistible es un acto de fuerza proveniente del exterior, que actúa materialmente sobre el agente. La consecuencia principal de esta eximente, es que el que violenta, empleando fuerza irresistible contra un tercero, responde como autor directo del delito cometido, y el que actúa violentado por la fuerza irresistible no sólo no responde, sino que su actuación es irrelevante penalmente, siendo un mero instrumento en manos de otro.

Al respecto, señala Enrique Pessina, que siempre que el hombre no es la causa verdadera, sino más bien un instrumento sometido a una fuerza mayor, siempre que el hombre está subordinado a la violencia, no obra por sí, llegando a ser inconcebible aquél propósito criminoso en el que se halla toda la esencia del dolo.⁹⁶ Sin embargo, como el hombre es una fuerza compuesta de dos elementos, uno orgánica corpórea y otra de espíritu, puede ser sometido a violencia:

Cuando una fuerza mayor, dominando la fuerza orgánica del cuerpo, se sirve de ella para realizar un acto dado; y,

⁹⁶ Cfr. PESSINA, Enrique. Op. cit., Pág. 65

Cuando una fuerza mayor, venciendo la del espíritu, hace que este impulse a la fuerza corpórea a alguna acción determinada.

El primer caso constituye la violencia física, el segundo, la violencia moral. El Derecho no puede ser violado por aquel, que está materialmente forzado o materialmente impedido, pues la actividad jurídica presupone un fundamento natural de libre actividad física.

Los movimientos realizados bajo el influjo de una fuerza exterior irresistible y absoluta, según Silvio Ranieri, puede ser de la siguiente, forma:

Fuerza mayor (vis maior); y,

Fuerza física (vis absoluta) (Ranieri, Pág. 318)

La fuerza mayor o vis maior, se presenta cuando el hecho proviene de violencia física ejercida sobre el hombre por fuerzas de la naturaleza. Es decir, la fuerza mayor se presenta cuando el agente, se ve coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza, como pudiera ser un terremoto, maremotos, ciclón o tornados, entre otros. Ante cualquiera de estos u otros hechos, que provengan de la naturaleza evidentemente queda excluido el comportamiento y por lo tanto el hecho que produce un resultado, es irrelevante para el Derecho Penal.

Por otra parte, habrá fuerza física o vis absoluta, si el hecho proviene de violencia física externa, ejercida por un hombre sobre otro hombre, sin que este pueda resistir o sustraerse a ello de cualquier otra manera, o en otros términos la fuerza física se refiere o se presenta cuando el agente actúa derivado de una fuerza física exterior irresistible, es decir, proveniente de una fuerza superior a sus propias fuerzas, y por lo tanto, ejecuta lo que no ha querido realizar, y ante esa falta de voluntad, evidentemente, que se excluye el comportamiento, y en consecuencia el hecho constituye un evento irrelevante para el Derecho Penal.

6.1.1.2 LOS MOVIMIENTOS REFLEJOS

Señala Sebastian Soler, que por un acto reflejo pueden ser producidas ciertas consecuencias en el mundo externo. El acto reflejo, sin embargo, es un movimiento, que procede de un circuito nervioso cerrado, sin alcanzar los centros superiores. Es un acto puramente biológico cumplido por el cuerpo como organismo. Carece, por tanto, de todo contenido espiritual, y es insuficiente para constituir el comportamiento, pues éste, debe ser no ya la obra de un cuerpo, sino de una persona. Al mismo respecto señala, Muñoz Conde, "que los movimientos reflejos, no constituyen comportamiento, ya que el movimiento no está en estos casos, controlado por la voluntad."⁹⁷ El estímulo del mundo exterior, es percibido por los centros censors que

⁹⁷ MUÑOZ CONDE, Franciso. Op. cit., Pág. 225

lo transmiten, sin intervención de la voluntad a los centros motores. Así las cosas, los supuestos que constituyen movimientos reflejos, son:

**Convulsiones epilépticas; y,
Movimientos instintivos de defensa**

Agrega el mismo autor, que estos dos elementos no se traducen en comportamiento, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad.

Desde el punto de vista penal no actúa, quien en una convulsión epiléptica deja caer un valioso jarrón que tenía en ese momento en sus manos o quien aparta la mano de una placa ardiente al rojo vivo rompiendo con ello un valioso objeto de cristal.

6.1.1.3 LOS ESTADOS DE INCONSCIENCIA

Francisco Muñoz Conde señala, también la falta de comportamiento en los estados de inconsciencia. Dice que en ellos, los actos que se realizan, no dependen de la voluntad, y por consiguiente, no pueden considerarse acciones penalmente relevantes, aunque en los estados de inconsciencia falta el comportamiento, pueden ser penalmente relevantes, si el sujeto se ha colocado voluntariamente en dicho estado para delinquir, ejemplo: el guardagujas que se emborracha hasta quedar dormido para provocar intencionalmente un choque entre trenes o llega a ese estado, por negligencia, el guardagujas se queda

dormido y no cambia a tiempo las vías, provocando el choque de trenes.

En estos casos llamados acciones libres en su causa, lo relevante penalmente, es el actuar precedente. En este orden de ideas, se puede sostener con validez, que los estados de inconsciencia más comunes son:

El sueño;

El sonambulismo;

El hipnotismo; y

La embriaguez letárgica

6.2 LA AUSENCIA DE TIPICIDAD

La ausencia de tipicidad aparecerá cuando en el transcurso del estudio de los elementos del tipo penal, faltara alguno de ellos, ya sea objetivos o subjetivos generales o especiales. Evidentemente, que aunque el comportamiento sea penalmente relevante, no cumplirá con las exigencias o requerimientos previstos en el tipo penal.

Las causa de atipicidad señala, Orellana Wiarco, se presentan cuando falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos exigidos por el tipo. Y afirma, que así serán causa de atipicidad:

Por la ausencia de algún elemento objetivo

Falta del número del sujeto activo;
Falta del calidad del sujeto activo;
Falta del bien jurídico tutelado;
Falta de acción u omisión;
Falta de resultado; y,
Falta de los elementos normativos

Por ausencia de alguno de los elementos subjetivos

Falta de dolo o de culpa; y,
Falta de los elementos subjetivos específicos (Orrellana, Pág. 47)

6.3 LA AUSENCIA DE ANTIJURICIDAD, POR CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de justificación se encargan de excluir la antijuricidad de un hecho típico, es decir, que frente a un comportamiento típicamente adecuado si se hace presente una causa de justificación, prácticamente se convierte en un hecho legítimo y anula su antijuricidad, puesto que las causas de justificación llevan implícito un precepto permisivo, que interfiere a las normas de carácter general, mandatos o prohibiciones, dando lugar a que la conducta prohibida o la realización de la conducta ordenada, en los delitos de omisión, sea lícita.

Para que las causas de justificación operen como tal, es necesario, que contengan algunos elementos tanto objetivos como subjetivos, sin los cuales no pueden operar como tal. Al respecto, Welzel refiere, que las causas de justificación contienen elementos objetivos y subjetivos. Y agrega, que para la justificación de una acción típica, no basta, que se den los elementos objetivos de justificación, sino que el autor debe conocerlos y tener además las tendencias subjetivas especiales de justificación, como sería el caso del ánimo de defenderse. Si faltara el uno o el otro, el autor no quedará justificado a pesar de la existencia de los elementos objetivos de justificación, o como bien refiere Wessels, que en su estructura, las normas prohibitivas y permisivas presentan algunas coincidencias. Como el tipo propiamente dicho, está formado por elementos objetivos y subjetivos de lo injusto, también el tipo permisivo, se compone de elementos objetivos y subjetivos de justificación.

Según la opinión unánime, una acción típica no está justificada por el sólo hecho de que existan los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Más bien, el autor debe haber actuado conociendo la situación de hecho justificante y sobre la base de las facultades que ésta le otorga. Argumentos con los cuales concuerda José Cerezo Mir al decir, que la exclusión de lo injusto requiere la concurrencia del valor de la acción y del valor del resultado de las causas de justificación, es decir, la concurrencia de todos los elementos subjetivos y objetivos, que sirven de base a las normas.

Ahora bien, de acuerdo con Hans Welzel las causas de justificación, son las, siguientes:

La legítima defensa o defensa necesaria;

El estado de necesidad del derecho civil;

El estado de necesidad supralegal justificante;

El actuar en interés y con el consentimiento presunto del ofendido;

Los derechos excepcionales de coacción;

El actuar sobre la base del consentimiento expreso del ofendido; y,

La suposición errónea de causas de justificación (Welzel, Pág. 387)

Por su parte, Stratenwer precisa, que las causas de justificación son:

El consentimiento del lesionado;

El consentimiento probable;

El estado de necesidad del Derecho Civil;

El estado de necesidad agresivo;

El estado de necesidad defensivo;

La defensa necesaria;

El estado de necesidad justificante;

El derecho de intervención en relación de subordinación; y,

El derecho de autoayuda (Stratenwer, Pág. 301)

A este mismo respecto Johannes Wessels señala, que la sistemática de las causales de justificación, no está determinada; sin embargo, de manera semejante coincide en que pueden ser las, siguientes:

La legítima defensa;
El autoauxilio permitido;
La gestión de negocios sin encargo;
El estado de necesidad del Derecho Civil;
El estado de necesidad justificante general;
La colisión de deberes justificantes;
El consentimiento justificante;
El consentimiento presunto;
La salvaguarda de intereses legítimos en caso de lesiones al honor;
El derecho de corrección de los padres y educadores;
La autorización de funcionarios, derechos de servicio y deberes jurídico especiales de parte de titulares de cargo; y,
El derecho político de resistencia (Wessels, Pág. 94)

Carlos Daza, se refiere al tema de los componentes de las causas de justificación de una manera limitada, al siguiente, tenor:

La defensa necesaria;
El estado de necesidad;
El consentimiento del ofendido; y,
El cumplimiento de un deber (Daza, Pág. 426)

De la anteriores opiniones, se ve con claridad, que no existe una uniformidad en cuanto a los elementos que conforman las causas de justificación, sin embargo, en este trabajo, se abordará una opinión

limitativa, como la sustentada por Daza, por su estrecha relación con el contenido de la ley nacional.

En efecto, se advierte, que al igual que el tipo penal, las causas de justificación o causas de exclusión de lo injusto, se componen de dos elementos: uno objetivo, y otro subjetivo.

6.3.1 LA LEGÍTIMA DEFENSA

La legítima defensa, aparece cuando se repele de otra persona una agresión actual e ilegítima. A este respecto, Enrique Pessina, manifiesta, que la defensa legítima o defensa necesaria, se presenta cuando una agresión ilegítima se da de tal modo, que a la sociedad le es imposible acudir en defensa del individuo, y por ende cualquier persona, que trate de defender al injustamente agredido, no puede por aquélla situación de necesidad y de colisión de derechos, ser considerada y penada como voluntaria transgresora de la ley.

Desde este punto de vista jurídico un hecho típico no es antijurídico, cuando era necesario para repeler una agresión actual dirigida contra el autor o contra un tercero; sin embargo, es necesario señalar, que la legítima defensa operará cuando sea objetivamente necesaria y guiada, en el aspecto subjetivo, por la voluntad de defensa. Dicha defensa, debe hacerse si la misma es necesaria cuando puede esperarse con seguridad la conclusión e inmediata del ataque y garantiza de la mejor manera, la eliminación definitiva del peligro.

Entre varias posibilidades de defensa igualmente eficaces, debe elegirse aquella, que cause el menor daño.

Véase, como la legítima defensa no sólo constituye una posibilidad para defensa del sujeto agredido, sino también para la defensa del Derecho en general, encontrando su legitimación en la autorización que otorga el Estado.

Por su parte la doctrina alemana, siguiendo la opinión de Stratenwerth y Wessels, establece como requisitos de la defensa legítima:

La existencia de una agresión;

La agresión debe ser actual; y,

La agresión debe ser ilegítima

Para José Cereso Mir, los elementos de la defensa legítima, son los, siguientes:

La agresión legítima;

La necesidad de la defensa;

La necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión;

La existencia del ánimo o voluntad de defensa; y,

Falta de provocación suficiente por parte del defensor

En México, la legítima defensa como causa de justificación, se encuentra prevista en la fracción IV del artículo 29 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en el que se precisa, que el delito se excluye cuando: se repele una agresión real, actual o inminente, sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propio o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Como se advierte de la lectura de la fracción IV del artículo 29 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, los elementos de la defensa legítima, son:

La agresión debe ser real, actual o inminente;

La agresión debe ser sin derecho;

En defensa de bienes propios o ajenos;

Debe existir necesidad de la defensa; y,

No debe mediar provocación dolosa, suficiente e inmediata por parte del agredido o su defensor

6.3.2 EL ESTADO DE NECESIDAD

Toca su turno al estado de necesidad, y en este sentido, la doctrina es coincidente en señalar, que las clases de estado de necesidad en cuanto a la materia es de dos clases:

El estado de necesidad del Derecho Civil; y,

El estado de necesidad del Derecho Penal

Por su naturaleza, sólo se tratará el estado de necesidad que corresponde al ámbito del Derecho Penal. Así se tiene, que el Estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos. De ahí que, quien actúa ante la presencia de un peligro actual, para la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, no evitable de otro modo, y con el fin de alejar de sí o de otro el peligro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, esto es, de los bienes jurídicos afectados y del grado de peligro que los amenaza, el interés protegido prevalece esencialmente sobre el perjudicado. De tal suerte, que por estado de necesidad tanto en la doctrina como en la praxis, se entiende una situación de peligro actual para intereses protegidos jurídicamente, cuya evitación sólo es posible a costa de intereses ajenos.

6.3.2.1 EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

El estado de necesidad justificante, excluye la antijuricidad del comportamiento penalmente relevante y típicamente adecuado. En esta causa de licitud, sólo el bien jurídico de menor valor puede ser sacrificado para la mantención de uno de mayor valor; es decir, los casos de estado de necesidad justificante, se basan en el principio del interés preponderante. Aquí, la acción salvadora se presenta sobre la

base de la valuación del valor y de los intereses, como el medio adecuado para alcanzar un fin legítimo, por ello se advierte, que el bien que sufre el mal menor, no ha hecho nada contrario al Derecho y, no obstante, debe soportar el mal, porque el que lo infiere se encuentra en una situación de necesidad en la que el conflicto fáctico le impone una elección salvadora, ya que el fundamento general del estado de necesidad justificante es la necesidad de salvar el interés mayor, sacrificando como lógica consecuencia el bien de menor valor, en una situación no provocada de conflicto extremo.

En fin, el estado de necesidad justificante, surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor; aunque, la ley aprueba el sacrificio del bien de menor valor, de ahí que en el estado de necesidad justificante como se observa, se atiende al valor de los bienes.

Para Hans Welzel, los elementos del estado de necesidad, son:

La existencia de un peligro actual;

El peligro no debe ser evitable por otro medio;

El bien sacrificado debe ser el de menor valor; y,

Para la consideración del valor de los dos bienes de igual valor, se deberá recurrir al orden jurídico

Johannes Wessels, precisa que los elementos de estado de necesidad son los, siguientes:

La existencia de una situación de necesidad;

Que los bienes en la situación concreta necesitan protección y la merecen;

La acción correspondiente debe ser objetivamente necesaria; y,

La acción debe ser subjetivamente por voluntad salvadora

Conforme a la opinión de Weizel, Stratenwert y Wessels, el aspecto subjetivo del estado de necesidad justificante, es el fin de salvación, es decir, el autor tiene que conocer la situación de obrar con voluntad de salvar el interés preponderante o la voluntad salvadora de los presupuestos objetivos del estado de necesidad.

El estado de necesidad justificante como causa de licitud, se encuentra prevista en la fracción V del artículo 29 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, al tenor siguiente: el delito se excluye, cuando se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

Los elementos del estado de necesidad justificante a la luz de la legislación penal para el Distrito Federal, debe reunir los siguientes, requisitos:

La acción debe ser necesaria para salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno;

El peligro debe ser real, actual o inminente;
El peligro no debe ser ocasionado dolosamente;
Que el peligro no se evitable por otros medios; y,
Que el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo

6.3.3 EL EJERCICIO DE UN DERECHO

Por lo que hace al ejercicio de un derecho como causa de justificación, Cabanellas refiere, que se trata de una eximente penal, que encuentra su raíz en el aforismo de que quien usa de su derecho, a nadie daña. En este enfoque se está en presencia de hechos violentos justificados. Por su parte, el Diccionario Jurídico Mexicano precisa "que el ejercicio de un derecho es una causa excluyente de responsabilidad usualmente consignada de manera expresa y genéticamente formulada y, conforme a la cual se halla penalmente justificada toda conducta autorizada de manera expresa por un precepto permisivo, no ya en el Derecho Penal mismo, sino en el conjunto del ordenamiento jurídico."⁹⁸

En este orden de ideas, Rodríguez Devesa, sostiene que en el ejercicio de un derecho hay una facultad del titular a la que puede renunciar o de la que puede no hacer uso. La eximente concurre sólo en el caso, que el derecho sea utilizado; puesto que ejercen sus derechos todos los que realizan conductas que no están prohibidas. De tal suerte, que el ejercicio de un derecho, tiene eficacia de

eximente, por razón que si el ordenamiento jurídico ha atribuido a una persona determinada facultad, quiere ello decir, que ha reconocido la prevalencia de su interés sobre sus contrarios. En el hecho, por tanto, no se encuentra el carácter de la antisocialidad. Por otra parte, es demasiado evidente, que una acción no puede ser simultáneamente permitida y prohibida por el ordenamiento jurídico; por ello, el ejercicio del propio derecho, es procedente para asegurar un derecho de carácter civil, que pelagra sin una intervención inmediata, cuando el auxilio de la autoridad no pueda obtenerse oportunamente. Es por ello, que no se actúa antijurídicamente, cuando la acción está protegida por otro derecho público o privado.

Por su parte, Carlos Fontán Balestra y Luis Jiménez de Asúa, señalan en similares condiciones, que siendo lo antijurídico uno sólo, debe regir el principio de la contradicción, por el cual lo que el derecho autoriza en una norma no puede prohibirla en otra coexistente. La licitud o ilicitud de un acto resulta del juicio, que se alcanza con los elementos que proporciona la totalidad del orden jurídico.

Francisco Pavón Vasconcelos advierte, que la ilicitud del hecho supone la inexistencia de una norma, que permita tanto la conducta como el resultado, a ella causalmente ligado, pues, una realidad contraria no es jurídicamente posible. Lo que está jurídicamente prohibido no está jurídicamente permitido, o como bien enseña Castellanos Tena, que el ejercicio de un derecho, constituye una justificante porque la conducta, en el caso, se ajusta a Derecho.

De tal suerte, que el ejercicio de un derecho se traduce en que la ley otorga un derecho a las personas para que por sí lo ejecute, cuando lo crea oportuno. Ello se justifica, cuando la autoridad facultada para ejercer ese derecho, no puede intervenir y por lo tanto, deja en todo caso, que el hecho sea llevado a cabo en manos de los hombres para que ellos mismos la hagan valer.

En cuanto a la clasificación del ejercicio de un derecho, Sergio Vela Treviño, señala, que el derecho que confiere la facultad de actuar, puede encontrarse en todo el ordenamiento jurídico, buscar una sistematización para el estudio de las diferentes formas en que puede presentarse el ejercicio de un derecho no es empresa sencilla, dada la amplitud del campo del origen del derecho, sin embargo, puede resumirse en los siguientes, grupos:

Derechos que se ejercitan por la calidad del individuo;

Derechos que se ejercitan por una calidad profesional determinada; y,

Los derechos ejercitados por razón de una función disciplinaria

Derechos que se ejercitan por la calidad del individuo

La gestión oficiosa; y,

Lesiones u homicidio causados en el ejercicio de actividades deportivas

Derechos que se ejercitan por una calidad profesional determinada

Los derechos que se ejercen o llevan a cabo en virtud de un tratamiento médico

Los derechos ejercitados por razón de una función disciplinaria

Derecho disciplinario; y,

Derecho de corrección

Los elementos doctrinarios que contiene el ejercicio de un derecho como causa de justificación, pueden reseñarse, al tenor siguiente:

El reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercido;

El derecho debe estar otorgada en forma lícita por la autoridad competente;

El derecho que se ejerce no deber ser contrario a la letra de la ley ni a las buenas costumbres;

Debe existir racionalidad del medio empleado;

No debe ser con el propósito de perjudicar a otro; y,

El que ejerce un derecho no debe salirse de la ley

El ejercicio de un derecho, se encuentra previsto en la fracción VI del artículo 29 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, donde se establece que el delito se extingue cuando la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo.

De acuerdo con lo descrito en el punto que antecede, debe concluirse que los elementos del ejercicio de un derecho conforme al Código Penal vigente para el Distrito Federal, son los, siguientes:

**El derecho debe estar previsto en la ley; y,
La existencia de la necesidad racional del medio empleado**

6.3.4 EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

El término *deber*, viene del latín *debere*, y significa estar obligado a pagar o aquello a que está uno obligado a cumplir con sus deberes ciudadanos, el *deber* implica la necesidad moral de una acción u omisión impuesta por ley, pacto o decisión unilateral irrevocable, para servicio o beneficio ajeno y cumplimiento de los bienes exigidos por el orden social humano. El fundamento inmediato del *deber* jurídico, se señala en el orden procedente de las relaciones naturales de la sociedad; y el remoto, como surgido de la sociabilidad. Se apoya así mismo en la ley positiva o en la natural, o en ambas a la vez.

A este mismo respecto, el Diccionario Jurídico Penal precisa, "que el cumplimiento de un deber en el uso común, es cumplir, ejecutar o llevar a efecto."⁹⁹ Hacer uno aquello que debe o a que está obligado. Deber es, aquello a que está obligado el hombre por algún tipo de normas, particularmente jurídicas o religiosas. También, se entiende por deber, desempeñar el oficio o ministerio de que está encargado.

⁹⁹ JARAMILLO GIL, *Fallo*. Dicc. Jur. Penal, Editorial Librería Profesional, Bogotá, 1991, Pág. 642

El cumplimiento de un deber, atiende al principio de interés preponderante, y se produce, cuando frente al interés lesionado por la realización típica, aparece en el caso concreto, un interés de más valor que desplaza al primero. Para entender mejor, lo aquí afirmado, debe tenerse en cuenta que la función del Derecho Penal dentro del conjunto unitario del ordenamiento jurídico, se opondría a que el cumplimiento de un deber impuesto en una determinada rama del Derecho, se considerara contrario a éste en tal virtud, se castigará, o que resultara antijurídica la realización de un derecho concedido en otro sector de la rama del Derecho, puesto que la acción realizada en cumplimiento de un deber, es justa cuando ese deber, está jurídicamente impuesto. O en los demás casos, cuando la autoridad o el cargo eran funcionalmente atribuidos por el Derecho. Así se puede advertir, que no actúa antijurídicamente, quien ejecuta una acción en sí misma típica, por encargo del poder estatal, en el marco de su competencia y dentro de los márgenes señalados por la ley.

En conclusión un órgano estatal, que realice el tipo de una ley penal actuando en base a derechos propios de su cargo, actúa conforme a derecho. Lo anterior, en mérito de que las causas de justificación se generan a partir de un precepto permisivo, en tanto que en el cumplimiento de un deber jurídico, hay una norma preceptiva (una orden). Así, quien deja de cumplir con un deber jurídico, es sancionado, porque el Derecho lo ordena de esa forma. Aunado a lo anterior, no debe olvidarse que en el cumplimiento de un deber jurídico hay una orden, en cambio en la causa de justificación, no hay

nisiquiera un favorecimiento de la conducta justificada, lo que sólo está permitido con un gesto de impotencia ante una situación conflictiva.

De acuerdo con lo anterior, Humberto S. Vidal, refiere, para que un hecho se justifique en cumplimiento de un deber, es preciso que lo imponga el Derecho. El deber de actuar debe provenir de la Constitución, la ley, el reglamento, la ordenanza explícita o implícitamente impuesta, sin atender a su jerarquía. El hecho típico ejecutado en cumplimiento de un deber, no es facultativo ni renunciable. El deber se proyecta erga omnes, en el sentido de que cualquier individuo, en determinadas circunstancias, se encuentra en el deber jurídico de cumplirlo. Los testigos, peritos, interpretes, profesionales llamados por los jueces a deponer, están obligados a declarar la verdad aunque tales dichos lesionen bienes ajenos, porque están amparados por la justificante.

El ordenamiento jurídico, en cualquiera de sus sectores, establece el deber de actuar u omitir respecto a un sujeto o grupo de sujetos, incluso lesionando con ello bienes jurídicos penalmente protegidos. Es claro, que debe privar el cumplimiento de ese deber, sobre la evitación de daños a dichos bienes.

Ignacio Villalobos en la doctrina nacional, al referirse al cumplimiento de un deber señala, que tiene virtud suficiente para excluir la antijuridicidad del acto típico, pues el supuesto es que tal acto se halla

permitido u ordenado expresamente, con los rasgos caracteres con que lo describe la ley penal.

A este mismo respecto, Fernando Castellanos Tena precisa, que al lado de las causas de justificación figuran otras que también privan a la conducta del elemento antijuridicidad, y por lo mismo, imposibilitan la integración del delito.

Finalmente, Francisco Pavón Vasconcelos señala, que quien cumple con la ley, no ejecuta un delito por realizar la conducta o hechos típicos, acatando un mandato legal.

Siguiendo a Francesco Antolisei, el cumplimiento de un deber como causal de exclusión del delito, debe reunir los siguientes, elementos:

El deber debe encontrarse previsto en una norma jurídica; y
El deber está impuesto por autoridad competente

El cumplimiento de un deber como causa de exclusión del delito se encuentra previsto en la fracción VI del artículo 29 del Código Penal en vigor, y precisa, que el delito se excluye cuando la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo.

Como elementos del cumplimiento de un deber, señalados en la ley, encontramos:

**El deber de comportamiento debe estar previsto en la ley; y,
La necesidad racional del medio empleado**

6.4 LA AUSENCIA DE LA CULPABILIDAD

La ausencia de la culpabilidad, se abordará respecto a los tres puntos que la integran: imputabilidad, conciencia de la antijuricidad y exigencia de un comportamiento distinto, es decir, a partir de la inimputabilidad, la inexigibilidad del conocimiento y conciencia de lo injusto, y la no exigibilidad de la conducta.

Las causas que producen inimputabilidad en el sujeto, y que por ende, excluyen la imputabilidad, son:

**La enajenación mental y el desarrollo mental suficiente;
La embriaguez; y,
La minoría de edad**

Por otra parte, como causa de inexigibilidad de la conciencia de la antijuricidad, se encuentra:

El error de prohibición

Y como causas de no exigibilidad de otra conducta, están:

El estado de necesidad exculpante o inculpante;

El miedo y el temor exculpante; y,

La obediencia jerárquica

Interesante resulta la clasificación de las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, a que hace referencia Hans Welzel:

La perturbación de la conciencia;

La perturbación patológica; y,

Las debilidades mentales (Welzel, Pág. 427)

Las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, para Gunter Stratenwerth, son:

La minoridad; y,

Las modificaciones anormales de la personalidad o el déficit de la misma (Stratenwerth, Pág. 339)

Así se puede apreciar, que las causas que excluyen la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, están encaminadas a las fallas mentales del hombre; sin embargo, acorde con la doctrina, dichas fallas mentales nos siempre excluyen de manera total dicha capacidad, pues, ha sido necesario graduarla, y en base a esa graduación, el

sujeto será total o parcialmente culpable, dando así origen a los grados de la capacidad de culpabilidad.

En cuanto respecta a la incapacidad de culpabilidad o imputabilidad, debida a una perturbación psíquica, es opinión generalizada, que abarca los siguientes, aspectos:

**Incapacidad total de culpabilidad (inimputabilidad plena);
Capacidad de culpabilidad disminuida (inimputabilidad parcial); y,
Exclusión culpable de la capacidad de culpabilidad**

En el presente trabajo, las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, serán analizadas, las que aparecen, con:

**Las modificaciones anormales de la personalidad o psíquicas (enajenación mental y desarrollo mental insuficiente);
Embiaguez; y,
La minoría de edad (hasta cumplir 18 años en nuestra legislación)**

6.4.1 LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

En torno a las primeras Hans Welzel, le asigna el nombre de estados mentales anormales. En opinión de Stratenwer, son incapaces totalmente de culpabilidad por una cuestión psíquica, los sujetos que al momento de emitir un comportamiento penalmente relevante, padezcan:

**Perturbación anímica morbosa;
Perturbación profunda de la conciencia;
Debilidad mental; y,
Perturbación patológica de la actividad mental**

La perturbación anímica morbosa, prácticamente constituye el primero de los fundamentos de la exclusión de la capacidad de culpabilidad o inimputabilidad.

Como casos de perturbación anímica morbosa, se encuentran:

Las psicosis;
Las neurosis; y,
Las perturbaciones del instinto sexual

En cuanto hace a la perturbación profunda de la conciencia, se ha dicho que puede excluir la capacidad de culpabilidad o inimputabilidad, en la medida, que de esta forma se puede designar sucesos patológicos, y como consecuencia de ello, la ley solamente requiere la existencia de perturbaciones no morbosas, sea que se trate de perturbaciones de naturaleza fisiológica, en los casos de agotamiento total y en los estados anímicos, o bien de naturaleza psicológica, como ocurre en los estados crepusculares hipnóticos y en los casos de emociones intensas. Así, los casos más conocidos de perturbación profunda de la conciencia, son:

Intoxicaciones alcohólicas;
Intoxicaciones en general;
Delirios febriles;
Somnolencia;
Desmayo;
Hipnósis; y,
Embraguez

Respecto de la debilidad mental, se trata solamente de una disminución anormal de la inteligencia, es decir, se trata de defectos orgánicos del sujeto, los cuales afectan sus inteligencia, y son consecuencia de lesiones cerebrales intrauterinas producidas traumáticamente durante el parto, o en la etapa de infancia. En este orden de ideas, los casos más comunes de debilidad mental, siguiendo a Stratenwerth y Welzel, son:

Idiocia;
Imbecilidad;
Debilidad; y,
Perturbaciones mentales patológicas de grado menor

Stratenwerth señala, que estos fenómenos psíquicos anormales eliminan la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, solamente si el autor es incapaz de comprender la ilicitud del hecho o de obrar de acuerdo con esa comprensión. En cambio, si se reconoce, que el autor no era capaz de culpabilidad en el momento del hecho, habrá que

absolverlo de todo reproche de culpabilidad, y por lo tanto, quedará impune.

Respecto al tema de la inimputabilidad, también se encuentran casos de capacidad de culpabilidad disminuida, que desde luego no excluye la capacidad de culpabilidad, sino que solamente la afecta gravemente. En estos casos, se permite una atenuación de la pena y junto a ello, se puede ordenar según las circunstancias, la internación en un establecimiento de curación. Es decir, las personas con imputabilidad disminuida, son aquellas cuya capacidad de comprensión o encauzamiento, está considerablemente disminuida en el momento de la comisión del hecho y crea una causa facultativa de atenuación de la pena. Atendiendo a diversas opiniones, los casos, que disminuyen la capacidad de culpabilidad, son:

Trastornos mentales transitorios;

Las psicopatías; y,

La debilidad mental

Por otra parte, Gustavo Malo Camacho señala que existe una clasificación de las enfermedades mentales en general.

Trastornos mentales orgánicos, que pueden ser:

Demencia involuntaria;

Reacción orgánico-cerebral aguda o delirio

Trastornos producidos por las drogas;

Trastornos mentales orgánicos e inorgánicos (deficiencia y retardo mental generalmente orgánicos o por ambiente poco apto);

Epilepsia sistemática (orgánica y esencial);

Trastornos de personalidad:

Orgánicos (algunos)

De carácter social (la mayoría);

Esquizofrenia paranoide;

Trastornos sexuales (orgánicos y sociales);

Trastornos funcionales:

Esquizofrenias (pensamiento, afectividad y conducta);

Enfermedades afectivas;

Manías depresivas;

Estados paranóicos; y,

Neurosis (en discusión) (Malo, Pág. 196)

6.4.1.1 LA EMBRIAGUEZ

En lo que hace a la embriaguez como causa de inimputabilidad, se ha sostenido que es originada por causas exógenas y con efectos pasajeros independientemente de su origen etílico, de gases o de drogas, naturalmente también pueden dar lugar a estados que generan la inimputabilidad. Para que la embriaguez pueda surtir un efecto exculpante, es decir, que sea constitutiva de una causa de inculpabilidad por inimputabilidad, es necesario que la embriaguez

sea plena o total, lo que significa, que coarte totalmente la capacidad de autodeterminación o para conducirse conforme a ella.

Sin embargo, por excepción, se castigará al autor a pesar de su incapacidad de culpabilidad, tratándose del casos de las acciones libres en su causa, que se presentan al tiempo de realizar la acción lesiva, donde el autor se coloca en estado de incapacidad de culpabilidad (por ejemplo embriaguez), con el dolo de cometer en ese estado un delito determinado. En este caso, el autor se utiliza así mismo como instrumento para el hecho, es por ello, que aunque exista la inimputabilidad en el agente al momento del hecho, se tendrá en cuenta un castigo con arreglo a los criterios de la acción libre en su causa, si el autor plenamente responsable, pone en movimiento (dolosa o culposamente) la cadena causal, respecto de un hecho determinado, que luego ejecuta al perder la imputabilidad.

En este orden de ideas, señala Stratenwerth, que la acción libre en su causa existe cuando la perturbación de la capacidad de culpabilidad, es consecuencia del obrar culpable del autor. En estos supuestos, es preciso distinguir dos constelaciones distintas de hipótesis, que son:

La primera hipótesis se da cuando el autor capaz de culpabilidad o disminución de la misma, voluntariamente se coloca en el estado de incapacidad y comete un delito, con previsibilidad. En estos casos, se habla de una responsabilidad por poner en marcha la serie causal, o sea, por una acción libre en su causa (el caso más común cuando el

autor todavía es capaz de culpabilidad, la comisión posterior del delito y antes de llevarlo a cabo se pone en estado de ebriedad para darse valor, con lo que pierde totalmente o disminuye su capacidad de culpabilidad. En este caso, la actio libera in causa, se lleva a cabo con dolo directo) y el agente debe responder como tal ante la ley; y,

La segunda hipótesis, consiste en que la posterior comisión de un delito determinado no sea previsible. En este caso, la disminución, o la exclusión de la capacidad de culpabilidad, debería jugar en favor del autor. Sin embargo, esta consecuencia únicamente se admite en toda su amplitud, en el caso de la atenuación de la capacidad de culpabilidad

Tomando en cuenta lo anteriormente señalado, se tiene que los casos más comunes de acciones libres en su causa, son:

La embriaguez (doloso); y,

Dormirse en cualquier actividad que produzca un resultado típico (culposo)

6.4.1.2 LA MINORÍA DE EDAD

Finalmente, haciendo referencia a la minoría de edad, México no escapa a la opinión mundial, en el sentido que ésta supone una presunción "iure et de iure" de inimputabilidad, que tiene como fundamento la consideración que no coincide con la racionalidad propia de la cultura del adulto, que es la que determina el orden

jurídico y social reconocido e impuesto por el Estado, por vía del Derecho.

6.4.2 LA CAUSA DE INEXIGIBILIDAD DE LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURICIDAD, POR ERROR DE PROHIBICIÓN

Ahora bien, tratando el tema de la causa que excluye la conciencia de la antijuricidad o que hace inexigible dicha conciencia, se ha sostenido de forma general, que podrá afirmarse que un sujeto no conoce la ilicitud de su comportamiento, cuando se encuentre actuando bajo un error de prohibición, y como consecuencia cabrá en su favor una causa de exclusión de culpabilidad. Así existe error de prohibición, cuando el autor carece de la conciencia de lo ilícito, a pesar del conocimiento de la situación que fundamenta la ilicitud; puesto que el error de prohibición es el que recae sobre la comprensión de la antijuricidad de la conducta. Sencillamente, el error de prohibición impide el conocimiento de la antijuricidad del comportamiento, y por ende excluye la capacidad del conocimiento de la prohibición.

Dicho de otra forma, el error de prohibición es el que recae sobre la antijuricidad, ante la errónea creencia de estar obrando lícitamente, sea por la ignorancia de la ley, o por el error acerca de la prohibición contenida en el tipo, o bien ante la equivocada creencia de estar actuando bajo el amparo de una causa de licitud.

Respecto al error de prohibición, se ha dicho que puede ser de dos formas: vencible o invencible.

6.4.2.1 EL ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE

El error de prohibición es vencible, se presenta cuando el agente frente a un hecho tiene la posibilidad de evitarlo, haciendo un esfuerzo del raciocinio o preguntado en todo caso del hecho a cualquier persona. Respecto de este error, el Derecho, ha adoptado la teoría de la culpabilidad: si el error de prohibición es evitable, es posible atenuar la pena (del delito doloso), o bien origina la responsabilidad culposa, cuando esta aparezca inculpada.

Por tanto, la formas de este error de prohibición, sólo pueden circunscribirse, a dos aspectos:

La atenuación de la sanción; y

La responsabilidad culposa

6.4.2.2 EL ERROR DE PROHIBICIÓN INVENCIBLE

El error de prohibición invencible, le quita al autor la posibilidad de conducirse según lo establecido por el deber, es decir, el agente al emitir un comportamiento no tiene oportunidad de comprender la antijuridicidad de su hecho. Esta clase de error, tiene el efecto de que no haya responsabilidad, lo que desde luego excluye la culpabilidad.

6.4.3 LAS CAUSAS DE INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Antes que nada debe decirse, que el punto de partida de la exigibilidad de otra conducta, lo constituyen situaciones en las que el autor se encuentra, durante la comisión del hecho, bajo una fuerte presión psíquica, de tal suerte, que no es de esperar un comportamiento adecuada al Derecho. Es decir, obedece a que en el caso concreto, no es posible exigir al autor un actuar de manera distinto a la forma en que lo hizo, no se le puede exigir que hubiera actuado conforme a derecho, sea porque el autor no tenía la capacidad de autodeterminación para conducirse conforme a sentido y significación (imputabilidad), o bien, porque aun teniendo tal capacidad, por las circunstancias en que se presenta el caso, no puede exigírsele la comprensión de la antijuridicidad de su acto (inexigibilidad de la comprensión del injusto), o bien, porque aun existiendo tal comprensión de la antijuridicidad de su acto, no puede exigírsele la adecuación de su conducta a lo ordenado por la ley (no exigibilidad de otra conducta).

En este punto, se estima pertinente hacer una distinción entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación.

Son causas de exclusión de la culpabilidad, la inimputabilidad y el error invencible de prohibición, porque si existen, falta un presupuesto de la culpabilidad como característica fundamentadora de ella. En cambio, las causas de exculpación producen únicamente una disminución tan

considerable del contenido de injusto y de culpabilidad del hecho, que ya no se alcanza el límite inferior de la pena y el legislador, en vista de la motivación extraordinaria, renuncia a formular un reproche de culpabilidad, a saber, es indulgente.

Para muchos autores, son causas de exculpación de la culpabilidad:

El estado de necesidad exculpante;

El exceso en la legítima defensa;

La acción sobre la base de una orden antijurídica considerada como obligatoria; y,

La colisión de deberes exculpantes

Sin embargo, en lo particular se seguirá el modelo propuesto por Gustavo Malo Camacho, quien contempla como casos donde no se le puede exigir otra conducta a un autor de un comportamiento penalmente relevante, los siguientes:

El estado de necesidad exculpante o inculpante;

El miedo y el temor exculpante; y

La obediencia jerárquica

6.4.3.1 EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE O INCULPANTE

El estado de necesidad exculpante, presupone una determinada situación de necesidad, y precisamente, un peligro actual, no evitable de otra manera para la vida, el cuerpo o la libertad del mismo autor, de un pariente o de otro allegado. También se presupone, que el peligro que fundamenta el estado de necesidad, no sea evitable de otra manera. La acción cometida en estado de necesidad, debe constituir como última ratio, el único y último recurso para salir de ese estado, y debe ser objetivamente indispensable y apto para evitar el peligro. En el aspecto subjetivo presupone, que el autor conociendo la situación de peligro, para evitarlo, actúe con voluntad de salvación. O bien como dice Malo Camacho, que el estado de necesidad exculpante, es el que deriva de la coacción, ejemplo: te mato si no matas. Es el que obra violentado por la amenaza de sufrir un mal grave, el típico caso de la vis compulsiva. No es necesario, que la amenaza provenga de una tercera persona, sino que puede encontrar su origen también en la fuerza de la naturaleza, ejemplo: la persona que se ve en la necesidad de dejar morir al compañero en el naufragio, porque la bolsa no soporta a más personas de las que ya se intenta salvar. En estos casos no es indispensable que la persona actúe perturbada por el miedo, basta con que esté conciente y reconozca o sienta la situación de peligro que lo amenaza y que esto sea lo que lo determine en su actuar, de manera tal, que no sea posible exigirle una conducta diversa a aquella conforme a la que actúo. En este caso debe existir equivalencia entre el bien jurídico protegido que se lesiona y el que se salva, precisamente en esto radica su característica fundamental. Aquí

la posición generalmente será *ex post*, para reconocer el carácter exculpante acerca de los bienes jurídicos salvaguardados.

En el estado de necesidad justificante la característica que lo distingue es la salvaguarda de un bien jurídico de mayor jerarquía, afectando uno de menor jerarquía, bien que dicha salvaguarda se refiera a bienes propios o ajenos, donde además se presenta siempre una posición *ex ante*, para valorar el bien jurídico salvado.

6.4.3.2 EL MIEDO Y TEMOR EXCULPANTE

Frente a un miedo exculpante, el agente no puede tomar otra decisión, no tiene otra alternativa. Por ello, se dice que se trata de una causa de inexigibilidad de otro comportamiento, y para que pueda ser exculpante, es necesario, que se de precisamente el miedo, entendido como un determinado estado emocional insuperable del agente que le impide actuar de otra manera, viene a ser el caso más identificado de la vis compulsiva, ejemplo, la persona que bajo la amenaza de muerte de un tercero, que lo encañona con el arma se ve obligado a cometer un delito, evidentemente en contra de su voluntad.

6.4.3.3 LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA

La obediencia jerárquica, se presenta generalmente en la relación entre militares. Al respecto Gustavo Malo Camacho manifiesta, que la obediencia jerárquica, en cuanto obediencia debida, manifiesta

relevancia jurídico penal de acuerdo con la forma en que se presenta. Atento a sus características, puede plantear diversos supuestos, cuyas consecuencias son en algunos casos, una causa de atipicidad, en otros, una causa de justificación y en otros una causa de inculpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta. Para determinar su naturaleza es necesario, conocer caso por caso sus características.

Si la orden impartida legítimamente, origina el cumplimiento de un deber jurídico, se estará frente a una causa de atipicidad.

Si la orden del superior jerárquico, es claramente antijurídica, su cumplimiento origina, que la conducta del subordinado implique en principio una conducta típica, pero el propio subordinado se encuentra protegido por el contenido permisivo de la regla que lo obliga a cumplir la orden superior, razón por la cual actúa en situación que implica la presencia de una causa de justificación, que elimina la antijuricidad de ese hecho.

Si la orden que se dicta es manifiestamente ilegal, su cumplimiento implica una conducta típica, que incluso pudiera ser considerada también como antijurídica, porque implica un contenido que está evidentemente más allá de las facultades del superior, y que incluso pueden implicar la comisión de un delito, pero si quien la cumple no tiene conciencia de la antijuridicidad de su acto, por lo mismo, aquélla no le será exigible, y se estará en el caso de un error de prohibición, a

su vez origen de una causa de inculpabilidad por la inexigibilidad de la comprensión del injusto.

Pudiera ser que quien cumple la orden tenga conciencia de la antijuridicidad de la orden, y que al cumplirla, por lo mismo haya realizado una conducta típica y antijurídica, con la conciencia acerca de la antijuridicidad de su acto, sin embargo, consciente, a la vez, de que si no cumple tal orden (por ejemplo ejecutar la orden de disparar en el pelotón de fusilamiento), la siguiente víctima será el mismo, caso en el cual se estará frente a una causa de inculpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta, frente a un estado de necesidad inculpante.

Como se puede observar para Malo Camacho, en la obediencia jerárquica, puede afectarse el tipo penal, la antijuridicidad o la culpabilidad, por lo que en tal tesitura, se pueden presentar las siguientes, hipótesis:

Causa de atipicidad;

Causa de justificación; y,

Causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otro comportamiento

CONCLUSIONES

PRIMERA. El concepto de delito debe tratarse desde dos perspectivas, una doctrinal y otra legal, para que así, se tenga en amplitud el manejo de ese concepto. Doctrinalmente vale decir, que el delito es la transgresión a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso. En otro sentido y de formal actual, delito será la conducta típica, antijurídica y culpable. En el ámbito legal y tomando en consideración el Código Penal para el Distrito Federal, vigente a partir del 12 de noviembre del 2002, delito será el comportamiento (acción u omisión) típico y punible.

SEGUNDA. En México, sin duda alguna, no imperan los criterios de la teoría totalizadora o sintética o atomizadora del delito, que lo aprecia como un todo que no puede fraccionarse, es decir, concebido como un bloque monolítico, y si bien, acepta que el delito está compuesto de elementos, el estudio de ellos no puede realizarse de forma aislada, sino en conjunto. Contrariamente, el Derecho Penal Nacional, observa al delito desde la óptica de la teoría analítica o atomizadora, que lo concibe como un descompuesto en sus propios elementos, pero considerándolos en su conexión íntima, al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito. El delito es un todo, que puede fraccionarse en elementos, y estos a su vez, estudiarse en forma autónoma.

TERCERA. La teoría causalista del delito, estuvo integrada por dos etapas. La primera ocupada por la denominada teoría causalista-naturalista del delito, que tuvo como principales expositores a los alemanes Franz Von Liszt y Ernst Von Beling. Para Liszt el delito se compuso del comportamiento, antijurídico, culpable y punible. Para Beling en cambio, el delito se integró con un comportamiento, típico, antijurídico, culpable y punible. De aquí, que a Beling, se le tenga como el creador del concepto tipicidad introducido al esquema de los elementos del delito. La segunda etapa fue asignada a la teoría causalista neoclásica-teleológica-valorativa o neokantiana del delito, amparada por los pensamientos de los también alemanes Reinhar Frank, Fisher, Gustavo Radbruch, Goldschmidt, Hegler, Freudental, Max Ernst Mayer y al sudamericano Edmundo Mezger. Para esta teoría el delito en sí es una conducta, típica, antijurídica, culpable y punible.

CUARTA. El pensamiento de Franz Von Liszt respecto al delito, partió de una base naturalística-causalista, en el que la conducta humana, es equiparable a cualquier fenómeno de la naturaleza, que no tiene mayor sentido, porque se traduce en un proceso casual que no indica hacia dónde encamina el sujeto su actividad, conformando un proceso "ciego". También encontró el elemento diferenciador entre los fenómenos de la naturaleza y los del hombre, la voluntad. En cuanto a la antijuricidad, la concibió como la relación de contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico. Finalmente la culpabilidad, fue entendida como la relación subjetiva entre el acto y su autor, formando así las formas de la culpabilidad, dolo y culpa, precedidas por la

constatación de la capacidad psíquica del autor, imputabilidad. Para Von Liszt, la culpabilidad se sistematiza y desarrolla sobre una base de relaciones naturalísticas, apareciendo así la teoría psicológica de la culpabilidad.

QUINTA. Beling, aportó el concepto tipicidad, que es la adecuación de la conducta al tipo previsto en la ley penal. Es el elemento que también contiene el deber ser de la norma a través de la prohibición o mandato y que recoge el sentido de la conducta social deseada. El tipo penal, visto como la descripción exterior de los elementos del tipo del delito, dejó ver un tipo neutro, avalorado o acromático, ya que sólo contenía elementos de carácter objetivo-descriptivos, en cuanto a que todo lo interno, relativo al contenido de la voluntad, quedaba fuera de la conducta y desde luego fuera del tipo, ya que se encontraban en la culpabilidad. Para Liszt y Beling, el delito contiene elementos objetivos compuestos por la voluntad, el cambio en el mundo externo, el nexo causal, el bien jurídico, los sujetos, medios de comisión, referencias temporales o espaciales y un objeto material, perteneciente al tipo; y, elementos subjetivos, dolo y culpa, pertenecientes a la culpabilidad.

SEXTA. La teoría causalista neoclásica-teológica-valorativa o neokantiana, se basa en los valores de la Escuela Badem y encuentra su centro en el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y normativos del tipo y a la relación que guarda el tipo con la antijuricidad; estudia además, la estructura de la culpabilidad. En esta teoría, Frank cuestionó la culpabilidad psicológica de Liszt y Beling; Fisher descubre los elementos subjetivos en el ámbito del Derecho

Civil; Hegler precisa que el tipo penal no sólo contiene elementos objetivos, sino también subjetivos; Mayer descubre los elementos normativos del tipo penal; y Mezger, señala que la tipicidad es la ratio essendi de la antijuricidad, y ya no la ratio cognoscendi, como se había venido manejando.

SÉPTIMA.- Frank afirmó, que la culpabilidad debe ser concebida como un juicio de valoración que se llamará reprochabilidad, por tanto culpabilidad, sería igual a reprochabilidad y ya no una mera relación psicológica como la habían planteado Von Liszt y Beling, naciendo así la culpabilidad normativa. Sostuvo, que la imputabilidad es un requisito indispensable para la formulación de ese juicio, integrada por dos capacidades del sujeto la de entender y la de querer. Freudenthal, integró a la culpabilidad la exigibilidad de otra conducta, que implica analizar las circunstancias en que actuó, para efecto de determinar, si ese sujeto en esas circunstancias tenía o no tenía, la posibilidad de actuar de una manera diferente, y luego entonces, en la medida en que se determine, que en esas circunstancias el sujeto pudo actuar de manera distinta acorde a las exigencias de la norma, se afirmará que es culpable.

OCTAVA.- Fisher demostró en el Derecho Civil y con alcance para el Derecho Penal, que lo antijurídico, en ciertos casos, no es un proceso de comportamiento objetivo o externo, debido a que también llega a inspirarse en ciertas actitudes, tendencias o propósitos del autor, por lo que en este orden de ideas, la determinación del injusto, también dependía de la concurrencia de elementos subjetivos en el ámbito de

la antijuricidad. Concluyó, diciendo que la intención, las actitudes, las tendencias y los propósitos, colorean un pálido tipo legal, que esos elementos subjetivos del dolo se encuentran dentro de la culpabilidad, pero la intención o el propósito del sujeto, están en la ilicitud y pueden reconocerse como elementos subjetivos distintos a dolo.

NOVENA.- En cuanto a los elementos normativos del tipo penal, Mayer encontró, que hay ciertos tipos penales donde los elementos a que se hace referencia ahí, no se pueden constatar por la mera aplicación de los sentidos, es decir, que no se trata únicamente de elementos objetivos-descriptivos como lo señalaba Beling, sino que hay una serie de datos, que solamente se pueden determinar a través de un juicio de valoración, naciendo así los elementos normativos; valoración que puede realizarse tomando en cuenta lo que dice la ley, la doctrina, la jurisprudencia o bien lo que se considera en un determinado contexto cultura o social.

DÉCIMA.- El irracionalismo jurídico alemán que siguió después del causalismo neoclásico y antes que el finalismo, apareció bajo el amparo de la Escuela de Kiel y con motivo del triunfo del nacional socialismo, tuvo como principal expositor a George Dahm. Para esta teoría lo único válido de ilicitud, es la potencialidad que el hecho tiene de vulnerar o poner en peligro el orden moral, que emerge del sentimiento del pueblo y la raza alemana. Un acto sería típico por ende, si lesionaba el interés de la nación. En la balanza de la justicia, de un lado estaba el hombre con su comportamiento, y del otro la comunidad ultrajada. Los restantes son criterios formales, eran

desestimados. El delito, fue visto desde una vertiente totalizadora que lo dejó ver como un bloque monolítico.

DÉCIMA PRIMERA.- La teoría finalista de la acción nació bajo el amparo de las ideas de Von Weber, Alexander Graf Zu Dohna, Hans Weizel, Reinhar Maurach, Gunter Stratenwerth y Armin Kaufmann; sus expositores más destacados son Alexander Graf Zu Dohna y Hans Weizel. Esta teoría, también se ve vinculada con una concepción filosófica y política del delito. Por tanto, para la teoría finalista de la acción, ontológicamente el comportamiento humano es el ejercicio de la actividad finalista. La acción, se erige así, como un acontecimiento finalista y no solamente causal. La finalidad de la acción encuentra sustento, en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de su comportamiento, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetos. La finalidad, es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, se afirmó que la finalidad es vidente, la causalidad ciega.

DÉCIMA SEGUNDA.- Para esta teoría finalista de la acción, el hombre debe ser visto como un ente capaz, libre, que puede conocer los alcances y consecuencias de sus actos y, en virtud de ello, estar en posibilidades de proponerse fines y escoger los medios para lograrlo. Con lo que el fin se vincula de forma inmediata con el aspecto

subjetivo (dolo y culpa), que ahora son parte del tipo penal y ya no de la culpabilidad como se trataba en el causalismo clásico y neoclásico. Esto significó que la culpabilidad en el sistema finalista quedara integrada con diversos elementos, siendo éstos la imputabilidad, la capacidad de culpabilidad o conciencia de la antijuricidad y la exigibilidad de otra conducta, con lo que nació la culpabilidad normativa.

DÉCIMA TERCERA.- El finalismo integró al delito, con la tipicidad (entendida como la voluntad exteriorizada y finalísticamente determinada, a partir del conocimiento y del querer), la antijuricidad (vista como la contradicción con el orden jurídico, con un contenido que reconoce la presencia de elementos que pueden ser no sólo objetivos sino también subjetivos y normativos); y, la culpabilidad (reconocida como juicio de reproche, razón por la cual su contenido queda delimitado en sentido puramente normativo).

DÉCIMA CUARTA.- La teoría del funcionalismo alemán, se presenta en nuestro País como la más moderna, y cuyo eje fundamental se encuentra en la función político criminal del Derecho Penal. Sus expositores más connotados son Claus Roxin y Gunther Jakobs, el primero con una postura moderada y el segundo con una radical. Roxin aprecia la importancia de orientar la dogmática penal hacia la política criminal, dirige su sistema a los del Derecho Penal y no a los de la pena. Reconoce que los elementos del delito tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse, bajo la prisma de su función político criminal. Por su

parte el radicalismo de Jakobs, se encuentra, en que propone un funcionalismo, que sustituya la base ontológica del finalismo, por un fundamento normativo.

DÉCIMA QUINTA.- Los elementos positivos del delito para la teoría finalista de la acción, quedan integrados por el comportamiento, el tipo penal, la antijuricidad y la culpabilidad. En el caso del comportamiento, abarca la omisión propia que se traduce simplemente en un no hacer, lo que la ley establece, ejemplo omitir presentar denuncia de planes delictivos, aquí se viola una norma preceptiva; y también contiene a la omisión impropia o comisión por omisión, donde el sujeto al no actuar provoca un resultado material, aquí hay una doble violación de deberes, de obrar y de abstenerse y por ello se infringen dos normas, una preceptiva y otra prohibitiva, regularmente se presenta en un actuar culposos, donde el sujeto tiene una calidad de garante, ejemplo la madre, que deja morir de inanición a su hijo.

DÉCIMA SEXTA.- El tipo penal contiene a los elementos objetivos que se pueden captar a través de los sentidos (el comportamiento, los sujetos, las calidades del sujeto activo y pasivo, el bien jurídico tutelado, la ofensa del bien jurídico, el objeto, los medios comisivos, el nexo causal, el resultado; y, las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión), subjetivos (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos distintos al dolo, como las intenciones, las tendencias, los ánimos, los propósitos, los motivos; los impulsos y las actitudes) y normativos que no pueden constatarse a través de los sentidos, sino por un juicio de valoración jurídica (criterios de valoración tomados de las normas

jurídicas), cultural (criterios de valoración tomados de la concepción cultural); y, subjetivo (criterios de valoración tomados del arbitrio judicial subjetivo).

DÉCIMA SÉPTIMA.- Los elementos negativos del delito a la luz de la teoría finalista de la acción, se integran por lo que hace a la ausencia de comportamiento, por la fuerza irresistible, los movimientos reflejos y los estados de inconsciencia. La ausencia de tipicidad, se presenta ante la falta alguno de los elementos objetivos, subjetivos o normativos exigidos por el tipo. En lo tocante a la ausencia de antijuricidad por la vigencia de una causa de justificación, queda integrada en primer lugar por la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber. Finalmente, la ausencia de culpabilidad se da por la presencia de causas de inimputabilidad como son la embriaguez y la minoría de edad, por causas de inexigibilidad de la conciencia de la antijuricidad por error de prohibición, y por causas de inexigibilidad de otra conducta, es decir, por estado de necesidad exculpante, miedo y temor exculpante y obediencia jerárquica.

DÉCIMA OCTAVA.- Es claro, que los elementos que siguen integrando al delito son conducta típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, depende la teoría que se adopte para estudiarlos, se verá como son integrados de forma distinta. Conocer dichas teorías, es fundamental para advertir, cuál es la que ha adoptado el Derecho Penal Nacional, pero más aún y de forma específica el Código Penal

vigente para el Distrito Federal, que por lo que se alcanza a advertir, se tife de un matiz causalista- valorativo, con aspectos de finalismo.

BIBLIOGRAFÍA**NACIONAL**

CARRANACÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANACÁ Y RIVAS, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 20° Edición, Editorial Porrúa, México 1999, Pág. 982

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 29° Edición, Editorial Porrúa, México, Pág. 359

DAZA GÓMEZ, Carlos. Teoría General del Delito, 1° Reimpresión, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2000, Pág. 444

GONZÁLEZ QUINTILLA, José Antonio. Derecho Penal Mexicano, 3° Edición, Editorial Porrúa, México, 1996, Pág: 1011

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida, 4° Edición, Editorial Trillas, México, 1998, Pág. 400

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad, Editorial Porrúa, México, 1975, Pág. 310

LÓPEZ BENTANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito, 9° Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, Pág. 303

MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano, 1° Edición, Editorial Porrúa, México, 1997, Pág. 714

MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. Derecho Penal, Parte General, 4° Edición, Editorial Trillas, México, 1997, Pág. 320

MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Teoría Legalista del Delito, Editorial Porrúa, México, 1994, Pág. 222

ORRELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Teoría del Delito, 10° Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, Pág. 216

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 14ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1999, Pág. 652

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, 19ª Edición, Editorial Porrúa, 2001, Pág. 508

REYNOSO DÁVILA, Roberto. Teoría General del Derecho, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, Pág. 362

VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, 3ª Reimpresión, Editorial Trillas, México, 1997, Pág. 431

Antijuricidad y Justificación, Editorial Porrúa, 3ª Edición, México, 1996, Pág. 397

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 5ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1990, Pág. 640

EXTRANJERA

ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal, Tomo I, 8ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1988, Pág. 614

BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1989, Pág. 261

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Introducción al Derecho Penal, 2ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1994, Pág. 287

CARRARA, Francisco. Derecho Penal, Editorial Mexicana, México, 1997, Pág. 230

CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español, Tomo III, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, Pág. 319

DÍAZ PALOS, Fernando. Dolo Penal, Editorial Bosch, Barcelona, Sin Año, Pág. 114

DONNA, Edgardo Alberto. Teoría del Delito y de la Pena, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, Pág. 541

FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 2ª Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, Pág. 657

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad, Centro de Estudios Román Arces, Madrid, 1990, Pág. 327

GOLDSCHMIDT, James. La Concepción Normativa de la Culpabilidad, Traducción de Margarete de Goldschmidt y Ricardo C. Nuñez, Buenos Aires, 1943, Pág. 467

GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. Derecho Penal, Parte General, Editorial Civitas, Madrid, 1987, Pág. 279

GRAF ZU DOHNA, Alexander. La Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de Carlos Fontán Balestra, 4ª Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, Pág. 108

JAKOBS, Gunther. La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Traducción de Manuel Cancio Melia, Editorial Civitas, Madrid, 1996, Pág. 207

Estudio de Derecho Penal, Traducción de Enrique Peñaranda Damos y Carlos J. Suárez González, Editorial Civitas, Madrid, 1997, Pág. 480

JÍMENEZ DE ASÚA, Luis. La Ley y el Delito, 3ª Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1990, Pág. 578

MAGGIORE, Guiseppe. Derecho Penal, Tomo I, 2ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1989, Pág. 642

MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Traducción de Jorge Bofil Genzsh y Enrique Aimone Gibson, 7ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, Pág. 422

MEZGER, Edmundo. Derecho Penal, Parte General, 3ª Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1996, Pág. 450

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General, 2° Edición, Editorial Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1985, Pág. 278

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, Pág. 275

PESSINA, Enrique. Elementos de Derecho Penal, Traducción de Hilarión González del Castillo, 4° Edición, Editorial Reus, Madrid, 1936, Pág. 472

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho Penal, Parte General, T.I, Editorial Bosch, Barcelona, 1990, Pág. 359

RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal, Tomo I, Traducción de Jorge Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 1975, Pág. 455

REYES ECHANDIA, Alfonso. Tipicidad, 6° Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1989, Pág. 299

La Antijuricidad, 4° Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1991, Pág. 297

REYES ALVARDO, Yesis. Imputación Objetiva, Editorial Temis, Bogotá, 1944, Pág. 328

ROMAGNOSI, Giandomenico. Génesis del Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1956, Pág. 760

ROMERO, Gladis. Casos de Derecho Penal, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1992, Pág. 267

RODRÍGUEZ DEVESEA, José María. Derecho Penal Español, 14° Edición, Editorial Dykison, Madrid, 1944, Pág. 1071

ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema de Derecho Penal, Traducción Francisco Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, 1972, Pág. 81

Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, Pág. 210

- Teoría del Tipo Penal, Traducción Enrique Bacigalupo, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1979, Pág. 303**
- SAUER, Guillermo. Derecho Penal, Traducción de Juan del Rosal y José Cerezo Mir, Editorial Bosch, Barcelona, 1956, Pág. 431**
- SHUNEMAN, Bernd. Introducción al Razonamiento Sistemático en Derecho Penal, Traducción de Jesús María Silva Sánchez, Editorial Tecnos, España, 1988, Pág. 692**
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo I, 8° Edición, Editorial Tipográfica, Buenos Aires, 1978, Pág. 426**
- S. VIDAL, Humberto. Ilícitud, Justificación y Exceso, Editorial Córdoba, Córdoba, 1985, Pág. 268**
- STRATENWERTH, Gunter. Derecho Penal, Parte General, Traducción de Gladis Romero, Editorial Edersa, Madrid, 1976, Pág. 356**
- TULIO RUIZ, Servio. La Concepción del Delito en el Código Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1983, Pág. 335**
- VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Traducción de Luis Jiménez de Asúa, Editorial Reus, Madrid, 1916, Pág. 195**
- WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, 4° Edición, Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993, Pág. 403**
- La Teoría de la Acción Finalista, Traducción de Eduardo Friker, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1951, Pág. 375**
- WESSELS, Johannes. Derecho Penal, Parte General, Traducción de Conrado A. Finzi, 6° Edición, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1980, Pág. 263**
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Manual de Derecho Penal, 4° Reimpresión, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, Pág. 857**

DICCIONARIOS

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, 10° Edición, Editorial Heliasta, 1993, Pág. 987

Diccionario de la Lengua Española, 22° Edición, Real Academia Española, Madrid, 2001, Pág. 1614

JARAMILLO GIL, Pullo. Diccionario Jurídico Penal, Editorial Librería Profesional, Bogotá, 1991, Pág. 642

PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas, Mayun Ediciones, México, 1996, Pág. 426

RAMÍREZ GRONDA, Juan D. Diccionario Jurídico, 14° Edición, Editorial Claridad, Argentina, 1998, Pág. 592

CÓDIGOS

Código Penal Alemán

Código Penal de Veracruz

Código Penal de Martínez de Castro

Código Penal de Almaráz

Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Código Penal vigente para el Distrito Federal.