



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

---

---

**FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

**“PROPUESTA DE TEORÍA ECLÈCTICA  
DEL DELITO”**

**T E S I S**

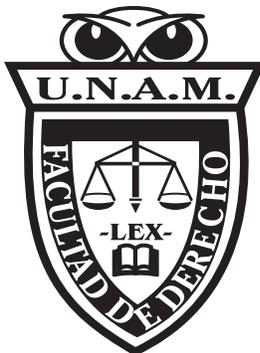
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA:

**DANIEL ENRIQUE RAMÍREZ ROJAS**

ASESOR:

**LIC. ARTURO LUIS COSSIO ZAZUETA**



**CIUDAD UNIVERSITARIA, COYOACÁN, CIUDAD DE MÉXICO,  
SEPTIEMBRE DE 2018**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

**SEMINARIO DE DERECHO PENAL  
OFICIO INTERNO FDER/SP/52/09/2018  
ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS**

**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN  
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.  
P R E S E N T E.**

El alumno: **DANIEL ENRIQUE RAMÍREZ ROJAS**, con No. de Cuenta: **309216380**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. **ARTURO LUIS COSSÍO ZAZUETA**, la tesis profesional titulada "**PROPUESTA DE TEORÍA ECLÉCTICA DEL DELITO**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor, LIC. **ARTURO LUIS COSSÍO ZAZUETA**, en su calidad de asesor, informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis: "**PROPUESTA DE TEORÍA ECLÉCTICA DEL DELITO**" puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno **DANIEL ENRIQUE RAMÍREZ ROJAS**:

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

Sin otro particular, agradezco anticipadamente la atención que le dé a la presente solicitud, y aprovecho para enviarle un saludo cordial.

**A T E N T A M E N T E**  
**"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"**  
Cd. Universitaria, D. F., 10 de septiembre de 2018

**MTRO. CARLOS ERNESTO BARRAGÁN Y SALVATIERRA**  
**DIRECTOR DEL SEMINARIO**



“A Dios, mi madre Teresa, mi padre José, David, Edgar, Humberto, familia en general, amigos, mentores y profesores, junto con todo a aquél que hace de este mundo un lugar mejor...”

“A mis hermanos, mi primera comunidad: gracias por creer”.

“A la Universidad Nacional Autónoma de México, en cuyo seno he recibido tanto; a la Facultad de Derecho, por ser mi Alma Mater y darme herramientas para el futuro; al Seminario de Derecho Penal, por aceptarme e impulsar este proyecto; y a mi Asesor y Mentor, por guiar mis pasos en esta carrera, y por darme la oportunidad de trabajar con él pese a muchas circunstancias”.

“A mis mentores Valverde Huerta, Matamoros Franco, Domínguez Tzoni, Muñoz Cota Pérez, Regino García y Cossío Zazueta, a quien gracias a ellos elegí mi camino, dejándome enseñanzas en el corazón”.

## Índice

|   | Página |
|---|--------|
| Introducción  | I      |
| Capítulo Primero  |        |
| Generalidades del Derecho Penal                               | 1      |
| 1.1 Definición del Derecho Penal                              | 1      |
| 1.1.1 Sobre la definición de Derecho en general               | 1      |
| 1.1.2 Definición del Derecho Penal                            | 5      |
| 1.1.3 Características del Derecho Penal y principios rectores | 12     |
| 1.2 Filosofía del Derecho Penal                               | 17     |
| 1.2.1 Teoría del Derecho como base de la filosofía jurídica   | 19     |
| a) Iusnaturalismo   | 21     |
| b) Escuela Psicologista del Derecho                           | 24     |
| c) Escuela Norteamericana del Derecho                         | 25     |
| 1.2.1.1 Acerca de la Ciencia del Derecho                      | 26     |
| 1.2.2 Acerca de la Filosofía y la Filosofía del Derecho       | 29     |
| 1.3 La Teoría del Delito en la Doctrina Jurídico Penal        | 39     |
| Capítulo Segundo  |        |
| Principales Teorías del Delito Existentes                     | 42     |
| 2.1 Introducción  | 42     |
| 2.2 Causalismo  | 47     |
| 2.2.1 Antecedentes de la corriente teórica                    | 48     |
| 2.2.2 Principales exponentes                                  | 49     |
| 2.2.2.1 Franz Von Liszt                                       | 49     |
| 2.2.2.1.1. Acto   | 51     |
| a) Comisión   | 53     |
| b) Omisión  | 54     |

|   |     |
|---|-----|
| 2.2.2.1.2 Antijuridicidad                         | 55  |
| 2.2.2.1.3 Culpabilidad                            | 61  |
| 2.2.2.1.4 Criticas particulares                   | 65  |
| 2.2.2.2 Ernst Von Beling                          | 67  |
| 2.2.2.2.1 Críticas particulares                   | 73  |
| 2.2.3 Principales críticas a la teoría causalista | 75  |
| 2.3 Neocausalismo                                 | 76  |
| 2.3.1 Antecedentes de la corriente teórica        | 76  |
| 2.3.2 Principales Exponentes                      | 77  |
| 2.3.2.1 Edmundo Mezger                            | 77  |
| 2.3.2.1.1 Criticas particulares                   | 80  |
| 2.3.2.2 Luis Jiménez de Asúa                      | 82  |
| 2.3.3 Criticas al Neocausalismo                   | 84  |
| 2.4 Finalismo                                     | 85  |
| 2.4.1 Antecedentes de la corriente teórica        | 85  |
| 2.4.2 Principal exponente                         | 86  |
| 2.4.2.1 Hans Welzel                               | 86  |
| 2.4.2.1.1 Conducta                                | 87  |
| 2.4.2.1.1.1 a) Teoría de la acción                | 87  |
| 2.4.2.1.2 Causalidad                              | 91  |
| 2.4.2.1.3 Tipicidad                               | 94  |
| 2.4.2.1.3.1 Tipo                                  | 96  |
| 2.4.2.1.4 Antijuridicidad                         | 99  |
| 2.4.2.1.5 Dolo                                    | 101 |
| 2.4.2.1.6 Culpabilidad                            | 109 |
| 2.4.2.1.7 Criticas particulares                   | 114 |
| 2.5 Funcionalismo                                 | 115 |
| 2.5.1 Antecedentes de la corriente teórica        | 115 |
| 2.5.2 Principales exponentes                      | 116 |
| 2.5.2.1 Claus Roxin                               | 117 |
| 2.5.2.2 Gunther Jakobs                            | 127 |

|  |     |
|--|-----|
| 2.5.3 Conclusiones sobre la teoría funcionalista del delito  | 131 |
| 2.6 Conclusiones generales   | 131 |
| Capítulo Tercero   |     |
| Propuesta de Teoría Ecléctica del Delito   | 133 |
| 3.1 Marco Filosófico   | 133 |
| 3.2 Concepto de delito   | 138 |
| 3.3 Características del Delito   | 141 |
| 3.3.1 Elementos del Delito   | 144 |
| 3.3.1.1 Conducta   | 144 |
| 3.3.1.1.1 Sobre la Imputación  | 148 |
| 3.3.1.2 Tipicidad  | 151 |
| 3.3.1.3 Antijuridicidad  | 155 |
| 3.3.1.4 Responsabilidad y Culpabilidad   | 157 |
| 3.3.1.4.1 Culpabilidad (Elemento de la Responsabilidad)  | 158 |
| 3.3.1.4.1.1 Imputabilidad (Elemento de la Culpabilidad)  | 160 |
| 3.3.1.4.1.2 Disertaciones en torno a la valoración de la culpabilidad y el poder actuar en lugar de ello | 163 |
| 3.3.1.4.2 Necesidad preventiva   | 166 |
| 3.3.1.5 Punibilidad  | 169 |
| 3.3.1.5.1 La fenomenología como método de valoración   | 171 |
| 3.3.2 Aspectos Negativos del Delito  | 179 |
| 3.3.2.1 Ausencia de Conducta   | 181 |
| 3.3.2.2 Atipicidad   | 182 |
| 3.3.2.3 Causas de licitud  | 184 |
| 3.3.2.4 Exclusión de Responsabilidad   | 186 |
| 3.3.2.4.1 Inculpabilidad   | 186 |
| 3.3.2.4.1.1 Inimputabilidad  | 187 |
| 3.3.2.4.1.2 Inexigibilidad de otra conducta  | 189 |

|   |     |
|---|-----|
| 3.3.2.4.2 Ausencia de Necesidad Preventiva                      | 191 |
| 3.3.2.4 Excusas absolutorias                                    | 193 |
| Capítulo Cuarto   |     |
| Ventajas sobre la adopción de la concepción de la teoría        | 196 |
| 4.1 Introducción  | 196 |
| 4.2 Dogmática   | 197 |
| 4.3 Didáctica   | 200 |
| 4.4 Aplicación  | 203 |
| 4.4.1 Impartición de Justicia en materia de Derechos<br>Humanos | 204 |
| Conclusiones  | 206 |
| Propuesta   | 209 |
| Bibliografía  | 213 |

## Introducción

### Propuesta de Teoría Ecléctica del Delito

En la actualidad, existen distintas posturas en la doctrina para estudiar la teoría del delito, propias del análisis dogmático que ella encierra; como cada una de ellas brinda un enfoque distinto a la concepción y existencia del delito, y como la teoría de cada autor engloba un pensamiento general de su época, se debe partir desde distintas ideas (en ocasiones, hasta contrarias que nos brinda la actualización de conocimientos que se han recabado a la fecha) para comprender las ideas que cada autor realiza en su estudio, y con ello, poder realizar un estudio comparativo en aras de obtener una interpretación más actualizada en torno a la dogmática, sin desentendernos de los antecedentes que fundaron las bases teóricas, y contemplar con ello su evolución.

Sucede en la actualidad que los fundamentos teóricos de acuerdo a cada contexto en particular han sido superados eventualmente; Por lo tanto, no es posible continuar tomando algunas posturas efectivamente como válidas para una realidad y contexto completamente diferentes: Es por ello que surge la necesidad de realizar un estudio comparativo cuya finalidad sea la conciliación de la conceptualización dogmática, buscando a lo largo de la labor actualizar aquellos esquemas propuestos con anterioridad, así como ir desechando ideas que ya no son compatibles con nuestra actualidad.

Por lo anterior, se considera qué teniendo bases más sólidas sobre el estudio de la teoría del delito, y derrumbando conceptos y esquemas que en la realidad actual han sido superados, se facilitaría de forma significativa la enseñanza de la dogmática jurídico penal y con ello, la elaboración de procesos más técnicos en el análisis jurídico realizado por todo aquél involucrado en la materia.

Existe la idea fundada de que hay elementos suficientes para poder conciliar diversas corrientes dogmáticas razonadamente con base en sus principios, fundamentos y otras concepciones base que sirven como punto de partida para todo estudio de las teorías del delito: muchos de los criterios para el análisis de la teoría del delito han sido ya explorados a profundidad, al grado de crear estudios autónomos sobre los conceptos que en ella se manejan, lo que da a entender que se parte claramente de un consenso de los pilares de la materia, así como las distintas ópticas que en ellos se analizan.

Sin embargo, con la conciliación de las teorías que han precedido, el enfoque fenomenológico en el análisis de la responsabilidad jurídico-penal, así como la adopción de un criterio teórico distinto se convierten en factores que permitirán construir una teoría del delito más eficaz que logre afianzar el avance en el replanteamiento de la necesidad de la pena, y como es que ello se debe acreditar.

El problema a resolver a través de este estudio es la búsqueda de una estructura teórica diferente que permita conciliar puntos de los diversos exponentes de las principales teorías del delito existentes, con el objetivo de conseguir una comprensión más amplia de las conceptualizaciones, actualizando los principales marcos teóricos y filosóficos, y prevenir con ello que la ignorancia dogmática sea un obstáculo en el proceso técnico del Derecho Penal, así como brindar una sistematización que otorgue fundamentos sólidos para que, a partir de ella, se obtenga un análisis completamente diferente de cada percepción teórica y con ello se modifiquen también los alcances interpretativos del éste.

Las realidades de los autores exponentes de las principales corrientes de la teoría del delito sobre los cuales se realiza el comparativo son significativamente distantes a los tiempos actuales, y dado que los problemas que envolvían a un periodo no son los mismos que los que tenemos en la actualidad, debemos de hacer un reconocimiento de aquellas posturas que no concuerdan con los ideales postulados como las directrices de todo el sistema jurídico actual, así como la

determinación de posturas filosóficas concretas para poder continuar delimitando nuestros tiempos.

Es por ello que debemos tomar el estado en el que nos encontramos como punto de partida para la evolución de la dogmática penal, ya que siendo estos tiempos considerados como de avance en materia de Derechos Humanos, mismos que han sido reconocidos plenamente en diversas esferas jurídicas nacionales e internacionales, y siendo éste un Estado Liberal, Democrático y de Derecho, con ideas propias y con pensamientos filosóficos distintos a los del siglo pasado, es que se encuentra tierra fértil para la estructuración de un pensamiento dogmático distinto al de los predecesores.

## Capítulo Primero

### Generalidades del Derecho Penal

#### 1.1 Definición del Derecho Penal

En este capítulo se abordará el significado de conceptos básicos para la comprensión de la teoría del delito, comenzando desde los cimientos de la definición del Derecho, campo del conocimiento al que pertenece el Derecho Penal (y consecuentemente, la teoría del delito), para posteriormente especificar la definición del Derecho Penal, sus principios y su profundización y vinculación teórica con la Filosofía del Derecho Penal, junto con su respectiva utilidad en la construcción de una teoría del delito acorde al eclecticismo, corriente filosófica de auxilio en la comprensión de la presente tesis, y su relación directa como estudio interdisciplinario.

##### 1.1.1 Sobre la definición del Derecho en general

Este apartado propone una definición del Derecho propia a partir de definiciones clásicas, para entender al Derecho Penal desde su fundamento y con posterioridad ubicar a la teoría del delito dentro del campo del Derecho Penal.

Entender la complejidad de la teoría del delito –como parte del Derecho Penal- involucra que el Derecho sea definido. El Derecho Penal debe ser entendido como uno de los integrantes del Derecho en general, por lo que debe ser definido y expuesto en el marco de sus fundamentos teóricos, a manera de estudio preliminar resulta necesario.

Hay que acotar, inicialmente, que el significado de lo que es el Derecho es aún una incógnita entre los más destacados estudiosos del campo, por lo que no se ahondará sino en lo sustancial para expresar la necesidad de entender al Derecho Penal, -y como uno de sus campos, a la teoría del delito-, desde sus bases.

Miguel Villoro Toranzo escribe de forma preliminar que la forma en que debe de entenderse el Derecho inicialmente parte de cuatro acepciones fundamentales:

- 1) Como facultad: tener derecho a usar la propiedad de algo; Más adelante lo denominará como derecho subjetivo.<sup>1</sup>
- 2) Como ciencia, del cual deriva el estudio del Derecho;
- 3) Como ideal ético o moral, pensado usualmente vinculado a la justicia;
- 4) Como norma o sistema de normas.<sup>2</sup> Más adelante es llamado Derecho objetivo, “*porque es considerado en sí mismo, como objeto de estudio, independientemente del o de los sujetos en que recae su imperio*”.<sup>3</sup>

Menciona también que los aspectos intermedios pueden ser reducidos a los sentidos del derecho objetivo, “*puesto que norma la conducta de los hombres en sus relaciones sociales*”, y “*la ciencia del derecho tiene como objeto tanto al estudio de los derechos subjetivos como el de los objetivos*”.<sup>4</sup>

El derecho vigente es llamado orden jurídico vigente por Eduardo García Maynez, y lo define como el “*conjunto de normas impero atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias*”.<sup>5</sup> Agrega que para que las normas sean vigentes, debe cumplir determinados supuestos que la región requiera para tal efecto (ej. aprobación y publicación de leyes).

Pero tratar de estudiar al Derecho en esos términos resultaría difícil, ya que existe una pluralidad de normas que podría dar lugar a diversas interpretaciones equivocadas: por eso, Eduardo García Maynez también menciona que la tarea de sistematización es importante en tanto que “*no termina al ser agrupadas las reglas de derecho con disciplinas especiales*”, sino que “*debe continuar en el ámbito de cada una de ellas*”.<sup>6</sup> Por eso, define que “*Institución es*

---

<sup>1</sup> Este concepto, propio del Derecho Civil, le es ajeno a la materia, puesto que no hay propiamente un interés jurídicamente protegido; Pero encuentra su homologado, según Luis Jiménez de Asúa, en el *ius punendi*, facultado al Estado por su carácter sancionador y como proceso evolutivo del Derecho penal, y limitado por los principios rectores de la materia. Véase Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito*, Ed. Sudamericana, Argentina, 1990, p. 21.

<sup>2</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 12ª Ed., Porrúa, México, 1996. p. 6.

<sup>3</sup> Ídem.

<sup>4</sup> Ídem.

<sup>5</sup> García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 2013, p. 37.

<sup>6</sup> *Ibidem.*, p. 128.

*el núcleo de preceptos que reglamentan relaciones de igual naturaleza*<sup>7</sup>, para así cumplir con los fines de la sistematización.

Sin embargo, es conveniente expresar que el concepto de institución no debe ser necesariamente el señalado (aunque sí el más acertado), sino que también debe interpretarse como todas las estructuras que, como agrupaciones, persiguen como finalidad la permanencia a través del tiempo y la independencia de la persona con el ente jurídico que realiza actos: por eso, también se considera para la definición del Derecho las labores que involucran estos órganos.

Una vez que hemos analizado algunas definiciones de lo que significa, el Derecho objetivo será entendido para este trabajo a partir de una definición propia como *“el sistema de normas, principios e instituciones que regulan la conducta humana en la sociedad sujetas a cambio en función del tiempo y lugar”*, según una definición construida a partir del análisis de las propuestas realizadas por los autores citados previamente.

De dicha definición, surgen aspectos importantes que ameritan una acotación en este trabajo para realizar anotaciones importantes sobre ellos:

a) Es conveniente establecer desde el inicio qué debido a consideraciones particulares sobre la sistematización del conocimiento de una determinada rama, es que se concluye que el Derecho es un sistema:

El Derecho es una parte constitutiva de las ciencias sociales debido a que tiene un método específico sobre el cual se analiza el objeto de estudio<sup>8</sup>: este método, determinante para que el Derecho ganara una clasificación entre la ciencia, ha evolucionado a lo largo de los años. Por esta razón se ha concluido que el conjunto de conocimientos, como parte de una teoría lógica de los conjuntos, por sí no necesariamente involucra una interacción e interrelación (en muchas ocasiones, necesaria para poder entender a plenitud los alcances de los problemas del Derecho), y aislarlo a manera de conjunto resulta insuficiente por lo que hace a su estructura lógica formal.

---

<sup>7</sup> Ídem.

<sup>8</sup> Íbidem., pp. 63, 120.

b) Por otra parte, se piensa que la norma es la fuente primordial de donde va a emanar el Derecho que se va a aplicar, puesto que la norma contiene determinadas características que le hacen ser diferenciada de cualquier otro mandato o imperativo categórico, o al menos eso es lo que trató de expresar Hans Kelsen en sus ideas manifestadas en su *Teoría Pura del Derecho*.<sup>9</sup> La realidad es que, además de las fuentes formales del Derecho<sup>10</sup>, existen diversos elementos que terminan de constituir la compleja realidad del Derecho. Es por ello que se añade a la idea, de forma esencial en la definición, los principios<sup>11</sup>, y las instituciones, pues son ellas las que dan directriz y aplican de forma fáctica el derecho y regulan de forma efectiva al humano en un ambiente social.

c) El fin del Derecho es –o se le ha considerado de ese modo, al menos– el realizar la función de control social para la convivencia armónica de los individuos en una colectividad. Edgar Bodenheimer señala que “*por su propia naturaleza, el Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social...*”<sup>12</sup>: entendiendo a la anarquía como la representación del poder en manos de particulares, así como al despotismo como la representación del poder del Estado, sin considerar la pluralidad de factores que influyen para el control social, así como la pelea dinámica existente entre la posesión del poder.

d) También, por la forma en que varía el Derecho según una temporalidad y lugar determinados, puede presentar problemas de aplicación e interpretación. La mención de este problema es necesaria a nivel de la definición a causa de que esta variabilidad en la aplicación de un Derecho distinto por razón de temporalidad o de lugar trae como consecuencia de ello la competencia y vigencia de las leyes, temas determinantes para saber solucionar conflictos entre diversos entes, jurisdicciones e instituciones como tal; tales son los ejemplos de la extradición, con la serie de presupuestos para poder realizarse, o la autoridad que deberá conocer de determinado delito en razón de su competencia territorial.

---

<sup>9</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 4a Ed., 9a Reimpresión, Editorial Eudeba, Argentina, 1960. p. 29.

<sup>10</sup> García Maynez, Óp. Cit. p. 12.

<sup>11</sup> Véase infra *Iusnaturalismo*, p. 21 de esta investigación.

<sup>12</sup> Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, Trad. Herrero, Vicente, 7ª Reimpresión, 2ª Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2010, Colección Teoría del Derecho. p. 28. Cabe aclarar sobre este punto que la visión de este autor está seriamente marcada por la dicotomía entre el poder y el derecho, siendo para él uno de los factores más importantes que componen a la definición del Derecho, de la mano del origen del Estado, y la teleología intrínseca de la Justicia como justificante de su adopción y aplicación. Cfr. Capítulos I al IV pp. 15 - 72

Es posible mencionar, incluso, que para saber a plenitud que significa el Derecho, según cada concepción de una cultura en general, no basta únicamente asociar la ley con el Derecho, pues como ya se ha expresado por otros autores, la ley es solo una de las fuentes formales de éste, y no así el sistema regulatorio en general.

Este error es cometido generalmente en los países que han adaptado el sistema jurídico del *Common Law*, donde encuentran en la ley misma el sustento a todo el campo de estudio jurídico, empero que, en países de una cultura jurídica ajena a ella (como los de tradición neorromanista, a la que pertenece nuestro país) se ha encontrado ya una diversificación de las formas de estudio de las cuestiones jurídicas más allá de la ley, mismas que pertenecen más formalmente al campo de la Teoría del Derecho.<sup>13</sup>

Así definido, entendiendo entonces al Derecho como lo enunciamos, se pueden destacar a nivel de definición los aspectos fundamentales sobre los cuales se ciñe el estudio jurídico, y siendo este el sustento del Derecho Penal en general.

### 1.1.2 Definición del Derecho Penal

Comprendida la noción del Derecho en general, propondremos la definición de Derecho Penal para los efectos de este trabajo, considerando en su definición la finalidad, el alcance y características específicas de la materia.

El Derecho Penal tiene un campo de estudio más restringido, y se enfoca a cuestiones muy concretas, pero que para el sujeto que ha de tomar el papel de justiciable tanto como para la comunidad en general revisten una gran importancia. En esta rama, se concentrará el poder punitivo y los últimos controles sociales en aras de la protección de aquellos bienes jurídicamente tutelados de mayor relevancia para una colectividad.

Fernando Castellanos Tena (parafraseando en su obra a Giuseppe Maggiore), establece que, según sea visto, el Derecho Penal es entendido como Ciencia del Derecho Penal, “*estimada como una rama del conocimiento humano*

---

<sup>13</sup> Sobre temas de Derecho comparado, su clasificación y países a los que corresponden, consúltese Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Porrúa, México, 2013.

*compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual*".<sup>14</sup> Esta propuesta aún nos deja incertidumbre sobre su naturaleza: más adelante, nos menciona también que el Derecho Penal puede ser entendido como el "*sistema de normas, o como el sistema de conceptos científicos sobre el delito, el delincuente y la pena*"<sup>15</sup>, lo cual nos ayuda a diferenciar de forma primaria el campo de estudio al que nos ceñiremos; pero que no constituye como tal la explicación suficiente.

Así, Fernando Castellanos Tena define al Derecho Penal objetivo como la "*rama del derecho público interna relativa a los delitos, las penas y las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y conservación del orden social*"<sup>16</sup>. Por su parte, Celestino Porte Petit Candaudap menciona una definición acorde con la anterior, siendo el Derecho Penal para él "*el conjunto de normas que determinan el delito, las penas y las medidas de seguridad*".<sup>17</sup>

Fernando Castellanos Tena refiere que Eugenio Cuello Calón ha considerado a la Ciencia del Derecho Penal como "*el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena, y a las medidas de seguridad*"<sup>18</sup>, dejando entrever con ello la confirmación de las ideas expuestas líneas arriba de Miguel Villoro Toranzo. Agrega además que, por su naturaleza, la Ciencia del Derecho Penal es esencialmente normativa, de la cual derivan las ciencias penales, las cuales "*no intentan guiar la conducta humana, sino explicar causas, estudiar el nexo entre el delito y los factores que influyen en su producción*"<sup>19</sup>, haciendo con ello un estudio extensivo, multidisciplinario y con diversos enfoques, que en la doctrina criminológica se ha denominado la Constelación de las Ciencias Penales.

A pesar de que no son las únicas definiciones de Derecho Penal que podemos encontrar, si son las principales para entender de forma preliminar la

---

<sup>14</sup> Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal: Parte General*, 47ª Ed. Porrúa, México, 2006, p. 19.

<sup>15</sup> Ídem.

<sup>16</sup> *Ibidem.*, p. 20.

<sup>17</sup> Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*, 18ª Ed., Porrúa, México, 1999, p. 16.

<sup>18</sup> Castellanos, Óp. Cit., p. 24.

<sup>19</sup> *Ibidem.*, p. 25.

diferenciación del Derecho Penal con las ciencias penales. Entre otras definiciones existentes sobre el Derecho Penal figuran las siguientes:

Para Hans Welzel, el *Derecho Penal* es concebido como: “*aquella parte del ordenamiento jurídico determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad*”, diferenciándole de la *ciencia penal*, la cual ubica como el “*desarrollar y explicar estas reglas jurídicas en su conexión interna...*”, definiéndola como “*ciencia práctica no solo porque sirve a la administración de justicia sino también, en un sentido más profundo, en cuanto es una teoría del actuar humano justo e injusto, de modo que sus última raíces tocan los conceptos fundamentales de la filosofía práctica*”.<sup>20</sup>

Por otro lado, Luis Jiménez de Asúa, en su tratado *Principios de Derecho Penal: la Ley y el Delito* nos detalla que para él, Derecho Penal es: “*Derecho público, normativo, valorativo y finalista, que tiene la norma y el bien jurídico como polos de su eje y cuya naturaleza es eminentemente sancionadora*”<sup>21</sup>, destacando de su definición el elemento normativo, que hace referencia directa al derecho objetivo, y sobresaltando su carácter sancionador.

Ernst Von Beling menciona en su *Esquema de Derecho Penal* que el Derecho Penal es: “*el conjunto de preceptos jurídicos por medio de los cuales se determina cuándo, cómo y bajo qué condiciones previas alguien debe sufrir una pena*”.<sup>22</sup>

Las definiciones anteriores nos dan un panorama de las variantes conceptuales que intervienen en la construcción de las definiciones del Derecho Penal; pero, para efectos de este trabajo, sabremos que aquellas variaciones tienden a encaminarse en el mismo sentido que se señaló.

Así mismo se debe hacer una diferencia dentro del mismo Derecho Penal objetivo, en el cual se habla de una clasificación del contenido de cada una de esas regulaciones, teniendo entonces como partes integrantes:

---

<sup>20</sup> Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Trad. Bustos Ramírez, Juan, 11ª Ed., 4ª Ed. castellana, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993, p. 1

<sup>21</sup> Jiménez de Asúa, *Principios...*, cit., p. 19.

<sup>22</sup> Beling, Ernst Von, *Esquema de Derecho Penal y la Doctrina del Delito-Tipo*, Trad. Soler, Sebastián, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003. p. 1.

a) El Derecho Penal material o sustantivo, en donde encontramos el fondo de la materia. A su vez, esta se subdivide en:

1) Parte General, en la cual se normarán las generalidades, los principios rectores sobre los cuales descansa la materia penal, y el marco general de la teoría de la ley penal y la teoría del delito;

2) Parte Especial, la cual se encarga de normar los delitos en particular, los elementos que cada uno deben de tener en su configuración, así como sus características propias según las hipótesis;

b) El Derecho Procesal Penal, donde se encuentran las regulaciones procesales para el cumplimiento de las garantías y principios penales, así como su instrucción hasta su culminación.

c) El Derecho Ejecutivo Penal, que versa principalmente sobre las formas debidas para ejecutar correctamente las sentencias respetando la dignidad de los sentenciados y acorde con los principios que el Derecho Penal sustantivo consagra.

d) De la Justicia para Adolescentes, cuya división particular deriva de la naturaleza de la calidad específica del infractor de la norma penal, pues aunque se pueden cometer delitos graves con su actuar, tanto la sociedad como la norma contemplan que pueden tener un espectro distinto de posibilidades sobre su valoración de la responsabilidad, de tal manera que es trabajado de forma distinta en comparación con los procesos ordinarios.

e) Derecho Penal Militar en el cuál por su naturaleza particular, se requiere un estudio especializado conforme a toda la normatividad que rodea la actividad castrense, y sus medios de respuesta y control.

Aunque reconozcamos plenamente el valor de cada una de las definiciones arriba expuestas, para efectos de aportar una nueva idea bajo el punto de vista particular como definición propia, este trabajo de investigación considerará como propuesta la siguiente definición: Derecho Penal sustantivo es: *“la rama del derecho que regula al delito, los sujetos involucrados en él, sus consecuencias jurídicas, los grados de reacción social, así como las penas y*

*medidas de seguridad, en función de los valores más relevantes para una sociedad*". La definición anterior ha sido considerada de este modo en virtud de que el Derecho Penal se concentra en el estudio de los delitos, las penas, las medidas de seguridad, así como otros elementos de naturaleza sustancial derivado de las anteriores.

Además de la materia sustantiva, la procesal y derivadas de ellas, existen ciencias auxiliares que coadyuvan en el campo del Derecho Penal, comúnmente llamadas Constelación de las Ciencias Penales, en donde disciplinas ajenas al campo mismo del Derecho trabajan vinculadas íntimamente con el sistema penal para fines forenses, político-criminales o de planeación estratégica en la forma de estudiar al delito (por ser este uno de los objetos de regulación centrales del Derecho Penal). Dentro de esas disciplinas podemos mencionar a manera de ejemplo la Medicina Forense, Criminología, Penología, Criminalística, Psicología Forense, entre otras.

Parte de las ciencias penales ofrecen, a partir de esta autonomía teórica y práctica, respuestas a diversas problemáticas que envuelven al Derecho Penal; sin embargo, estas disciplinas son regularmente excluidas del campo sustantivo por su objeto principal distinto al estudio del delito, las penas, medidas de seguridad (pese al hecho de que utilizan definiciones y conceptos teóricos pertenecientes a esta área, por tener un enfoque y finalidad distintos).

Como parte de los esfuerzos eclécticos de este trabajo, comenzaré exponiendo que la forma en que se cimienta la definición plantea una parte de la inclusión de estas disciplinas (particularmente con la Criminología y Penología) para comenzar a relacionarlos más íntimamente, pues tiene como objetivo la búsqueda de un Derecho Penal científico, en la cual ciertas aristas no antes contempladas, sean finalmente abarcadas de una manera más directa y con metodología propias, pero que coadyuvan de forma sobresaliente con los fines del Derecho Penal (aunque su aplicación usual se centre en la ciencia forense).

Para este trabajo de investigación, la presencia de la Criminología como *"ciencia natural, causal, explicativa, dinámica con enfoque biopsicosocial"*<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología*, 7ª Ed., Porrúa, México, 1991, p. 91.

(incluida entre los rasgos de la definición anterior) busca complementar la construcción de una definición más incluyente, pese al hecho de que se consideran terrenos más allá de las fronteras permitidas por la clasificación de las disciplinas teóricas, ya que se sitúa como parte de las Constelación de las Ciencias Penales en su calidad de una ciencia autónoma.

Lo anterior es así porque Luis Rodríguez Manzanera, mientras explica lo que es, señala que la Criminología ha tenido problemas para entenderse por sí misma de forma independiente a los conceptos jurídico-penales, pues es a partir de ellos que se entiende todo el esquema teórico.

No se demerita el lugar que se ha ganado como ciencia autónoma (puesto que, tanto en su aplicación como en sus fundamentos, está comprobada su utilidad como materia independiente), sino que se usa de forma complementaria para entender la extensión completa del Derecho Penal sustantivo, ya que es difícil tratar de entender uno sin otro.

También en dicha definición, se complementa el trabajo de la Penología, puesto que debe reconocerse en todo sistema liberal democrático y de derecho que el respeto a la dignidad humana involucra diferentes factores en la aplicación de la norma, incluyendo con ello la justificación necesaria para fundamentar un castigo ejemplar (una privación de la libertad, por ejemplo, en el peor de los casos; al menos, normativamente, en el derecho mexicano).

Su aporte es necesario en virtud de que la penología emplea desde su concepción una perspectiva muy útil para la valoración correcta de las situaciones concretas, que va de la mano con la teleología del Derecho Penal en general, siendo eso el uso de la terminología *reacción social*. Este concepto, determinante para las actuaciones subsecuentes en lo relativo a procesos del Derecho Penal, son lo que dan legitimidad al poder punitivo para actuar en pro de la colectividad, tomando con ello el nombre común de la colectividad, e impulsando las medidas necesarias para frenar tales perjuicios a la sociedad, en relación con las concepciones de la Criminología y la Penología nombradas como acciones sociales, parasociales, asociales y las que actúan contra la sociedad. Es este el argumento fundamental del poder punitivo del Estado, así como del monopolio del *ius punendi* conferido después de la evolución en la

aplicación del Derecho Penal, desde su etapa inicial con la venganza privada, hasta la aplicación científico humanista que funge como principio rector de la materia. De ahí que se tomen concepciones ajenas al Derecho Penal sustantivo para la definición propuesta, pues resulta complementario al punto que se pretende llegar.

Si bien el utilizar ramas de otras materias que han logrado conseguir su autonomía como disciplinas en la Constelación de las Ciencias Penales acarrea como consecuencia la crítica inicial de no tener permitido la confusión entre distintos campos, no debe olvidarse que el trabajo expuesto busca la conciliación de diversos puntos, tomando lo mejor de cada corriente, y empleándolo de forma distinta para obtener postulados nuevos, aprovechando los conocimientos ya explorados.

Las palabras de Luis Jiménez de Asúa son un referente de lo anterior, a causa de que en su obra *la Ley Penal y el Delito*<sup>24</sup> manifiesta, con justa razón en su argumento, su idea de que el Derecho Penal debía desaparecer para dar lugar a la Criminología pura al citar “...en un futuro más o menos lejano la Criminología imperará sobre el Derecho Penal”, no porque no debiera existir un medio de reacción ante las conductas más aberrantes consideradas así por una sociedad, sino porque el autor reconocía con gran elocuencia el hecho de que el Derecho Penal, de naturaleza puramente castigadora, no era posible de ser concebido en un Estado donde se luchara a favor de las libertades humanas, teniendo como parámetro máximo el respeto a la persona, su carácter humano, siendo defensor, desde aquellas fechas, de los Derechos Humanos en el ámbito penal. Por eso propone que, a través de disciplinas científicas, se logre llegar a distintos resultados, excluyendo, de ser posible en su totalidad, la idea de castigo, puesto que, tarde o temprano, recae en arbitrariedad y despotismo, en caso de no ser bien controlado.

Así mismo, en un tenor similar, pero con otro sentido y en otro contexto, cuando Francisco Muñoz Conde comienza a explicar de forma preliminar la esencia del Derecho Penal, manifiesta, sin duda alguna, que trabajar con la

---

<sup>24</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Principios...*, cit., pp. 72 – 74. Al respecto, véase el contexto de la explicación con referencia a la independencia de la existencia de la criminología como disciplina autónoma, de la mano con el discurso de la búsqueda de la instauración de un sistema liberal, democrático y de Derecho.

materia penal involucra directamente violencia (al menos así lo manifestó en su obra).<sup>25</sup>

Lo anterior provee de argumentos razonables la necesidad de utilizar, durante la presencia de un problema penal, la mediación entre la violencia y la seguridad colectiva, por lo que la terminología de reacción social parece más que adecuado, y comprensible en su justificación de uso.

Con esta conceptualización de lo que significa el Derecho Penal, y tomando en consideración la nueva propuesta de definición del Derecho Penal sustantivo (con el uso de una ciencia auxiliar en la definición) es como se entenderá para los términos de este trabajo de investigación, por las razones expuestas, y repercutirá de forma significativa en la conceptualización de la teoría del Delito.

Expuesta la definición del Derecho Penal, se continuará el estudio a través de las características del Derecho Penal y sus principios rectores para terminar de ubicar el contexto en el que se desenvuelve la teoría del delito, y contemplar un panorama más amplio durante su desarrollo.

### 1.1.3 Características del Derecho Penal y principios rectores

Es importante conocer con detenimiento algunos de los aspectos más relevantes de la materia penal, por lo que se hará una breve exposición del contenido mayormente vinculado a la construcción de una teoría del delito, como exploración de los fundamentos que dan sustento al Derecho Penal.

La finalidad o teleología del Derecho Penal está encaminada a la protección de los bienes jurídicamente tutelados más importantes para una sociedad<sup>26</sup>, no porque deba protegerse al bien jurídico como tal, sino como una forma de hacer respetar esos valores sociales más trascendentales, así como la debida conservación de las condiciones mínimas de convivencia social; y se dirige principalmente a la búsqueda de lograr un efecto respondiente inmediato al acto que se considera anti social, que atenta contra los bienes jurídicamente

---

<sup>25</sup> Muñoz Conde y García Arán, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 8ª Ed., Tirant lo Blanch, España, 2010, p. 71.

<sup>26</sup> Welzel, Hans, *Derecho Penal...*, Óp. Cit. p. 5: "La misión del Derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de la conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de bienes jurídicos particulares"; Muñoz Conde, *Derecho Penal...*, Óp. Cit., p. 58.

tutelados por la sociedad, y cuya comisión involucra las conductas más aberrantes para la misma (de lo contrario, no sería materia de esta área del derecho); pero, además de ello, busca, entre otras cosas, la reparación del daño y que el acto no quede impune (o al menos así lo consagra el artículo 20 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*).<sup>27</sup> Por esta razón, se considera que la finalidad del Derecho Penal también se encuentra vinculado a dos metas particulares (más no exclusivas): cuyas finalidades específicas son la Prevención y la Justicia.

La norma penal tiene esencialmente la función de “*proteger las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, a los individuos para que se abstengan a dañar esas condiciones elementales*”, en palabras de Francisco Muñoz Conde.<sup>28</sup>

Por otro lado, el Derecho Penal también se rige por principios que constituyen el punto de partida en cualquier proceso relacionado con esta materia. Los principios que rigen al Derecho Penal son el resultado de un proceso evolutivo muy tortuoso para quien lo padeció injustamente, y queda como evidencia de la falta de racionalidad en medidas a lo largo de la historia. Estos principios surgen como una oposición a la tiranía imperante en cada época, y que dejó huella en la historia por la gran cantidad de abusos cometidos al justiciable por parte de una autoridad arbitraria quién, a falta de una fuerza contraria que le delimitara, tuvo que buscar una regulación para evitar la arbitrariedad.

Varios de esos principios, sin embargo, no fueron materializados sino hasta después de muchos años de mala aplicación y de víctimas de su circunstancia que se empieza a crear un marco normativo necesario y suficiente para hacer respetar la dignidad humana. No fue sino hasta después de la obra de Cesar Bonesana, Marqués de Beccaria que empezaron a denunciarse a través de escritos los principios orientadores del Derecho Penal moderno<sup>29</sup>, y

---

<sup>27</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ed. ISEF., México, 2017, p. 18.

<sup>28</sup> Muñoz Conde, *Op. Cit.*, p. 71.

<sup>29</sup> “*Tratado de los delitos y las penas*” fue el libro que denunció de forma directa la mala aplicación del Derecho penal al arbitrio y capricho de las autoridades de la época, y fue a través de la observación que propuso diversos criterios orientadores, tanto de naturaleza sustantiva como procesal, para evitar que la materia penal fuera siendo usada como un brazo armado de la autoridad en turno.

que dejan en evidencia los malos tratos que ha sufrido la población a través de los años.

Los principios más importantes y propios de la materia, destacan como los siguientes:

#### 1) Principio de Legalidad

Este principio es el rector de la materia penal (y en general, de todo derecho sancionador), pues su postulado es de observancia obligatoria en todos los actos de autoridad que tienen lugar en el mundo factico.

Este principio, expresado por el “*nullum crime sine lege*” guía al Derecho Penal en todos los aspectos, por lo que se convierte en el pilar de la materia, sin el cual, no sería posible la concepción de la materia penal moderna tal y como la conocemos. Debemos evitar confundir al ‘principio’ con la ‘garantía’ (situación que se encuentra debidamente fundada por las razones que expone Francisco Muñoz Conde, citado adelante)<sup>30</sup> dado que en su contenido son materialmente diferentes, pues la primera busca guiar la actividad del Derecho Penal, mientras que la segunda es una protección constitucional que se ofrece a los gobernados en general para evitar la arbitrariedad en la actuación de la autoridad en un Estado de Derecho.

El principio de legalidad se encuentra subdividido en dos sub principios necesarios:

##### a) Principio de Exacta Aplicación de la Ley Penal

Este sub principio, que refleja de forma concreta al principio de legalidad desde su concepción, es una sub rama de la garantía constitucional, y especifica que la ley penal solo puede aplicarse cuando se encuentre exactamente en la hipótesis concreta que señala la ley penal, por lo que no se podrá interpretar por analogía, ni por mayoría de razón, pena alguna, sino únicamente por la aplicación de una norma penal prohibitiva concreta, y dentro de los rangos permitidos, acorde a la proporcionalidad; lo anterior, no debe confundirse con la tipicidad, misma que constituye un elemento del delito que involucra una

---

<sup>30</sup> Véase p. 16 de esta investigación.

adecuación perfecta entre la hipótesis descriptiva realizada por el legislador y la conducta desplegada.

#### b) Principio de Taxatividad

Este sub principio derivado del principio de legalidad y de la exacta aplicación de la ley penal consiste, esencialmente, en la manifestación de que cada tipo penal debe de contener la descripción específica de cada conducta regulada como norma prohibitiva o conducta exigida, sin lugar a duda de interpretación, de acuerdo con los Principios de Legalidad y de Exacta Aplicación de la Ley Penal.<sup>31</sup>

Este principio existe a causa de que, como se verá en la tipicidad, el legislador debe prever con puntualidad aquellas conductas que se encuentran prohibidas, dejando con ello un catálogo de conductas prohibidas de realizar para no afectar los valores de la sociedad, y procurar su conservación, y también para así dejar el margen de libertad que todo gobernado debe tener acorde a un sistema jurídico liberal, democrático y de Derecho, evitando con ello la confusión de múltiples conductas que podrían ser identificadas como asimilables a la conducta prohibitiva, dejando lugar exclusivamente a aquellas que puntual y concretamente son encuadrables a la hipótesis propuesta por el legislador.

En la jurisprudencia mexicana, hay algunas tesis que hablan sobre la taxatividad, y la invalidación de tipos penales por la omisión legislativa en la especificación de los tipos penales en particular, a causa de su falta de establecimiento perfecto de la conducta prohibida.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Para verificar los alcances de este principio en la doctrina mexicana, véase el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación siguiente: Tesis: 1a./J. 24/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 30, Décima Época, t. II, mayo de 2016, p. 802.

<sup>32</sup> Sobre el tema, pueden consultarse las siguientes tesis:

Tesis I.5o.P.58 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 52, Décima Época, t. IV, marzo de 2018, p. 3541.

Tesis 1a. CCLXVIII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 22, Décima Época, t. I, septiembre de 2015, p. 320.

Tesis: VI.1o.P.29 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 18, Décima Época, t. III, mayo de 2015, p. 2161.

Tesis: P./J. 33/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, abril de 2009, p. 1124.

Por otra parte, debe diferenciarse entre el principio y la garantía de legalidad. Tal como se había señalado, y en palabras de Francisco Muñoz Conde, “*el contenido esencial del principio de legalidad en materia penal radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre en la ley, lo que coincide propiamente con el denominado principio de legalidad de los delitos y las penas, frecuentemente expresado con el aforismo nullum crime nullum poena sine lege*”.<sup>33</sup>

La garantía constitucional consiste en el enunciado de que todo acto de molestia debe ser generalmente por escrito, para dejar constancia de su existencia, y en su momento, atacarlo a través de los recursos que para tal efecto la Ley permita; fundada y motivada, estableciendo con ello que debe de estar dentro la normatividad vigente algún precepto perfectamente encuadrable que sea el origen de la molestia, y los hechos que la autoridad considera suficientes para la actualización de dicho concepto; por autoridad competente, delimitando con esto un campo de facultades específicas a la autoridad a las cuales se circunscriben, y que no podrán, sino por virtud de otra norma jurídica, sobrepasar tal rango de acción; y que exprese las causas del procedimiento, dejando en claro las razones para proceder a realizar el acto de molestia en contra del gobernado en particular.<sup>34</sup>

La búsqueda y consecución de esta garantía constitucional, tiene sus raíces en diversos movimientos históricos, desde los problemas de invasión de competencias en la edad media, la llamada *Bill of Rights* (carta de derechos) en Inglaterra (y posteriormente en los Estados Unidos), la Ilustración y su expansión a través del mundo, la evolución desde Derecho Penal privado o de venganza a un control del despotismo de Estado, y, finalmente al Derecho Penal de corriente

---

<sup>33</sup> Muñoz Conde, *Tratado ...*, Óp. Cit., pág. 99.

<sup>34</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. ISEF, México, 2017, p. 12, reformada el 24-02-2017. “**Artículo 16.** (párrafo primero) *Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...*” El anterior desglose de la garantía de Legalidad es tomado a partir del texto constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, por considerar que es la explicación más clara que cualquier nivel dogmático podría permitir, por lo que su cita es inevitable como punto de partida de su evolución. No se omite mencionar que el requisito de constar por escrito ha cambiado, y con motivo de la reforma en materia penal realizada en el año 2008, se reformó el citado artículo para que baste únicamente con dejar constancia, a través de cualquier medio, de la certeza del contenido del acto. “...*En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo*”.

humanístico científico, entre otros eventos relevantes que hicieron de este principio un fundamento en todas las constituciones modernas.

## 2) Derecho Penal como *Ultima Ratio* del Derecho

Este principio, comúnmente olvidado o apartado en una sociedad como la mexicana, establece que se debe de tener siempre presente que el Derecho Penal es la última respuesta que el derecho tiene para poder cumplir con su objetivo regulador, y que previo a su intervención, deben de mediar otras respuestas alternas para la resolución de conflictos e imposición del orden social mínimo para el desarrollo de la comunidad.

Es de resaltar este principio de forma inicial puesto que nos recuerda que un problema no puede ser resuelto con el Derecho Penal sino hasta después de que se comete una conducta aberrante que ha lesionado o puesto en peligro alguno de los valores más importantes para una sociedad.

## 3) Principio de Proporcionalidad

Este principio señala la obligación de la autoridad de actuar de manera proporcional a la conducta del sujeto infractor de la norma; su carácter, de naturaleza sustantiva, establece las bases para el establecimiento de penas adecuadas conforme a diversos factores a considerar, pero, que, en todo caso, permiten ajustar la acción a un espectro amplio de posibilidades de valoración individual, dejando la labor al encargado de la impartición de justicia, quién debe de valorar entre el daño al bien jurídico protegido y la conducta del autor.

Expuesta la definición del Derecho Penal, diferenciada con la Ciencia del Derecho Penal, y una vez mencionados sus principios y características más relevantes, es posible avanzar en la construcción de la teoría del delito, a través del eje que constituirá una base importante en el estudio de este escrito: la filosofía, como disciplina auxiliar del Derecho en la búsqueda de nuevos panoramas fuera del plano jurídico, pero que permiten apreciar diversos enfoques.

### 1.2 Filosofía del Derecho Penal

Este tema será tratado para explicar la influencia de la Filosofía (en particular, la utilidad de la filosofía del Derecho) en la construcción de la doctrina jurídica, como fuente de diversos enfoques, así como apoyo fundamental en la descripción de las razones últimas del Derecho, para posteriormente aplicarlo a la teoría del delito.

Las reflexiones más profundas en la materia jurídica se encuentran fundadas en los elementos y principios generales; sin embargo, una vez que los enfoques más elaborados en materia penal son más específicos, en tanto que tales reflexiones actúan orientadas a repensar la esencia de los elementos que constituyen las razones últimas del castigo, las formas adecuadas para intervenir de forma proporcional al daño que han sufrido los bienes tutelados protegidos jurídicamente por la sociedad, y otros tópicos relevantes relativos a la doctrina jurídico penal, adquieren necesariamente otro nivel de comprensión.

A estas reflexiones últimas que elaboran los tratadistas y juristas más experimentados no se les puede comprender de forma sencilla, sino que debe de mediar una gran cantidad de conocimientos previos que fundamenten la exposición de cada autor en particular: estos manifiestos suelen contener razones tan meditadas, que pueden servir como guía orientadora en la aplicación y construcción continua del Derecho. Es por ello que estos conocimientos tan elaborados son conocidos en los terrenos teóricos como *Filosofía del Derecho Penal*.

La utilidad real de estos conocimientos radica en que constituyen un testimonio de la experiencia del autor, quién, previa valoración por la comunidad jurídica en general, procura transmitir las observaciones que dicha persona realizó a lo largo de su trayectoria. Su reconocimiento dependerá de múltiples factores, incluyendo el hecho de que tenga un cierto grado de admisibilidad su propuesta, y que tan fidedignamente describa su manifiesto con la realidad particular, siendo orientador o no para la colectividad. En todo caso, no es nuestro trabajo en este momento la valorización de los autores, sino construir a partir de sus ideas, nuevas panorámicas sobre el contexto de la dogmática jurídico-penal.

De esta manera es posible observar que existe una escala evolutiva empírica en el conocimiento jurídico, que se va perfeccionando a la luz de los estudios y experiencias particulares, pero que trazan una línea general que comúnmente avanza partiendo desde los principios, las generalidades de cada materia jurídica, tópicos particulares, y estudios casuísticos propios que constituyen toda una experiencia y que dan valor a las ideas de los filósofos del Derecho, destacando su importancia. Por eso, comenzar desde las teorías del Derecho no es una casualidad, sino los primeros pasos para comprender a la filosofía del Derecho, lo que se profundizará a continuación.

### 1.2.1 Teoría del Derecho como base de la filosofía jurídica

En este apartado, se expone la relevancia de la Teoría del Derecho como escalafón previo en la búsqueda de la cúpula del conocimiento jurídico en tanto a sus causas, la determinación del enfoque, y principios rectores que serán determinantes para la concepción y construcción particular de una perspectiva dogmática.

La *Filosofía del Derecho Penal* se ve sustentada en sus primeros pasos en los postulados que ofrece la *Teoría del General del Derecho*, puesto que es a través de la misma que se puede entender la complejidad del fenómeno jurídico: en ella, yacen los conocimientos jurídicos aplicables a todo caso, y cuyos conocimientos alcanzan una validez amplia. Sin embargo, tales visiones se verán influenciadas de alguna manera por la interpretación de una corriente: dependiendo de la teoría del derecho que se decida adoptar, es como se entenderá el universo jurídico a la luz de esa perspectiva. Por eso, la importancia de retomar algunas ideas pertenecientes a este tema particular es trascendente para nuestro objeto de estudio: para mayor ejemplificación de la necesidad del enfoque primario de una teoría del Derecho, sirva de explicación la siguiente confrontación de perspectivas.

No es lo mismo comprender la teoría del delito, por ejemplo, tomando como marco referencial los enunciados de la escuela psicologista del Derecho, que con lo expuesto por la escuela norteamericana (ambas, pertenecientes al llamado Realismo Jurídico), donde, en el primer caso, nos encontraremos con un enfoque centrado en el análisis del vocabulario correcto y el espíritu de la

norma, con una marcada tendencia a la filología y al psicologismo más que al Derecho, y, en el segundo caso, haciendo énfasis en la construcción del Derecho conforme a las decisiones judiciales, sobre el valor de los partícipes en cuanto a su contribución, y el papel del juez en todas sus determinaciones con las cuales se forman los precedentes para posteriormente modificar el derecho vigente acorde a sus resoluciones.<sup>35</sup>

Dado que es posible encuadrar los postulados de la teoría del Derecho en diversas aplicaciones jurídicas, su estudio amerita, por lo menos en este texto, una mención especial, en virtud de que algunos temas de esta materia serán empleados para exponer con detenimiento, la concepción propia de la teoría del delito a la que se aspira llegar.

Dentro de los diversos conocimientos que integran la materia, se debe hacer énfasis en uno de los campos en particular, referente a las escuelas del Derecho formadas desde su concepción y aplicación por civilizaciones antiguas, hasta los estudios más refinados de nuestros días. Existen pluralidad de corrientes que harían imposible el estudio del tema propio de la investigación que se presenta, y dado que no es nuestra labor exponer cada particularidad de ellas, sino únicamente exponer los cimientos sobre los cuales descansa la teoría del delito a desarrollar, se hará una breve exposición de aquellas que resultan relevantes a considerar desde nuestra óptica, a manera de ajustar el lente sobre el cuál se entenderá al delito.

Otra de las razones por las cuales se trabaja en este texto la teoría del Derecho implica, además de reconsiderar las concepciones del Derecho, la labor de resaltar aquellas características que le son más relevantes al Derecho, puesto que los elementos que le son comunes en cualquier parte del mundo, que se consideran aplicables en cualquier época y cualquier tiempo, son determinantes para poder visualizar como es que será concebido el derecho en determinado lugar y tiempo.

Así entonces, no es lo mismo tomar como elementos principales al poder y la coerción (que deja como resultado una visión del Derecho asociado a una

---

<sup>35</sup> Véase pp. 23-26 de esta investigación.

fuerza externa que dirige la vida de todos los que a ella estén sujetos por falta de capacidad para realizar lo que se desea, según definiciones de Edgar Bodenheimer<sup>36</sup>) que tener como elementos más relevantes los relacionados a la satisfacción de necesidades, estableciendo variaciones de intereses jurídicamente tutelados que se presentan en toda pugna, y cuya tarea del Derecho va encaminada a coadyuvar en la conciliación de dichos intereses al menor costo posible (corriente del análisis económico del Derecho). Por eso, es importante hacer el pronunciamiento de los elementos que se consideran apropiados en la concepción misma del Derecho.

Las dos corrientes principales de la teoría del Derecho, conforme a su aplicación a lo largo del tiempo y en concordancia con los eventos históricos más relevantes de la cultura occidental, son el *Iusnaturalismo* (derecho natural), y el *Positivismo Jurídico* (misma que tuvo en el desarrollo de su evolución la generación de vertientes derivadas del Realismo Jurídico, como lo son la escuela psicologista del derecho y la escuela norteamericana del derecho<sup>37</sup>), por lo que serán el principal sustento teórico para construir la propuesta de la teoría del delito a trabajar:

#### a) *Iusnaturalismo*

Durante siglos, las ideas de los griegos reinaron de forma significativa como la corriente del pensamiento más influyente del mundo conocido, aportándose variantes conforme al paso del tiempo, pero siempre siendo adaptaciones de las mismas. La idea del Derecho se pensó a partir de que existen rasgos comunes en todos los pueblos de aquello que regula la conducta y mantiene el control social, y, aunque tuvo detractores, fue el eje sobre el cual fundamentaron los pensadores griegos su filosofía. Asimilaban esta analogía a algo ya dispuesto por la naturaleza (*physis*), por lo cual, comenzaron a concebirle como una serie de principios ya existentes antes que el hombre mismo, y cuya labor del legislador humano es la de desentrañar la sabiduría de los principios, y tratar de plasmarlos en la ley vigente.

---

<sup>36</sup> Bodenheimer, Edgar, Óp. Cit., p. 17. Para mayor información al respecto, cfr. *Ibíd.*, "II. EL DERECHO, 6. El tipo ideal de Derecho".

<sup>37</sup> *Ibíd.* p. 361. El concepto de *Escuela*, conforme a lo que expone Bodenheimer, debe ser interpretado de la siguiente manera: "se compone por un grupo de hombres con un credo común y un programa unificado".

Las ideas de la filosofía griega y con ello del Derecho Natural griego permearon diversas barreras del tiempo y del espacio, trascendiendo en las ideas de Roma en sus mejores tiempos, y aun de la Edad Media, a través de los trabajos conciliadores de los padres de la iglesia, cuyos esfuerzos se encargaron de trasladar las ideas griegas al pensamiento cristiano, de donde los trabajos más notables se observan en San Agustín de Hipona o en Santo Tomás de Aquino. En consecuencia, los tiempos posteriores al primero se caracterizaron por un conocimiento vinculado estrechamente a Dios, y el estudio obligado de la teología para comprender el conocimiento racionalmente.<sup>38</sup>

No fue sino hasta los albores del siglo XVII que se cimentó de forma racional la concepción del Derecho Natural conforme a las ideas expuestas por Hugo Grocio y Samuel Puffendorf. Como defensores de los Derechos Humanos en tiempos de discusión sobre el derecho de las llamadas “*bestias*” en España (referente a la comunidad indígena encontrada en América), ellos, a través de diversos argumentos retóricos y de filosofía teológica, concluyeron que cualquier persona puede llegar a tener la capacidad de razonar, y que, esencialmente, eso les diferenciaba de las bestias normales; por eso, se les debía conceder cierto criterio para que eventualmente estuvieran en posibilidad de desarrollar sus potencialidades intelectuales para ser más humanos<sup>39</sup>. Esos razonamientos son los que dieron lugar a la concepción de principios del Derecho Natural independientes a aquellos que la iglesia había manejado hasta entonces (aún comprometida al cristianismo, pero a la luz de lo racional).

Esta capacidad para ser racionales fue lo que más adelante fundamentó las bases para la responsabilidad racional y en consecuencia capaz de generar una imputación de los hechos, que avanzarían más adelante hasta las teorías de responsabilidad contempladas desde los inicios en la ética hasta la imputación objetiva (que tiempo después provocaría un conflicto entre humanistas sobre las corrientes del determinismo y el libre albedrío).

---

<sup>38</sup> Matamoros Franco, Nora María, *¿Hombre profano-hombre sagrado?: Apuntes para una Antropología Humanista y una Metafísica Simbólica*, Tesis para obtener el grado de Doctor en Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 273 - 458.

<sup>39</sup> Sobre la definición de lo humano, véase *¿Qué es lo humano?* en Kahler, Erich, *Historia Universal del Hombre*, Trad. Márquez, Javier, 2ª Ed., 3ª Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 24.

La idea central del *Iusnaturalismo*, misma que fue evolucionando en cada momento histórico en la que estuvo presente, parte de la creencia de que existen esencias en el mundo, cosas que le son comunes a todos, y que existe un Derecho ya establecido en las leyes y normas de la naturaleza<sup>40</sup>, y es el legislador humano el encargado de descifrar el contenido de cada uno de los principios que en ellos se encierra, por sus características de inmutable y eterno, pero accesible a partir de la razón humana, tal como lo concibieron los estoicos:

*"Zenón y sus discípulos colocaban el concepto de naturaleza en el centro de sus sistema filosófico. Entendían por naturaleza el principio rector que penetraba todo el universo, principio que identificaban con Dios. Ese principio rector era esencialmente racional. El Derecho natural era – para él- idéntico a la ley de la razón".*<sup>41</sup>

La fundamentación del libre albedrío, así como la posibilidad de desentrañar juicios de sabiduría en la naturaleza a partir de la experiencia es lo que le da sentido a la mención de esta corriente del Derecho, y a la que, particularmente, fundamentará el esquema teórico para los efectos de este trabajo.

Esta corriente es la que se usará como fundamento para las concepciones teóricas del Derecho Penal, así como para la teoría del delito, puesto que el presente trabajo busca un reconocimiento de conceptos generales del delito, comunes en todo tiempo y lugar, y que establecen una diferencia notoria en cuanto a su regulación, pero que no por eso dejan de ser relevantes para cualquier sociedad en sí.

Es obligación mencionar que, como tal, esta concepción del Derecho no parece muy útil en el Derecho Penal en principio (por ser el Derecho Penal regido por el principio de legalidad, y como uno de los elementos del delito íntimamente vinculados al derecho vigente como lo es la tipicidad); pero toma importancia en el derecho comparado, en el estudio de las diversas conductas que, pese a todo cambio de condiciones, continúan siendo delito en casi cualquier lugar del mundo, y con ello, en la búsqueda de conductas que, por naturaleza, son reprochables

---

<sup>40</sup> Bodenheimer, *Teoría...*, Óp. Cit. pp. 129-130.

<sup>41</sup> *Ibidem.*, p. 134.

para cualquier sociedad, así como en rasgos teóricos con estudio filosófico obligado, como el tema del libre albedrío frente al determinismo.

b) Escuela Psicologista del Derecho

La escuela psicologista del Derecho, también conocida como escuela escandinava del Derecho, es una corriente del llamado Realismo Jurídico, (así como la siguiente, la escuela norteamericana del Derecho). Juan Abelardo Hernández Franco las describe de la siguiente manera:

*“Para los realistas escandinavos las normas sólo son un instrumento psicológico en la sociedad que las emplea, pero no existen en sí mismo los derechos en los individuos y en las personas. El realismo jurídico estadounidense, por su parte, sostiene que las normas tampoco son muy eficientes y que solo es derecho las decisiones de los jueces”.*<sup>42</sup>

De metodología exegética, esta corriente busca el perfeccionamiento de las expresiones que las normas contienen para dejar claras y precisas las prohibiciones y permisiones que el Derecho establece. Este tipo de estudios pretenden dejar en claro cómo se debe formular cada norma para no dejar lugar a dudas. Los representantes más sobresalientes de la escuela escandinava son Karl Olivecrona y Alf Ross.

Para mayor ejemplificación del contenido de la teoría psicologista se cita particularmente un párrafo del libro *Lenguaje Jurídico y Realidad*, de Karl Olivecrona, en donde nos señala, principalmente, el modo en que opera dicha teoría:

*“El propósito de todas las disposiciones jurídicas, pronunciamientos judiciales, contratos y otros actos jurídicos es influir en la conducta de los hombres y dirigirla de ciertas maneras. El lenguaje jurídico tiene que ser considerado, en primer lugar, como un medio para este fin. Es un instrumento de control social y de comunicación social. Podemos llamarlo lenguaje directivo, por oposición al lenguaje informativo. Conviene destacar esta distinción, pues*

---

<sup>42</sup> Hernández Franco, Juan Abelardo, *Curso de Filosofía del Derecho*, Oxford University Press, México, 2009, Colección Textos Jurídicos Universitarios, p. 349.

*nuestro inveterado hábito de considerar al lenguaje primordialmente como un medio para descubrir hechos, conduce fácilmente a falsas interpretaciones”.*<sup>43</sup>

Esta corriente en particular destaca en cuanto a uso y relevancia jurídica en el campo dogmático penal a causa de que, por ser su objeto de estudio el lenguaje, busca el perfeccionamiento de la norma en su aspecto filológico-metalingüístico, por lo que con esta óptica es posible encontrar razonamientos diversos a la técnica jurídica que permitan entender al tipo penal de forma más clara, y que evite, en la medida de lo posible, la violación al principio de taxatividad por la poca claridad de las oraciones con las que están formulados los enunciados descriptivos del tipo.

Una crítica importante a esta corriente (así como al positivismo en general), es que se detiene a pensar el Derecho como un plano lineal, limitándose a reconocer y centrar su estudio a las normas que prohíben o facultan a los ciudadanos a hacer cosas, siendo que el Derecho abarca mucho más que normas prohibitivas o facultativas; es más que aceptable y acorde a esta corriente.

Esta escuela es importante para nosotros por lo que refiere a la creación de los tipos penales, así como al principio de taxatividad, puesto que, como podremos ir adelantando, consideramos que el tipo penal es la base de todo el esquema teórico del delito, puesto que dependiendo de cómo se plantee, es que tendrá diversas causas para ser criticado, mal aplicado, o anulado por su falta de claridad.

#### c) Escuela norteamericana del Derecho

Esta corriente propuso en sus fundamentos dar independencia y reconocimiento a la labor de los jueces, pues son ellos quienes, con sus determinaciones al aplicar el Derecho vigente, se encargan de modificar con sus fallos la esencia misma de lo propuesto inicialmente por el legislador, teniendo con ello algunas facultades materiales de legislar la norma a partir de sus decisiones. El principal expositor de tal corriente es Karl Nickerson Llewellyn.

---

<sup>43</sup> Olivecrona, Karl, *Lenguaje Jurídico y Realidad*, Ed. Fontamara, 7ª Reimpresión, México, 2007, p. 47.

Esas determinaciones se van creando conforme a casos concretos, en donde los aplicadores evalúan los criterios generales, y adoptan con ello ideales jurídicos, políticos y morales que tendrán injerencia en la vida social a partir de la creación de precedentes, y que conformarán eventualmente jurisprudencia, como una forma de cristalizar el Derecho a la luz de los criterios judiciales.

Es de importancia esta teoría del Derecho a causa de que, en la exposición, se reconoce el papel de los jueces en la aplicación del Derecho Penal, pues son ellos los primeros que deben estar capacitados para poder valorar correctamente cada situación concreta, y en la cual, sus conocimientos técnicos, así como su perspectiva personal, toman un papel determinante en la emisión de fallos.

Con la entrada en vigor del Sistema Penal Acusatorio en nuestro país, las expectativas de la justicia penal en México tienden a buscar una transición en su impartición, esperando con ello que las resoluciones tengan mucho más impacto en la realidad, y vayan creando eventualmente una realidad diferente en la aplicación del Derecho, por lo que el uso de esta corriente es reconocida para efectos prácticos como el postulado inicial sobre el cual trabajaremos la idea de la teoría del delito, en tanto que la teoría del delito es y debe ser trabajada siempre de la mano con la teoría del caso (una figura de naturaleza procesal), para coadyuvar en la construcción de hecho de la realidad jurídica diferente al momento de dictarse las resoluciones, y, previo perfeccionamiento técnico, desentrañar problemas de naturaleza teórica más profunda a cargo de los aplicadores del sistema.

Además de considerar estas corrientes, que ya ha quedado aclarado que se tomará como fundamento principalmente el iusnaturalismo, es conveniente mencionar que no se deja de reconocer el uso de otras concepciones teóricas previas a la filosofía, por lo que su uso es sugerido, más nunca obligatorio, puesto que no se pretende coactar caminos no descubiertos a la luz de otras ópticas, por lo que una vez valorado en su integridad el texto, se podrá ponderar sobre su idoneidad así como su funcionalidad en el sistema teórico propuesto.

#### 1.2.1.1 Acerca de la Ciencia del Derecho

Por último, se hace mención que existe un contraste entre los postulados del sistema positivo con el filosófico, y a su vez el de ambos con los postulados de la ciencia jurídica: en efecto, esta investigación reconoce que el Derecho es una ciencia por tener un método científico propio adecuado a las ciencias sociales, una teleología determinada, un objeto de estudio bien delimitado, postulando un antecedente teórico previo, la posibilidad de formulación de una hipótesis, y la posibilidad de poner a prueba dicha hipótesis conforme a los conocimientos que se sistematizan a partir de la investigación, de acuerdo a los pasos que componen el método científico. Sin embargo, es necesario ampliar el espectro de visión frente a lo estrictamente planteado por la ciencia jurídica y a partir de ello obtener otras perspectivas, igual de útiles para la resolución de problemas en el Derecho, aprovechando la flexibilidad de otros métodos.

En efecto, la Ciencia del Derecho fue reconocida como tal tras una serie de esfuerzos por desvincular las ciencias naturales de las llamadas ciencias del espíritu: Karl Larenz define el conflicto a partir de la argumentación de las razones por las cuales los postulados de la jurisprudencia (entendiéndose por ella a la Ciencia del Derecho) alcanzan una validez general independiente al orden jurídico vigente o Derecho Positivo.<sup>44</sup> Encuentra el principal conflicto en alcanzar dicha validez frente a los cambios continuos de la norma vigente, pero que encuentra solución en el estudio de la normativa a la luz de sus principios, tal y como lo estableció la síntesis de las corrientes del Derecho Natural y del historicismo que planteara Rudolf Stammler.<sup>45</sup>

Al respecto, Karl Larenz expone lo siguiente: “*Stammler intenta hacer concebir la jurisprudencia como ciencia y alejar totalmente de ella el reproche de carecer de valor científico... (Encuentra que) ...la relación entre forma y materia de una idea es la de lo lógicamente condicionante y condicionado: Estas formas puras son, en último término, las líneas directivas que condicionan el pensar jurídico. La totalidad de estas formas puras, que condicionan lógicamente todo el conocimiento jurídico particular, pero que ellas mismas no están condicionadas por ninguna materia particular, halla a su vez su unidad*

---

<sup>44</sup> Larenz, Karl, *La Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª Ed., Ariel Derecho, España, 2001, pp. 24-28.

<sup>45</sup> *Ibidem.*, p. 104.

condicionante en el concepto del Derecho en sí".<sup>46</sup> Esta observación es importante para señalar la independencia de los objetos de estudio entre sí, la diferenciación del *objeto de estudio* y la *metodología de la investigación* en sus primeros avances.

Así mismo, señala que: "*El primer modo ordena los fenómenos según la forma de pensar de causa y efecto; el segundo según la de fin y medios... La exposición sistemática de estos dos métodos, básicamente distinto uno del otro, da como resultado dos ciencias completamente independientes: la ciencia de la naturaleza o ciencia causal, de un lado, y la ciencia de fines, de otro lado*"<sup>47</sup>, ubicando al Derecho como una *ciencia de fines*.

Miguel Villoro Toranzo también realiza un pronunciamiento al respecto, al señalar la diferencia entre los aspectos en los que se desenvuelve el derecho, al encontrarlo dentro de las subespecies de *ciencia, arte, filosofía y técnica* jurídica.<sup>48</sup> Dentro de esta división, reconoce que la Ciencia del Derecho se concentra en el estudio de las normas vigentes, a la luz de la siguiente definición:

*Ciencia es un conjunto sistemático y metódico de conocimientos fundados de las cosas por sus causas próximas*", el cual "*debe estar organizado formando un cuerpo ordenado o sistema de conocimientos, conforme al método o métodos propios de la ciencia*" y "*deben fundarse en ya sea en demostraciones, ya sea en explicaciones de las relaciones de una o varias cosas con sus causas próximas*".<sup>49</sup>

Por ello, define a la Ciencia del Derecho como "*el conjunto sistemático y metódico de conocimientos fundados del Derecho por sus causas. El Derecho Positivo puede y debe ser objeto de la reflexión científica: se trata de explicar el sentido de una o varias normas jurídicas en concordancia con el sentido de las demás normas jurídicas del sistema al que pertenecen*".<sup>50</sup>

Con ello, separa el objeto de estudio, del estudio en sí mismo, con el cual es posible obtener principios aplicables a todo tiempo con independencia de las

---

<sup>46</sup> *Ibíd.*, p. 105.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, p. 107.

<sup>48</sup> Villoro, *Introducción...*, Óp. Cit., pp. 133-136.

<sup>49</sup> *Ibíd.*, p. 133.

<sup>50</sup> *Ibíd.*, p. 141.

condiciones de validez que circunscriben las normas en concreto, dándonos una idea plena de la diferencia esencia de la Ciencia del Derecho como una búsqueda de los principios y causas que rigen al Derecho en sus causas próximas, de acuerdo a lo expuesto.

No se omite señalar que la presente investigación estudia de forma integral a la ciencia jurídica en el contenido de este escrito, razón por la que no se expone un capítulo extensivo al respecto, por no ser materia de la presente investigación.

Abarcado lo anterior, procederemos a valorar la injerencia de la Filosofía en el Derecho, buscando tener una panorámica útil sobre su interdisciplinariedad y funcionalidad concretas en el desarrollo de nuestro esquema teórico.

### 1.2.2 Acerca de la Filosofía y la Filosofía del Derecho

En este apartado se describirá y ejemplificará, de forma sencilla, la utilidad de la Filosofía del Derecho, a través de la exposición de algunos casos notorios, y las problemáticas más relevantes que pueden ser solo resueltos a la luz de la visión filosófico-jurídica.

Atravesando la teoría del Derecho con las consideraciones pertinentes, el conocimiento llega a un grado de comprensión tan avanzada que sus meditaciones se van destilando en cuestiones más profundas, que le obligan al observador a estudiar desde todos los ángulos conocidos para poder contemplar, en su integralidad, una nueva panorámica de los aspectos jurídicos más relevantes de una rama o un tema. Este camino ha sido conocido como la Filosofía del Derecho, en donde, a través de los enfoques propios de las disciplinas filosóficas, se construye y se destruye el conocimiento jurídico, para poder tener una comprensión mayor de los temas que le componen.

Sin embargo, es necesario encausar los conocimientos filosóficos previos antes de querer manejarlos de forma interdisciplinaria de la mano del Derecho. Por eso, como forma introductoria y a modo de hacer saber lo necesario para utilizarlo en forma dinámica, se hará un breve análisis referente a lo que conlleva tomar a la filosofía como eje de estudio convergente al Derecho en los estudios conceptuales.

La Filosofía, como una disciplina que estudia todos los fenómenos cotidianos a la luz de una metodología científica, es definida por ajenos a la Filosofía como “*ciencia que trata de la esencia, propiedades, causas y efectos de las cosas naturales*”<sup>51</sup>; no obstante, no podemos tomar completamente esa definición, puesto que adolece de un vicio inicial, como lo es considerarla una ciencia. En efecto, se dedica a estudiar las cosas en tanto a sus causas y efectos, y también se plantea la búsqueda de esencias y propiedades existentes; pero de ninguna manera puede considerársele ciencia en el estricto modo en el que se maneja en la actualidad: hay varias metodologías que le permiten llegar al conocimiento, pero no por ello todos cumplen los parámetros que el movimiento científico del positivismo clásico<sup>52</sup> exige. De hecho, se demeritaron durante esa época a disciplinas que no tuvieran el carácter científico imperante, subsumiéndolas en ciencias que si tuvieran tal carácter: reduciendo con ello a la filosofía como rama de la psicología, y, a su vez, la psicología como rama de la biología, etc.<sup>53</sup>

Se encuentra compuesta por diversas sub disciplinas que le auxilian a entender el campo en su integridad; resaltan de ellas las siguientes: metafísica, ontología, deontología, epistemología, axiología, ética, estética, etc. Cada una de ellas se especializa en diversos campos de aplicación; así, la ética encuentra cabida en los problemas de estudio de la moral, y las reflexiones sobre lo que puede considerarse correcto o adecuado conforme un determinado sistema de valores. La axiología, por su parte, nos introduce en los problemas de ponderación de valores que nos orilla a repensar los actos que son más representativos por contener en ellos el más grado alto de pureza en cuanto a lo deseado y lo bueno en contraste con lo malo, etc.

Como se aprecia, estudiar *Filosofía del Derecho Penal* no es sencillo: problemas de aplicación práctica dejan entrever la naturaleza real de diversas acciones que el Derecho Penal tutela y sus costos. Obsérvese, por ejemplo, la regulación dada a los sistemas que atentan contra el Estado, contra la

---

<sup>51</sup> Fernández de León, Gonzalo, *Diccionario Jurídico*, Tomo III, 3ª Ed., Ediciones Contabilidad Moderna, Argentina, p. 45

<sup>52</sup> Referencia del movimiento propuesto por Augusto Comte en 1875 a través de su obra *Cours de Philosophie Positive*, no a la escuela positivista del Derecho Penal (véase Infra Capítulo II de esta investigación, p.47).

<sup>53</sup> Para más información, puede consultarse la brillante defensa a esta argumentación en Matamoros Franco, Nora María, *La Fenomenología como respuesta al psicologismo*, Tesis para obtener el grado de Licenciatura en Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.

normatividad imperante y contra el sistema mismo de valores, lo que con ello da lugar a una especie de aplicación del *Derecho Penal del Enemigo*<sup>54</sup>, donde a medida de que uno deja de guiarse por los lineamientos establecidos para tratar de buscar dar a conocer una ideología diferente, el sistema actúa de forma inmediata para detener al activista, quién, pudiendo arriesgar su vida por su convicción, empieza a tener una protección menor a sus garantías mínimas con el objeto de ser capturado y detenido, como una forma de reacción que busca conservar el orden establecido.

Quizás algunas de historias las clásicas y que más evidencian tales eventos son sin duda los procesos de Sócrates, y de Jesucristo<sup>55</sup>, quiénes, en búsqueda de una nueva concepción de la vida humana y de las formas de desarrollarse como sociedad e individualmente, involucraba un cambio radical para lo cual su generación no estaba preparada, y lejos de guiar de forma pacífica, se convirtieron en opositores declarados, dándoles persecución y muerte, no sin antes dejar preguntas sin respuesta sobre lo que debe ser considerado como correcto y justo, y, a su vez, lo justo y lo bueno<sup>56</sup>.

Véase el desarrollo de sus problemáticas como una reflexión preliminar de la utilidad de la *Filosofía del Derecho Penal* en la construcción de la dogmática jurídico-penal, como mediación axiológica, como meditación ontológica, como punto de valoración ética y moral, y como presupuestos metafísicos para la existencia de una directriz en la regulación jurídica:

*1) El proceso de Sócrates involucra el sacrificio de su propia vida por el estricto cumplimiento de la ley, pese al hecho de que ésta era injusta.*

*Previo a su procesamiento, el cual se realizó con un proceso irregular sin que se supiera la parte acusadora en un principio, Sócrates fue acusado de blasfemar contra los dioses antiguos de Grecia, por tener un avanzado razonamiento lógico*

---

<sup>54</sup> Sobre el concepto de Derecho Penal del Enemigo, véase Jakobs, Ghunter, *Moderna Dogmática Penal*, Porrúa, México, 2012, p. 394. "A la definición del autor como enemigo del bien jurídico, según la cual se podrían combatir ya los más tempranos signos de peligro, si bien esto no podría ser oportuno en el caso concreto, se ha de contraponer aquí una definición del autor como ciudadano. El autor no solo ha de ser considerado en cuanto a potencialmente peligroso para los bienes de la víctima, sino que debe ser definido también, de antemano, por su derecho a una esfera exenta de control; y se va a mostrar que del status de ciudadano se pueden derivar límites, hasta cierto punto firmes, para la anticipación de la punibilidad."

<sup>55</sup> Sobre el tema, véase Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Proceso de Cristo*, 8ª Ed., Porrúa, México, 2008.

<sup>56</sup> Cfr. Guardini, Romano, *La muerte de Sócrates*, Trad. Eggers Lan, Conrado, Emece Editores, Argentina, 1960 pp. 14-40.

*y un método de discernimiento propio (el cual, más adelante será denominado método socrático).*

*En realidad, tales acusaciones tenían por hechos las diversas conversaciones que Sócrates tuvo a lo largo de su vida con personas presuntamente sabias, en donde él percibió que incluso los que se llamaban sabios, no lo eran tanto, pues sus respuestas carecían de toda validez en determinado momento, y cerraron la oportunidad de expandir sus mentes a través de la introspección.*

*El problema gira en torno a la excusa de que algunos sabios de la época fundamentaron su sabiduría en los dioses antiguos que daban potestades a quién hablaba de ellos, por lo que, al no encontrar causas suficientes para dar validez a los argumentos, Sócrates los puso a prueba doblegando sus argumentos, y generando con ello, interpretaciones que se prestaban a la idea de la herejía, de blasfemia y demás, pero que no eran sino resultado lógico de los argumentos de sus interlocutores.*

*Durante sus meditaciones en torno a su problema, y aún en la penumbra de su juicio, Sócrates asimiló que la falta de conocimiento en realidad era un impedimento propio de la condición humana, y que lo único que podía hacer era reconocer dichas condiciones, para infundir en ello el respeto por el conocimiento puro, dando con ello su propia vida para alentar el efectivo cumplimiento de normas que, aunque imperfectas e injustas en su inicio, son perfectibles y que dan una regulación a la sociedad como guía humana, aceptando con ello su supuesta responsabilidad y muriendo por esta causa.*

*2) El proceso de Jesucristo es mucho más complicado: no solo por la gran cantidad de misticismo y de un prejuicio preponderante al hablar del tema, sino también por la multiplicidad de acciones que los apóstoles describen, pero que llegan a variar en diversos momentos en lo plasmado en las escrituras.*

*Jesucristo, en su calidad de Hijo de Dios e Hijo de Hombre, viene al mundo, previo anuncio de su llegada en profecías del antiguo testamento, a demostrarle al mundo la injusticia, a salvar a quien lo siguiera y a abrir los ojos a la humanidad sobre el camino que hay que seguir para poder llegar con Dios, dejando enseñanzas en el intervalo sobre lo que es la vida, lo que se viene a*

*hacer a ella, y como poder agradar al Señor para poder alcanzar el reino de los Cielos, versa la idea de la fe sobre Él.*

*Sin embargo, la idea a expresar en este apartado está orientada en otra dirección. En su búsqueda por cumplir tales fines, Jesús interviene en una pluralidad de actos reputados como imposibles para la época y para el raciocinio de la gente de esos tiempos, por lo que, siguiendo las tradiciones de los antiguos, sus metodologías rompían todas las reglas seguidas previamente, y dejando en duda el origen de su poder para demostrar lo conducente.*

*Aun cuando estuvo frente a los tribunales de la época, con su discernimiento, Jesús anticipaba sus intenciones, y daba respuestas que en definitiva daban razón de su dicho, pero que no fueron expresados en los términos suficientes por la legislación para poder formular formal imputación en su contra (de acuerdo al Derecho Romano).*

*Fue ejemplar incluso el hecho protagonizado por Poncio Pilatos, quién, siendo el gobernante del lugar, dejó en libertad primeramente a un asesino de previo y notorio historial, Barrabás, antes que Jesucristo, a quién no se le podía demostrar nada, únicamente por la decisión de los gentiles.*

*Tuvo varios conflictos con las autoridades de la época, quienes, por su incredulidad, lo etiquetaron como demonio, por tener poderes para sanar enfermos, para hacer volver a los muertos, y demás actos que podrían catalogarse como extrahumanos. Estas ideas que le rodearon, hicieron que los hombres poderosos de aquellos tiempos fueran considerándolo una persona peligrosa, y hasta indeseada, por lo que la fuerza del incipiente Estado de aquél imperio romano se hizo presente en contra suya, con todos sus esfuerzos, jurídicos y meta jurídicos para poder detenerlo o atraparlo, y darle muerte.*

*No obstante, Jesús tuvo tal fe, que estaba consciente que tenía un destino que cumplir al indicar que debía ser cumplida la profecía que involucraba su sacrificio para demostrar los vicios de la sociedad, no sin antes que se cumplieran los tiempos perfectos del Señor, no sin antes instruir y enseñar a quienes le visitaran a ayudarlos a tener una guía, para que, al redimir pecados por la falta de*

*conocimiento, fueran limpios y respondieran por ellos mismos, ahora bajo el conocimiento del Señor.*

*Este comentario solo nos permite ver una cosa en Él, y es que su fe fue más grande que todas las adversidades, formándose enemigos por ello, y siempre tuvo que vivir a la defensiva de los fariseos y escribas de la época, por lo que hablando en estricto cumplimiento del tema jurídico penal podemos observar varios puntos:*

*Sobresale que, sin respetar los procedimientos previamente establecidos, y sin cumplimiento estricto de la ley, se le dio a su búsqueda para imputar hechos contrarios contra toda norma penal de la época solo para que pudiera sufrir una condena inmerecida por hechos que no se demostraron, y en cuya participación en los hechos fue parcial (por no decir tergiversada), y sin justa razón, padeció lo que una sociedad entera permitió, demostrando con ello la injusticia del hombre en el mundo terreno, y cumpliendo así las profecías de los antiguos, formando el pilar de la iglesia cristiana.*

*El hecho de que fuera real o no su poder, de que sus hechos ocurrieran de la manera en que se señalan en las escrituras o que hubiera reconstruido a toda una sociedad con base en la fe no es lo relevante para los efectos de este trabajo, sino la señalización de que, aun siendo una persona dentro de un esquema jurídico-político determinado, sufrió atropellos proliferados por la misma injusticia humana, que el Derecho debió corregir y mediar para evitarlas.*

Enaltecer el estudio de las disciplinas filosóficas para comprender estas fallas humanas es lo importante a destacar, puesto que Jesús padeció como hombre (sin entrar en conflicto de que en él convergiera la otra investidura divina), lo que se destaca para la importancia de la filosofía en el Derecho, y la valoración de los límites y alcances del mismo, pues ninguna persona está exenta de sufrir lo mismo.

Más adelante, Michael Foucault nos señalará un punto interesante: la idea de que las instituciones psiquiátricas y los reclusorios sirven como freno social

plenamente justificado a la luz de las ciencias y el positivismo para detener a todo aquel que no ha comprendido a cabalidad las normas establecidas.<sup>57</sup>

Otro propósito de estudiar al Derecho Penal de la mano de las disciplinas filosóficas es para buscar las razones últimas de su finalidad, como lo es la Justicia: no es casualidad que el Derecho y la Justicia sigan siendo confundidos por aquellos a quienes le son ajenas las discusiones jurídicas, puesto que la frontera donde el primero termina y la segunda comienza es tan tenue que se difuminan de forma emblemática, siendo criticables únicamente desde la perspectiva del observador, lo que deja entrever la dependencia del lugar donde se mire las cosas como un factor que derivará en una interpretación distinta, quedando como un problema enteramente de Axiología Jurídica.<sup>58</sup>

Tópicos como los anteriores bien podrían ser tratados de forma amplia e independiente en una tesis aparte; sin embargo, por no ser nuestra materia propiamente, servirá únicamente para ejemplificar la utilidad de la *Filosofía del Derecho Penal* en la aplicación práctica. Por otro lado, se aclara que tales reflexiones no son desviaciones ni una pérdida de tiempo para el lector, sino que contiene un propósito: invita a ver, de forma preliminar, la realidad sobre la cual descansan los principios del Derecho Penal, puesto que es a través de la ideología de la sociedad en que se aplica el Derecho como se contempla al delito, los involucrados en él y como es que se manejan los operadores del sistema para detenerlo (o crearlo).

Desde el punto de vista particular, la Filosofía por sí misma es una continua lucha de posturas dicotómicas que deben encontrar conciliación en la medida de lo posible, para poder entonces tener otra concepción de la realidad más completa que la anterior, y con ello ir desentrañando la esencia de lo humano: todo, de la mano evidentemente de una metodología específica y buscando alcanzar resultados objetivos derivados del estudio de un objeto.

Se le conoce a la Filosofía como la madre de todos los conocimientos, la ciencia primera, y otras acepciones similares a causa de que el humano, a partir

---

<sup>57</sup> Cfr. Foucault, Michael, *Vigilar y Castigar*, Trad. Garzón del Camino, Aurelio, 2ª Ed., Siglo XXI editores, México, 2009.

<sup>58</sup> Sobre el tema, véase: Kelsen, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, trad. Garzón Valdez, Ernesto, 10ª Ed., Fontamara, México, 1999 y Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Trad. González, María, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

de que es consciente de sí mismo, es capaz de discernir los distintos escenarios que la vida le va planteando, llegando a entablar la expedición más grande de toda la existencia orientado principalmente por las preguntas ¿qué somos? ¿qué propósito tenemos? ¿a dónde queremos llegar? ¿qué podemos esperar? Estos estudios encuentran cabida, primeramente, en la antropología filosófica, y, con ello, en la filosofía en general, iniciando todas estas concepciones desde el momento indeterminado en el que el humano sabe que muere.

Tomando como punto de partida lo anterior, es como desciframos que la Filosofía es una disciplina auxiliar importante de nuestro análisis: si la misma Filosofía con la apertura de conocimientos y demás teorizaciones y suposiciones metodológicas planteadas no ha llegado a ningún resultado concreto sobre como concebir la realidad, ¿qué podríamos esperar de una disciplina de terrenos ásperos cuyas corrientes faltan aún por descifrar, con límites de sus ramas siempre interconectadas, y, peor aún, que se encuentran determinados según tiempo y espacio específicos?

Ese es el punto a donde se pretende aterrizar esta discusión: el hecho de que diversas dicotomías no sean resueltas en su momento por las metodologías especializadas en cada campo de discusión, no significa que no pueda tener un punto de inflexión donde ambas posturas contrarias inicialmente puedan compartir rasgos comunes, tomando únicamente lo mejor de cada una de ellas.

Es en este aspecto donde muchos teóricos del Derecho Penal han tenido diferencias y divergencias, pero también puntos de encuentro: Si se aprecia con detenimiento, durante la existencia de las escuelas penales posteriores a Beccaria, cada una de ellas tuvo una fuerte influencia filosófica característica de cada autor, que iba de acuerdo a los rasgos generales de cada escuela. Arturo Luis Cossio Zazueta<sup>59</sup>, al realizar un gran estudio preliminar en su tesis de licenciatura, señala que los autores pertenecientes a la escuela clásica (por citar un ejemplo) tenían en común el hecho de apoyar la corriente filosófica indeterminista, bajo el argumento de señalar que cada persona era libre en su destino, y, por ello, la realización de un delito tenía aparejada una valoración de

---

<sup>59</sup> Cossio Zazueta, Arturo Luis, *La Imputabilidad Disminuida*, Tesis para obtener el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991. pp. 4 – 21.

su actuar, de donde se desprende que existe una responsabilidad, un grado de reproche, y, junto con ellos, una consecuencia jurídica que buscaba, ante todo, la corrección individualizada de aquella persona que hubiera delinuido por una mala valoración axiológica; mientras que la escuela positivista consideraba como un principio el determinismo filosófico: de ahí que diversos autores pertenecientes a esta corriente hayan considerado que el criminal es un individuo nato con destino natural a delinquir, pues éste posee características fisionómicas que determinaban su futuro actuar, y por lo tanto era presupuesto tener presente el principio de peligrosidad de forma preventiva con este tipo de sujetos.<sup>60</sup>

Son esas posturas las que son susceptibles de ser amalgamadas, puesto que varios de los autores diferían en ocasiones, por cuestiones técnicas esencialmente, derivadas de una forma distinta de concebir los conceptos y posturas, pero que no son erróneas según cada perspectiva particular, teniendo como ejemplo el caso de Franz Von Liszt, clasificado como positivista por ser su teoría del delito emanada directamente de las ideas pregonadas por el movimiento positivista (causa-efecto en ciencias sociales), quién consideraba a la política criminal como eje para el desarrollo de la prevención pública del delito en contraste con Francisco Muñoz Conde, quién también considera la política criminal como necesaria desde los fundamentos, pero que, por ser más contemporáneo que el primero, toma en consideración las bases del finalismo español para el estudio de los delitos, por las observaciones que él mismo hace en su Tratado.<sup>61</sup>

Por último punto relevante para el tema a desarrollar para esta exposición (más no el último de importancia general en la cultura jurídica) involucra la apertura mental que fomenta en el estudio interdisciplinario la filosofía, en razón

---

<sup>60</sup> Cfr. Ídem., en relación al capítulo “La Dirección Antropológica” en Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología*, 7ª Ed., Porrúa, México, 1991. Cabe destacar, en primer lugar, el hecho de que las escuelas como tal fueron concebidas por los teóricos penales de cada época, siendo un señalamiento posiblemente arbitrario en tanto que se determinaba que uno u otro pertenecían a cada escuela con base en sus postulados: es arbitrario porque prácticamente todo aquél dogmático jurídico penal posterior a Beccaria fue señalado como autor clásico, aunque se demostraría con posterioridad que parte de esos autores se adherían a otras posturas diametralmente opuestas a las representadas por tal escuela (Véase Cossío, Óp. Cit. p. 4); Por otro lado, es notable el comportamiento de algunos autores clasificados como pertenecientes a la escuela positivista, pues dentro de los estudios más sobresalientes de sus integrantes, encontramos las investigaciones de Cesar Lombroso sobre la clasificación del delincuente, llegando a encontrar inclusive al denominado delincuente nato, siendo una aberración a los actuales principios del Derecho Penal, pues concibe que la persona, desde su nacimiento, ha tenido ya características propias de todo aquél sujeto delincuente, manifestando con ello las ideas propias de los representantes de esta corriente que nació, en principio, como una oposición a autores pertenecientes al movimiento “clásico”.

<sup>61</sup> Cfr. Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Capítulo II.- La Política Criminal, p. 37, en relación con Muñoz Conde, Óp. Cit., p. 195.

de que varias de sus ramas involucran un replanteamiento de principios y razonamientos para poder entender a cabalidad la complejidad de un estadio determinado: por eso, la importancia de las ramas de la ontología y la metafísica son esenciales para proponer a la realidad, tanto en condiciones normales, como en cualquier otra realidad alterna no posible de concebir de otra manera. Tiene su lógica proponer esto, ya que, como proyecto, este trabajo pretende, además de encontrar una concepción teórica que amalgame lo rescatable de diversas teorías del delito, también involucra el hecho de que se replantee una nueva mentalidad, donde el ciudadano común se encuentre consciente de sus actos, y entonces, habiendo contemplado desde una visión más ética, filosófica y moral, comprenda el trasfondo de sus actos, sin que, por ello, se convierta en una escuela moralista, ni tampoco laxa de valores, a la espera de que el autor de un delito reciba la medida justa, proporcional a sus actos, y, sobre todo, genere una convicción interna de la interpretación de su error dentro del esquema social.

¿Cómo entran estas disciplinas filosóficas en dicha labor? La respuesta es compleja; sin embargo, se expresa en estos términos: las disciplinas filosóficas toman sentido dentro del Derecho a partir del reconocimiento de los planos ontológico y metafísico, que permitan entender que lo que actualmente es, es así por una serie de razones prescritas desde antes de nosotros; que puedan tener origen en las normas anteriores, en la ley natural y el derecho natural (en sus ambos sentidos, tanto físicos como sociales, y a su vez, metafísicos) y en las acciones que realizamos a diario, con las cuales se forma una realidad en equilibrio propio, cuya intervención y actos propios y ajenos alteran las condiciones iniciales y determinan, con ello, la búsqueda de una armonía distinta, con las consecuencias necesarias a las que haya lugar.

Se acota que la ontología y la metafísica, son ramas de la Filosofía que tienen por objeto describir la realidad en sus postulados, que en palabras de Nora María Matamoros Franco se pueden entender como: “*La tarea de conocer el elemento formal que explica la existencia de las cosas*”<sup>62</sup>, por lo que respecta a la ontología, y como metafísica: “*la contemplación que versa sobre las primeras*

---

<sup>62</sup> Matamoros Franco, Nora María, *La ontología fenomenológica; la fenomenología como explicación del mundo*, Tesis para obtener el grado de Maestro en Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, p. 262.

*causas y principios*<sup>63</sup>, lo que guía de forma significativa el primer acercamiento a tales campos de estudio. Su relevancia es a causa de la invitación a construir la realidad desde sus bases, los principios primeros y últimos de por qué se constituyen las cosas como son, y en qué momento la esencia de las cosas se modifica por la caracterización en sus elementos de existencia.

Si en algo es peligrosa la filosofía es la facilidad con que se pueden difuminar los límites de la realidad en los estudios: por eso, primeramente, y antes de buscar tocar algo relacionado con esta temática se reconocerá que, como principio fundamental, está el hecho de que un delito es delito a partir de que existe un quebrantamiento a la norma prohibitiva, y que es a partir de entonces que el sujeto responsable tendrá alguna consecuencia jurídica al respecto; por esa razón en párrafos anteriores se expone que el Derecho Penal tiene principios que deben ser respetados como imperativo categórico, así también que mientras la voluntad no sea exteriorizada, no hay ningún motivo para sufrir persecución, en tanto que el pensamiento no delinque, con independencia del hecho que se analice si un pecado puede convertirse en delito.

Una vez enunciada la importancia de la Filosofía y sus ramas como disciplinas auxiliares en la teorización del conocimiento jurídico, y en particular, sobre cuestiones concretas del Derecho Penal, desde las cuestiones valorativas en las que coadyuva la axiología, el desarrollo de la materia penal en cuanto a sus fundamentos y razones últimas de la mano con la ontología, y sus desafíos frente al individuo o la colectividad, y una vez que fueron señaladas algunas características para entenderla en la presente investigación, nos es posible exponer de forma diferente la teoría del delito, como parte de la dogmática jurídico penal y la necesidad de verla de forma distinta a la habitual para obtener respuestas diferentes a problemas usuales.

### 1.3 La Teoría del Delito en la Doctrina Jurídico Penal

Enunciados los fundamentos del Derecho Penal y la necesidad de la filosofía como disciplina auxiliar para desentrañar los orígenes de las cosas en sus causas y alcances, explicaremos en qué consiste la teoría del delito, como

---

<sup>63</sup> Matamoros Franco, *La ontología...*, Óp. Cit., p. 86.

uno de los campos integrantes de la doctrina jurídico penal, y sus características, para realizar la integración de conocimientos para la valoración de la teoría del delito a desarrollar.

Ubicando en términos generales a la teoría del delito, se expuso líneas arriba que corresponde al apartado de conocimientos que estudia la parte general del Derecho Penal: formando parte de la llamada doctrina jurídico penal. La doctrina jurídico penal, en palabras de Claus Roxin, “*es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal*”.<sup>64</sup> La anterior definición será considerada en este trabajo de investigación más que adecuada, puesto que toma como base la interpretación y la elaboración de disposiciones legales penales, pero sin abandonar las opiniones que dejan perspectivas diferentes, lo cual es el fundamento de nuestra actividad conciliadora.

Por otro lado, Francisco Muñoz Conde, al hablar de la también nombrada dogmática jurídico penal, cita a Enrique Gimbernat Ordeig al manifestar que “*la dogmática jurídico-penal es una ciencia neutra, lo mismo interpreta a leyes progresivas que reaccionarias, de ahí que pueda convertirse en algo sumamente peligroso si el penalista está dispuesto a interpretar, por así decirlo, todo lo que le echen*”<sup>65</sup>; y, sin perder de vista esta nota, trata de exponer un esquema de triple dimensión sobre las labores centrales de la dogmática jurídico penal: la interpretación, la sistematización y la crítica del Derecho Penal positivo<sup>66</sup>.

Esta dogmática no se encarga exclusivamente de la teoría general del delito; sin embargo, es de los puntos más relevantes sobre el cual ciñe su estudio. Algunas otras áreas de estudio lo abarcan distintos temas, desde la teoría de la pena, las modalidades de la imputación objetiva, los elementos del deber jurídico o la evolución de las instituciones jurídico penales, por dar ejemplos; pero eventualmente muchos de todos esos conocimientos terminan incidiendo de forma significativa en los contenidos de la teoría del delito, como por ejemplo, la

---

<sup>64</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal - Parte General (Tomo I): Fundamentos. La Estructura de la Teoría General del Delito*, Trad. Luzón Peña, Diego-Manuel et al., 2ª Reimpresión, Ed. Civitas, España, 1997. p. 192.

<sup>65</sup> Muñoz Conde, Óp. Cit., p. 192.

<sup>66</sup> Ídem.

teoría de la pena en la valoración de la punibilidad, la imputación objetiva desde el momento en el que se realiza la valoración de la conducta del sujeto activo en un hecho penalmente relevante y su exigibilidad de otra conducta, etc.

La teoría del delito puede ser vista desde distintas ópticas, las cuales dan una idea de lo que significa la existencia del delito como un ente jurídico, a la luz de las concepciones particulares de un autor o de una corriente; no obstante, para que pueda ser llamado teoría, en primer lugar, debe cumplir con los presupuestos que involucra mencionar a algo como teoría: esto es, hay que definir que es una teoría.

Una teoría es un conjunto de conocimientos que bajo ciertas condiciones son válidas, y que pueden tener carácter de generales en el momento en el que se actualiza la comprobación en distintos supuestos. Claus Roxin parafrasea a Immanuel Kant al establecer la idea de que la búsqueda de estos conocimientos no es únicamente como una labor de agrupación, sino también “*la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea, un todo del conocimiento ordenado según principios*”<sup>67</sup>. Por eso, la teoría general del delito busca analizar al delito como un objeto de estudio independiente, del cual se reconocen diversas características que le son comunes en cualquier caso en que hablamos de él.

Visto de forma preliminar el esquema de los conocimientos previos requeridos para un replanteamiento y concepción de la doctrina jurídico penal, y en particular, de la teoría del delito, se procederá a realizar un estudio sobre las líneas de estudio de los dogmáticos más relevantes en la historia del Derecho Penal, empezando por las corrientes clásicas hasta nuestros días con Claus Roxin y Gunther Jakobs, con la finalidad de concebir los criterios propios de cada autor, y con ello, enriquecer la visión jurídica necesaria para la propia construcción dogmática.

---

<sup>67</sup> Roxin, Óp. Cit., p. 193.

## Capítulo Segundo

### Principales Teorías del Delito Existentes

#### 2.1 Introducción

Este apartado explica, de forma introductoria, el marco para la comprensión de la teoría del delito, su problemática inicial con la definición, su evolución, a través de los diferentes autores que han sido sus principales exponentes, así como sus respectivas críticas; lo anterior, con aspiraciones de concluir una definición más precisa del delito y sus características.

La doctrina reconoce diversos campos de estudio y de análisis del Derecho Penal; dentro de ellas se encuentra la teoría del delito. La teoría del delito tiene por objeto el estudio del delito y los elementos que constituyen la valoración de su existencia.

Existen complicaciones –aún en nuestros días- para definir al *delito* como forma de reacción social a las conductas antisociales que afectan a los bienes jurídicos tutelados más importantes para una sociedad.

La definición que ha establecido genéricamente el Código Penal Federal, que “*delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales*”<sup>68</sup>, deja incertidumbre sobre su concepción. Si ahondamos un poco más al respecto, es posible encontrar la definición doctrinal del delito como “*toda conducta típica, antijurídica y culpable*”<sup>69</sup> (a la luz de las corrientes tetratómicas, generalmente aceptadas); o tal vez más compleja, la propuesta de Jiménez de Asúa como conducta típica, antijurídica, culpable y punible, realizada por una persona imputable, y sujeta a ciertas condiciones objetivas de punibilidad.<sup>70</sup>

Dependiendo del punto de vista del autor en particular, estos elementos y presupuestos de existencia tienen diversas variantes, conforme a las concepciones propias del autor, y el esquema teórico que se maneje para su

---

<sup>68</sup> Artículo 7º. *Código Penal Federal*, Editorial ISEF, México, 2017. p. 2.

<sup>69</sup> Roxín, Claus, *Derecho...*, cit., p. 194.

<sup>70</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, Ed. Oxford University Press, México, 1997, p. 133.

descripción. Sin embargo, no deja clara la naturaleza del delito sino únicamente a aquellos que saben cómo interpretar las definiciones propuestas, por todo lo que encierra de significado cada uno de los elementos.

Como señalamiento inicial, se especifica que este estudio reconoce la influencia y utilidad de la teoría legalista del delito; sin embargo, no será tomada a consideración por ser en su esencia un estudio de acuerdo a la ley vigente, desentrañando la voluntad del legislador para el estudio de los delitos, de conformidad con los tipos, las omisiones que dan margen interpretativo y demás interpretaciones que puedan servir como defensa o como argumento punitivo en la práctica forense, desplazando con ello de forma tajante cualquier disertación teórica que puede producir el conocimiento dogmático nuevo, con implementación de diversas corrientes intelectuales, distintas –incluso- a las ciencias penales.

En efecto, ningún doctrinario ha definido, con una validez general, la concepción del delito. El avance más notable –debido a su circunstancia- se encuentra en la enseñanza de Francesco Carrara, al contribuir de forma sobresaliente con una definición muy elaborada, conforme a su tiempo. Carrara propuso: “*Delito es la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso*”.<sup>71</sup>

De la anterior definición se obtiene un avance simbólico en la historia del Derecho Penal, pues es en ella donde se obtienen referencias primarias de la concepción del delito. Sin embargo, él mismo adelantó en su obra que esta definición tenía severas críticas, pues limitar –por dar un ejemplo- el delito a una mera interpretación del legislador en turno resultaría una tiranía al sujetar a la población al capricho y arbitrio de los hombres en el poder en turno.<sup>72</sup>

Se señala desde este momento que es a partir de esta definición sobre la cual se iniciará el estudio debido a ser la definición que marcó un parte aguas en

---

<sup>71</sup> Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal, Parte General, Volumen I*, Trad. Ortega Torres, José, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1988, p. 43, S21. En otras versiones, es considerado como “políticamente dañoso”. Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones...*, Óp. Cit., p. 130. Esta observación es relevante a causa de que la connotación es distinta cuando se hace un señalamiento de lo social a lo político; en ambos casos, es importante destacar en este punto la vinculación del Derecho penal como brazo armado de la fuerza política en turno, a tal grado de que un servidor de naturaleza jurídico política pueda llegar a otorgar el *indulto*.

<sup>72</sup> Carrara, Óp. Cit.

la historia del Derecho Penal por ser su programa uno de los primeros esfuerzos más notables para sistematizar todos los avances en materia penal que había desencadenado la obra de Cesar Bonesana, marqués de Beccaria, quién es considerado como el padre del Derecho Penal moderno.

Existen varias observaciones posibles de hacer en torno a la crítica de la definición de Carrara y en efecto, varias de ellas han sido realizadas y razonadas por tratadistas contemporáneos. Es posible comentar la diversidad de cambios que se propusieron en torno a las ideas manifestadas por este autor; pero lo que destaca de tales críticas es que, al integrar diversos conceptos en unos cuantos elementos de definiciones posteriores, se pudo condensar de forma más precisa el avance en conocimientos de la materia penal, dejando un panorama más claro de lo que involucra su definición.

Por mencionar ejemplos, se menciona en este punto que en la doctrina moderna se integró en el elemento de la conducta las variantes de acción y omisión (así como la comisión por omisión), haciendo innecesario especificar desde la definición si es un hecho positivo o negativo; y la antijuridicidad fue tratada más claramente al concebir la idea de que existe una infracción, entendida como el conflicto entre el hecho material y la prohibición de la ley, pero añadiéndosele que no exista alguna justificación al actuar del agente activo, y otras observaciones que haremos en su oportunidad.

Como se aprecia, tenemos que la definición inicial de Carrara es aceptable para su época, en tanto que dicho autor explica cómo interpretar cada uno de los elementos de la definición para que no se manifiesten de otra forma distinta al objeto esencial del delito; sin embargo, esta definición sufre de sus propios vicios al ser dicha obra perteneciente a 1859, y teniendo con ello las limitantes de su tiempo, se alcanzan a apreciar estudios más completos de fechas posteriores, ya que a partir de la publicación de la obra de Franz Von Liszt y de Ernst Von Beling se estuvo en plena aptitud de comprender de una forma más precisa al objeto de estudio denominado delito, y deja por estas causas insuficiente el esfuerzo del autor.

Autores posteriores, como Giuseppe Maggiore, trataron de definir de una forma diferente el delito, de manera más práctica, y quien manifestó, a grandes

rasgos, que: “*Delito puede definirse en sentido formal (jurídico – dogmático) y en sentido real (ético – histórico). La primera acepción se llama delito toda acción legalmente punible; En el segundo significado, delito es toda acción que ofende gravemente el orden ético jurídico, y por esto merece aquella grave sanción que es la pena: Es un mal que debe ser retribuido con otro mal, para la reintegración del orden ético-jurídico ofendido*”.<sup>73</sup>

Esta definición, dividida entre aspectos formales y reales, nos da una idea de cómo ha ido evolucionando la conceptualización del delito. En esta postura, el autor nos manifiesta, por una parte, su concepción del delito jurídica (la cual tendremos presente, pero a la cual no nos adherimos en este estudio), y por otro lado nos establece un parámetro paralelo sobre el cual valorar la conducta antisocial: la ruptura del orden ético-jurídico de la sociedad.

Si bien es cierto, se ha determinado en otros apartados que el delito es producto del principio de legalidad, y tiene una teleología determinada (esto es, la protección de bienes jurídicos más relevantes), no debe olvidarse por ello que el delito como tal resulta de ser una actuación contraria a los principios más importantes para una sociedad, y en medida de que se pierde la simbología y el respeto a esos valores más importantes conforme a la axiología general de la sociedad se fomenta cada vez más la aparición de conductas contrarias a aquellos principios, por lo que fijar una importancia a lo que representa el campo ético no es pérdida de tiempo.

Otros autores han utilizado la definición legal como patrón para la aparición del ente denominado *delito*, pese al hecho de que el campo de estudio pertenece o tiene mayor cercanía a campos no jurídicos (ejemplo, criminólogos)<sup>74</sup>; sin embargo, se debe reconocer la importancia de saber que el delito es algo más allá que simplemente la definición legal de la cual determinan su existencia o inexistencia jurídica. Con cada conducta que atenta contra los valores más importantes de la sociedad, se ataca directamente a su cohesión social, se contrapone con aquellos elementos que le constituyen, que le

---

<sup>73</sup> Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal, Parte General: El Derecho penal - El Delito*, Trad. Ortega José, Ed. Temis, Colombia, 1989, p. 251.

<sup>74</sup> Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, 5ª Edición, Ed. Porrúa, México, 2009, p. 16. “*Criminología es una ciencia sintética, causal, explicativa, natural y cultural de las conductas antisociales*”.

convierten en una nación, y que desvirtúan su identidad: en pocas palabras, con su comisión se ataca a sí misma.

Se han hecho equiparaciones sobre la comisión de delitos en relación a la comisión de pecados, mientras la iglesia fue el rector de la vida en general durante la Edad Media; no obstante, y derivado de la evolución histórica de la concepción del delito, eventualmente fue marginada tal idea, pues en la actualidad se conocen el principio del Derecho Penal de acto, el Principio de Culpabilidad y la Garantía de Legalidad, así como los elementos del delito de la conducta y la tipicidad como formas de evitar imputar delitos por el simple pensamiento. Aunque, a la perspectiva personal del autor de este texto, existe una relación profunda entre la realización de delitos y las intenciones perversas del humano, lo que es posible llegar a concluir que, si bien es cierto, no todas las conductas ubicadas como pecado son delito, si todo delito involucra la ruptura de alguno de los bienes mayores que el pecado reputa como quebrantados o lesionados. Pero es irrelevante en el campo jurídico, por lo que no se ahondará en ello.

Estrictamente hablando, el delito no debe ser asociado inmediatamente con la ética, la psicología, la moral o la religión, pues al hacerlo, se pierden muchas esencias que les diferencian mutuamente; sin embargo no debe dejarse de lado o desconocerse aquel vínculo entre distintas partes de una misma realidad, ya que dicha realidad no se encuentra contemplada exclusivamente en la ley, y las consecuencias de olvidar las nociones y principios rectores ético-morales de la sociedad en la realidad fáctica, tarde o temprano se refleja en la falta de interés paulatina por algunas conductas que se vuelven habituales, y que desde el nivel espiritual del humano, se sabe que no son correctas. Pasó con el vagabundismo, sucedió con la bigamia y las causales de divorcio, y sucederá también con aquellos delitos que son poco relevantes o que caigan en desuso, previo proceso legislativo.

Continuando con la exposición de los diferentes enfoques de los autores, la definición del delito ha versado sobre los elementos de la definición jurídica, de tal manera que han tenido diferente relevancia para cada uno de los autores, variando con ello el elemento o elementos que fungen como eje central de sus

teorías, de acuerdo a sus postulados filosóficos, conforme a su adherencia a determinada corriente, a causa de la enseñanza de sus mentores, o como simples conductas reaccionarias de la corriente del pensamiento en turno, etc.

Cada postura se fundamentó con base a una estructura del pensamiento determinada, bajo esquematizaciones y conceptualizaciones escogidas por cada autor conforme a lo que creyó correcto dadas sus condiciones; pero es necesario mencionar que diversas posturas deben ser atacadas por su confusión terminológica, aprovechando con ello los conocimientos teóricos actuales, que permitan desentrañar la esencia de lo que representa una conducta delictiva, pues aunque las conductas antisociales no siempre son delito, es de señalarse que también existen patrones similares en todos lados que funcionan como parámetro para la detección de determinados delitos: de ahí que derive en este trabajo con aspiraciones eclécticas.

Por otra parte, se rescata de las consideraciones anteriores que los criterios divergentes de cada autor pueden ser conciliados de forma tal que se entiendan con una interpretación armónica. Este trabajo involucra necesariamente la deconstrucción de cada teoría en específico: es la razón central por la cual se procederá a desentrañar, uno a uno, los comentarios de los autores más relevantes a lo largo de la historia del estudio consciente de la teoría del delito, con la expectativa de encontrar los rasgos comunes a cada uno de ellos, y visualizar mejor sus errores, confusiones y fracasos.

Procederemos a estudiar cada una de las corrientes más importantes de la teoría del delito, siendo examinadas las siguientes: el causalismo, el neo causalismo, el finalismo y el funcionalismo, de la mano de los autores más representativos de dichas teorías y que tienen en sus postulados los elementos característicos de la corriente analizada.

## 2.2 Causalismo

En este apartado, se hará mención de la teoría del delito denominada causalista, estableciendo sus elementos comunes, así como el esquema sobre el cual se erigió el sistema Liszt-Beling, su influencia y sus críticas individuales.

Parte de la influencia que dejara Beccaria en el Derecho Penal moderno consistió en ir agrupando las ideas del Derecho Penal sustantivo y adjetivo de conformidad a lo que se consideraba correcto en todo proceso penal: este esfuerzo encontró eco y se vio materializado en los trabajos de Francesco Carrara, cuyo tratado fungió como libro oficial en las universidades más prestigiosas de aquellos años.

Sin embargo, al presentarse problemas sobre lo ambigua de su definición (pese al hecho de que ya fueran contemplados de forma primaria los elementos del delito), y la vigencia de las ideas que conllevaba su teoría, se tuvieron que impulsar distintos esfuerzos para reorganizar el conocimiento de la ciencia penal, cuyo problema no solo era amenazado por los desafíos propios de su época, sino que también se enfrentaban a la entrada de otra corriente del pensamiento en general muy fuerte, como lo era el positivismo.

Autores alemanes como Franz Von Liszt, Ernst Von Beling, Georg Dahm, Reinhard Frank, James Goldschmidt, Karl Ludwig von Bar o Gustav Radbruch se caracterizaron por ser los principales autores dedicados a sistematizar gran parte de la ciencia jurídica posterior a los esfuerzos de Francesco Carrara hasta la fecha, siendo los principales exponentes de la teoría del delito y de otras concepciones teóricas muy interesantes sobre el Derecho.

Y aunque los esfuerzos jurídicos eran difusos por la aparición de nuevas disciplinas emergentes que convergían con la terminología jurídica, pero que no representaban conocimiento teórico como tal para la teoría del delito, se logró establecer de forma fáctica una corriente que se especializó en el delito, con lo que aparecen los primeros esfuerzos unificados para describirlo teóricamente.

### 2.2.1 Antecedentes de la corriente teórica

Producto de la época de auge del positivismo (finales del siglo XIX), y del hecho de trasladar la dinámica positivista de las ciencias naturales al campo del Derecho, se logró avanzar significativamente en un punto trascendental para el Derecho: el establecimiento de una causa generadora, y el efecto que emerge como consecuencia de ese acto. Estos avances fueron relevantes en diferentes puntos, teniendo como principal punto de partida la teoría de la responsabilidad

en materia de daños y perjuicios, campo propio del Derecho Civil. No obstante, pese al hecho de lo que involucraba tal avance, cuando fue trasladado al campo del Derecho Penal, se cayeron en abusos que la práctica misma convalidó, limitando con ello la dogmática perteneciente a este periodo.

### 2.2.2 Principales exponentes

Los principales exponentes de esta corriente de teoría del delito son Franz Von Liszt y Ernst Von Beling, quienes, con sus ideas variadas pero sistematizadas en torno a las características del delito, lograron dar luz a la ciencia jurídica sobre los fundamentos de la teoría del delito (de ahí que no sea casualidad encontrar dentro de su tratado subtemas de política criminal por una parte, o de fundamentos histórico-jurídicos de la evolución de las instituciones jurídico-penales por otro lado).

Ambos tenían complementos muy útiles el uno del otro, de tal manera que cuando era visto de forma conjunta, el esquema teórico estaba constituido de una forma lógica muy bien cimentada, por lo que se erigió el sistema Von Liszt-Beling para la dogmática penal, mismo que perduró hasta la permeabilidad e implementación de nuevas ideas que lograron desacreditar los puntos débiles de este eje.

Procederemos a estudiarlos, uno por uno, y hacer las críticas respectivas, para los efectos de aprehender los elementos más característicos de esta corriente de teoría del delito.

#### 2.2.2.1 Franz Von Liszt

El dogmático alemán Franz Von Liszt fue un penalista e historiador jurídico nacido en Viena el 2 de Marzo de 1851 y fallecido el 21 de Junio 1919.

Descendiente indirecto del compositor Franz Liszt, este dogmático se dedicó a estudiar diversos aspectos de las ciencias penales que fueron motivo de innovación en su época: haciendo estudios respecto a las investigaciones criminológicas de la época, realiza pronunciamientos particulares sobre la responsabilidad civil y penal por el uso de la doctrina neo romanista aún vigente en su tiempo (clasificación de delitos, cuasidelitos, delitos civiles de la división

tripartita), y toma seriamente en consideración a la política criminal como eje de sus investigaciones. Este dogmático se dedicó esencialmente a pronunciarse como uno de los que apoyaban abiertamente el método propuesto por la corriente intelectual imperante: el positivismo.

Derivado de la obra de Augusto Comte y Emilie Durkheim, este autor toma lo más representativo e innovador de los métodos científicos extrapolados a los campos de las ciencias sociales para proponer la vinculación de todos los fenómenos sociales que rodeaban su entorno: un avance notable y necesario para la concepción de sus ideas podría considerarse la obra de Max Webber, quién, una vez que definió la acción social en su libro *Economía y Sociedad*, dio un parámetro interpretativo de lo que era en general una acción dirigida a los demás, y como debía ser usado para la valoración de los hechos.<sup>75</sup>

Lo más característico del autor se encuentra estrechamente identificado con la teoría del delito a la que se le vincula: utiliza de forma preponderante la metodología de la causa – efecto para comprender los fenómenos sociales.<sup>76</sup>

Como punto de partida para entender su teoría del delito, este autor señala primeramente cuatro elementos a concebir para la valoración de la responsabilidad penal y su reacción (o castigo): acto<sup>77</sup>, antijuridicidad (ilegalidad), culpabilidad, y punibilidad. Esto se desprende del enunciado que establece “*delito es el acto culpable contrario a derecho y sancionado con una pena*”.<sup>78</sup> Pese a esto, este autor debe ser tomado en cuenta (aún por declaraciones de él mismo) como partidario de la teoría tripartita del delito, siendo sus elementos centrales *el acto, la antijuridicidad y la culpabilidad*<sup>79</sup>, considerando a la punibilidad como una consecuencia, en lugar de un elemento. Lo anterior es interpretado de esta manera a causa del enunciado que señala: “*delito (acto*

---

<sup>75</sup> Puede decirse que es más destacable la valoración jurídica del *acto* a través de otros estudios en materia penal, puesto que Von Liszt cita comúnmente a sus contemporáneos; sin embargo, en ese periodo en la historia Webber fue una de las voces más influyentes acordes a los principios del positivismo, en lo que respecta a su publicación y difusión. Para más detalles, Cfr. Acción Social, en Webber, Max, *Economía y Sociedad*, 2ª Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1964, pp. 18 – 21.

<sup>76</sup> Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, p. 289. Al respecto, véase la teoría del acto, Ídem.

<sup>77</sup> Véase *Ibidem.*, p. 285. Este elemento es identificado en otras teorías del delito como “Conducta”, por las características que refiere como propias de este elemento.

<sup>78</sup> *Ibidem.*, p. 252.

<sup>79</sup> *Ibidem.*, p. 253, véase la referencia al mencionar: “*Cuando falte uno de los tres caracteres esenciales de la idea, entonces no hay delito*”, así como en la p. 256, al enunciar el título del tema “\$27.- La división tripartita de los actos punibles”.

*punible) es el hecho al cual el orden jurídico asocia la pena como legítima consecuencia*<sup>80</sup>, dejando claro el lugar de la punibilidad en su esquema.

Cuenta con los siguientes “caracteres esenciales”:

- a) El delito es siempre un acto humano;
- b) El delito es, además, un acto contrario al derecho.- “...*Implica, materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico*”;
- c) El delito es “*un acto culpable, por ser un acto doloso o culposo de un individuo responsable*”.<sup>81</sup>

#### 2.2.2.1.1. Acto

Este autor presenta un estudio de la *conducta*, al cual, nominalmente ubica bajo la etiqueta de *acto*, denominándolo así por la nota que presenta en la referencia (1) de la *Sección Primera: Los Caracteres Esenciales del Delito*, donde establece que “*se debe partir del concepto general del acto, y debe hacerse abstracción, en cuanto es posible, de su significación jurídica. Pues el delito está constituido por un acto y debe ser estimado como tal...*”.<sup>82</sup>

De esta manera, abordamos al *acto* como uno de los elementos del delito en su teoría. El *acto*, en palabras del autor, “*es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediendo de un cambio en el mundo externo*”<sup>83</sup>, considerándolo por esta razón como *voluntad objetivada*.

Franz Von Liszt expresa que se entiende por manifestación de voluntad toda conducta voluntaria que, libre de violencia, física o psicológica, está determinada por las representaciones, añadiendo que puede consistir en la *realización* o en la *omisión* voluntarias de un movimiento del cuerpo.

También él especifica que “*el hombre es el único que puede realizar una manifestación de voluntad que trascienda al derecho*”<sup>84</sup>; es decir, cuyas consecuencias puedan ser imputadas al agente, rechazando con ello la concepción de las asociaciones y a los animales como responsables de un delito.

---

<sup>80</sup> Ídem.

<sup>81</sup> *Ibidem.*, p. 252

<sup>82</sup> *Ibidem.*, p. 283

<sup>83</sup> *Ibidem.*, p. 285

<sup>84</sup> Ídem.

Para que la voluntad sea efectiva, debe manifestarse frente al mundo exterior, por lo que “*exige, pues, la aparición de un cambio en el mundo exterior (aunque sea solo pasajero)*”, denominando a este cambio como *resultado*. De ahí que el autor señale que “*todo delito necesita un resultado*”.<sup>85</sup>

Señala también que, en medida de que existen diversas transformaciones en la realidad derivadas de la primera, hay que distinguir el resultado *próximo* del *remoto*<sup>86</sup>, siendo el resultado relevante el exigido en el Código Penal. “*La idea del peligro es, en sí mismo, un resultado; pero este resultado solo importa en medida de que está relacionado con otro estado, no sobrevenido, conocido y no deseado*”.<sup>87</sup> Por ello el resultado es la clave para comprender la idea del peligro.

Define al peligro como “*estado en que, bajo determinadas circunstancias, percibidas particular o solamente conocidas por el autor en el momento de la manifestación de la voluntad, se da la posibilidad inmediata (probabilidad) de que resultara una infracción*”.<sup>88</sup>

El autor finaliza el estudio general del acto agregando otra característica que reúne, según él, las partes en un todo: “*La relación del resultado con la manifestación de la voluntad*”<sup>89</sup>. Expresa que tal relación existe objetivamente cuando el resultado es causado o no impedido por la manifestación de la voluntad; mientras que subjetivamente existe cuando el agente en el momento de la manifestación de la voluntad ha previsto (o pudo prever) el resultado, enlazando con ello el dolo y la culpa. Sin embargo, también señala adelantando que este estudio es objeto del elemento de culpabilidad.

No pasa desapercibido que el autor señala, en una nota al pie de página, la existencia de una corriente denominada de la *causación adecuada*, a la cual, el mismo expresa que no debe ser considerada análoga a la interpretación de la causa-efecto de su exposición, pero de la cual se limita a rechazar.

---

<sup>85</sup> *Ibíd.*, p. 288.

<sup>86</sup> *Ídem.*

<sup>87</sup> *Ibíd.*, p. 289.

<sup>88</sup> *Ídem.*

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 290.

Así mismo, considera que las formas de realizar un acto son divididas en la comisión y en la omisión.

a) Comisión.- Considera Franz Von Liszt que la comisión: “*consiste en causar (provocar) un resultado a través de una manifestación de la voluntad*”<sup>90</sup>; siendo un movimiento corporal voluntario, motivado por representaciones, y con las condiciones de un acto libre.

El resultado debe ser causado por el movimiento corporal, como consecuencia de una relación causa-efecto (Relación de causalidad); por lo tanto, “*existe una relación causal cuando el resultado no hubiera tenido lugar sin aquel*”.<sup>91</sup> Todas las condiciones son, por consiguiente, del mismo valor (llamado doctrinalmente como “teoría de las equivalencias”).

Al efecto, Von Liszt ofrece un par de criterios para atribuir los resultados:

*I.- Resultado, debe ser atribuido al movimiento corporal como a su causa cuando no se hubiese producido sin las circunstancias especiales bajo las cuales el acto fue ejecutado o que sobrevinieron con posterioridad.*

*II.- Debe ser atribuido al movimiento corporal como a su causa, cuando no se hubiese producido sin el concurso simultáneo o subsiguiente de otros actos humanos...*

*Por el contrario, no existe cuando:*

*I.- No hay relación de causalidad cuando la supresión del movimiento corporal no hubiera modificado en nada la producción del resultado.*

*II.- Tampoco hay cuando la nueva serie de causas se produce por la manifestación de voluntad distinta a la del autor; sin embargo, este principio tiene una excepción cuando esta nueva manifestación de voluntad no hubiera tenido lugar sin la primera”<sup>92</sup>.*

En todos los casos, debe estarse en presencia de un acto libre, el cual el autor define con las siguientes características: “*sin que intervenga violencia,*

---

<sup>90</sup> *Ibidem.*, p. 292.

<sup>91</sup> *Ídem.*

<sup>92</sup> *Ibidem.*, 293-295.

*intencional, ejecutado por un autor principal responsable, motivado por representaciones”.*<sup>93</sup>

También se ofrece un criterio general para la codelincuencia, la cual estableció de la siguiente manera: *“El que ha puesto una condición para el resultado, debe ser considerado como causante del mismo”.*<sup>94</sup> Esta regla general es la directriz del estudio de la *concausa*.

Así mismo, se ofrecen una serie de consideraciones para el estudio de la comisión de delitos, las cuales versan al tenor de las siguientes propuestas:

- 1) *“La causa no es tomada en sentido restringido, esto es, como una situación a la que necesariamente le sigue una consecuencia determinada, sino que debe entenderse como una de todas las condiciones para que el resultado exista”*<sup>95</sup>;
- 2) *Realiza una negación manifiesta de la fuerza de la causa productora del resultado como algo distinto a las demás condiciones existentes (concepto metafísico de la eficacia). Esto quiere decir que existe un rechazo por parte del autor de lo que se entenderá más adelante como la teoría de la causa más probable.*
- 3) *Rechazo de toda distinción esencial dentro de las condiciones*
- 4) *Por lo tanto, su opinión se muestra en contraposición a la teoría de la causación adecuada.*<sup>96</sup>

#### b) Omisión

Por otro lado, la omisión para Franz Von Liszt *“consiste en no impedir, voluntariamente, el resultado”*, lo que se traduce en *“no ejecutar voluntariamente el acto corporal que debiera haberse realizado (a través de una manifestación de voluntad)”*<sup>97</sup>, donde la manera de obrar deba de ser libre de violencia, y determinada por representaciones. La omisión supone –dice el autor- que: *“el*

---

<sup>93</sup> *Ibíd.*, p. 296.

<sup>94</sup> *Ibíd.*, p. 297.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, p. 298.

<sup>96</sup> *Ibíd.*, pp. 298 – 300.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, p. 302.

*resultado producido hubiera sido evitado por el acto, que, a pesar de ser posible para el autor y esperado por nosotros, fue omitido por éste*<sup>98</sup>.

Bajo ciertas condiciones, el orden jurídico equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo; Pero la punibilidad de la omisión es independiente del supuesto de causalidad. Solo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo. Y solo de la omisión contraria al Derecho.

La obligación jurídica de obrar, nos dice Franz Von Liszt, puede resultar de:

*1) Un precepto especial del orden jurídico, perteneciente al Derecho Penal; o bien que esté decretado expresa o tácitamente por otras ramas jurídicas; es decir, procedente de un conjunto de deberes resultantes de una situación jurídica determinada. Al respecto, ejemplifica el cuidar a un niño, cuando dicha obligación se encuentra dispuesta en ordenamientos de carácter civil, sin que sea estrictamente la norma penal la que tutela dicha obligación.*

*2) De la acción precedente, que hace aparecer como contrario a lo debido el hecho de no obrar subsecuentemente (como una resultante). Señala como ejemplo los cuidados a los que se obliga la persona que recoge a un niño abandonado, generándole con ello una obligación subsecuente de actuar.*<sup>99</sup>

Sobre el castigo en la omisión, hace la mención de las posturas imperantes en su momento, exponiendo si se debe imponer una pena menor, o un castigo igual a la comisión; en todo caso, expresa el autor que se había convenido que *“la relación entre la causa y el efecto tiene, en la omisión, un objeto completamente distinto que en la acción”*.<sup>100</sup>

#### 2.2.2.1.2 Antijuridicidad

Franz Von Liszt continúa su estudio con el siguiente elemento del delito, considerado por él la Antijuridicidad (ilegalidad) del acto, describiendo al delito como un acto contrario al Derecho.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> *Ibidem.*, p. 303.

<sup>99</sup> *Ibidem.*, pp. 304-305.

<sup>100</sup> *Ibidem.*, p. 307.

<sup>101</sup> *Ibidem.*, p. 323.

Para estudiar este elemento, Franz Von Liszt comienza diciendo que el crimen, en tanto infracción, es un acto culpable contrario a Derecho: por ello, el reproche del acto es doble: *“El acto es formalmente contrario a Derecho en tanto que es una transgresión a una norma... El acto es materialmente ilegal en tanto que es una conducta contraria a la sociedad”*.<sup>102</sup>

Toma por principio qué al presentarse un conflicto de bienes jurídicos e intereses, se debe sacrificar el de menor importancia al precio de la conservación del mayor. Por lo tanto, *“solo será materialmente contraria a derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico. Será legítima en medida que responda a esos fines, y, por consiguiente, a la misma convivencia humana”*.<sup>103</sup>

Otra anotación preliminar que realiza el autor es que la ilegalidad formal y material pueden coincidir, pero también discrepar: por lo que, *“para deslindar el acto legítimo del ilegal, es necesario considerar el dominio total del orden jurídico”*.<sup>104</sup>

Así mismo, menciona que toda regla que ordena o permite la lesión o riesgo de un bien jurídico, les da carácter de acto legítimo, por lo que excluye el incluirlos entre los actos punibles; sin embargo, si faltare una regla semejante, se examina el contenido material del acto, guiado, esencialmente, por dos principios fundamentales:

- 1) *“Si el acto ejecutado es el medio adecuado (justo) para la consecución del fin reconocido por el orden jurídico, entonces el acto es legítimo”*.
- 2) *“Si el principio anterior es inaplicable, se examina la conveniencia del acto en consideración al fin de la convivencia regulada por el Estado”*.<sup>105</sup>

Los principios anteriores también son aplicables cuando un hecho debe ser despojado de su ilegalidad por virtud de normas jurídicas locales o administrativas.

---

<sup>102</sup> *Ibidem.*, p. 324.

<sup>103</sup> *Ibidem.*, p. 325.

<sup>104</sup> *Ídem.*

<sup>105</sup> *Ibidem.*, p. 326.

Sobre las causas de justificación, mismas que son: “*aquellas causas por las cuales se justifica la lesión o riesgo de un bien jurídico*”<sup>106</sup>, el autor expresa que tienen ciertas reglas:

- *El legislador ha incluido la característica de ilegalidad en la calificación particular de ciertos delitos: es decir, la ilegalidad debe ser declarada.*
- *Cuando se excluye la ilegalidad del acto, es idealmente imposible la coparticipación punible.*
- *En tanto que el acto excede la esfera de la legalidad, el acto queda sometido a las reglas generales en lo que respecta a este exceso: la extralimitación de un derecho.*
- *La ilegalidad del acto debe ser examinada y contrastada de modo objetivo, sin tomar en cuenta el error eventual del autor.*<sup>107</sup>

El autor expresa que “*el reconocimiento de que la ilegalidad es uno de los caracteres esenciales del delito, así como el conocimiento más exacto de aquellas circunstancias que quitan el carácter de ilegal, son resultado de un largo proceso... se admiten casos especiales; pero en vano buscaríamos una regla general*”.<sup>108</sup> El autor también considera desligados el homicidio, la legítima defensa, así como el estado de necesidad, de acuerdo a las definiciones que les delimitan y circunscriben. Las demás, están pendientes de nota aclaratoria – dice-.<sup>109</sup>

Acercas de la legítima defensa, expresa el autor que en todos los tiempos se ha reconocido con diferente amplitud que la legítima defensa es, no solo un acto no punible, sino un acto conforme a Derecho. Tuvo una evolución desde los romanos, hasta el Código imperial contemporáneo a Franz Von Liszt, la cual desarrolla brevemente con algunas anotaciones.

Legítima defensa es: “*aquella que se estima necesaria para repeler una agresión actual y contraria a Derecho por medio de una lesión contra el agresor*”.<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> *Ibidem.*, p. 327.

<sup>107</sup> *Ídem.*

<sup>108</sup> *Ídem.*

<sup>109</sup> *Ibidem.*, p. 328.

<sup>110</sup> *Ibidem.*, p. 332.

Por otra parte, considera como agresión como “*todo hecho de poner en peligro, por medio de un acto positivo, una situación existente, jurídicamente protegida*”.<sup>111</sup>

Para una efectiva legítima defensa conforme a Derecho, la agresión -según el autor- debe ser:

- a) *Contraria a Derecho, (si bien no necesita ser punible). Para el Derecho vigente de la publicación de la obra, Franz Von Liszt señaló que: “es indiferente que la agresión haya sido o no prevista, y que fuera o no culpable”.*
- b) *Actual, es decir inminente o hasta haber comenzado ya. No es necesario esperar el comienzo de la agresión como el esperar recibir un golpe para poder defenderse.*<sup>112</sup>

Por otro lado, el autor señala que no se admite legítima defensa:

- a) *Contra una agresión que solo amenaza al porvenir.*
- b) *Contra la agresión acabada, es decir “cuando queda quebrantada, puede permitirse al perjudicado tomarse la justicia por su mano”, conforme al Código Imperial que regía en el tiempo del autor.*<sup>113</sup> [Dicha regla es incompatible con nuestro sistema jurídico penal actual].
- c) *Agresión, dirigida contra una situación existente.*<sup>114</sup>

Las condiciones que el autor visualiza para una adecuada defensa legítima incluyen que:

- a) *Debe dirigirse contra el agresor mismo y no contra un tercero*
- b) *No debe traspasar los límites de la estricta necesidad; en función de la violencia en el ataque.*
- c) *No se permite tan solo para la protección de bienes jurídicos propios, sino también para los ajenos (auxilio legítimo).*<sup>115</sup>

---

<sup>111</sup> Ídem.

<sup>112</sup> Ídem., pp. 333 – 334.

<sup>113</sup> Cfr. Ídem., p. 335, nota 1.

<sup>114</sup> Ídem., p. 334.

<sup>115</sup> Ídem., p. 336.

Franz Von Liszt expresa: *“en el momento en el que se traspasan los límites de la defensa necesaria, el exceso de daño causado al agresor queda sometido, como acto contrario al Derecho, a las reglas generales. Sin embargo, el exceso de la legítima defensa por perturbación, miedo o terror queda impune”*.<sup>116</sup> No debe perderse de vista que dicho enunciado lo propone con fundamento en la norma vigente al momento de la publicación de su obra, por lo que algunos postulados de su obra podrán resultar inaplicables en nuestro sistema actual. Por lo que respecta al exceso de legítima defensa, de acuerdo a lo citado con anterioridad, debe entenderse que será sometido a un estudio de reproche por su exceso, lo que involucra que sea punible.

Por otra parte, la concepción del estado de necesidad tuvo un avance importante durante el periodo contemporáneo, según el autor.

La fuerza irresistible producida por la necesidad, excluye cualquier responsabilidad penal (según Kant y Feuerbach, junto con otros autores), lo que genera el antecedente del estado de necesidad. Lo anterior es así porque, según los principios generales, (esto es, el principio de interés preponderante y la teoría de la valoración de bienes), la conservación del interés superior a costa del inferior debe considerarse lícita.<sup>117</sup>

La esencia del estado de necesidad radica en el conflicto de intereses autorizados, donde solo uno puede ser conservado a costa de otro. El estado de necesidad *“es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos”*.<sup>118</sup> Por lo tanto, es una colisión de intereses, describiéndolo así: *“El acto ejecutado en estado de necesidad se presenta como salvaguarda de los intereses propios (y también ajenos en caso de auxilio legítimo), puestos en peligro inmediato, por medio de la lesión de los intereses legítimos de otras personas”*.<sup>119</sup>

Menciona Franz Von Liszt que *“se distingue de la legítima defensa y del hecho de tomar justicia por su propia mano en que estos se dirigen a defender o*

---

<sup>116</sup> Ídem.

<sup>117</sup> Íbidem., p. 340.

<sup>118</sup> Íbidem., p. 341.

<sup>119</sup> Ídem.

*restablecer el derecho frente a la injusticia, mientras que aquél pretende salvaguardar un derecho a costa de otro derecho*<sup>120</sup>, señalando la diferencia esencial para él.

De ahí, extrae las siguientes reglas:

- 1) La existencia de una colisión de intereses legítimos, es obligado.
- 2) El peligro, no puede evitarse de otro modo; por ello, persiste el Principio de la acción subsidiaria

Menciona también la diferencia entre el estado de necesidad en materia civil y materia penal, que para efectos de nuestro estudio es irrelevante. Finaliza el tema exponiendo las condiciones que establece el código vigente en su tiempo sobre el estado de necesidad, como causa de exclusión de la ilegalidad del delito, a saber<sup>121</sup>:

- a) No se originó culpablemente
- b) No es posible alejar de otro modo
- c) Salvar el interés de un peligro real
- d) El cuerpo o la vida del autor.

Para Franz Von Liszt, existen otros casos de exclusión de la ilegalidad, como lo son los siguientes:

- 1) Cumplimiento de un deber, que incluye:
  - Deber, como resultante de una función o un servicio.
  - Deberes particulares impuestos al individuo.
  - Orden del superior al inferior jerárquico (en donde el superior puede ser penado como autor indirecto, según el autor).
- 2) Autorización especial para hacerlo, dentro de los límites de la misma, como:
  - Tomar la justicia en mano propia.
  - Poder de educación y corrección.
  - Derecho Penal disciplinario.
  - Derivados de reglamentos.

---

<sup>120</sup> *Ibidem.*, p. 342.

<sup>121</sup> *Ibidem.* p. 343.

- Salvaguarda de intereses autorizados.
- 3) Ataque que se presenta como medio adecuado para la conservación de un fin último reconocido por el Estado:
  - Intervención médica de la integridad corporal con fines curativos.
  - Demás cuestiones relativas al aborto, lesiones deportivas, vivisecciones, etc.
  - Admisión de una industria al servicio del Estado.
- 4) Consentimiento del ofendido, (en donde se excluye en medida de que existan facultades de disposición del bien otorgadas por el titular).
- 5) Ataque contra sí mismo.
- 6) Inmunidad de la actuación parlamentaria.

#### 2.2.2.1.3 Culpabilidad

Por otro lado, Von Liszt, al abordar la culpabilidad, señala que es, en sentido amplio, la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado. El juicio de responsabilidad expresa la consecuencia ilícita que trae el hecho cometido y se le atribuye al infractor. A la desaprobación jurídica del acto, se añade la que recae sobre el autor.

En estricto sentido, la culpabilidad comprende la relación subjetiva entre acto y autor. Por tanto, es una relación subjetiva, solo puede ser psicológica; si existe, determina la consideración valorativa. Así mismo, Franz Von Liszt señala que: “*acto culpable es toda acción dolosa o culposa del individuo imputable*”.<sup>122</sup>

Para Franz Von Liszt, el contenido material del concepto de la culpabilidad, consiste en el carácter asocial del autor cognoscible por el acto cometido (conducta antisocial).

Su imputación, presupone dos elementos:

- 1) Imputabilidad del autor, entendida como la facultad para determinarse por las normas de conducta social.
- 2) Imputación del acto, puesto que el autor conocía el significado (en tanto que debía y podía conocerlo).

---

<sup>122</sup> Ibidem., p. 376.

Para Franz Von Liszt, el concepto de culpabilidad es completamente independiente de la hipótesis del libre albedrío: *“toda conducta humana es determinada o determinable por las representaciones generales, y también por las representaciones de la religión, de la moral, del Derecho, etc.; es el determinismo el que está enteramente facultado para formular la reprobación jurídico-social que recae sobre el acto y el autor... mientras que el indeterminismo está incapacitado para hacerlo”,* pues *“sólo el determinismo consigue establecer una medida para la culpabilidad que crece o disminuye, según el acto que sea, reflejando la expresión de la naturaleza propia y estable del autor”*<sup>123</sup>, notando con ello su innegable filiación a la corriente filosófica determinista.

Sobre la evolución de la culpabilidad, Franz Von Liszt señala brevemente los siguientes hechos: el Derecho romano elevó a calidad de elemento del delito al dolo; la concepción germánica consideró la responsabilidad por actos fortuitos, lo cual hacía considerar culpable al autor por el resultado previsto, no queriendo hacerlo, y que según el autor en comento derivó en el dolo indirecto (llamada culpabilidad consentida).<sup>124</sup>

Por otra parte, destaca que el delito culposo fue desconocido por los romanos, y que no fue sino después de los estudios de Loeffler que se ofreció un panorama distinto, contemplando la responsabilidad por actos fortuitos e involuntarios, dando una postura contraria a la concepción inicial romana, lo que sería la base para el estudio de los delitos culposos, y que consolidó a partir de los esfuerzos por parte de los italianos medievales la concepción de un delito provocado sin el deseo de hacerlo (o al menos, de forma dirigida a ello). Supone entonces Von Liszt este antecedente como el origen de la concepción del delito culposo.<sup>125</sup>

De ese modo, Franz Von Liszt enuncia un principio que menciona que: *“sólo el resultado imputable hace incurrir en responsabilidad penal”*<sup>126</sup>, señalando también sus excepciones: 1) Presunción de Culpabilidad; 2) Abstracción de

---

<sup>123</sup> *Ibidem.*, p. 377.

<sup>124</sup> Cfr. *Ibidem.*, pp. 378 – 380.

<sup>125</sup> *Ibidem.*, p. 381.

<sup>126</sup> *Ibidem.*, p. 382.

culpabilidad con una pena reglamentaria en los delitos formales; y 3) Los delitos calificados por el resultado, constituyen una excepción (un acto, en sí mismo culpable, produce involuntariamente uno más grave)<sup>127</sup>.

En ese tenor, Franz Von Liszt define a la imputabilidad como *“la capacidad de conducirse socialmente; es decir, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres [en medida de que] existe, puede ser imputada como culpable la conducta antisocial”*.<sup>128</sup> La imputabilidad supone que:

1. La psique del autor disponga de la riqueza necesaria de representación para la completa valoración social;
2. Se produzca normalmente;
3. A la velocidad normal; y
4. Fuerza motivadora, corresponde a una medida media.

La facultad de determinación normal, se encuentra dependiente de diversos factores que rodean el contexto de la persona, tales como sus conocimientos generales de la sociedad en la que se desenvuelve, etc.

La tarea del legislador, explica, consiste en la descripción de estados de excepción de la imputabilidad en su descripción en sentido formal, es decir, de su capacidad de obrar en Derecho Penal.

Señala también la relatividad del concepto de imputabilidad, a causa de los numerosos grados de transición, de donde describe de forma inicial que:

- Imputabilidad disminuida: *“(son) los estados, por los cuales se excluye la imputabilidad, se presentan en grados incompletos”*.<sup>129</sup>

Establece que la imputabilidad debe haber existido en el momento de la comisión del acto: *“El momento en el que ha tenido la manifestación de la voluntad, es el decisivo”*; este momento, más adelante, fundamentarán las *acciones libera in causa*<sup>130</sup>. Plantea el caso de cuando se produce un resultado contrario a Derecho por un acto en estado de inimputabilidad que fue ocasionada

---

<sup>127</sup> Cfr. Ídem.

<sup>128</sup> Ibidem., p. 384.

<sup>129</sup> Ibidem., p. 386.

<sup>130</sup> Cfr. Ibidem., p. 385.

por un acto doloso o culposo, cometido en estado de imputabilidad: “*Sin imputabilidad la culpabilidad, y, por consiguiente, el delito, son imposibles*”.<sup>131</sup>

En otro apartado, Franz Von Liszt enlista casos posibles de inimputabilidad:

1) *Falta de desarrollo mental:*

- *El desarrollo del sujeto, no sea completo (minoría penal).*

a) *Infancia. - Hasta 12 años cumplidos. Excluye toda investigación.*

b) *Adolescencia. - (12 a 18 años) Involucra un análisis casuístico para determinar quién si tiene la madurez mental necesaria para obtener un conocimiento del hecho: posibilidad de conciencia de la culpabilidad. El autor lo refiere como la facultad de distinción en la doctrina alemán, equivalente al “discerniment” francés.*

c) *Falta de madurez espiritual. – Retraso del desarrollo (ej. sordomudez, por encontrarse aislados del mundo dada su situación especial).*

2) *Falta de salud mental. - “No hay acto punible”.*

3) *Vida espiritual del hombre maduro.*<sup>132</sup>

El *dolo* para Franz Von Liszt es: “*el conocimiento que acompaña a la manifestación de la voluntad, de todas las circunstancias del hecho, que acompañan al hecho previsto por la Ley*”.<sup>133</sup> Es la más importante de las formas de la culpabilidad, pues “*obra a pesar del conocimiento de la significación antisocial de su acto, y ese conocimiento no le ha impedido cometer el hecho*”.<sup>134</sup>

Pertenecen al concepto de *dolo*:

a) La representación del hecho, como conocimiento de las circunstancias del hecho;

b) Conocimiento de la significación antisocial; por lo que existe la presunción de que el acto está previsto por la ley, y las circunstancias caen bajo las características de las definiciones.

El *dolo* puede ser excluido por el error del autor (la conciencia de la ilegalidad no es necesaria, en principio, para el *dolo*). Por ello, el concepto del

---

<sup>131</sup> *Ibidem.*, p. 388.

<sup>132</sup> *Ibidem.*, pp. 391-395.

<sup>133</sup> *Ibidem.*, p. 397.

<sup>134</sup> *Ídem.*

dolo debe partir del concepto de acto, debiendo hacer abstracción del valor jurídico del acto; es decir, de su ilegalidad:

- *Debe definirse como la representación del resultado, que acompaña la manifestación de voluntad. Por lo tanto, comprende:*
  - a) *Representación del acto voluntario mismo, así como de las circunstancias en que se ejecutó.*
  - b) *Previsión del resultado.*
  - c) *En delitos de comisión, la representación de la causalidad del acto; en delitos de omisión, la representación del no impedimento del resultado.*<sup>135</sup>

Para Franz Von Liszt, existe el dolo:

a) Cuando el agente se propuso el resultado, es decir, cuando “*la representación del resultado fue el motivo del acto*” (en este punto, es indiferente que el autor haya contado con la producción del resultado, con más o menos certidumbre; que lo haya previsto como necesario o posible es suficiente)

b) Hay dolo cuando el autor ha previsto la producción del resultado, sin que esta previsión fuera el motivo de su acto.

#### 2.2.2.1.4 Criticas particulares

Es evidente el retraso de las ideas de Franz Von Liszt con respecto al tiempo, pues en este momento doctrinal aún se estudiaba de forma muy vinculada al Derecho Penal en relación con las diferencias que tenía con el Derecho Civil. Esta anotación es importante, ya que prácticamente desde sus modelos de estudio hasta la descripción de los casos concretos de aplicación, son diferenciados entre estas dos ramas jurídicas. Actualmente, la diferenciación es muy clara, y rara vez es necesario estudiar las diferencias entre las conceptualizaciones de estas ramas, por lo que constituye un vicio propio de la época.

Al hablar de la omisión, resulta curioso que Franz Von Liszt mencionara ya, aún entonces, la posibilidad del reconocimiento de los actos esperados por

---

<sup>135</sup> Ibidem., p. 398.

la sociedad<sup>136</sup>, pues es en este punto donde existe un notorio abismo doctrinal en el momento en que su obra fue escrita, y que se verá complementado más adelante por investigaciones posteriores, por ejemplo, con los escritos de Hans Welzel sobre el tratamiento de los delitos culposos, y más adelante, con auxilio de los fundamentos teóricos de la sociología, los comportamientos y roles sociales designados en la sociedad sobre los cuales se funda la teoría de Gunther Jakobs.

En un determinado punto de su obra, el autor describe que la causa no necesariamente lleva a un sólo efecto, por lo que en su momento erigió la defensa de su postura teórica a partir de esta diferenciación; sin embargo, la nota causó, en todo caso, poco eco entre las ideas posteriores.

Ahora bien, considerar al acto antijurídico y culpable como la comprensión del delito es un acierto parcial para su época, puesto que ya se pueden ir vislumbrando elementos que lo configuran de una forma más concreta en comparación con la definición de Francesco Carrara.

Se pueden apreciar diversos elementos de interés sobre su teoría (algunos, a la fecha, siguen siendo de utilidad), como por ejemplo el momento de expresarse en torno a las proyecciones de las ideas, pues, aunque las *motivaciones por representaciones*, como las llama, son el eje del actuar de las personas, aun encuentran un profundo vacío teórico que no será llenado sino hasta después de la exposición de Hans Welzel en torno al dolo, y que permiten entender de forma diferente a la voluntad encaminada a fines, lo que más adelante también fundamentará la teoría de la tentativa.

En torno a la imputabilidad, fue estudiada con la profundidad que, conforme a la legislación de su tiempo, así como con los avances psiquiátricos contemporáneos a Franz Von Liszt se permitió, puesto que su clasificación, aunque muy laxa para el entorno actual, contemplaba aquello que la legislación permitía (por ser lo más adecuado), incluyendo la inimputabilidad por enfermedades transitorias, así como las enfermedades permanentes, lo que comenzará a arrojar problemas más adelante, ya que si bien existen campos

---

<sup>136</sup> Véase *Ibidem.*, pp. 384-385.

perfectamente definidos, en el Derecho siempre existen casos que se convierten en verdaderos conflictos por no encuadrar entre las clasificaciones usuales, lo que repercutirá en su futuro próximo.

También una cuestión reprochable por parte del autor es considerar que parte desde la concepción del determinismo puro, por lo que para él todo ya está dado como un sujeto delincuente: son estas ideas las que fundaron corrientes penológicas importantes (contemporáneas a él también, y cuyo legado fue tangible incluso hasta nuestros días).

En suma, son las observaciones que se le pueden hacer a este autor por los resultados de su esquema teórico: nada es del todo bueno, ni tampoco malo, pues las repercusiones de sus ideas crecieron de forma significativa y trajeron frutos para el Derecho Penal sustantivo y para la teoría del delito, dejando un esquema no antes visto y muy clarificador acerca de lo que es el delito.

Pese a todo ello, el esquema carecía de algo importante que será resuelto por el autor siguiente, por lo que, para proseguir con el estudio, se acotará que las ideas de Franz Von Liszt permearon a todas las esferas jurídico penales, siendo el referente de las primeras luces en torno a la teoría del delito. Así, continuaremos con el estudio de las ideas de Ernst Von Beling.

#### 2.2.2.2 Ernst Von Beling

El llamado “Maestro de Múnich” fue un penalista alemán nacido en 1866 y fallecido en 1932 en Alemania. Fue alumno de Karl Binding, autor que escribiera la “teoría de las normas” en sus gigantes volúmenes, y a quien le procuró seguir los pasos en posteriores años.

Su teoría, esencialmente plasmada en las obras *Esquema de Derecho Penal*, y *Teoría del Delito-Tipo*, fue un avance fundamental para complementar los detalles que los dogmáticos contemporáneos a Franz Von Liszt dejaron incompletos en sus obras, y con cuyas ideas se amalgamaron los principios del estudio del delito integralmente en su época, puesto que Ernst Von Beling enfocó una parte importante de sus escritos a la definición del tipo penal y otros aspectos concretos de la punibilidad, al grado de considerar a tales interpretaciones como

el sistema Liszt-Beling-Radbruch (más adelante, denominado sistema clásico por Hans Welzel).<sup>137</sup>

La *Doctrina del Delito-Tipo* surge por una falta de comprensión en lo que involucraba, según él, el concepto del mismo, donde buscaba hacer una más afinada distinción del *delito-tipo* en relación a la figura del delito, y con ello aclarar su relación con la *tipicidad*.<sup>138</sup>

El autor comienza reconociendo que la *conducta culpablemente antijurídica* es solo punible en la medida y extensión de las penas legales, donde la tipicidad es una característica esencial del delito.<sup>139</sup> A partir de este punto es posible apreciar la cercanía entre los elementos antijuridicidad y culpabilidad, como dependientes uno del otro.

Menciona que existe una división de las figuras delictivas de significado fundamental, y surge de la utilidad para el legislador de calcular las penas conforme al tipo de ilicitud que deben comprender, y que asumen magnitudes distintas según el caso. La clase de penas caracteriza sistemáticamente la parte especial del Derecho Penal; de tal forma que cada tipo conduzca a su pena, y cuya configuración se perfecciona con las 'formas accesorias' o no autónomas del delito (inútiles en sí mismas, pero útiles conjuntamente con un tipo autónomo).

Señala Ernst Von Beling que toda acción que no es incluíble en los tipos establecidos legalmente –lo atípico para el jurista, en sus palabras-, significa que es una acción no punible. Para el establecimiento de esos tipos, el legislador realiza una doble valoración: separa lo ilícito para establecer si es o no punible, y establece una escala de valores sobre los cuales tasar.

Toda figura delictiva representa un todo compuesto de distintos elementos: ellos remiten a un cuadro conceptual de acuerdo a cada conducta descrita como prohibitiva que funda la unidad de esta figura delictiva, con sus características. Este cuadro, es el *delito-tipo* para cada figura delictiva.

---

<sup>137</sup> Welzel, Hans, *Derecho Penal...*, cit. p. 48.

<sup>138</sup> Beling, Ernst Von, *Doctrina del Delito-Tipo*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, p. 3.

<sup>139</sup> *Ibidem.*, p. 4.

A manera de ejemplo, el autor desarrolla el delito de hurto (robo), en el cual, para su actualización, requiere esencialmente de los siguientes elementos: 1) sustracción de cosa mueble ajena; 2) que exista dolo por parte del autor; 3) finalidad de apropiación. De tal forma, cada delito puede irse configurando con determinadas características fundamentales de un tipo específico.

Ese esquema (o forma básica) es lo que indica que un tipo de ilicitud y un tipo de culpabilidad, juntos, pueden constituir esta figura del delito. Solo el matar realmente a un hombre y la intención dirigida a la muerte del hombre hacen posible la existencia de la especie delictiva.

Pero también es posible que una figura de delito requiera aun una característica puramente externa a la cual no sea necesario que corresponda nada subjetivo, o bien, algo puramente interno. Estos elementos, sin embargo, se presentan como simples aditamentos cuya inclusión puede resultar inteligible solo por la relación de aquellos con el esquema dominante.

El esquema mencionado es el *delito-tipo*. Debemos evitar identificar estos tipos (puramente definitorios), con las figuras del delito. Son imágenes representativas que proceden lógicamente a las correspondientes figuras de delito, pero que son regulativa e intelectualmente condicionantes.

Hay una inexactitud –señala- al confundir una representación conceptual con su realización exterior. Una vez que se ha abstraído de los hechos reales el concepto, se independiza lógicamente de tal modo que no solo es algo distinto de los hechos, sino que conserva su contenido aun cuando se declare inexistente el hecho. Por el delito-tipo, la figura delictiva (adecuación de la acción) sólo es regulada.

La intención y el premeditar matar a un hombre no son matar a un hombre, sino momentos psíquicos orientados a ello. El delito-tipo permanece siempre como el simple esquema *rector* para las figuras delictivas, cuyas características colocan prácticamente al esquema desnudo con respecto a relaciones especiales.

El delito-tipo no tiene un contenido; no determina por sí mismo sus contenidos, por lo que es un puro concepto funcional, desde la perspectiva del

autor. Solo expresa el elemento orientante para una figura dada de delito. Por ello, todos son relativos en cuanto a su contenido y representan un delito-tipo solo para cada caso para la figura del delito regulada por él. Ese carácter funcional y relativo del delito-tipo trae consigo cuatro consecuencias:<sup>140</sup>

- 1) No existe ningún modo de conducta humana que pueda considerarse a priori que sea un delito-tipo del derecho vigente.
- 2) La posibilidad de que una forma de comportarse que se tiene como concepto típico de una figura delictiva, puede ser también relevante para otra figura; pero ésta desempeña otra función.
- 3) Se abre la posibilidad de que diversas figuras del delito correspondan exactamente al mismo esquema y sus diferencias solo arraiguen en que el uno requiera un dolo, y en otro una imprudencia dirigidos al correspondiente esquema; o bien, que se separen las características que, aunque se incluyan en la ejecución dolosa (o culposa) del delito-tipo, por sí mismas sólo constituyen agregados objetivos a la ejecución del delito-tipo; o, finalmente, sólo agregados subjetivos al dolo o la culpa.
- 4) El esquema extraído de una figura de delito y el que recibe el material de otra, pueden presentar rasgos comunes y ofreciéndose como un cuadro representativo más amplio, más estricto.

Como nota, el autor señala que para cada clase de delito hay un esquema común tanto para el aspecto objetivo como para el subjetivo, y remite así únicamente al concepto; no contesta la cuestión relativa al contenido de éste, sino que sólo significa que para la construcción de una clase de delitos se requiere una culpa o un dolo específicos.

La parte especial del Derecho Penal, menciona Ernst Von Beling, puede considerarse como una especie de catálogo en el cual las figuras del delito se encuentran alineadas, identificándoles como una especie de imágenes en el cual están esquemáticamente presentados. Sólo el legislador puede añadir hojas nuevas a tal catálogo, o en su caso, quitar las láminas.<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup> *Ibidem.*, p. 9 – 11.

<sup>141</sup> *Ibidem.*, p. 13.

Por otra parte, señala que el delito-tipo es un concepto fundamental que domina al Derecho Penal en toda su extensión y profundidad, pues sin referencia a una figura autónoma del delito, toda disquisición jurídico-penal cae en el vacío por su remisión precisa al delito-tipo (presuponiendo naturalmente el principio *nulla poena sine lege*).

Para las formas delictivas no independientes (figuras accesorias), es imposible prescindir mentalmente del concepto tipificante. Por sí solas son vacíos, y sólo cobran valor jurídico en unión con un delito-tipo.

Algunos conceptos generales como *autor* y *coautor* permanecen sojuzgados, según Ernst Von Beling. No puede darse ningún paso adelante para llegar a la punibilidad bajo el título de autor, hasta no afirmarse con respecto a alguien la adecuación al delito-tipo. Las relaciones entre la adecuación al delito-tipo y la antijuridicidad son tan estrechas, que, para la punición, solo sirve aquella antijuridicidad de la que hace a ésta encuadrable justa y precisamente en el punto de vista del delito-tipo que se está considerando.

Se muestra al delito-tipo como el concepto troncal para el Derecho Penal, pues sin él no puede lograrse ninguna determinación jurídica penal concreta y definitiva. Lo anterior, no por sí mismo, sino como un complemento de los principios constitucionales como el Principio de Legalidad.

El autor indica que es imposible concebir los delitos-tipo como tipos de ilicitud, pues no representa un tipo de ilicitud el causar la muerte a un hombre, sino causarla antijurídicamente; pero esta confusión se da por una concepción unificante de ambos, según escribe.<sup>142</sup>

Lo cierto es que de ese modo se desconoce que el mundo de la conducta antijurídica no se separa del mundo de la conducta no antijurídica, tal como si únicamente cayese en la zona de lo ilícito una conducta de cierta clase y la restante solo de la otra, siendo que toda conducta según las circunstancias cae en el círculo de lo ilícito o de lo no ilícito.

---

<sup>142</sup> Ibidem., p. 14.

Todos los delitos son, en consecuencia, de carácter puramente descriptivo; en ellos no se expresa aún la valoración jurídica calificante de lo antijurídico (tipos de ilicitud); pero sirven al tipo de ilicitud en ellos comprendido. Sólo algunos de estos conceptos expresan una valoración jurídica.

Señala el autor que así se aclara la comprensión de los elementos normativos del delito-tipo: aparentemente ellos no concuerdan con la afirmación de que el delito-tipo es puramente descriptivo; pero con esta afirmación solo se dice que por medio del delito-tipo una acción solo es caracterizada conforme a su particularidad y no ya reglada como antijurídica.

Muy distinto a lo que sucede con lo que se llama elementos subjetivos del delito-tipo, cuando por *subjetivo* se entiende el estado anímico del autor al momento del hecho. Después de todo, causar la muerte de un hombre es el esquema común para la faz objetiva (tipo de ilicitud) y la faz subjetiva (tipo de culpabilidad)<sup>143</sup>.

La caracterización de este esquema surge de la faz objetiva: entendiéndose por faz a la parte del ente del delito que se estudia, la faz objetiva es la conducta exterior lo caracterizado por el delito-tipo y con ella esta moldeado el contenido del delito-tipo; mientras que con la faz subjetiva se regula el estado anímico interno arriba descrito. Mezclando lo subjetivo del alma del autor en el delito-tipo nos perdemos en un desvío metodológico, afirma. Y lo anterior es a causa de que: *“un delito-tipo tan impuro no podría cumplir más su función de esquema común para la faz objetiva, y la subjetiva: por presentarse como un cuadro completamente torturado”*.<sup>144</sup>

No se discute entonces por Ernst Von Beling la relevancia jurídica de aquellas circunstancias que se han designado como elementos subjetivos del delito-tipo; sin embargo, expresa que la concepción según la cual todo ilícito arraiga en la voluntad es una concepción que debe considerarse superada, pues al admitir que lo externo y lo interno son dos objetivos distintos de valoración jurídica, se daría un paso atrás al tomarse como un todo.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> *Ibidem.*, pp. 17-18.

<sup>144</sup> *Ibidem.*, p. 19.

<sup>145</sup> *Ídem.*

Por otra parte, la aceptación de elementos subjetivos del delito-tipo se apoya en que ciertas palabras textuales aportarían elementos subjetivos; de esta manera, sería inseparable del concepto de acción el propósito y en consecuencia, el delito-tipo lo contendría también, el autor lo ataca con el argumento de que con ello se daría la rareza psicológica de un dolo dirigido.<sup>146</sup>

El culto a la letra, señala, ha llevado a que se compute la antijuridicidad de la acción en el delito-tipo, mientras que, en verdad, el esquema común para la faz antijurídica y culpable es absolutamente independientemente de la exigencia o irrelevancia del requisito de la antijuridicidad. Señala que las palabras usadas no expresan un cuadro representativo complejo, y que la acción debe tener una especificidad de tal modo que haga que se llame obsceno a lo que se cometa con propósito lascivo, lo que, según él, haría que quedaría borroso el concepto general de lo obsceno.<sup>147</sup> Ante tal situación, menciona Ernst Von Beling, habría que fijarse en la jurisprudencia literal, pues ella ve en las palabras de la ley la suprema expresión de la sabiduría.

#### 2.2.2.2.1 Críticas particulares

El primer acierto de este autor consiste en la concepción de una figura determinante para el Derecho Penal moderno, como lo es la figura del tipo penal que anteriormente ni siquiera figuraba, y que ahora constituye el pilar del Principio de Legalidad y consecuentemente de todo el Derecho sancionador. Anteriormente nombrado por Ernst Von Beling como el *delito-tipo*, derivado del *Tatbestand* en alemán, constituye el elemento de mayor peso en la exposición de sus ideas jurídico-penales, mismo que por ser el primero en abordarlo de una forma adecuada y completa, sufrió de sus vicios propios.

Ernst Von Beling señala que, para la construcción de los tipos, solo necesita referenciar la construcción de una conducta, que regula su aspecto objetivo como subjetivo, deslindando de la conceptualización del contenido de este; sin embargo, la construcción actual de los tipos penales involucra necesariamente en ocasiones la descripción concreta de lo que significa tal o cual conducta, para no incurrir en una falta de taxatividad, por lo que hace a la

---

<sup>146</sup> Ibidem., p. 20.

<sup>147</sup> Ibidem., p. 21.

cuestión relativa a la circunscripción de la conducta, tal y como lo referenciará más adelante Hans Welzel, puesto que el gobernado no puede adivinar qué conductas son o no un delito, y, por lo tanto, la circunscripción precisa de la conducta será determinante para saber lo que debe entenderse por el delito específico.

Al igual que su predecesor, Ernst Von Beling omite encontrar en un primer instante los momentos subjetivos que se encuentran en el tipo penal, puesto que lo describe como frío, puramente descriptivo. A pesar de que hace mención de ellos en su teoría del delito-tipo, no le dio el tratamiento adecuado a la importancia de los estados anímico-subjetivos.

También es obligada la mención de que, si bien es cierto, su afirmación sobre la importancia 'troncal' del concepto del delito-tipo (más adelante conocido como el *tipo penal*), ésta repercutió históricamente como acertada no por sí mismo, sino como complemento al Principio de Legalidad tutelado a nivel constitucional en todo país con un régimen liberal, democrático de Derecho.

Como crítica importante también señalaré que, como esquema jurídico imperante en la época, resultado de utilidad significativa lo aportado en su oportunidad por Ernst Von Beling, pues fue a partir de la especificación de sus ideas acerca del *tipo* que se pudo completar la estructura necesaria para contemplar los elementos sobre los cuales debía ser estudiado el delito, dejando entrever que existió una fortaleza mayor con el esquema rector que sirve para determinar lo que es y lo que no es delito, con una guía más clara para la especificación del catálogo de conductas punibles, y poder dar avance al estudio teórico técnico necesario para la aplicación del Derecho Penal de la época.

Finalmente señalaremos que el error de considerar al tipo como una descripción fría fue superada en la misma medida en el que se descubrió la importancia de los elementos anímico subjetivos, los cuales habían sido encuadrados de una forma inamovible en una etapa de la valoración de uno de los elementos del delito (culpabilidad), lo que constituyó la principal causa de su abandono.

Por lo anterior, observamos entonces que ciertas teorías comenzaron a criticar la falta de valoración en otras partes de la teoría del delito al elemento anímico subjetivo, lo que tuvo un auge importante más adelante por su facilidad para responder problemas que el eje Von Liszt-Beling no pudieron resolver. Así, procedemos a estudiar la siguiente corriente del delito, la cual se caracterizó por acoger en su seno algunas de esas ideas innovadoras, y que quebraban en principio la estructura clásica del delito, para dar lugar a algo nuevo: el neo causalismo.

### 2.2.3 Principales críticas a la teoría causalista

Una vez visualizado de forma general lo propuesto en su momento por los autores que se consideran seguidores y exponentes de esta teoría, es preciso hacer señalamientos sobre las ideas que constituyen sus puntos débiles, y los hacen ser objeto de crítica y debate. En este momento podemos apreciar que algunos puntos sobre los cuales versaron han quedado superados de forma significativa en tanto que se consideran como criterios abandonados (el criterio de peligrosidad, por ejemplo, manejado por Franz Von Liszt).

Siendo lo mejor que hubo en su momento, construyó la dogmática jurídica tal y como fue conocida en la primera mitad del siglo XX: pero los vicios que proliferaban conforme a las nuevas exigencias jurídicas, y los problemas pendientes ahogaron de dudas y cuestionamientos a esta corriente, de tal manera que el dolo, por ejemplo, aunque sí pudo ser dividido para su estudio, tenía definiciones muy primarias en torno a la conducta, y la intención del individuo fue opacada siempre por el rigor técnico jurídico que complacía a la corriente positivista del pensamiento donde se gestó.

Además, las primeras concepciones para la imputación se quedaron muy cortas en alcance a los problemas de la realidad, de tal manera que nos basta observar el problema teórico expuesto por Franz Von Liszt sobre el bote que naufraga como rompimiento del nexo causal para entender el evidente retaso en las ideas jurídico penales.

De forma conjunta, se dice que ambas teorías fueron muy útiles para la sistematización de los componentes (y futuros elementos) del delito, pues

pusieron sobre la mesa cada una de las variables a considerar en la construcción de un panorama teórico completo.

Evidentemente, hablamos de que no existió la teoría de la tentativa, el problema del acto constitutivo como acción y omisión de forma conjunta, la falta de un esquema de imputación suficiente (a pesar de que Franz Von Liszt diera la guía más importante en un nivel primario), y otros excesos que redundan en el mecanicismo de la aplicación práctica. En síntesis, esta teoría fue lo mejor que se tuvo en aquellos tiempos, lo que no debe dejar de reconocerse, pues fundamentó el avance futuro de la ciencia jurídica.

Eventualmente, las concepciones que convergían con la preponderancia de la esfera interna del sujeto activo del delito por encima de algunos elementos objetivos, constituyeron un cambio de paradigma en la ciencia jurídico penal, y que tuvo su apogeo con la exposición de las ideas de Hans Welzel, lo que permeó en algunos autores considerados causalistas, y que convirtieron su criterio adecuándolo a las nuevas concepciones sistemáticas, dando origen al neo causalismo, por lo que procederemos a su estudio.

## 2.3 Neocausalismo

En este punto se expondrá brevemente el contenido de la teoría del delito denominada neocausalista, en el cual, a través del estudio de las ideas del exponente principal de esta corriente, Edmundo Mezger, y complementado con las ideas de Luis Jiménez de Asúa, se buscará señalar los rasgos característicos de este esquema teórico.

### 2.3.1 Antecedentes de la corriente teórica

Expuesto y desarrollado el esquema causalista, se presentaron diversas opiniones encontradas sobre cada uno de los tópicos que constituían la teoría: de ahí que se comenzaron a manifestar diversas voces con contenidos opositores (e incluso, diametralmente contrarios) al esquema, evidenciando las dificultades que podían mencionarse. Como algunos apoyaban la esencia del causalismo, y solo diferían en elementos secundarios para una mejor valoración de la metodología, se considera como corriente alterna a los neocausalistas, bajo

la observación clara de que dichas corrientes son producto de observación y convencionalismo entre juristas, sin que ellos se proclamaran de esta manera.

### 2.3.2 Principales Exponentes

En la doctrina, no tuvo mucho auge esta corriente del delito, a causa de las posturas tan definidas de los autores al encasillarse en la postura original (causalismo), o en la subsecuente (finalismo): después de todo, las corrientes no fueron autodenominadas por los autores, sino, en todo caso, resulta de un convencionalismo sobre el tema. Por ello, tratar de hacer notar a los autores de la época como pertenecientes de uno o de otro resulta en ocasiones hasta forzado.

El autor exponente de esta corriente es Edmundo Mezger, quién con las bases de la corriente anterior, redefinió algunos puntos trascendentales que le diferenciaron de sus antecesores, llegando a acuñar, a criterio de algunos dogmáticos, una pauta distinta que terminaría por considerarse como neocausalismo. Uno de sus más importantes comentarios estribó en la necesidad de reconocer el hecho de que el fin debía ser evaluado para poder entender el acto; sin que ello consistiera la principal estructura de su teoría, por lo que se le diferencia fácilmente del finalismo.

#### 2.3.2.1 Edmundo Mezger

Edmundo Mezger (1893 – 1962) fue un profesor de Derecho Penal alemán.

Su teoría, principalmente expuesta en la obra *Derecho Penal*, expuso una visión más avanzada de la teoría del delito, teniendo por punto de partida la redefinición de los elementos del delito, y su revaloración de la concepción.

El autor comienza conceptualizando que el delito (en sentido amplio) es la “*acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena*”. Más adelante, lo definirá como la “*Acción típicamente antijurídica y culpable*”.<sup>148</sup>

Reconocía, en primer término, los problemas dogmáticos de su época, pues señala que “...se discute mucho acerca de si el Derecho Penal debe ser

---

<sup>148</sup> Mezger, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal* (Tomo I), Trad. Rodríguez Muñoz, Arturo, Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1955, p. 156.

*Derecho Penal de resultado o Derecho Penal de voluntad; si existe una antijuridicidad objetiva, o solamente un injusto personal... si finalmente varios acontecimientos se deben considerar unitariamente, de acuerdo con criterios objetivos, o subjetivos*<sup>149</sup>, lo que da una idea del conflicto dogmático vivido en el momento del desarrollo de su obra. Menciona que existió una tendencia hacia lo subjetivo, pero que “*sería un error imputar directamente tal abuso a la circunstancia de situar el hecho punible en el alma del hombre*”.<sup>150</sup>

Con el comentario anterior, Edmund Mezger da pauta a reconocer, por lo menos parcialmente, la influencia de la esfera subjetiva sobre la realización del hecho punible, por lo que se le puede considerar de corriente distinta al causalismo clásico por esta razón.

Al respecto, comenta que el delito es acción, que tiene que caer bajo un tipo jurídico penal y no debe concurrir ninguna causa de exclusión del injusto. Tiene que ser imputable al agente.

En otro apartado, menciona que el resultado del delito es la “total realización típica exterior: comprende tanto la conducta corporal del agente como el resultado externo causado por la conducta”.

Siguiendo a la ley vigente en el momento de su escritura, el autor continúa reconociendo la existencia de delitos formales o de simple actividad, y su diferenciación con los delitos de resultado; así como también la clasificación de crímenes (cuya pena excedía de 5 años), delitos (menores a 5 años), y contravenciones (sancionadas con arresto), y su evolución.

Por otro lado, aborda el tema de las causas de atenuación y agravación de los delitos, los cuales, según el autor, “*no modifican su carácter de delito*”<sup>151</sup>, pero que influyen en la cuantificación de la pena.

Para Edmund Mezger, el hecho punible es la definición correcta del delito, y deja en consideración que, para su estudio, se deben contemplar, en primer lugar, las formas generales y, en segunda, las formas aparentes de aparición del

---

<sup>149</sup> Mezger, Edmund, *Derecho Penal, Parte General: Libro de estudio*, 6ª Ed. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985

<sup>150</sup> Ídem.

<sup>151</sup> Ibidem., p. 186.

hecho punible, dentro de lo cual, destaca que la teoría de los elementos comunes a todo hecho punible son tres: “*la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad*”, añadiendo que la tipicidad no es elemento, sino un agregado adjetival a los elementos fundamentales.<sup>152</sup>

Específica el autor, por otro lado, que “*no es posible, evidentemente, el dolo sea un elemento estructural de la antijuridicidad; la existencia del injusto culposo (punible) lo demuestra de manera necesaria e irrefutable. Por lo tanto, se trata solamente de saber si en ciertos hechos punibles dolosos hay al injusto el dolo; por estas razones, deducidas del derecho positivo, lingüísticas, históricas y de orden práctico, hemos demostrado que ello no es factible, por lo cual seguiremos sustentando el criterio tradicional de que el dolo pertenece a la culpabilidad*”.<sup>153</sup>

El autor explica también que la base normativa del derecho es, en primer término, la ley, y que este principio rige con particularidad al Derecho Penal, lo cual consideramos preciso y correcto. Sin embargo, el autor no se detiene ahí, y desarrolla la siguiente idea: “*a pesar de esta positividad del Derecho, es imprescindible, aún para la aplicación práctica del Derecho, conocer la idea del Derecho..., [pues] ninguna ley, y tampoco leyes en sentido amplio con inclusión del derecho consuetudinario, agotan la totalidad del Derecho...; [por lo que] idea del Derecho... [se formula así]: la tarea del Derecho es crear una conciliación justa entre los intereses de la colectividad y los del individuo*”<sup>154</sup>. Es por ello que el autor consideró oportuno referir que el fin de la ley (al referir la relación intrínseca entre justicia y adecuación al fin)<sup>155</sup> debe apegarse al valor último del Derecho, que es la Justicia.

Finalizando con su exposición, señala que la culpabilidad “*es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido*”.<sup>156</sup> Con la formulación de la idea, estructura el siguiente orden: la imputación es considerada como la culpabilidad formal, y el reproche consiste en la culpabilidad material.<sup>157</sup> Esta imputabilidad da lugar a una

---

<sup>152</sup> *Ibidem.*, pp. 78 – 81.

<sup>153</sup> *Ibidem.*, p. 140.

<sup>154</sup> *Ibidem.*, p. 142.

<sup>155</sup> Al respecto, véase *Ibidem.*, p. 143.

<sup>156</sup> *Ibidem.*, p. 189.

<sup>157</sup> *Ídem.*

responsabilidad jurídico-penal, pues se debe imputar personalmente y castigar sólo una conducta que sea, de una u otra manera, culpable.

Estas características constituyen, a grandes rasgos, el avance que Mezger logró realizar en las concepciones teóricas, importantes para los estudios posteriores, pues fueron un indicio de los avances del neocausalismo.

Contemplar como un aspecto integral los elementos del delito de la mano con las formas aparentes fue un tema debatible: por un lado, se reconoce que ya empezaba a manejarse las situaciones atenuantes y agravantes, así como también los primeros esfuerzos por la tentativa y la participación. Pero también es criticable en tanto que tales formas aparentes, si bien constituyen una parte del estudio dogmático del delito, no corresponde a los elementos, lo que le da esa complementariedad al estudio que pretendía ser únicamente de los elementos del delito.

Definitivamente ya no era causalismo; ni tampoco concordaba con los principios del finalismo; pero ofreció una alternativa teórica para aquellos que concordaban por partes ambas teorías.

#### 2.3.2.1.1 Criticas particulares

Mezger partió de premisas correctas al prever la importancia de la voluntad como determinante en el estudio de la teoría del delito, al ser un tema de debate que se encontraba ya vigente en el momento en que el autor redacta su obra. Sin embargo, es oportuno hacer diversas notas en torno al autor.

En primer lugar, no se compartirá la opinión de considerar correctamente nombrada a la conducta como *hecho punible*: lo anterior a causa de que no todo acto penalmente relevante es consecuencia *sine qua non* de representar una conducta punible, por presentarse diversas etapas en su estudio que impedirían su actualización.

Aunado a ello, el hecho de considerar de forma simbiótica a la tipicidad con la antijuridicidad terminó por ofuscar su interpretación en torno al dolo, lo que desembocó en que, finalmente, pese al hecho de reconocer la importancia de la esfera subjetiva en la realización del hecho punible (que, como dijimos, para

nosotros es el delito), terminara por adoptar la estructura clásica de la culpabilidad, en donde el dolo es valorado en este elemento del delito, y no como sugirió Hans Welzel en su momento, como parte integrante del tipo penal, para la descripción precisa de la hipótesis normativa exigida para la actualización del delito.

Agregando a ese respecto, la tesis de la idea del Derecho, donde exige una interpretación de la ley, si bien nos adherimos a esta idea durante el desarrollo de la presente investigación, también cabe aclarar que existe un riesgo fundado de seguir al pie de la letra tal consideración: hablamos del peligro que puede representar el fraude a la ley (figura dogmática que involucra que, desvirtuando el fin original de la norma, se hace una interpretación estricta de la ley, sin importar la afectación al particular, con tal de obtener el beneficio de una interpretación diferente), tanto a beneficio como en perjuicio de las personas; situación que solo puede ser resuelta con el principio de exacta aplicación de la ley penal, en concordancia con el principio de taxatividad para evitar eso. Por ello, se rescata también que se debe conocer el fin de la ley para poder evitar tales problemas, y resolver de acuerdo al principio *in dubio, pro reo*.

El autor –correctamente- comenzó a entender la idea de la ponderación de acuerdo a la colectividad frente al individuo, evitando que el Derecho Penal se convierta en una aplicación sin sentido de la pena, por lo que se advierten los esfuerzos por concebir el derecho con arreglo a la Justicia (valor subjetivo y de múltiples escenarios posibles de aplicación): por lo que se reconoce tener dicha anotación en su obra.

Se finalizará con comentar que el autor de esta investigación se adhiere también a la idea de que solo la imputación da lugar a la responsabilidad jurídico-penal, misma idea que se desarrollará con posterioridad en el siguiente capítulo, por ser tema independiente de la estructura central de esta propuesta. Sin embargo, se advierte que la interpretación aquí dada es distinta, puesto que Edmund Mezger, al mencionar dicha situación, lo hace encaminado a perfilar el estudio de la imputabilidad como parte de los integrantes de la culpabilidad, no así como la sustitución a la culpabilidad, cuyo caso se describirá en su oportunidad en el capítulo respectivo.

Expuesto al presente autor, se comentará lo más sobresaliente del autor siguiente: Luis Jiménez de Asúa.

### 2.3.2.2 Luis Jiménez de Asúa

Luis Jiménez de Asúa fue un profesor español nacido en Madrid, España en 1889 y fallecido en Buenos Aires, Argentina en 1970.

Luis Jiménez de Asúa tuvo la concepción del delito y sus elementos a la luz del análisis de la dogmática previa que le precedió. Realizó todas las observaciones que le fueron posibles en torno a las teorías anteriores, buscando entre ellas algún aspecto relevante a mencionar. Como parte de esas investigaciones, encontró las diferencias notorias entre la definición del delito natural de Rafael Garofalo<sup>158</sup>, y la conceptualización del delito como ente jurídico, la cual, en casi todos los casos, privilegia de forma significativa el aspecto normativo del delito.

El delito se definía, según él, como: “*el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción pena*”.<sup>159</sup> De su definición se observa que cuenta con 7 elementos constitutivos del delito, de las cuales él mismo señala como características las siguientes: actividad, adecuación típica, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad, y, en ciertos casos, condiciones objetivas de penalidad.<sup>160</sup> Da un par de notas al respecto: del acto, diciendo que es el soporte; sobre la imputabilidad, manifiesta que es la base psicológica de la culpabilidad, y las condiciones objetivas eran adventicias e inconstantes. Así mismo, enfatiza que la esencia técnico-jurídica de la infracción penal radica en la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, reconociéndole a la penalidad el carácter de consecuencia.<sup>161</sup>

Hace notar también la necesidad de repasar el concepto de culpabilidad –citando a José Arturo Rodríguez Muñoz-, a causa de las continuas críticas que

---

<sup>158</sup> Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones...*, p.131. Señala que Rafael Garofalo, postulante de la idea del delito natural, a diferencia de Enrico Ferri y de Cesar Lombroso, era un reaccionario. Por ello, se menciona que él buscaba representar la esencia de la Justicia y del Derecho en contraposición con las teorías positivistas que imperaron en su época al establecer dicha definición.

<sup>159</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones...*, cit., p. 133.

<sup>160</sup> Ídem.

<sup>161</sup> Ídem.

recibieron las conceptualizaciones previas a él (en especial por los trabajos de los partidarios de la Escuela de Kiel, cuyos esfuerzos propugnaban por regresar al sistema bipartita de Carrara, desvaneciendo la separación actual de antijuridicidad y culpabilidad, agrupándolos en un término común); y, metodológicamente, hace notar el vicio de origen para algunos autores en el estudio del delito: la atomización de elementos ante un ente de la vida real, lo que podría en un momento posterior, darle la espalda a la misma realidad.<sup>162</sup>

De sus comentarios apriorísticos, lo destacable sin duda se encuentra en los comentarios de reconocer que la ley no es el Derecho, y que, por eso mismo, tiene un contenido realista (de ahí que no extrañara que mencionara la definición de Rafael Garofalo), y habla de un Derecho supralegal al cual se tiene que acudir para establecer los conceptos de la antijuridicidad, así como para individualizar la culpabilidad.<sup>163</sup> Finaliza al señalar el esquema de Guillermo Sauer sobre los elementos positivos y negativos del delito, mismo que ha sido citado en páginas anteriores.

Considera una parte determinante de su estudio (de hecho, es un capítulo) lo relativo a la teoría de la imputación, señalando que aunque existieron varias teorías a lo largo de la evolución de la dogmática penal, debía considerarse como la más adecuada la teoría de las equivalencias, sin tomar en consideración el hecho de que también tenía sus fallas, pues esta teoría signa el valor debido a todas las variantes, lo que da un margen más amplio para el estudio del sujeto activo, y la exclusión de terceros ajenos.<sup>164</sup>

Lo anterior, a causa de que tuvo un repentino uso la teoría de la causación adecuada en aquellos momentos en los que la teoría de las equivalencias falló. Y si bien, podría resolver algunos problemas sencillos, no era tan práctica por dejar una comprensión difusa de la imputación en casos verdaderamente complejos.

Así, ambos autores se dedicaron a perfeccionar un sistema que ya no tenía muchas opciones en la forma en que originalmente fue concebido, por lo

---

<sup>162</sup> Cfr. *Ibidem.*, p. 134.

<sup>163</sup> Cfr., *Ídem.*

<sup>164</sup> Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, *Principios...*, cit., pp. 224-226.

que el movimiento imperante ganó la pelea en la subsistencia con la adopción hegemónica de la teoría finalista del delito, por lo que hacer un par de críticas generales no es pérdida de tiempo.

### 2.3.3 Críticas al Neocausalismo

El neocausalismo, ¿qué nos deja? ¿Qué le distingue con respecto a su predecesor? En efecto, existen diferencias determinantes conforme a la teoría previa (causalismo), en el cual se avanza al estudio de la finalidad del acto como indicio para determinar los aspectos volitivos; además, conformar un estudio aparte de las formas aparentes del delito como un estudio sistemático de las agravantes y atenuantes ayudó a delimitar lo que eran cuestiones principales de las accesorias para la teoría del delito.

Aunado a ello, por primera vez fueron estableciendo criterios para la imputación, que se auxiliaron de forma importante de lo que se conociera hasta entonces: la teoría de las equivalencias. Además, también existió una delimitación clara entre el dolo y la culpa, y se reconoció las distinciones de cada uno de ellos, de una forma muy diferente a la causalista.

Sus errores estriban en conservar un modelo que, como pasó con Carrara, llevaba consigo una fecha de caducidad por la falta de actualización en un sistema rígido: la concepción de los elementos anímico subjetivos en una disciplina que abarca por naturaleza de forma simbiótica ambos aspectos en un solo hecho constituye un error por no ser dinámico, por no permitirse reconocer esa dualidad simbiótica entre lo anímico-subjetivo y lo externo-objetivo.

Otros puntos de atención arriban en el hecho de que conservaron la idea de las condiciones objetivas de punibilidad en comparación con el avance de las ideas en torno a la tipicidad y el tipo penal, causando un rezago en las esquematizaciones teóricas, lo que terminó por ser su causa final por la cual sus seguidores fueron abandonando la teoría.

Una vez estudiada la corriente neocausalista, que, en esencia, se erige como una serie de postulados mixtos entre la corriente que hemos visto anteriormente y la que ha de venir en el siguiente párrafo, se procede a exponer

lo que en su momento propusiera la corriente innovadora de mediados del siglo XX en lo que a teoría del delito respecta: el finalismo.

## 2.4 Finalismo

Expuesta la evolución dogmática de las corrientes del delito anteriores, se procederá a explicar, a la luz de Hans Welzel, el fundador de esta teoría del delito, los elementos característicos de su construcción teórica.

### 2.4.1 Antecedentes de la corriente teórica

Cuando el causalismo enfrentó diversos problemas que constituían una paradoja en su aplicación, y los errores en el planteamiento fueran evidenciados por sus críticos, se consideró la necesidad de volver a explorar el fundamento teórico del Derecho Penal: pero no tuvo grandes resultados sino hasta que la teoría alemana redefinió los pasos de la teoría del delito a la luz de una filosofía distinta, con un enfoque ontológico.

Este enfoque distinto en uno de los elementos hizo posible la reconfiguración completa de toda la teoría del delito, emitiendo con ello múltiples variantes con base a distintos autores. Ya Franz Von Liszt había anticipado el hecho de que la acción por sí debía ser encaminada, Ernst Von Belling definió y le reservó un lugar especial a la tipicidad en la teoría del delito, y Edmund Mezger mencionó por su parte la necesidad de reconocer la teleología de la acción; sin embargo, quien lo expuso de forma notablemente distinta, de tal manera que se le considera como el principal exponente de esta corriente (por no decir el inaugurador de la misma) fue Hans Welzel. A partir de su reconsideración del concepto de acción final y su valoración en función de la finalidad última de la acción, se modifican todos los esquemas previos de teoría del delito, trasladando la importancia ontológica como el eje de todo el análisis de los hechos penalmente relevantes, y desplazando la visión clásica referente al estudio de la culpabilidad como tema central.

La modificación a la perspectiva de la acción permitió observar de forma distinta diversas variantes durante la comisión de delitos (lo que en su momento llamaran las formas aparentes del delito), por lo que su estudio adquirió otra dimensión que generó estudios más prolíficos en el campo de las ciencias

penales, diferenciando de forma mucho más clara el objeto de estudio, y la interconexión de los elementos que, si en algún momento fueron vistos en su oportunidad como simples y aislados requisitos que debían cumplirse para continuar con el estudio del delito, ahora adquirirían una relevancia fundamental como presupuestos, complementos y sub teorías de mayor relevancia y estudio más profundo (ejemplo, teoría de la tentativa).

#### 2.4.2 Principal exponente

Dado que el enfoque teórico comúnmente aceptado es el finalismo, se ha ganado un lugar propio de cada país, legislación y dogmática particular como eje directriz de procesos penales, por lo que su popularidad ha sido notoria aún hasta nuestros días, sirviendo de esquema base para muchos estudios, proyectos de ley e interpretaciones judiciales. Es por esta razón que una parte importante de los dogmáticos posteriores a la segunda mitad del siglo XX se adhieran comúnmente a esta corriente, y que la pluralidad de autores de esta época conciba de forma más homogénea esta corriente.

A causa de lo anterior, solo tomaremos como autores para el estudio, al iniciador del movimiento de la teoría final de la acción, Hans Welzel, por lo que sus ideas representaron para el sistema finalista.

##### 2.4.2.1 Hans Welzel

Hans Welzel fue un dogmático alemán cuya teoría fue la encargada de liderar el movimiento doctrinal que terminó en la formación de una corriente diferente de teoría del delito, que hasta nuestros días muestra su presencia aún en la legislación nacional: el finalismo.

Sus postulados, de un corte mucho más ontológico, y considerados mucho más racionales que el de sus predecesores, fueron el parte aguas dogmático para un Derecho Penal más evolucionado, pues expresa con detalle el punto de partida de su concepción teórica: para él, la acción resulta el inicio y el fin del delito, pues es su actuar el que se considera reprochable; pero para hacerlo, es preciso tener en cuenta un sin número de consideraciones valorativas en torno al sujeto activo que comete la conducta lesiva o peligrosa para los

valores sociales que encierran los bienes jurídicamente tutelados, no los bienes jurídicos en sí.

Para Hans Welzel, “*toda acción u omisión penalmente relevante es una unidad constituida por momentos objetivos y subjetivos (del hecho y de la voluntad)*”<sup>165</sup>; por lo que tales momentos tienen diversas etapas en el transcurso del hecho.

#### 2.4.2.1.1 Conducta

La conducta humana se guía por la actividad final del hombre. Ese es el enunciado inicial con el cual Hans Welzel procede a estudiar en lo sucesivo el hecho penalmente relevante.<sup>166</sup>

Existe una presunción de que los miembros de la sociedad actúan conscientes de un fin; es por esta razón que excluye los eventos de la naturaleza, los que se dirigen causalmente ciegos o guiados por instintos. Cuando el hombre es corporalmente causal, pero sin que pueda dominar su movimiento (acto reflejo, mecánico) quedan excluidos tales actos del Derecho Penal.

Para el Derecho Penal, “*la acción esta por mucho en primer plano*”<sup>167</sup>, es la idea central que Hans Welzel tiene en mente al desarrollar su teoría del delito, a tal grado de desarrollar su teoría de la acción.

##### a) Teoría de la acción

Mientras se dedica a explicar la naturaleza de las conductas penalmente relevantes, elige profundizar sobre la llamada ‘teoría de la acción’. Comienza por definir que “*acción humana es el ejercicio de la actividad final*”<sup>168</sup>; y es el presupuesto para considerar la acción en el campo del Derecho Penal.

El humano puede prever, dentro de ciertos límites, consecuencias posibles; por lo tanto, es capaz de dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines –dice-. Es obrar orientado conscientemente desde el fin; mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la

---

<sup>165</sup> Welzel, Hans, *Derecho Penal...*, cit., p. 36.

<sup>166</sup> Ídem.

<sup>167</sup> Ídem.

<sup>168</sup> Íbidem., p. 39.

resultante causal de componentes causales. Es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna de la acción final. Lo convierte en una acción dirigida finalmente<sup>169</sup>.

La dirección de la acción, menciona, transcurre en dos etapas: en la esfera del pensamiento, y en la acción en el mundo real (incluye dentro de ellas, la anticipación del fin, la selección de los medios, y la consideración de los efectos concomitantes).

La dirección final en el mundo real se encuentra en función de la definición del fin y los medios en la esfera del pensamiento. De esa manera, todas las consecuencias que han penetrado en la conciencia del acto como posibles de producirse pertenecen a la conexión final de la acción.

El autor señala por un lado que el actor tiene que confiar en forma indeterminada que no se produzcan muchas posibilidades conocidas y aún desconocidas. Quedan, por lo tanto, fuera del contenido final de la acción todas aquellas consecuencias concomitantes consideradas como posibles, que el actor confía que no se produzcan, y pertenecen a ella solo las consecuencias con cuya producción él cuenta.

No existe una acción final en sí o absoluta, sino solamente en relación a las consecuencias antepuestas por la voluntad de realización. Una acción final existe también cuando constituía el medio para otro fin ulterior.

El hecho de que existan actividades “ajenas a un fin” no va contra la estructura final del actuar humano, pues se emplea el término “fin” en un sentido diverso: fin como utilidad de una actividad (ej. Jugar).

Al final, Hans Welzel hace una mención especial en un apartado de la biocibernética anticipada, consistente en la dirección y el encausamiento de la acción a través de la programación mental, así como la predicción de diversas conductas esperadas.

Cuando se dedica a estudiar la influencia de la acción sobre la materia penal, Welzel dedica a explicar que “*las normas de Derecho Penal (mandatos y*

---

<sup>169</sup> Ibidem., p. 40.

*prohibiciones) no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino a acciones, que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro; pues las normas solo controlan una conducta final*:<sup>170</sup>

1.- Se escogen las acciones posibles donde la voluntad de realización (dolo) está dirigida a la producción de una situación (resultado) no deseado socialmente, a los que el autor denomina delitos dolosos;

2.- También de aquellas donde el actor confía en la no producción de determinados resultados socialmente no deseados o no piense en ellos, y las conmita con una pena solo cuando el resultado no deseado se ha producido (culposos de comisión), también denominados por el autor como culposos;

3.- Ejecución de acciones para la conservación de un estado socialmente deseado (omisión), a los que ubica como comisión por la omisión.

Así mismo, Hans Welzel valora la acción con respecto al Derecho Natural y su respectiva confrontación con los hegelianos: Samuel Puffendorf –citado por Hans Welzel en su obra- definió que el “*acto humano es aquel que es dirigido por las específicas capacidades humanas; intelecto y voluntad. Solo aquellos efectos producidos bajo estos actos pueden ser atribuidos (imputados) al actor con su obra*”.<sup>171</sup> Por ello, el fundamento objetivo de la imputación está en la acción.

Hegel, más adelante, ahonda en ello al definirlo como voluntad (libre) realizada por un sujeto (imputable); Von Ihering, por su parte, desglosó e independizó al concepto de antijuridicidad objetiva de la culpabilidad, entendidos anteriormente como un todo, dando un paso importante en la evolución dogmática de la concepción de la teoría del delito.<sup>172</sup>

Sin embargo, el autor critica que parecía corresponder otro concepto de acción (Franz Von Liszt, Ernst Von Beling) por influencia de la mentalidad mecanicista de las ciencias naturales. El concepto causal de la acción desarrollado por Franz Von Liszt y Ernst Von Beling, es dividido en dos partes:

---

<sup>170</sup> *Ibidem.*, p. 44.

<sup>171</sup> *Ibidem.*, p. 45.

<sup>172</sup> *Ídem.*

- 1) Proceso causal externo (objetivo), materializándose en el efecto de la voluntad.
- 2) Contenido de la voluntad (subjetivo), reflejando el impulso voluntario del autor.

Acción, en los términos anteriores –explica Hans Welzel- “*es el proceso causal que desencadena la voluntad en el mundo exterior*” (no toma en consideración si el autor ha querido o solo lo podía prever).<sup>173</sup>

Es por esta razón que Welzel expresa que la acción era considerada como movimiento corporal usado por un acto de voluntariedad (libre de fuerza mecánica o fisiológica, y motivado por representaciones).

A la doctrina jurídico-penal de la acción sólo le interesaba que es lo que ha sido causado por el querer del actor, producido como “efecto de querer”. Hasta qué punto esos efectos han sido un contenido de la consciencia, no es problema de la acción. Quizás la mejor cita al respecto de esta división, es lo mencionado por Mezger, referenciado por Welzel, al citar que “*Lo que haya querido es aquí indiferente: es problema de la culpabilidad*”.<sup>174</sup>

Dividir la acción en procesos parecía ser satisfactorio, conforme a la dogmática ‘antijuridicidad – culpabilidad’ (cuyo esquema formó la base de la estructura Liszt-Beling-Radbruch, el llamado sistema clásico por el autor). Sin embargo, la ordenación que servía de fundamento se desintegró: aunado a ello, aparecieron otros argumentos que criticaban tal esquema, como el hecho de que existen elementos subjetivos en la antijuridicidad, o las complicaciones en la comprensión del delito culposo.

Parafraseando a Hans Welzel, el error de la teoría causal de la acción radica en que no solo desconoce la función constitutiva de la voluntad con respecto de la acción, sino que incluso lo destruye y se convierte en un mero proceso casual desencadenado por un acto de voluntad cualquiera.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> Ibidem., p. 46.

<sup>174</sup> Ibidem., p. 47.

<sup>175</sup> Ibidem., p. 48.

El contenido de la voluntad, se convierte –por lo tanto- en un mero reflejo del fenómeno causal externo del autor: es mucho más visible en la tentativa (anticipa mentalmente consecuencias, y dirige conforme a un plan, donde la voluntad es el elemento constitutivo). Se convierte por ello en factor rector de acontecer exterior, determinante para entender la acción como animado de sentido, y la existencia de elementos anímico subjetivos en la antijuridicidad.

La antijuridicidad es diferente a la culpabilidad; pero esa diferencia no radica en lo ‘externo’ e ‘interno’, sino en la unidad ‘externo-interno’ y el *poder en lugar de ello*, lo que la doctrina ha llamado actuar de forma distinta. Ese objetivo es el que si cumple la teoría final de la acción, según lo expone Hans Welzel.<sup>176</sup>

La objeción que se realiza a la teoría final de la acción, según expresa Hans Welzel, es que tendría la función negativa de eliminar de la consideración penal todo aquello que no constituye un movimiento corporal voluntario.

Para Hans Welzel todo recae en la tipicidad y en la antijuridicidad (teoría especial del injusto), pues señala que es erróneo en tanto que le basta con encontrar el sustrato material al cual enlaza el ordenamiento jurídico sus predicados de valor: prescinde por lo pronto de la valoración jurídica, pero al mismo tiempo ha de conducir a esta valoración. “*Si la estructura final de la acción debe jugar un papel en el concepto del injusto, tiene que ser examinada previamente*”, apunta.<sup>177</sup>

#### 2.4.2.1.2 Causalidad

Al evaluar el problema causal en el Derecho Penal, Hans Welzel parte de los siguientes supuestos:

- 1) Toda acción involucra la causalidad; por lo tanto, es un momento integrante de toda acción. Rara vez es problemática, pues los tipos penales son definidos
- 2) “*El concepto causal no es un concepto jurídico; es una categoría del ser*”: No es una mera vinculación lógica, ni menos una vinculación ideal de acontecimientos, sino que “*es la conexión regular en la sucesión del*

---

<sup>176</sup> Ídem.

<sup>177</sup> Ibidem., p. 49.

*acontecer real, no perceptible, pero si posible de ser captado por el pensamiento, y, por ello, tan real como el acontecer mismo*".<sup>178</sup> Por ello, inicia del concepto del concepto causal ontológico, pues no hay una causalidad jurídica especial, como tampoco hay una causalidad para cada rama del conocimiento.

Para evaluar el problema causal, Hans Welzel se basa en la teoría de la equivalencia (o de las condiciones), la cual parte del concepto causal ontológico (más que adecuado desde su enfoque):

Utiliza la idea de que todo efecto tiene una multiplicidad de condiciones causales y cada una de estas condiciones, en la relación de causalidad, es igualmente necesaria para el resultado y que, en este sentido, todas las condiciones tienen el mismo valor como causa.

*"Toda condición que no pueda ser suprimida mentalmente sin que con ella desaparezca el resultado (en su forma concreta), es causa"*<sup>179</sup>, enuncia el autor. De ello, emanan los siguientes principios:

- A) El resultado concreto es siempre decisivo, esto es, el resultado en su forma individual, magnitud, y tiempo de producción.*
- B) Basta con que la acción haya sido solo una condición para el resultado, aunque haya conducido al resultado solo por la concurrencia de otros factores.*
- C) Ha de partirse siempre de las circunstancias realizadas solamente; mientras que las posibles o probables que no han acontecido no pueden ser incluidas mentalmente.*
- D) Existen casos en los cuales la relación causal no puede ser establecida, en casos donde las condiciones obran conjuntamente y cada una de ellas fuera suficiente por sí solas para causar el resultado.*<sup>180</sup>

Hace también un señalamiento sobre la relación causal dentro de los tipos (la relación causal penalmente relevante), pues con la comprobación de la causalidad solo se ha establecido el presupuesto más elemental y el límite más

---

<sup>178</sup> *Ibidem.*, p. 51.

<sup>179</sup> *Ibidem.*, p. 52.

<sup>180</sup> *Ídem.*

externo de la responsabilidad penal. Sin embargo, hay otros presupuestos: la medida en que la elección causal es momento integrante de la acción típica.

1.- En los delitos dolosos solo es típicamente relevante la relación causal dirigida por el dolo: lo que es más allá del dolo no entra en consideración.

La relación causal relevante solo viene a ser dada por el enlace del tipo objetivo con el tipo subjetivo: es decir, concordancia entre el curso del acontecer exterior y el dolo que lo gobierna.

La relación entre el dolo y el curso causal, ha sido malinterpretado como el dolo como simple reflejo de la acción.

2.- En los delitos culposos, solo entran en consideración solo aquellas causaciones de resultado que quedan dentro del marco de la acción típica. La acción, es típica cuando no guarda el cuidado (“objetivo”) requerido en el ámbito de la relación.

Para mantener el cuidado objetivo cabe considerar todos los cursos causales posibles que resultan de una acción previsible de acuerdo a un juicio inteligente, lo que más adelante se comparará con la *adecuancia*.

Sobre la previsibilidad objetiva (adecuancia), Hans Welzel expresa sus postulados principales a considerar en la valoración:

- a) El saber experimental general de su época (como base gnomológica del juicio)
- b) Factores reales existentes al momento de la comisión del acto que podrían ser conocidos por un hombre inteligente (si el hechor individual podría diferenciarlo, es problema de la culpabilidad).<sup>181</sup>

Ahora bien, el concepto de la previsibilidad objetiva (adecuancia) se encuentra íntimamente vinculado con el peligro; por lo tanto, el autor define al peligro como “*situación en la cual la producción de determinadas consecuencias no deseadas es probable, conforme a un juicio objetivo (de experto)*”<sup>182</sup>, por lo que es imprescindible diferencias sus grados de probabilidad, entre la lejanía o

---

<sup>181</sup> Ibidem., p. 54.

<sup>182</sup> Ibidem., p. 55.

cercanía de la amenaza, o su inmediatez, para poder actuar conforme a un criterio objetivo.

El instante de la ejecución de la acción es decisivo para el momento desde el cual debe emitirse el juicio de peligro (si se cuestiona la peligrosidad de una acción); si es con respecto del bien jurídico concreto, el momento decisivo es el en el que el bien entra al radio de acción del peligro. En todo caso, es importante la diferenciación entre los delitos de peligro ‘concreto’ y de peligro ‘abstracto’.

#### 2.4.2.1.3 Tipicidad

Al hablar de lo injusto y su hechor, Hans Welzel señala que la *tipicidad*, la *antijuridicidad* y la *culpabilidad* son los tres elementos que convierten una acción en delito.

La culpabilidad es la responsabilidad personal por el hecho antijurídico; presupone la antijuridicidad del hecho; a su vez, que ha de estar concretada en tipos legales: así, están relacionados lógicamente, de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior. La división del delito en tres diversos grados de enjuiciamiento y valoración proporciona, por ello, un grado de racionalidad a la aplicación del Derecho.<sup>183</sup>

La separación de la antijuridicidad objetiva de la culpabilidad –alcanzando, con ello, un grado específico de delito-, se debió al esfuerzo de Rudolf Von Ihering, cuya idea se opuso a pesar de la oposición; la elaboración de la tipicidad, por otro lado, como elemento primario del delito fue debido a Ernst Von Beling.

Buscando un significado a lo que representa la norma, el tipo y la antijuridicidad, el autor señala lo siguiente: el ordenamiento jurídico sanciona con penas las conductas intolerables, y lo hace a través de una disposición suprema. “*El que infrinja culpablemente los principios fundamentales del orden social, será castigado*”, refiere Hans Welzel.<sup>184</sup>

Pero, por su carácter general, no permite reconocer una conducta en particular que esté prohibida, ni el ciudadano puede inferirla. Por ello, el

---

<sup>183</sup> Ibidem., p. 57.

<sup>184</sup> Ibidem., p. 58.

ordenamiento jurídico tiene que concretar sus disposiciones, en donde debe circunscribir objetivamente la conducta que prohíbe (descripción objetiva material –modelo de conducta-). Lo anterior, deriva del principio “*nullum poena sine lege*”.

Es Ernst Von Beling quien sugiere la importancia de la tipicidad en la conducta punible; lo describe esencialmente, según Hans Welzel, de esta forma: “*El tipo es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida, que hade realizarse con especial cuidado en el Derecho Penal*”.<sup>185</sup>

Por otra parte, señala que el principio constitucional de que la punibilidad debe estar determinada por una ley anterior a su comisión, se asienta sobre la idea de que la Ley misma debe describir de modo exhaustivo la conducta.

“*No todas las conductas satisfacen el ideal de los tipos cerrados -señala-, sino que hay muchos en los cuales la ley describe una parte de los caracteres del tipo, dejando al juez la labor de completar la otra parte*”. Hay tipos que ‘necesitan ser completados’, o, conocidos de otro modo, como ‘abiertos’. Lo encontramos en las figuras de los delitos culposos, pues en ellos “*solo esta descrito el resultado: la acción prohibida tiene que ser establecida de acuerdo al criterio de la infracción ‘del cuidado debido en el ámbito de la relación’*”.<sup>186</sup>

Explica que el tipo es el contenido de las normas prohibitivas del Derecho Penal, pues pertenecen ambas a la esfera ideal (irreal espiritual), de donde describe que:

a) *Tipo es la figura conceptual que describe, mediante conceptos, formas concretas de la conducta humana*

b) *Norma, prohíbe la realización de estos modos de conducta; por lo que su actualización se convierte en una conducta real, en contraposición con la norma, y de la cual genera su antinormatividad*.<sup>187</sup>

---

<sup>185</sup> Ídem.

<sup>186</sup> Íbidem., p. 58.

<sup>187</sup> Ídem.

#### 2.4.2.1.3.1 Tipo

La antijuridicidad –especifica el autor-, “es la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no solamente como norma aislada)”.<sup>188</sup> Por lo que enfatiza que tal contradicción debe ser realizada contra el ordenamiento jurídico en general, y no únicamente con el tipo: de ahí que “no hay tipos antijurídicos; hay realizaciones antijurídicas del tipo”.<sup>189</sup>

Por lo tanto, el tipo, reitera, es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o materia de la norma), cuya figura es puramente conceptual; mientras que la antijuridicidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídica en su conjunto.

La antijuridicidad, como un *juicio negativo de valor* sobre la conducta típica, es referido en un sentido figurado de la expresión por el autor. En ella, refiere que la antijuridicidad es objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general: su objeto, la acción, es una unidad de elementos objetivos y subjetivos.

En su evolución histórica, Hans Welzel repasa los siguientes hechos: el concepto de tipo es atribuido a Ernst Von Beling, quien sostuvo originalmente que no contenía ningún juicio de valor y se encontraba libre de todo elemento subjetivo-anímico.

Los elementos subjetivos del injusto corrigen esa afirmación, pues mientras Ernst Von Beling escribía que “*el tipo no encierra ningún juicio de valor*”, pues con la constatación de la tipicidad aún no se ha afirmado su antijuridicidad, de modo que se convierte en una confrontación de prohibiciones contra permisiones, Hans Welzel, escribe que “*la constatación de la tipicidad, no es valorativamente neutral*”.<sup>190</sup>

La significación del tipo en el concepto tripartito del delito es el siguiente:

*El tipo elige la conducta más relevante para el Derecho Penal, sujeto a valoración (jurídica y antijurídica). Al describir la conducta, hace posible,*

---

<sup>188</sup> Ibidem., p. 60.

<sup>189</sup> Ídem.

<sup>190</sup> Ibidem., p. 61.

*mediante el juego de permisiones y prohibiciones, la constatación inequívoca, de acuerdo con las exigencias del Estado de Derecho, de la antijuridicidad.*

*Esta función de describir materialmente la relevancia jurídico penal de la conducta y convertirla en la base para la constatación de la antijuridicidad le da un lugar de elemento independiente del delito, previo (o anterior) al juicio de la antijuridicidad y la culpabilidad.<sup>191</sup>*

Para superar la neutralidad valorativa del concepto de tipo de Ernst Von Beling, nació la estructura bipartita Mezger-Sauer, en donde se estableció, a grandes rasgos (mencionados por el autor) que:

El tipo es “antijuridicidad tipificada”, siempre que no haya una causa de justificación; en ese caso, la acción es típica a pesar de su falta de antijuridicidad.

A causa de este comentario, pierde su idoneidad como elemento independiente del delito, pues con ello se produce un círculo vicioso: la antijuridicidad puede ser afirmada sólo después de constatar su tipicidad, y viceversa.

Wilhelm Gallas, según Hans Welzel, afirma la tipicidad de una conducta aun cuando concurra una causal de justificación (como una variante de la teoría Sauer-Mezger). No admite que el tipo sea la descripción material de la conducta prohibida, así como tampoco lo reconoce como el 3er elemento del delito, junto a la antijuridicidad y la culpabilidad.

La actitud de Wilhelm Gallas, describe Hans Welzel en su obra, es una consecuencia de la desvalorización del tipo. *“El tipo no puede ser expresado con más claridad que como materia de la prohibición; no es una categoría formal: no solo es materia de la prohibición, sino también materia de prohibición”.*<sup>192</sup>

Otra sugerencia de Gallas referenciada por Hans Welzel refiere la idea del ‘tipo de injusto’ y el ‘tipo de culpabilidad’: aunar ambos a un tipo general – denominado tipo del delito-, que caracterice el contenido típico que hace merecer cada pena a la forma delictual respectiva. Su explicación, por ser poco clara no

---

<sup>191</sup> Ibidem., p. 63.

<sup>192</sup> Ibidem., pp. 64, 65.

pasó de los primeros balbuceos, puesto que la estructura del tipo ya estaba mejor definida, y esta explicación se estimó innecesaria.

Los tipos señalan las formas de conducta que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social. Las conductas socialmente adecuadas son las que se mantienen dentro de los marcos de la libertad de la acción social. Las causas de justificación conceden al autor de la acción una libertad de naturaleza especial.

El núcleo esencial consiste en la descripción de la materia de la prohibición. A su vez, sirve como presupuesto de la punibilidad, pues derivado de la garantía '*nullum crime sine lege*', no se puede culpar a alguien sin ley previa. Sin embargo, no debe confundirse al tipo con la ley penal, puesto que son diferentes.

La estructura del tipo, según Welzel, debe entenderse de la manera siguiente:

*a) Tipo (sentido restringido).- Constituye la mayor parte del tipo general (en sentido amplio). Circunscribe materialmente la conducta prohibida, consistentes en una descripción precisa en delitos dolosos, mientras que en delito culposos se describe el resultado.*

*b) Antijuridicidad. - Es el presupuesto evidente de todo delito. No es mencionado.*

*c) Culpabilidad.- La reprochabilidad, como tal no es mencionada.*

*d) Condiciones objetivas de punibilidad.- Welzel describe que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad (comprobadas) dan lugar sin más a la punibilidad.<sup>193</sup> En algunas pocas disposiciones, la punibilidad depende de condiciones ulteriores radicadas fuera de los elementos del delito, mismas que ubica el autor como las condiciones objetivas de punibilidad.*

Fuera del tipo, existen los presupuestos de procesabilidad de un delito, de lo cual, por excluirse de la teoría del delito, no es tratada por el autor.

---

<sup>193</sup> Ibidem., p. 70.

#### 2.4.2.1.4 Antijuridicidad

Acerca del concepto del injusto en los delitos dolosos, Hans Welzel realiza las siguientes anotaciones de su proceso evolutivo:

*1.- A lo injusto debían pertenecer exclusivamente los caracteres externos objetivos de la acción, mientras que los elementos anímico subjetivos debían constituir la culpabilidad, a la luz de la doctrina imperante contemporánea a Hans Welzel: ello era así a causa de la influencia de la doctrina de la acción causal de Franz Von Liszt, de 1884.<sup>194</sup>*

*El injusto (acción antijurídica), era considerado como algo que pertenece al mundo exterior como parte del injusto objetivo, no como un juicio desvalorativo objetivo (general). Si la antijuridicidad es entendida como el proceso causal externo, el injusto debía concebirse como la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Por otro lado, la culpabilidad aparecía como la relación anímica entre autor – resultado.*

*2,- El descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto, redefinió la separación clara entre lo externo – interno, lo que generó una grieta en la teoría dominante de la época. El injusto también tiene elementos anímico subjetivos (por ejemplo, en el robo, la apropiación).*

*La doctrina tradicional de la acción y lo injusto siguió partiendo de que lo injusto refiere “regularmente a la conducta exterior (objetiva, corporal)” y los elementos subjetivos son “excepciones a la regla”.*

*3.- El dolo es uno de los elementos subjetivos en la tentativa: es un elemento del tipo sin el cual no puede ser constatada la tipicidad del acontecer externo.*

*En función del dolo del autor, un disparo puede ser una tentativa de homicidio, una tentativa de lesiones, o solo un disparo en un lugar no autorizado. La opinión dominante indicaba que la tentativa se encontraba dependiente de que pase al estado de consumación, a lo que Hans Welzel responde que no es*

---

<sup>194</sup> Sobre el tema, véase el contenido abordado con respecto a su *Tratado* (2ª Ed), ubicado supra 2.2.2.1 de esta investigación, p. 59.

*posible dejarlo a criterio de dar o no en el blanco, dejando en evidencia la debilidad del argumento de dicha opinión dominante. Insertar los elementos subjetivos en el tipo se vuelve entonces obligado. El dolo, en la acción finalista, es un elemento esencial del concepto del injusto.*<sup>195</sup>

Para Hans Welzel, el concepto personal del injusto está vinculado con el desvalor del resultado y desvalor de la acción. Hace los siguientes señalamientos:

*1.- Lo injusto no se agota con causar el resultado, sino que es antijurídico solo en como obra un autor determinado: fin, actitud, deberes que le obligan, son factores determinantes.*

*La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal. Lo injusto de un mismo hecho puede tener diversa gravedad para los concurrentes.*

*2.- La doctrina de la antijuridicidad como lesión causal de un bien jurídico –que el autor rechazó–, destaca la importancia del elemento del resultado. La lesión del bien jurídico (desvalor del resultado) tiene relevancia en el Derecho Penal solo dentro de una acción personalmente antijurídica.*

*El desvalor del resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de la acción, en la tentativa.*<sup>196</sup>

Hans Welzel hace un estudio sobre el tipo objetivo, el cual debe considerar el sentido de la 'objetividad' en el llamado tipo objetivo. Al respecto, realiza las siguientes observaciones:

Delito es voluntad mala que se realiza en un hecho: por lo tanto, es la objetivización de la voluntad. No es algo puramente objetivo, libre de momentos subjetivo anímicos: *“el tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ‘ajeno’ a lo*

---

<sup>195</sup> Welzel, *Derecho Penal...*, Cit., pp. 72 - 73.

<sup>196</sup> *Ibidem.*, p. 74.

*subjetivo; sino en el sentido de lo 'objetivado' (es decir, lo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior)".<sup>197</sup>*

También reconoce que existen distintas circunstancias del hecho del tipo objetivo, según lo que se pretende proteger como bien jurídico, dejando por ello una división de los delitos de lesión o puesta en peligro (ya sea concreto o abstracto, en función de su afectación), y señala que la parte especial del Derecho Penal se dedicará especificar los medios especiales, así como las modalidades especiales en que éstos se cometan.

Las características del autor del tipo objetivo en este apartado son las siguientes: autor es todo aquel que ejecuta la acción: persona anónima, "el que..." de la acción. Pero en ocasiones se señala un autor concretamente [calidad específica]. La conducta del obligado puede agravar o fundamentar el delito.

Todos los delitos de omisión impropios son delitos especiales (punibilidad); mientras que, en los de omisión propios, la autoría se funda solo por la posición de garante del omitente.

#### 2.4.2.1.5 Dolo

Por otra parte, al hablar del tipo subjetivo, el autor refiere lo siguiente:

##### *1.- Esencia del dolo*

*Toda acción consciente es conducida por la consciencia de lo que se quiere –intelectual-, y la decisión de querer realizarla –momento volitivo-, por lo que el autor señala que "dolo es el saber y querer la realización del tipo".<sup>198</sup>*

*Para el Derecho Penal, el dolo es penalmente relevante en tanto que conduce a un hecho real. Dolo como conciencia del hecho y resolución al hecho: es la función final objetiva en el Derecho Penal. Es la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito*

##### *2.- Forma del dolo*

---

<sup>197</sup> *Ibidem.*, p. 76.

<sup>198</sup> *Ídem.*

*Todo dolo tiene un aspecto intelectual y otro volitivo. El intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal; la volitiva es la voluntad incondicionada de realizar el tipo (voluntad de realización).<sup>199</sup>*

El dolo presupone que el autor se asigne una posibilidad de influir sobre el acontecer real; pero no abarca todo aquello que el autor reconoce que queda dentro de sus posibilidades de influencia, sino distinguirse el fin, el medio o los resultados concomitantes.

*1) La voluntad de realización, se dirige primero al fin, ya que desde este punto parte para actuar. Es indiferente si se ve como seguro o posible, según Hans Welzel.*

*2) Medios de acción, elegidos como los factores causales requeridos para alcanzar el fin.*

*3) Resultados concomitantes, son admitidos en forma secundaria (quedan en principio fuera de la voluntad: entran en forma secundaria);*

*a) Si considera seguro que se producirá el resultado concomitante, la voluntad lo incluye;*

*b) Si la consecuencia concomitante no está unida al fin, sino solamente en su forma posible, hay que distinguir si cuenta con que se produzca, o si confía en que no sucederá. La voluntad de realización no se extiende a esos resultados posibles por confiar en que no sucederían. En caso de que las considere posibles, configura el dolo eventual:*

*aa) Si el autor considera posible la producción del resultado concomitante, depende de su propio proceder, no hay presencia de voluntad de realización, cuando el autor actúa en la confianza de que podrá evitar el resultado por su destreza; por otro lado, en el dolo eventual se deja al azar.*

*bb) Si el autor estima que la producción de un posible resultado concomitante es independiente de su modo de proceder: está consciente de que*

---

<sup>199</sup> Ibidem., p. 78.

*no puede contrarrestar, mediante una dirección orientada de su actuar, un resultado producido ulteriormente, si el autor cuenta con la existencia de tal circunstancia, hay dolo; si solo hay dudas, no hay tal.*

4) *No existe dolo posterior (subsequens).*

5) *Respecto al llamado dolus alternativus, refiere:*

*El dolo eventual es diferente a la culpa consciente. Su delimitación es un problema difícil, comenta el autor, pues el querer es un fenómeno anímico originario último, que no puede ser reducido a otros procesos anímicos –ni emocionales, ni intelectuales-, y que sólo puede ser circunscrito, pero no propiamente definido.<sup>200</sup>*

La teoría del consentimiento, cita Hans Welzel, determina el dolo por una posición positiva del sentimiento hacia el resultado (como proceso del consentimiento). El autor, para ello, debería aprobar internamente el resultado, estar de acuerdo o tolerarlo, aprobándolo; sin embargo, existe una falta de dolo si 'rechaza internamente' el resultado.<sup>201</sup>

Por otro lado, la teoría de la probabilidad tampoco dio un panorama muy claro al respecto: "*querer*", interpretado de forma muy intelectualizada es la raíz de su vicio como opción; el dolo se diferencia de la culpa en el mayor grado en el que el autor se representa la posibilidad de producción del resultado (probabilidad). Para la delimitación del "*querer*" del '*simple deseo*' es constitutivo el momento de la posibilidad "*de actuar sobre*" que ha sido representada.<sup>202</sup>

La voluntad de realización no es simplemente una función de la probabilidad representada de producción de un resultado. Quién actúa, puede convertir en objeto de su voluntad de realización también algo cuya realización solo estime posible, pero no probable.

Respecto a los resultados concomitantes, es relevante el criterio de la probabilidad para el ámbito de la voluntad de realización, en cuanto es esencial para determinar si el autor en su decisión a la acción cuenta con que se

---

<sup>200</sup> *Ibidem.*, pp. 80 - 82.

<sup>201</sup> *Ibidem.*, p. 83.

<sup>202</sup> *Ibidem.*, p. 84.

produzcan, o, por el contrario, confía en que no (es decir, confiar en la no producción de un resultado no significa que el autor no creía posible la realización).

La representación con el peligro puede coexistir con la confianza de que todo saldrá bien, por su distinta ubicación en planos anímicos: aquella, en un plano intelectual, y ésta en un plano volitivo. La imprudencia lo demuestra: está consciente del peligro, pero confía en que no se realizará; confianza en la no producción, es una posición independiente y volitiva. Por lo tanto:

*-Comprende intelectualmente la representación del peligro.*

*-Excluye volitivamente la realización del peligro (en el momento de tomar la decisión).*

*Y tiene su límite en el momento en que el actor cuenta con la producción del peligro.<sup>203</sup>*

Schwarz-Dreher, citados por Hans Welzel, argumentan el dolo del homicidio en el médico, que, en una operación de riesgo, cuenta con la muerte del paciente. El concepto de dolo tiene varios grados: está tratando de salvar una vida, pese a que cuenta con un escenario fatal, por lo que:

- *Salvar una vida es su meta (dolo en primer grado).*
- *Puede presentarse la muerte o alguna otra consecuencia concomitante (como la pérdida de un órgano). Por ello, es una consecuencia posible en segundo grado (esto es, segura, posible o probable), aun cuando fueran indeseables (otro ejemplo consiste en el alpinista que confía en que podrá evitar la caída por su destreza: no actúa con la voluntad de producir un resultado, aun cuando este fuera deseable).*
- *La ley, al mencionar el actuar doloso, comprende el directo como el eventual.<sup>204</sup>*

Un actuar en contra del propio conocimiento, exige conocer positivamente el requisito de imprudencia del *dolus subsequens*. El dolo es el elemento final de

---

<sup>203</sup> Ídem.

<sup>204</sup> Ibidem., p. 85.

la acción, del existir al tiempo de la comisión del hecho: Por lo tanto, no hay un dolo posterior.

*Dolus Alternativus* (llamado *dolus generalis* por Karl Binding, según Hans Welzel)<sup>205</sup>, es la combinación de dos dolos que apuntan a dos resultados, excluyentes entre sí (ejemplo, A dispara a B con dolo de dar con él, o a lo menos, a su perro; quiere matar a P, pero cuenta con que quede con lesiones graves) pueden combinarse los dolos que no tengan por contenido la realización cierta de uno de los resultados. El dolo alternativo da lugar a un concurso ideal de delitos (tentados).

Sobre el ámbito del dolo, Hans Welzel señala lo siguiente:

*a) Principio básico.- La acción es configuración consciente de la realidad. El dolo exige, la conciencia del hecho en todas aquellas circunstancias del hecho que pertenezcan al tipo objetivo. No exige el conocimiento de todas las condiciones objetivas de punibilidad.*

*b) Excepciones.- El dolo no necesita abarcar ciertas circunstancias objetivas; pero ésta es atribuida al autor cuando su producción ha sido causada a lo menos culposamente.*

*c) Configuración en particular.- El dolo exige:*

- *Conocimiento de las circunstancias de hechos ya existentes.*
- *Previsión del resultado.*
- *Previsión del curso de la acción (conexión causal).*

*d) La previsión del curso (causal) de la acción es especial.- El acontecer externo, se considera voluntad finalista cuando se desarrolló y configuró por la voluntad consciente del fin. (Si se produjo a consecuencia del encadenamiento de circunstancias inesperadas, no fue causada dolosamente.<sup>206</sup>*

---

<sup>205</sup> *Ibidem.*, p. 86.

<sup>206</sup> *Ibidem.*, pp. 86 – 88.

Dirigir el curso causal, solo puede hacerse en líneas generales. Es importante el juicio de adecuancia y es relevante que la desviación del curso causal, que todavía quede dentro del marco general de la experiencia cotidiana.

#### Casos de *Aberratio*

- a) *Aberratio ictus* (desviación del golpe).- El hecho dirigido contra un objeto determinado no alcanza a este, sino a otro típicamente equivalente (ejemplo, A quiere matar a B, pero le da a C, lo que lo convierte en un delito doloso consumado);  
Pero si el resultado producido y el querido no son típicamente equivalentes (concurso ideal de delitos) [tentativa dolosa y delito culposo], entonces si A quiere matar a un gato, pero hiere a B: se convierte en una valoración de tentativa de daño vs lesiones culposas.<sup>207</sup>

Otro caso se presenta cuando A y B quieren atacar a X, apuntó A en contra de X, pero hiere a B; Iguales por su participación (cosa diferente si B fuera el 3º ajeno: donde sería una investigación por lesiones culposas).

b) El llamado *dolus generalis*: El autor cree haber consumado el delito, pero el resultado solo se produce por una acción posterior, con la cual buscaba encubrir el hecho (como cuando el autor arroja a la víctima al agua, creyéndola muerta; pero solo muere al llegar ahí). El problema consiste en determinar si hay acciones distintas, con dos dolos diferentes:

- *Si hay homicidio doloso en grado de tentativa. Acto seguido, de ocultar a la víctima: homicidio culposo*
- *Homicidio encubierto: segunda parte abarcada por el dolo del homicidio, acorde a su finalidad (acto parcial, no dependiente).*
- *Ocultar el cuerpo, actitud adoptada con posterioridad (habría tentativa de homicidio en concurso real de delito de homicidio culposo).<sup>208</sup>*

El caso inverso, cuando el resultado se produce ya mediante la acción tentada, en un caso de desviación del curso del acontecer. Ella es irrelevante, si

---

<sup>207</sup> Cfr. *Ibidem.*, p. 88.

<sup>208</sup> *Ibidem.*, p. 89.

estás dentro del marco de la causalidad adecuada. A quiere matar a B, pero al levantar el arma, se dispara y B muere: es un homicidio consumado, pues la desviación está dentro de la experiencia cotidiana.

c) Confusión en el objeto (error *in persona vel objecto*).- No es un caso de *aberratio* (es decir, un error), sino que se trata de una confusión.<sup>209</sup> (Ejemplo, A quiere matar a X, pero lo confunde con Y)

- *Si los objetos son típicamente equivalentes, el error es irrelevante (error del autor, irrelevante también para el instigador). En el caso de autoría inmediata a través de un instrumento, que actúa sin dolo, la confusión en la que incurrió el instrumento constituye aberratio ictus para el autor). Un caso es la enfermera que confunde a los pacientes, actuando como medio para el autor sin saberlo.*
- *Si los objetos no son equivalentes, el error es irrelevante (Ejemplo, caso del campesino que rompió un maniquí).<sup>210</sup>*

Cuando Hans Welzel habla sobre el modo del conocimiento de las circunstancias del hecho, lo hace en los siguientes términos: “*la ley describe una determinada conducta humana en el ámbito social; por lo tanto, está cargada de significación y penetrada de relaciones de sentido*”:<sup>211</sup>

- *Percepciones, a través de los sentidos e intelectualmente;*
- *Basta que tengan conocimiento de su especial significación y función que poseen en la vida social los hechos designados con tales conceptos (ejemplo, la función probatoria del documento ante la vida pública) [descriptivo vs circunstancias normativas del hecho]. Esa estimación del hecho realizada por el autor, debe guardar paralelismo realizada con la valoración de la ley [juicio paralelo en la consciencia del autor].*

---

<sup>209</sup> *Ibidem.*, p. 90.

<sup>210</sup> *Ídem.*

<sup>211</sup> *Ídem.*

- *Si el autor comprende el contenido material de la circunstancia del hecho, la significación correspondiente de la estimación legal, tiene suficiente conocimiento de la circunstancia del hecho.*<sup>212</sup>

Pese a todas estas anotaciones, se excluye el dolo si el autor desconoce o se encuentra en un error acerca de una circunstancia objetiva del hecho, que deba ser abarcada por el dolo y pertenezca al tipo legal. Pone un ejemplo: el cazador que, esperando al jabalí, dispara a quien es una recolectora de moras; solo sobre circunstancias del hecho del tipo legal puede ser argumentado, y es suficiente (pero a la vez necesario) que el autor tenga conocimiento de su existencia (de acuerdo al juicio paralelo de la conciencia del autor).<sup>213</sup>

La conciencia de la antijuridicidad de la acción es una valoración del tipo: por eso esta conciencia no es parte del dolo del tipo, sino un momento de la culpabilidad, de la reprochabilidad.

Dentro del despliegue de la conducta, Hans Welzel ubica la importancia de los momentos subjetivos del autor de la acción: algunos de ellos involucran a los *elementos subjetivos del injusto distintos al dolo*, mismos que también caracterizan a la integridad de la conducta. Sobre ellos, refiere:

*1.- Naturaleza de los elementos subjetivos del autor.- Aparecen en ocasiones elementos subjetivos personales especiales, que tienen el contenido ético-social de la acción en determinado sentido. (Ejemplo, el robo es una actividad final, como proceso ético social, será diferente si el propósito fuera distinto, como uso transitorio, diferente con intención a la apropiación. En el segundo caso, existe el desvalor ético específico de robo).*

*El contenido específico del desvalor ético social de una acción se determina por la actitud o posición subjetiva del autor, de la cual ha surgido la acción. Se trata de elementos subjetivos del autor, puesto que es la postura o actitud anímica del mismo la que tiene o anima la acción de un modo específico –no se refiere a tipicidad del autor, cuya orientación se enfoca al autor como tipo criminológico–.*

---

<sup>212</sup> Ibidem., p. 91.

<sup>213</sup> Ibidem., p. 92.

## 2.- Clases de los elementos subjetivo del autor.-

a) *Intención.- Significa dolo en todas sus formas de aparición. El dolo directo en algunos, y en otros como giro equiparable como “para”.*

*En strictu sensu, es la finalidad perseguida por la acción típica. No es necesario ser el fin último (puede fundamentar el injusto, agravar el injusto o al injusto, como en el ejemplo: “al que con la intención de salvar a otro de una condena judicial...”).*

b) *Tendencia especial de acción.*

c) *Momentos especiales de ánimo (discutible) [móviles anímicos especiales]. Fundamentan o fortalecen el juicio de desvalor social respecto del hecho.<sup>214</sup>*

### 2.4.2.1.6 Culpabilidad

Por otro lado, la culpabilidad según Hans Welzel está estrechamente vinculada al libre albedrío, pues sin ella no sería posible reprochar algo que no estuvo en las manos del sujeto activo, generando la discusión del indeterminismo contra el determinismo.

Comienza señalando que “*culpabilidad es reprochabilidad de la configuración de la voluntad*”<sup>215</sup>; por eso, para la comprensión de la esencia de la culpabilidad reside en la reprochabilidad (entendida como el *poder actuar en lugar de ello* del autor), y reflexiona en torno a la relación anímica del autor con el resultado, de lo cual concluye que fracasó la concepción de la culpa como un modo puramente psicológico (por los problemas de la culpa inconsciente, en donde no existiera la relación psíquica del autor con el resultado), así como también concluye que la culpabilidad es reprochabilidad (en virtud del paso previo que diera en su oportunidad Reinhard Frank, al cual también reconoce que se equivoca después al mantener a la contravención al deber del querer como su fundamento).<sup>216</sup>

---

<sup>214</sup> *Ibidem.*, pp. 94 – 95.

<sup>215</sup> *Ibidem.*, p. 167.

<sup>216</sup> *Ibidem.*, p.168.

Apunta también que Graf Zu Dohna es quien distingue nítidamente la reprochabilidad como valoración, y al dolo como el objeto de valoración, y limitó el reproche de culpabilidad a la valoración del objeto, dejando ver que, como parte de su teoría, es determinante el estudio de la voluntad (en función del elemento subjetivo anímico del dolo, y con ello configurar el poder en lugar de ello en función de la estructuración antijurídica de la voluntad).<sup>217</sup>

De esta forma, propone la sustitución de los polos 'objetivo-subjetivo' para la valoración de la culpabilidad, con los polos *deber ser - ser*, siendo el poder la estructuración de la voluntad (poder orientante), según contenido de deber obligatorio, lo que constituye por sí una medida general objetiva de lo que el autor puede o no alcanzar al determinar su acción.<sup>218</sup>

Ahora bien, para el estudio de la culpabilidad, Hans Welzel plantea conocer y reconocer los aspectos filosófico-antropológicos que motivan a la persona a actuar: debe de tener elementos (presupuestos) de la reprochabilidad. Es porque se valoran tales circunstancias que la culpabilidad debe contar con dos premisas:

- a) Que el autor es capaz de motivarse de acuerdo a la norma (imputabilidad)
- b) Que él está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión de la antijuridicidad de su propósito.<sup>219</sup>

Sobre eso es que se planteará la discusión sobre la concepción de la estructura de una voluntad responsable y de acuerdo a la norma. Por ello, parte del estudio del libre albedrío, y reconoce tres aspectos diferentes que ello involucra: siendo el *antropológico*, el *caracterológico*, y otro *categorial*.

El estudio antropológico –menciona- trata sobre la premisa de que debía existir una línea evolutiva directa desde el instinto animal hasta la inteligencia humana.<sup>220</sup> En efecto, no sólo filósofos y zoólogos han puesto en relieve que no es una diferenciación de los instintos animales, sino que el presupuesto de las

---

<sup>217</sup> Cfr. Ídem.

<sup>218</sup> Íbidem., p. 169.

<sup>219</sup> Íbidem., p. 170.

<sup>220</sup> Ídem.

obras libres del entendimiento lo que constituye una gran involución de la conducta innata.<sup>221</sup>

La pérdida de los estados de equilibrio habría sido mortal para la subsistencia humana si no hubiese sido compensada con el pensamiento racional ordenado categóricamente, y en su aplicación al problema categórico, según expresa el autor.<sup>222</sup>

El hombre –señala Hans Welzel- se caracteriza por una amplia libertad respecto de las formas innatas de conducta y por la capacidad y misión de descubrir y establecer por sí mismo la rectitud de la conducta por medio de actos inteligentes. Para él, el hombre es un ser erigido sobre la propia responsabilidad; cada hombre ha de elaborarse un sistema de acción llenando sus disposiciones antrópicas, dadas sólo de un modo general, pero vacías de detalladas determinaciones de ejecución.<sup>223</sup>

Es de relevancia para el autor la antropología filosófica, pues retorna al antiguo conocimiento filosófico, y con ello, toma como fundamento la idea de que sólo el hombre tiene el privilegio de atentar contra el círculo de la necesidad por medio de su voluntad, y con ello dar comienzo en sí mismo a una serie totalmente nueva de fenómenos.<sup>224</sup>

Esto lo robustece con el estudio del aspecto caracterológico, el cual describe con precisión como la lucha de estratos entre los impulsos animales y la mismidad del hombre actuante, pues es ella la que se eleva como centro regulador de los impulsos animales, según una escala de impulsos jerarquizados en función de los diversos grados de actuación animal en contraste con los impulsos dotados de sentido y valor, y que, además, se encuentran razonados conforme a fundamentos lógico objetivos, dando dirección a los impulsos anímicos.<sup>225</sup>

Así, el concepto de voluntad alcanza otro nivel al ser la forma específica de realización de los fines de los impulsos en el suceder exterior, dotando de

---

<sup>221</sup> *Ibidem.*, p. 171.

<sup>222</sup> *Ídem.*

<sup>223</sup> *Ídem.*

<sup>224</sup> *Ibidem.*, p. 172.

<sup>225</sup> Cfr. *Ídem.*

dirección a la acción, y sobreponiendo a los impulsos pasionales o instintivos. De ahí que sea básica la regulación normativa, para marcar la pauta del contenido supraindividual al que se ve sometido la persona y guiar su vida.<sup>226</sup>

Menciona que tales impulsos poseen un doble carácter, siendo: 1) intensidad de impulso, y 2) un contenido de sentido. Ambos aspectos pueden no coincidir, pero no es excluyente uno de otro. Así, la decisión de la acción, es el resultado de del impulso que logró un predominio. Se introducen por ello los actos de dirección conforme a sentido (del pensamiento y del querer dirigido y por ende, son comprendidos en su contenido de sentido)<sup>227</sup>; dejando por ello la conclusión de que solo aquello que nos arrastra puede convertirse en fin de una decisión de voluntad, ya sea de modo instintivo o conforme a sentido, abriendo la puerta a una orientación de la ida humana de acuerdo con la rectitud, el sentido y el valor.<sup>228</sup>

El tercer aspecto, referido al aspecto categorial señala, según Welzel, que ya no versa sobre el sí, sino en el cómo: el poder de configuración de la coacción causal a través de una dirección orientada por el sentido, lo que le haría responsable de sí.<sup>229</sup>

La respuesta no puede encontrarse en el indeterminismo, pues esta corriente filosófica destruye al sujeto responsable, ya que convierte los actos de voluntad en una serie absolutamente inconexa de impulsos aislados en el tiempo.

Ofrece como opción la posibilidad de realizar la superposición de varias formas de determinación, pues el error del determinismo tradicional consiste en la creencia de que existiría una sola forma de determinación, ya que toda decisión se torna indiferente en sí, por estar prefijada de modo necesario desde el principio; lo que rechazaría la posibilidad de dirección, así como la negación de los actos del conocimiento que son propios del reconocimiento del libre albedrío.<sup>230</sup>

---

<sup>226</sup> *Ibidem.*, p. 173.

<sup>227</sup> *Ídem.*

<sup>228</sup> *Ibidem.*, p. 174.

<sup>229</sup> *Ídem.*

<sup>230</sup> Cfr. *Ibidem.*, p. 175.

El evento no es ya el resultado ciego de las conexiones asociativas anteriores, sino que el contenido de sentido se vuelve el punto de partida para la comprensión de la estructura interna de un objeto, el cual no es el resultado de conexiones, sino que se determina ella misma de un modo vidente según el objeto que se tiene a la vista: lo resume señalando que: “*en la causalidad el efecto es la resultante ciega; en la finalidad el fin determina los pasos que a él conducen*”.<sup>231</sup> En todo caso, les asigna un valor de infraestructura.

Los pasos del pensamiento y los impulsos del pensamiento pueden estar determinados por causas exteriores; pero su relación con los demás no se determina en el proceso de conocimiento según el grado de intensidad de compulsión, sino que el conocimiento solo es posible si puede ser asumido responsablemente como realización de una tarea planteada al sujeto y comprendida conforme a sentido. Por ello, tiene que tener la capacidad de comprender el impulso como tarea y asumir la responsabilidad por el acto de conocimiento. Tampoco es posible rechazar las condiciones bajo las cuales sólo es posible el conocimiento.<sup>232</sup>

El libre albedrío, menciona, es la capacidad para poderse determinar conforme a sentido: es la libertad para actuar conforme a sentido. Sin embargo, esa libertad no es un estado, sino un acto: el acto de liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido.<sup>233</sup>

Por ello, Hans Welzel cree prudente señalar que el problema de la libertad da luz sobre la relación entre la ciencia penal y la criminología, pues ambas tratan el mismo objeto, pero de forma metodológica distinta (e incluso, materialmente), señalando que el delito en el Derecho Penal es el abuso de la libertad, que le es reprochable al autor a título de culpabilidad y que se le retribuye con una pena, mientras que en la criminología es un producto causal de la disposición y del mundo circundante.<sup>234</sup> Bajo estos argumentos es que Hans Welzel señala que en verdad no existe tal contradicción, pues la culpabilidad no significa una decisión libre en favor del mal, sino dependencia de la coacción causal de los

---

<sup>231</sup> Ídem.

<sup>232</sup> *Ibidem.*, p. 176.

<sup>233</sup> *Ibidem.*, p. 177.

<sup>234</sup> Cfr. *Ídem.*

impulsos, donde también la “*voluntad libre del autor*” esta también dependiente de a la disposición de y medio ambiente han participado en la génesis del delito.<sup>235</sup>

También valora la culpabilidad en relación de la personalidad, considerando que la culpabilidad como falta de autodeterminación conforme a sentido puede ser un fracaso único del centro del yo responsable de la persona, pero también puede fundamentarse en un estrato de la personalidad: el centro del yo puede estar en actividad sólo para unas pocas tareas decisivas; todas las demás han de quedar ya decididas en el semi inconsciente o en el inconsciente. Esas acciones se han convertido en la actitud y posición interna inconsciente de la personalidad. Esas características las ubica bajo la idea del carácter adquirido, lo que constituirá en sí mismo la estructura inconsciente el individuo. Hans Welzel atribuye también una de las raíces de la culpabilidad como la construcción deficiente o errónea; esta estructura defectuosa en el estrato de la personalidad fundamentará para él la llamada “*culpabilidad de autor*”.<sup>236</sup>

Finalmente, al abordar la culpabilidad como tal, considera como elementos de la reprochabilidad la capacidad de la culpabilidad, así como reproche del poder actuar de otro modo.

#### 2.4.2.1.7 Criticas particulares

Hans Welzel estableció con sus ideas un modelo diferente de la teoría del delito con base a elementos filosófico-antropológicos, revolucionando con ello las ciencias penales. Sin embargo, tuvo un par de vicios propios inconcebibles de acuerdo al sistema que propuso: el hecho de contemplar la personalidad como uno de los fundamentos de la pena había sido un error marcado aún desde el sistema causalista (con Franz Von Liszt); lo que le hace realmente grave es que este autor, siendo el visionario del campo ontológico y antropológico, llegue al exceso lastimoso de evaluar el antecedente de la personalidad para poder determinar la pena adecuada, lo que en condiciones extremas, se ha demostrado

---

<sup>235</sup> Ibidem., p. 178.

<sup>236</sup> Ibidem., p. 179.

ya que recae en un sistema de autor, más que de acto, lo que resulta sorprendente para quien estudia sus perspectivas teóricas.

Analizada la teoría finalista del delito en manos de su mejor exponente, podemos estar en posibilidad de continuar con el estudio de la corriente mucho más adelantada de nuestro tiempo, como lo es el funcionalismo, puesto que hemos revisado a grandes rasgos el esquema general que todo finalista tendría en su concepción teórica.

Cabe mencionar que, aunque existen finalistas con ideas no propias a este esquema welzeliano, en realidad constituyen pocas las variantes en donde se difiere al respecto, por lo que el uso de este modelo como ejemplo resulta acertado desde nuestra concepción por abarcar en su mayoría los elementos característicos de toda estructura finalista, por lo que se procede a analizar el funcionalismo.

## 2.5 Funcionalismo

La corriente funcionalista, de concepción más reciente con respecto a las anteriores, será desarrollada con las ideas más representativas de los movimientos dogmáticos actuales, buscando encontrar los elementos más relevantes para la construcción de un esquema teórico acorde a los fines de esta investigación, a través del análisis de la obra de sus principales impulsores.

### 2.5.1 Antecedentes de la corriente teórica

Después de haber considerado las nuevas pautas criminológicas y sociales, de forma complementada, de nuevo los teóricos alemanes rediseñaron los enfoques teóricos sobre los cuales debe de entenderse el delito, pues las aristas son múltiples: en medida de que los tecnicismos comenzaron a especificarse, y habiéndose manejado con mayor facilidad cada uno de los conceptos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia técnica de dicho país, se encontraron nuevas observaciones para poder entender de forma íntegra en cada uno de los elementos del delito existentes cuestiones que no eran asumidos como parte determinante de ellos, como lo era la clasificación del tipo penal, la construcción de cada hipótesis del legislador, y la técnica adecuada para evitar problemas que hasta la fecha en países como el nuestro son comunes como las

cuestiones inherentes a los principios de taxatividad y ambigüedad que aun en fechas actuales han invalidado tipos penales completos que fueron legislados como verborrea legislativa (por ejemplo, las ofensas a la autoridad); así mismo, se integran al estudio cuestiones de índole puramente sociológico aplicado al Derecho para la valoración interdisciplinaria de problemas que atañen esencialmente a las labores del Estado en la impartición de justicia, su resolución de problemas de conformidad con los principios y garantías mínimas de todo ciudadano y la nueva regulación de estos problemas a la luz de las doctrinas anteriormente conocidas, para dar como resultado una estructura dogmática completamente diferente a la corriente finalista: es así como surge la corriente de la teoría del delito funcionalista.

Esta corriente, representada principalmente por Claus Roxin inicialmente y por Gunther Jakobs en tiempos más recientes (con cierta renuencia y oposición, claro, por parte de los defensores de las ideas clásicas) ha desembocado en tópicos no contemplados con anterioridad, como la forma correcta en que debe formularse un tipo penal para proporcionar respeto a la seguridad jurídica así como a los principios de taxatividad, legalidad y exacta aplicación de la ley penal anteriormente enunciados, la observación de complicaciones teóricas más elaboradas, tales como las aplicaciones concretas de la prohibición de regreso, o el principio de la responsabilidad objetiva como punto de partida para la determinación de los grados de intervención correctos para cada autor de un hecho penalmente relevante. Procederemos entonces a revisar a los autores más representativos de este modelo teórico.

### 2.5.2 Principales exponentes

Aunque hay una serie de autores alemanes modernos que se han inclinado por esta postura teórica, los autores más representativos de esta corriente se encuentran en disputa en torno a las ideas de los principales desarrolladores, en cuyas discusiones se erige un problema toral de política criminal y aplicaciones concretas en casos límite para el Derecho Penal. Estos autores son Claus Roxin y Gunther Jakobs, cuyas ideas han permeado las diversas esferas teóricas, e impulsado un cambio en la estructura teórica del delito en la actualidad, llegando a reposicionar los conocimientos que existen en

la materia para la creación de una perspectiva mucho más dinámica y acorde a la evolución de la ciencia jurídica, cuyas ideas se expondrán a continuación.

#### 2.5.2.1 Claus Roxin

Este autor alemán, nacido en Alemania en 1931, es uno de los más importantes exponentes del Derecho Penal teórico de nuestros días. Su influencia como doctrinario es conocida por tener posturas relativamente conciliadoras, en comparación a otros contemporáneos, sin dejar de exponer, con relativa claridad, los conflictos entre posturas teóricas más relevantes en los temas que expone en su obra más importante (más no la única): *Derecho Penal; Fundamentos de la Teoría del Delito*. Este prolífico autor para la ciencia penal actual ha sido referente mundial por sus obras de alto impacto, así como también por una considerable postura crítica sobre tópicos en materia penal que terminan de construirse conforme a la legislación alemana.

Claus Roxin nos proporciona, de forma previa a estudio, un cúmulo de definiciones que sirven para guiar al lector en la exposición del tema, por lo que en este punto se destacarán las concepciones aportadas a priori en el capítulo 7 de citada la obra.

El estudio de este autor comienza, previo estudio de algunas generalidades, negando la categoría de elemento del delito a la acción, puesto que se considera parte de una consecuencia normativa del tipo asumirlo como una parte integradora en la realidad de su configuración.

La tipicidad es un tema de especial relevancia para el autor, a grado tal que se enfocó en construir una teoría del tipo con los fundamentos propuestos por Hans Welzel y por Armin Kauffman como parte aguas de sus ideas. Esta teoría del delito esta detallada en su obra *Teoría del tipo penal*.

En torno a la culpabilidad, nos señala el autor que la responsabilidad designa, tras la antijuridicidad, una valoración ulterior y que, por regla general, da lugar a la punibilidad en el marco de la estructura del delito.

La responsabilidad, según menciona, significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto, ya que se hace

acreedor a una pena al cumplir los requisitos de aparecer como responsable de una acción típicamente antijurídica. Los presupuestos de esa responsabilidad jurídico-penal –indica- son la culpabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la normatividad de la situación en que actúa; además, existen en el ámbito supralegal casos de exclusión de la responsabilidad.<sup>237</sup>

La responsabilidad depende de la culpabilidad del sujeto, y de la necesidad preventiva de sanción penal. El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma, y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, por lo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho.<sup>238</sup> La responsabilidad jurídico-penal aparece, por tanto, sin más con la existencia de la culpabilidad.

Para Claus Roxin, las causas de exculpación (donde el autor precisa correcto señalarlas como causas de exclusión de la responsabilidad) son diferenciadas de las causas de exclusión de la culpabilidad (Incluyendo en ellas a la inimputabilidad y el error de prohibición invencible), pues argumenta que estuvieron científicamente desatendidas, y no se apreció su autonomía.<sup>239</sup>

Así mismo indica que sólo mediante el reconocimiento de culpabilidad y necesidad preventiva como presupuestos de igual rango de la responsabilidad jurídico penal puede la dogmática conseguir conectar con la teoría de los fines de la pena.

El reconocimiento de que hay exclusión de la responsabilidad jurídico penal no significa que esta categoría quede a merced de la inseguridad jurídica, Pues se deben averiguar las hipótesis preventivas que sirven de base a la ley. El autor destaca que la pena presupone siempre la culpabilidad; ninguna necesidad preventiva de penalización puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad.<sup>240</sup>

---

<sup>237</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal – Parte General...*, cit., p. 791.

<sup>238</sup> *Ibidem.*, p. 792.

<sup>239</sup> *Ibidem.*, p. 793.

<sup>240</sup> *Ídem.*

Explica brevemente la evolución del concepto de culpabilidad, que parte desde el concepto psicológico al concepto normativo, mencionando que solo pudo desarrollarse una categoría autónoma de culpabilidad desde el momento en el que se había impuesto en la dogmática la separación entre injusto y culpabilidad. La distinción se basaba en la idea dominante en el sistema clásico, de que había que ubicar todos los elementos objetivos en el injusto, mientras que los subjetivos debían ser ubicados en la culpabilidad. Esto desarrolló el concepto psicológico de la culpabilidad, en donde se concebía a ésta como la relación subjetiva del sujeto con el resultado.<sup>241</sup>

Las formas de culpabilidad en esta concepción psicológica se consideraban, esencialmente, como el dolo y a la imprudencia; mientras que a la imputabilidad se caracterizaba como un presupuesto de la culpabilidad. Más adelante fue reemplazado por el concepto normativo de culpabilidad, considerando como pionero de este avance a Reinhard Frank, quién expuso que el estado de necesidad disculpante no era explicable mediante el concepto psicológico, ya que, si ese concepto sólo abarca la suma del dolo y la imprudencia, y éstos consisten en la producción consciente o descuidada del resultado, sigue siendo del todo incomprensible cómo podría ser excluida la culpabilidad por estado de necesidad, en donde el autor sabe lo que hace, y negarle el dolo significa carecer de lógica.<sup>242</sup>

Así mismo, Reinhard Frank señaló también –según Claus Roxin- la insuficiencia de la concepción de que la imputabilidad sea presupuesto de la culpabilidad, pues también un enfermo puede querer la acción y representarse los elementos que le convierten en delito; puede incluso saber que es un delito. Su último ataque citado en contra del concepto psicológico refiere que en la imprudencia inconsciente no es constatable una relación psíquica del sujeto con el resultado.<sup>243</sup>

La culpabilidad –según Reinhard Frank, de nuevo citado por Claus Roxin- no estaba integrada sólo por la relación psíquica del sujeto, sino por tres elementos de igual rango: 1) normalidad mental del sujeto; 2) la concreta relación

---

<sup>241</sup> *Ibidem.*, p. 794.

<sup>242</sup> *Ibidem.*, p. 795.

<sup>243</sup> *Ídem.*

psíquica del sujeto con el hecho; y 3) la normatividad de las circunstancias en las que actúa el sujeto.<sup>244</sup>

Claus Roxin señala también que la evolución al concepto normativo fue contribución en otra parte de los esfuerzos de James Goldschmidt, quién intentó deducir la reprochabilidad de la infracción en una *norma de deber*.<sup>245</sup> No obstante, se podría, en base a esto, infringir una norma del deber en un caso de exclusión de la contrariedad del deber, viendo en la inexigibilidad la idea directriz de las causas de exculpación, que delimitó sobre esa base a las causas de justificación con las causas de exclusión de la punibilidad.<sup>246</sup>

Berthold Freudenthal fue el autor que dio el paso definitivo –de acuerdo a la exposición de Claus Roxin-, quién, desarrolló la inexigibilidad como causa general supralegal de exclusión de la culpabilidad, pues si para la no comisión del delito fuere necesario un grado de capacidad de resistencia que no puede exigirse a nadie, falta con el poder de reproche, y, por lo tanto, del reproche de la culpabilidad; sin embargo, aunque esta opinión es aceptada en los delitos imprudentes, no es generalmente aceptada por la inseguridad jurídica que conlleva.<sup>247</sup>

El concepto normativo de culpabilidad experimentó una modificación posterior a través de la doctrina finalista, al ubicar el dolo en el tipo, quedando sin materia el único contenido que fundamentaba el concepto psicológico de culpabilidad. Con ello, se quedaría en la culpabilidad únicamente el criterio de la reprochabilidad<sup>248</sup>, de forma tal que se podría comprender a la culpabilidad como puro juicio de valor.

Pero el concepto de reprochabilidad comprende solo de manera incompleta la clase de valoración que se ha de efectuar, porque el mismo se orienta solamente a la culpabilidad. La valoración no atañe solamente a la cuestión de si se puede formular un reproche (de culpabilidad), sino que es un

---

<sup>244</sup> Cfr. Ídem.

<sup>245</sup> Ídem.

<sup>246</sup> Ídem., p. 796.

<sup>247</sup> Ídem.

<sup>248</sup> Ídem.

juicio sobre sí, ha de hacérsele responsable de su conducta desde puntos de vista jurídico-penales<sup>249</sup>.

La reprochabilidad es una condición necesaria pero aún no suficiente de la responsabilidad; ha de añadirse –dice- la necesidad preventiva de sanción. De este modo, el concepto normativo de culpabilidad ha de perfeccionarse en la dirección del concepto normativo de responsabilidad.<sup>250</sup>

Menciona también que el hacer depender la punibilidad de a culpabilidad tiene como finalidad poner un límite al poder punitivo del Estado, y menciona que es conforme a las necesidades públicas de prevención. “*Si y hasta qué punto es capaz el principio de culpabilidad de cumplir esta misión depende sin embargo de cómo se defina el contenido del concepto de culpabilidad*”, apunta.<sup>251</sup>

El concepto normativo de culpabilidad solo afirma que una conducta culpable ha de ser reprochable (formal), pero no responde la cuestión a de qué presupuestos materiales depende la reprochabilidad [concepto material de culpabilidad]. Esta cuestión se responde de manera diversa por los defensores de un concepto normativo, llegando al extremo incluso del rechazo del principio de culpabilidad.<sup>252</sup> Es esta la razón por la cual busca una explicación más concreta a este concepto material de culpabilidad.

Estudia el clásico esquema de la culpabilidad como el *poder actuar de otro modo*, el cual explica que el contenido de la culpabilidad se define como el *poder evitar y consiguiente responsabilidad* de la persona por haber formado antijurídicamente su voluntad (es decir, no omitió su acción cuando pudo omitirla).

El postulado inicial es que el ser humano está revestido de autodeterminación moral libre, responsable y es capaz de decidirse por el Derecho: se basa en la premisa indemostrable del libre albedrío, lo que se convierte en su principal crítica. Tampoco el determinismo estricto es empíricamente verificable y además es prácticamente inviable. En cualquier modo, el fracaso se presenta en el hecho de que un poder actuar de otro modo

---

<sup>249</sup> *Ibidem.*, p. 797.

<sup>250</sup> *Ídem.*

<sup>251</sup> *Ibidem.*, p. 798.

<sup>252</sup> *Ídem.*

del sujeto individual en el momento del hecho no es susceptible de constatación científica: y por ello, si para la apreciación de la culpabilidad se presupone un fenómeno empírico que por principio no puede constatarse, ello debería conducir siempre a una absolución, en virtud del principio *In dubio pro reo*.<sup>253</sup>

El parámetro para entender correctamente la culpabilidad parte del poder de la persona media o promedio que existe conforme a la experiencia (la capacidad de la mayoría de las personas), es decir, en otro caso análogo, otro en su lugar habría actuado posiblemente de otro modo, empleando la fuerza de voluntad que le faltó al sujeto. Sin embargo, es imposible basar un reproche moral en capacidades que quizás otras personas tengan, pero que precisamente le faltan al sujeto: eso supone un abandono del punto de partida de una elección libre.<sup>254</sup>

Existen otras formas diferentes de contemplar a la culpabilidad, como una actitud interna jurídicamente desaprobada, concepción fundada por Wilhelm Gallas, en donde la culpabilidad es *reprochabilidad del hecho en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que se manifiesta a él*. Se emite, en una contemplación generalizadora, orientada por parámetros valorativos ético-sociales, un juicio de desvalor sobre la actitud global del sujeto frente a las exigencias del Derecho. Sin embargo, se objeta que no supera sustancialmente el carácter formal de la reprochabilidad, pues no indica ningún criterio en virtud del cual se desaprueba jurídicamente la actitud: se aprecia una actitud interna jurídicamente desaprobada en cuanto el legislador formula un reproche y afirma la punibilidad; el desvalor de la actitud se da normalmente con el desvalor de la acción, y falta sólo cuando el sujeto carecía de poder.<sup>255</sup>

La anterior característica material es idéntica al poder actuar de otro modo –indica Claus Roxin-, y, además, la afirmación o negación de la culpabilidad en algunos casos apenas se puede explicar cómo una corrección de la actitud interna. En la imprudencia consciente, la actitud interna no está dirigida a nada

---

<sup>253</sup> *Ibidem.*, pp. 799 – 800.

<sup>254</sup> Cfr. *ídem.*

<sup>255</sup> *Ibidem.*, pp. 800 – 801.

quesea contrario a valor, y, a su vez, un asesino sexual puede mostrar una actitud interna extremadamente abyecta.<sup>256</sup>

Para Eberhard Schmidhauser, por otra parte, señala que la culpabilidad es actitud interna antijurídica del hecho concreto, pero él sí ofrece una definición material de ese criterio: “*culpabilidad jurídico-penal es el comportamiento espiritual lesivo de bienes jurídicos*”, es decir que “*no lo ha tomado en serio pese a que estaba espiritualmente en contacto valorativo*”.<sup>257</sup> Con todo y que no ofrece explicación en torno al libre albedrío –señala Claus Roxin-, debemos conformarnos con retener el contacto espiritual del sujeto con el valor lesionado.<sup>258</sup> A la objeción que se le realiza a este autor en la cuestión de que en la imprudencia inconsciente faltaría ‘contacto espiritual con el valor lesionado’, éste responde que basta con que el sujeto pueda ‘disponer como persona en el momento del hecho del valor lesionado, aunque sea inconscientemente.’<sup>259</sup>

Esta disponibilidad, comenta Claus Roxin, se aproxima a la asequibilidad normativa, decisiva para él para la culpabilidad. Pero con los conceptos de *contacto espiritual* y el *no tomarse en serio en el comportamiento espiritual*, no se caracteriza lo que se quiere decir. El no tomarse en serio espiritual presupone una toma de postura interna y también el conocimiento de aquello de lo que se toma postura; esto fundamenta la idea de que puede incluirse dentro de las posibilidades de que el sujeto podía actuar de otro modo, lo que deja sin desvirtuar tampoco las objeciones entorno al poder en lugar de ello.<sup>260</sup>

La culpabilidad como deber responder por el carácter propio es otra alternativa, la cual propone, desde una base determinista, la idea de que cada cual es responsable sin más de las características o propiedades que le han inducido al hecho, de su ‘*ser así*’, siendo su predecesor (en Filosofía) Schopenhauer, según el cual “*todo sujeto sabe que una acción totalmente distinta era perfectamente posible y podría haber sucedido con tal que hubiera sido otro*”; y a él, naturalmente, no le era posible ninguna otra acción, y por ello, la responsabilidad alcanza su carácter.<sup>261</sup> En la vida se responde por lo que se

---

<sup>256</sup> Ídem.

<sup>257</sup> Ídem.

<sup>258</sup> Ídem.

<sup>259</sup> Ídem.

<sup>260</sup> Íbidem., p. 802.

<sup>261</sup> Ídem.

es, sin tener en cuenta por qué múltiples razones se ha llegado a ello, es su enunciado.

Claus Roxin referencia entorno a esto: Graf Zu Dohna expresa que cada cual ha de responder por lo que hace en cuanto que es una emanación de su personalidad, 'se le paga lo que es, en lo bueno y en lo malo'; Karl Engisch señala que la culpabilidad por el carácter se compensa mediante la imposición y aceptación de una actuación específicamente configurada sobre el carácter; Jorge de Figueiredo Dias caracteriza a la culpabilidad como el deber responder por la personalidad en la que tiene su fundamento en la comisión de un tipo de injusto, y en este sentido, es una personalidad censurable.<sup>262</sup>

Claus Roxin objeta este tipo de criterios al mencionar que resulta paradójico atribuir a alguien la culpabilidad por un dato –su disposición caracterológica- del que no es responsable; y al pretender salvar su punto con construcciones metafísicas, (como Jorge Figueiredo Dias, quién señala la existencia de una elección fundamental, mediante la cual el humano se decide a sí mismo y con ello crea su propia manera de ser, modificándolo a un sentido existencialista), siguen siendo tan poco demostrables como el poder actuar de otro modo.<sup>263</sup>

El mejor camino para mantener el deber de responder por la propia condición involucra renunciar totalmente a la retribución y al reproche moral contra el sujeto, reducir el Derecho Penal a finalidades preventivas y entender la culpabilidad más en el sentido de una gran responsabilidad social. Pero surgen reparos radicales contra tal concepción del hecho que socava el principio de culpabilidad, en tanto que no explica por qué el enfermo mental no actúa culpablemente, dado que el mismo también actúa sólo conforme a su modo de ser existente, lo que lo lleva a un interesante planteamiento en torno a la inimputabilidad.<sup>264</sup>

Esta discusión comienza con Karl Engisch, quien opina que el niño, el enfermo mental o el embriagado no serían expresión de su propia personalidad,

---

<sup>262</sup> *Ibidem.*, p. 803.

<sup>263</sup> *Ídem.*

<sup>264</sup> *Ibidem.*, p. 804.

sino sólo de una expresión de la personalidad tal que no sería susceptible de ser influenciada por la pena. En el caso de niños no responsables, el nexo entre el hecho y la personalidad no sería discutible; pero difícilmente se puede representar una *personalidad* que no se exprese en la conducta real del sujeto. El hecho del inimputable de que es expresión de su personalidad ya no depende de la culpabilidad, sino de la pura oportunidad o conveniencia para el fin perseguido. Eso significa abandonar a la pura prevención especial el efecto protector del principio de culpabilidad ahí donde se debe confirmar.<sup>265</sup>

Por otro lado, Jorge de Figueiredo Dias puntualiza que una culpabilidad éticamente fundamentada requiere un acto de comunicación personal entre el juez y el acusado, que faltaría cuando la personalidad del sujeto sea *inaccesible a la observación comprensiva del juez*: no se trataría tanto de una causa de exclusión de la culpabilidad, sino de un efectivo obstáculo a la constatación: la culpabilidad y la pena no pueden depender de las necesariamente distintas posibilidades de comprensión del respectivo juez, sino que deben ser objetivamente constatables. Tampoco se podría decir en todos los casos de inimputabilidad que la personalidad del sujeto es completamente inaccesible a la comprensión del juez, terminando de debatir sobre el problema planteado líneas arriba.<sup>266</sup>

Así mismo, ofrece el panorama de la culpabilidad como atribución según las necesidades preventivo generales, de las cuales Claus Roxin comenta que, en conexión con la teoría sistémica de Niklas Luhmann, Gunther Jakobs desarrolla un concepto funcional de culpabilidad. Este concepto entiende a la culpabilidad como una atribución preventivo general donde “*solo el fin dota de contenido al concepto de culpabilidad*”, y cuyo fin es la prevención general, entendiéndola como el ejercicio de la fidelidad del Derecho, y cuya teleología será encaminada a la búsqueda de la “*estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por la conducta delictiva*”.<sup>267</sup> “*Sólo cuando exista la*

---

<sup>265</sup> Ídem.

<sup>266</sup> Ídem.

<sup>267</sup> Ibidem., p. 805.

*oportunidad de asimilar el conflicto de otra manera puede entrar a discutirse la exculpación*”, señala respecto a la consecuencia jurídica.<sup>268</sup>

La autonomía se atribuye como capacidad en el caso de que resulte funcional, y sólo puede faltar cuando exista la posibilidad de asimilar el conflicto de otra manera. La punibilidad no depende ya de circunstancias que radican en su persona, sino de lo que sea necesario para el ejercicio en la fidelidad al Derecho, para la estabilización de su confianza, explica el autor.<sup>269</sup>

“*No puede tolerarse que la alta intensidad de criminalidad sea remunerada con la indulgencia, las dificultades de observancia del Derecho quedan como otro asunto del sujeto, y no disminuyen, por tanto, la culpabilidad*”<sup>270</sup>, es el postulado sobre el cual se erige la punibilidad en este caso. Sin embargo, también Claus Roxin refiere que la instrumentación del sujeto como instrumento de los intereses sociales de estabilización ya habían sido criticados por previamente por Immanuel Kant, recayendo en la violación de la dignidad humana.

Dado que la dignidad humana es declarada *intangibile*, una concepción como la que defiende Gunther Jakobs tropieza con reparos de orden constitucional –expresa-, ya que no poseemos un parámetro para establecer lo que es necesario para la estabilización de la confianza en el ordenamiento, y cuando una perturbación a ese orden puede ser asimilada de otra manera, sin punición, añade.<sup>271</sup>

Como crítica a esta idea, Claus Roxin señala que no puede ser útil para la *confianza en el ordenamiento* del ciudadano el que este deba decirse que, dado el caso, la afirmación o negación de su culpabilidad no depende de su persona, sino de factores que no tienen nada que ver con él, convirtiéndose en un juguete de las circunstancias.<sup>272</sup>

Como otra propuesta, el autor expone el concepto de culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa, con la que se

---

<sup>268</sup> Ídem.

<sup>269</sup> Ibidem., p. 806.

<sup>270</sup> Ídem.

<sup>271</sup> Ídem.

<sup>272</sup> Ibidem., p. 807.

afirma la culpabilidad cuando el sujeto estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma cuando aún le era psíquicamente asequible posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a una norma.<sup>273</sup>

Señala el autor que no es una hipótesis indemostrable, sino de un fenómeno científico empírico, pues la Psicología y la Psiquiatría han desarrollado criterios de enjuiciamiento para constatar empíricamente las restricciones de la capacidad de autocontrol, y medir su gravedad.<sup>274</sup>

Al hablar de asequibilidad normativa, el autor parte de la idea de que el sujeto posee capacidad de comportarse conforme a la norma, y se convierte en culpable cuando no adapta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él. No dice que el sujeto pudiera actuar de otro modo –lo que no podemos saber-, sino que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, se le trata como libre. La suposición de la libertad es una aserción normativa, una regla social del juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales.<sup>275</sup>

El autor manifiesta que no hay ningún método que permita un pronunciamiento científicamente comprobable sobre la capacidad de una determinada persona para evitar una acción; lo que lleva a Roxin a mencionar la tesis sobre la libertad, en el sentido de que es una aserción normativa independiente y admisible por igual para deterministas e indeterministas.<sup>276</sup>

Para demostrarlo, expresa la opinión de Eduard Dreher, quien opina que *“para el Derecho Penal el problema de la libertad no es una cuestión que se pueda bordear, sino que es la cuestión decisiva por excelencia”*, y está fuera de un ámbito susceptible de prueba.<sup>277</sup>

#### 2.5.2.2 Gunther Jakobs

---

<sup>273</sup> Ídem.

<sup>274</sup> Ídem.

<sup>275</sup> Ídem., p. 808.

<sup>276</sup> Ídem.

<sup>277</sup> Ídem.

El principal expositor del Derecho Penal del Enemigo. Nacido en Alemania, es uno de los doctrinarios contemporáneos más reconocidos, y representante de las posturas teóricas que plantea el funcionalismo.

Su teoría, elaborada desde los postulados básicos publicados por el sociólogo Niklass Luhmann, el cual tiene como fundamento el circuito comunicativo social, así como también la presentación de las ideas de la prevención general en función de la colectividad.

Para Gunther Jakobs son relevantes diversos tópicos penales. Para efectos de este trabajo, interesaran algunos puntos concretos de su extensa obra: la imputación objetiva, y la culpabilidad en función de criterio preventivo generales, y su crítica al Derecho Penal del Enemigo.

Parte desde el aspecto del aspecto social. Define en su obra que toda la sociedad debe confiar en sí misma, puesto que estamos interconectados, y asemejándolo con una especie entorno social comunicativo similar a lo expuesto por el sociólogo de referencia, crea un esquema de sociedad donde todos los aspectos cotidianos pueden entenderse en función de roles, de actividades, de responsabilidades y metas comunes que determinan el caminar de una sociedad.<sup>278</sup>

Reconoce de forma primordial la importancia de la imputación objetiva, en cuyo capítulo esgrime los siguientes argumentos:

Gunther Jakobs defiende la postura de que cuando existe un contacto social que produce una defraudación, siempre existirá una víctima y un autor; sin embargo, expresa, detrás del descubrimiento de este autor, existen muchos autores probables, incluyendo las terceras personas que influyan en el resultado.<sup>279</sup>

Gunther Jakobs nos lo señala de forma evidente con el ejemplo del agricultor y su máquina nueva, en donde encomienda al peón su uso, pero que, por diferentes situaciones, el peón resulta lastimado, dejando varios posibles

---

<sup>278</sup> Cfr. Jakobs, Gunther, *Moderna Dogmática Penal (Estudios Compilados)*, Trad. Cancio Mejia, Manuel, et. al., Ed. Porrúa, 2002, México, pp. 10 – 18.

<sup>279</sup> Cfr. *Ibidem.*, p. 204.

sujetos responsables de ese suceso, a lo cual, dependerá de forma significativa el tipo de valoración social que se realiza con respecto a un contexto determinado.

Las principales opciones de responsabilidad, nos señala, son:

- a) Impericia del peón.
- b) El deseo de sacar provecho del agricultor, a costa de un riesgo latente.
- c) La falta de cuidado de los distribuidores/productores.
- d) Tragedia.<sup>280</sup>

Para Gunther Jakobs, algunos términos son de relevancia durante la construcción de su perspectiva teórica. La influencia de las ideas sociológicas es reflejada en la importancia de sus conceptos, los cuales revelan un esquema social. La imputación objetiva está determinada por diversos factores según Gunther Jakobs:

- a) En primer lugar, existe un Riesgo permitido;
- b) Existe una presunción asumida del Principio de Confianza;
- c) Hay una Presunción de la Prohibición de Regreso; y
- d) Existe una competencia de la víctima.<sup>281</sup>

Dentro del riesgo permitido, influye significativamente la sociedad en donde se realiza la imputación.<sup>282</sup>

El principio de confianza significa mucho para él, pues es sobre el cual establece el comportamiento ideal del individuo dentro de la colectividad, estableciendo de forma inicial que la colectividad no se encuentra obligada a vigiar cada uno de los actos a los cuales cada persona, según su rol o función social, se encuentra obligado a realizar, por lo que el establecimiento de dicha confianza en que tales actos se realizarán es el presupuesto para entender los

---

<sup>280</sup> *Ibidem.*, pp. 204-205.

<sup>281</sup> Véase *Ibidem.*, p. 220.

<sup>282</sup> *Ibidem.*, pp. 206 y 225. “*Bien es cierto que la imputación como forma se reconduce a los inicios de la cultura humana, pero su contenido depende del correspondiente contexto social...*”

actos del individuo dentro de la sociedad, junto con el estudio de sus respectivas consecuencias.

El deber jurídico es otro de esos conceptos que tienen gran relevancia durante la explicación de su perspectiva teórica, puesto que la obligación del deber jurídico fundamenta para él la actuación del individuo influyendo en la sociedad.

Así mismo, es de destacar la importancia del criterio preventivo general como principio rector para la determinación del fundamento de la pena, fundamentado de forma diversa a como lo postulara en su obra Claus Roxin<sup>283</sup>; la idea maximizada de este concepto se encuentra proyectada en la postulación del Derecho Penal del Enemigo.

La imputación objetiva resulta de gran relevancia para el autor por lo que hace a los criterios para determinar la diferenciación de la participación como formas más elaboradas más allá del simple criterio de la igualdad de condiciones.

Por otro lado, es de utilidad señalar la importancia de la asimilación de roles dentro de la colectividad, pues es en base a ellos que cada persona se encuentra obligado a realizar ciertos actos tendientes al cumplimiento de su rol dentro de la sociedad, tratándole incluso como diversas facetas de la misma persona, teniendo diversos ámbitos en la vida que pueden y deben cumplirse en función de su actividad, de su papel en la sociedad o su ejercicio en funciones, delimitando en un primer momento su actuación así como sus obligaciones de forma inicial, que, robustecido con el principio de confianza, termina por complementar la estructura social de una persona dentro de la sociedad.

Para determinar la relevancia jurídica de esta idea, vincula los roles sociales con normas específicas individualizadas para evitar los problemas que, de su inobservancia, tengan un sujeto imputable –y por lo tanto, responsable- de tales obligaciones de conformidad a los roles que se desarrollan, así como de sus consecuencias.

---

<sup>283</sup> Véase infra p. 167 de esta investigación.

La creación, disminución o aumento del riesgo permitido toma relevancia dentro de su estructura teórica al momento de vincularle con los otros conceptos enunciados, pues es gracias a la determinación de los riesgos permitidos que se tiene una guía distinta de los simples criterios discrecionales del juzgador o de un tercero para entender los principios de la imputación objetiva.

### 2.5.3 Conclusiones sobre la teoría funcionalista del delito

Al analizar detenidamente las ideas que existen en el postulado teórico del funcionalismo, es posible observar que se cumplen los objetivos de subsanar y complementar diversas ideas de autores anteriores que concibieron primeramente algunos fenómenos jurídicos trascendentales (como la concepción de los tipos culposos, donde se requiere la valoración estándar de una sociedad concreta, el cual se complementa sutilmente con la idea de la distribución de roles en la sociedad, y con ello, una serie de responsabilidades y normas específicas para cada rol asumido, creando una realidad más concreta para la complementación del tipo, situación que Hans Welzel dejara en su momento incompleta), a través del uso de conocimientos más allá de lo jurídico, pero que termina por crear una concepción más profunda y completa de los lineamientos que el sistema jurídico tiene para resolver los problemas que se le presentan.

### 2.6 Conclusiones generales

Una vez que fueron expuestos los puntos clave para el entendimiento de la teoría del delito a la luz de varios autores, es posible distinguir que existen divergencias tan grandes en cosas que podrían parecer elementales. Una palabra, un orden, una interpretación lo son todo para modificar de forma dramática to un sistema ordenado de conceptualizaciones y definiciones que terminan por ser una marca personal de aquel que redacta.

Podemos apreciar que la evolución dogmática ha sido tortuosa y muy larga, con desarrollo de criterios a veces contradictorios a lo largo de todo el camino recorrido. Lo que es posible destacar es que ya no andamos a ciegas explorando el conocimiento jurídico como sucedió con Cesar Bonesana, Marqués de Beccaria; tampoco nos encontramos en las fases iniciales donde

preveíamos algunos de los elementos determinantes para la existencia del delito, como lo hiciera Francesco Carrara; superamos el conocimiento que propiciaran los primeros datos formalmente incorporados a la ciencia jurídica bajo el enfoque positivista del causalismo; el causalismo fue reinventado, y rediseñado a partir de ideas innovadoras que causaron inquietud en los vacíos que ésta teoría padecía, dando como resultado un neocausalismo; se cambió el rumbo del enfoque central del delito, reduciéndolo a sujeto-delito, priorizando la esfera anímico subjetiva, y reconociéndole sus alcances distintos al espacio asignado a la culpabilidad (sin dejar de reconocer su importancia en este elemento), dando lugar con ello al finalismo; y bajo la actividad dogmática interdisciplinaria se concluyeron distintos métodos y tecnicismos más precisos para la evolución jurídico penal. Es un largo camino recorrido.

Actualmente entendemos al delito como un ente jurídico-fáctico, donde la principal fundamentación se basa, además del análisis de la persona en la conducta (junto con sus motivaciones y fines), en el principio de legalidad, que se materializa de forma sublime con el tipo penal (con evolución propia), que, al actualizarse, configura la tipicidad, dando cabida al estudio de la antijuridicidad como confrontación de normas (prohibiciones), para determinar entonces el alcance real de la conducta y sus componentes para formular un reproche en la culpabilidad, a la cual se le asigna una pena como consecuencia (sin mencionar todos aquellos avances en teorías autónomas como la tentativa, la imputación objetiva, la diferenciación de dolos, la complementación de los delitos culposos, etc.).

Con esto, tenemos ya conocimientos suficientes para abordar, de una forma distinta, toda esta evolución, y transformarla acorde a principios filosófico-humanísticos en otro modelo teórico, en donde la búsqueda de la dignidad del humano y la conciliación de posturas divergentes sea la temática central, y ya no solo la sugerencia de ideas que modifiquen lo ya sabido.

Revisadas las teorías que han conformado la evolución teórica del delito, tenemos herramientas para comenzar a deconstruir y cimentar, a partir de lo caído, una concepción diferente, por lo que se procederá a exponer la teoría ecléctica del delito que representa esta propuesta.

## Capítulo Tercero

### Propuesta de Teoría Ecléctica del Delito

#### 3.1 Marco Filosófico

En este punto, se especificará la función de la filosofía como el marco de referencia sobre el cual se construye la teoría del delito a exponer, haciendo las notas pertinentes para la consideración debida.

Tal como se acotó desde el inicio de este trabajo de investigación, el papel de la filosofía toma un lugar preponderante en la formación de cualquier corriente del conocimiento, incluyendo sus fines, la forma en que ha de abarcar tales estudios (metodología), así como la proyección general de la materia en cuestión, de conformidad a su orientación sistemática. Por ello, lejos de ahondar al respecto, manejaremos ahora sobre su aplicación práctica en la construcción de la teoría del delito.

Construir un esquema de teoría del delito involucra mucho más que proponer simplemente un cuadro de elementos sobre los cuales se analizará la existencia o ausencia de uno de ellos: es una labor de mayor alcance, que involucra contemplar cada una de las aristas que conforman la conducta penalmente relevante, y por lo tanto, resulta necesario prever cada uno de los efectos que atraerá como consecuencia, por un lado, así como las razones necesarias que constituyen intrínsecamente la justificación de cada una de esas acciones.

La Filosofía en este punto sirve como eje de referencia sobre la cual se cimentará y dará razón de ser a nuestra materia, y como tal, constituye el último pensamiento racional que explica la necesidad de actuar al Derecho Penal. La utilidad de plantearse un segundo estudio radica en que el enfoque utilizado en el presente capítulo es distinto al primero, en tanto que allá se ejemplificó la utilidad de la reflexión filosófica en el Derecho Penal, mientras que aquí se analiza su método, su aplicación práctica en la resolución de problemas concretos en torno a la teoría del delito y su comparativo.

Es por ello que, sobre todo en nuestro país, es imperativo un cambio de mentalidad en todas las esferas, comenzando con la falta de interés en valoraciones axiológicas, donde, para que el cambio sea notorio, cada uno de los individuos que conforman a la sociedad presenten un interés mayor en meditaciones éticas y morales (sin que sea el parámetro de adecuación del comportamiento), y un respeto a los demás en medida de lo que uno pretenda ser respetado. Sin embargo, como no se trabajará la deontología jurídica en este lugar, se hace mención únicamente de los cambios más sensibles para la transición en el uso irracional del Derecho Penal.

Para entender la filosofía como eje de la teoría del delito es necesario ampliar la visión más allá de lo jurídico. Es preciso hacer un estudio interdisciplinario que trascienda a ambos campos, enfocando en todo momento el estudio a lo relevante: la última razón de ser de la materia (no confundir con el principio última ratio). Para efectos de esta teoría, consideraremos esta finalidad última el comparativo de las dos situaciones jurídicas determinantes previo y posterior a la comisión del hecho penalmente relevante, así como sus respectivas consecuencias y modos de saneamiento.

El delito, al ser cometido, destruye y modifica la estructura interna y externa, tanto de la persona que lo comete como de la sociedad en donde se comete, pues, al ser cometido, existe un cambio en la mentalidad de la persona que lo realiza, y al ser realizado pese a la prohibición establecida en la ley y previamente conocido por los habitantes de la sociedad, merma la confianza de la misma, defrauda las expectativas del respeto a la norma, y ve vulnerados los principios axiológicos más estimados.

Es de relevancia notar que estamos en presencia de un problema inmerso en la naturaleza humana, y cuya pelea no acabará; pero que si es posible su control y regulación: de ahí la importancia en la definición del Derecho, como resalte de una de las funciones del mismo como medio de regulación para la convivencia armónica en la sociedad.

La consecuencia de la acción penal es la pena, y en este punto toma trascendencia el estudio de la Penología, como un punto de convergencia entre los fines de la consecuencia y las razones últimas de su aplicación; como se

indicó al inicio de este trabajo, se reconoce que, como disciplina y rama de estudio, la Penología tiene bien circunscrito su campo como autónomo, por lo que lo único para lo que hago mención de su utilidad es para efectos de observar la importancia filosófica de los fines, y su vinculación con la práctica jurídico-penal.

Las penas tienen distinta finalidad según el delito concreto, y busca, en la mayoría de los casos, la justicia retributiva cuando es posible, o, en su caso, la restaurativa; pero, más allá de lo que significa, destacan en importancia otros factores necesarios para recuperar la convivencia armónica quebrantada, como la necesidad de poder hacer ver al delincuente las consecuencias de su conducta, contemplando en ello todos los daños causados al entorno por su actuar, y la enmienda de su camino por él, situaciones que se encuentran plenamente cargados de valoraciones axiológicas comúnmente aceptadas.

Por otro lado, la criminología como parte de la Constelación de las Ciencias Penales, permite hacer un estudio del delito de la mano con elementos científicos adecuados, buscando entender de manera más amplia las razones últimas del delito, desde sus causas, los factores, la motivación, los resultados, etc. Fue por esta razón que se expresó la opinión de Luis Jiménez de Asúa en torno a la visión de desaparecer al Derecho Penal, para dejar lugar a la criminología pura.<sup>284</sup>

La realidad es que el ente del delito, por más que ha sido tratado desde distintas perspectivas, siempre termina siendo vinculado a la concepción normativa, y es que una parte integrante de su esencia involucra su relación con la norma prohibitiva, de tal modo que se le diferencia del campo de la ética, de la moral, del aspecto religioso o de etiqueta.

Es necesario exponer, además, que el eclecticismo sobre el cual se fundamenta la presente teoría tiene su base primaria en la Filosofía, pasando de ahí a las escuelas penales, y a las teorías del delito en particular. Este desarrollo se dio lentamente; la evolución de las escuelas penales es clara, y los libros de

---

<sup>284</sup> Véase 1.2 de esta investigación, p. 11.

Derecho Penal tienen detalles precisos sobre ello.<sup>285</sup> Las teorías del delito son más complicadas, pues entran en discusión diversos aspectos concretos relevantes para cada autor, según la forma en que es entendida por ellos a la luz de sus experiencias, y conforme a criterios científicos ya dados. Sin embargo, la filosofía tiene particularidades únicas que le permite desentrañar la esencia de las cosas.

Sin embargo, es preciso señalar al respecto que las escuelas penales no fundamentan de forma absoluta el presente trabajo de investigación, en virtud de que su metodología no encuentra raíz en el Derecho, sino en el campo de la Filosofía: Es por esta razón que no debe entenderse que la *teoría ecléctica del delito* que en este trabajo se desarrolla se encuentre vinculada con los postulados de la *Terza Scuola*, pese a que reconoce su utilidad y esfuerzo, y en efecto se inspira en el movimiento como tal de querer aprovechar lo mejor de cada una de las corrientes para poder obtener un conocimiento más completo.

Se señala además que el pensamiento ecléctico con el que se fundamenta el título de la presente investigación tiene origen en la Filosofía como una búsqueda por retomar con relativa independencia el criterio de los autores pasados, bajo una óptica diferente, unificadora. Así, Olga Victoria Quiroz-Martínez, haciendo un comparativo entre las filosofías existentes, y guardando la debida proporción con las escuelas penales y teorías del delito expuestas con anterioridad, señala que: “*El filósofo debe ser capaz de crítica, se necesita ser libre... se ha deshecho de pasiones, de prejuicios de escuela y de todo lo que pudiera coaccionar su dictamen. ¿Cuál secta hemos de abrazar? Ninguna. ¿A qué filósofos seguir? A ninguno. Y a todos*”.<sup>286</sup>

Más adelante, la autora en comento señala que: “*La libertad apareja responsabilidad. La manumisión del pensamiento supone que éste ha de poder discurrir por sí solo...empleando como conviene al hombre instruido su juicio. Aun cuando sólo se trate de elegir entre opiniones ya existentes, esto supone*

---

<sup>285</sup> Para mayores informes, véase Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal – Parte General*, 51ª Ed., Porrúa, México, 2012, pp. 33 – 52, IV. De las Escuelas Penales. De hecho, una parte inspiradora de estos esfuerzos se encuentra en los trabajos de la *Terza Scuola* (tercera escuela, en español), de cuyo ejemplo conciliatorio entre escuelas surge la idea de conciliar diversos puntos de conflicto entre teorías para dar lugar a una nueva concepción, rechazando la postura de la escuela técnico-jurídico, por lo aquí expuesto.

<sup>286</sup> Quiroz-Martínez, Olga Victoria, *La introducción a la Filosofía Moderna en España: El Eclecticismo Español de los siglos XVII y XVIII*, Tesis para obtener el grado de Maestro en Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1949, p. 49.

que el juicio está por encima de ellas, puesto que es capaz de ponderarlas”.<sup>287</sup> Por ello, refiere que: “El eclecticismo, la filosofía escogedora, que busca la verdad entre la diversidad de doctrinas, en el inmenso campo del saber filosófico, supone una presentación y una consideración del mismo punto de partida del examen de los diversos sistemas y escuelas que la han venido integrando durante el curso del tiempo. Después del examen vendrá la elección. Por ello, nuestros eclécticos hacen preceder sus obras de esta presentación histórica”.<sup>288</sup>

Aunado a ello, añade Olga Victoria Quiroz Martínez que: “El eclecticismo supone una concepción igualitaria de filósofos y filosofías. Esta igualación tiene un doble movimiento: hacer descender a los que han sido colocados muy arriba y ascender a los que se consideran muy abajo. Así se comprende la reclamación del derecho de todos a hacer uso del propio juicio... Si existen verdades intemporales en los sistemas, es necesario recogerlas; terminando así las discrepancias sectarias en el acuerdo definitivo. Las filosofías diversas depositarán sus verdades en la filosofía unitaria : la ecléctica”.<sup>289</sup>

Por ello, la presente investigación aspira a tener un conocimiento uniforme, rescatando todo lo que a criterio objetivo del investigador permanece como inmutable, a la luz de un esfuerzo ecléctico; pero no un eclecticismo como el de la *Terza Scuola*, sino de las corrientes existentes en general, reconociendo los aciertos, y buscando los errores en las teorías que se han expuesto.

Ahora bien, Max Ernst Mayer utilizó de forma complementaria la antropología sociológica para su trabajo, Franz Von Liszt usó a la política criminal y a la historia del Derecho como fuentes de inspiración, tanto Hans Welzel como Luis Jiménez de Asúa obedecieron a los principios de la filosofía y de la antropología filosófica para describir sus ideas (incluyendo la criminología éste último), y Gunther Jakobs se basó en las ideas de Niklas Luhmann y otros eminentes sociólogos para poder desarrollar de forma completa su esquema teórico. Este trabajo usa el esquema filosófico –siguiendo estos rastros de

---

<sup>287</sup> Ibidem., pp. 53-54.

<sup>288</sup> Ibidem., p. 56.

<sup>289</sup> Ibidem., p. 63.

trabajos interdisciplinarios- como el sustento más importante (más no el único) para la construcción de las ideas que aquí se expresan.

Si bien es cierto, todos estos factores son importantes al considerar un primer acercamiento epistemológico del delito, también se impone el hecho de que, como estudiosos del Derecho, estamos obligados a ceñirnos al estudio de la naturaleza normativa de su regulación; pero es imprescindible la consideración del resto de las dimensiones que el delito ocupa, sin que tenga que ser obligada la concepción normativa imperante que es explicada en las aulas.

El delito, como ente principalmente jurídico, no se salva de ser estudiado bajo el rigor del tecnicismo jurídico para su correcta aplicación; pero ello no excluye implícitamente dejar de reconocer el resto de las realidades en las que actúa y tiene injerencia. Como juristas, nos limitaremos a la técnica, y la ampliación en tales conocimientos para poder hacer valoraciones más correctas de lo que la norma jurídica señala como prohibición, pero también enfatizaremos en la necesidad del conocimiento filosófico como la disciplina por excelencia que abarca las valoraciones axiológicas, morales, sociales y técnicas más profundas.

### 3.2 Concepto de delito

En este apartado, se expondrá el concepto del delito, y los argumentos que coinciden a esa concepción para valorarlo como ente jurídico, sin dejar de reconocer la existencia de otras dimensiones.

En apartados anteriores señalamos que cada autor ha concebido de forma distinta al delito, dependiendo de los elementos más relevantes a la perspectiva de cada uno, privilegiando o anulando alguno de los elementos expuestos. Sin embargo, no es posible aún dar con aquello que permanece inmutable a las naciones sobre las concepciones de lo que el delito significa: no es que sean esfuerzos inútiles intentar hacerlo (como se ha pretendido hacer ver en otro momento), ni que no se tenga la expectativa de algún día conseguirlo; pero es de reconocerse en primer lugar la frase popular que versa que “definir al delito poco ayuda al entendido, y en nada aclara al vulgo”. Sobre estas ideas, es preciso señalar que este apartado tiene la finalidad de exponer, a título personal

y previa interpretación de las definiciones señaladas en el capítulo anterior, una conceptualización del delito y sus componentes elementales que le caracterizan.

Tendremos por conceptualizado al delito, no solo como la conducta típica, antijurídica y culpable, sino como un ente más profundo, más allá de la explicación jurídica, como la materialización de una voluntad destructiva de los valores más relevantes para una sociedad; sin considerar los excesos de confundir campos ajenos al Derecho Penal, pero si vinculado a diversas esferas de la vida cotidiana con las que interactúa.

Como nota preliminar del presente capítulo, se hace del conocimiento del lector que las definiciones aquí propuestas son y deben ser consideradas así como definiciones propias del autor de la presente investigación (salvo cita textual en contrario), a causa de que se considera tener elementos suficientes para poder construir definiciones a partir de lo desarrollado hasta aquí.

En ese tenor, la conceptualización del delito en el presente trabajo será:

Para los efectos jurídicos, se entenderá que delito es toda *“conducta típica, antijurídica y responsable (debiendo ser culpablemente reprochable en la medida que le es imputable), y que consecuentemente llega a ser punible”*.

Partiendo de ella, encontramos que es posible transpolar la implicación de dicha conceptualización en un espectro fáctico más amplio, destacando que el delito puede ser:

*“Toda conducta contraria a los valores más relevantes de una sociedad, con consecuencias dañinas para la misma, y que cuenta con una base normativa para su valoración, en la cual ha de analizarse la dimensión fáctica para la determinación de la responsabilidad, así como la asignación de su legítima consecuencia en reacción a dicha conducta”*.

Dicha conceptualización toma lo mejor de los argumentos clásicos que Francesco Carrara mencionó respecto a su definición<sup>290</sup>, relacionando la infracción de la ley del Estado (al ser producto de la tipicidad), lo moralmente imputable (con la imputación objetiva como presupuesto de la acción),

---

<sup>290</sup> Véase supra Capítulo II, p. 43.

políticamente dañoso (de acuerdo a la evaluación de criterios preventivo generales necesarios para la aplicación o la inaplicación de la pena en relación con los daños reales causados); y trabaja, de acuerdo a esta perspectiva, lo esencial de la definición de Rafael Garófalo en torno al delito natural (puesto que, aunque no se trata de valorar la *probidad* de las personas de acuerdo a criterios éticos, si se funda en los postulados de la antropología filosófica para poder determinar criterios adecuados, combinando de forma sutil la esencia de su definición dentro de la disciplina jurídica, la cual es parteaguas para el estudio del delito en disciplinas sociológicas, para su mayor consideración en el panorama jurídico).

Respecto a lo jurídico, conserva también algunas ideas sustanciales de Franz Von Liszt (por ser el autor que marcó época desde la publicación de su obra) en torno a valoraciones técnicas de la definición del delito con base a los elementos; sigue esta concepción a Hans Welzel, donde se presenta el esquema general de una teoría orientada a la voluntad como pilar de un reproche y una imputación de responsabilidad; y respeta los postulados de Claus Roxin y de Gunther Jakobs en cuanto a su contribución más notable en las esferas de la culpabilidad y la imputación objetiva, respectivamente.

Quizá el concepto amplio del delito sea criticable desde diversas ópticas, al interpretarse como poco ortodoxo de conformidad a las definiciones jurídicas clásicas generalmente aceptadas, puesto que se busca explicar que el delito es algo más allá de las definiciones normativas, y en la cual, según su uso y abuso, se puede llegar a caer en la incertidumbre jurídica. Lo cierto también es que, en el aspecto dogmático, esta definición desprende tales realidades metajurídicas que deben ser reconocidas, sin que por ello abandonemos completamente la concepción clásica del delito. La utilidad de considerar la diversidad de situaciones jurídicas y meta jurídicas atiende, principalmente, a la búsqueda de un estudio más puro de los hechos penalmente relevantes, por contemplarse de forma diferente variables que previamente no tendrían lugar en un estudio más estricto. Al entender con mayor profundidad cada una de las circunstancias de los hechos, permitiría una valoración completa de los hechos que rodean a los integrantes del delito, y dan una orientación previa sobre los problemas jurídicos que se presentan y como enfrentarlos en sus consecuencias.

La consecuencia en el uso y desarrollo dogmático de las teorías de la causación fue el surgimiento de ideas más sutiles y refinadas en torno a las causas que orillan al sujeto, y la causa más probable para entender los hechos, por vincularse de forma directa con el nexo causal, exigible desde los primeros esquemas causalistas, y sobre la cual se erigió la dogmática jurídico-penal del momento. Al contemplarse ahora contextos más allá de lo jurídico, estamos en posibilidad de ampliar el espectro de variables que influyen en la realización de hechos penalmente relevantes, desatando investigaciones interdisciplinarias dando como consecuencia un estudio más profundo.

Lo anterior da una guía más amplia para entender el fenómeno delito desde una perspectiva diferente a la usual, llegando con ello a implantar cierta valoración axiológica (inminente en nuestra materia) a la hora de estudiar las generalidades, y no perder de vista lo importante de las valoraciones jurídico penales (que traen inmerso dentro de ellos la esencia de criterios justos o adecuados según los casos particulares a resolver, de acuerdo con lo señalado del contenido del iusnaturalismo), donde el cumplimiento mecánico de la ley no tenga lugar.

Enunciada ya una definición del delito, y propuesto un concepto general de lo que significa, comentaremos las características que distinguen al delito de cualquier otro concepto jurídico a la luz de este trabajo de investigación.

### 3.3 Características del Delito

En esta parte se definirá, de forma general, la propuesta de la teoría del delito, como producto del estudio, crítica y comparación de las teorías anteriormente expuestas, buscando con ello crear un sistema que relacione su conceptualización y particularidades en un esquema que abarque la integridad de la existencia de un delito y sus variantes.

Existe una tendencia finalista en el Código Penal para el Distrito Federal, ahora Ciudad de México (Código utilizado como representativo por ser la norma vigente y aplicable en la ciudad donde se desarrolla la presente investigación) en los artículos 18 (las acciones u omisiones delictivas sólo pueden realizarse dolosa o culposamente), 21 (desistimiento y arrepentimiento), 24 (culpabilidad

personal y punibilidad independiente), 29 (aspectos negativos del delito reconocidos por el Código), y 72 (situaciones a valorar para la individualización de la pena), lo cual no significa que el trabajo de fondo en lo que constriñe a la materia de la teoría del delito se encuentre actualmente resuelta, sino que se presenta un primer avance para el esclarecimiento del panorama teórico finalmente aplicado, en tanto que permite una primera unificación; sin embargo, aún hay problemas de fondo por resolver, porque, en el caso de que se adapta ya una postura definida, ¿cuál es el objeto de seguir estudiando? Se busca continuar la procuración de Justicia desde un aspecto puramente más técnico, para que la materia penal cumpla entonces con los principios de legalidad y estricta aplicación de la ley penal en concordancia con la filosofía y fines del Derecho Penal.

Ahora bien, es de atención el hecho de que en el numeral 72 del citado ordenamiento se establezcan los criterios mínimos sobre los cuales debe de entenderse la individualización de la pena, a la luz de la valoración objetiva del juez de la causa; sin embargo, presenta problemas tanto teóricos como prácticos, puesto que dicha disposición, en lugar de tomarse como lo que en realidad es (es decir, como los criterios orientadores para entender la circunstancia personal del sujeto delinciente), se tomaba más bien como un simple formulismo que indicaba que tipo de persona podía ser, y con ello, ir encasillando a la gente de conformidad con su circunstancia muy al estilo de formulario, por lo que se convierte en una especie de trámite que en poco o nada aprovecha, y que deja al juzgador con carta abierta a gusto a la interpretación según sus concepciones, no así valorando toda la situación.

Es notable la presencia de un avance en la materia de la individualización de la pena en el momento en que se cambia la formulación del cuerpo del artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales a diferencia del 72 del Código Penal para la ahora Ciudad de México para formar ahora un precepto procesal para instrumentarlo; sin embargo, aún se presentan omisiones en el cómo debe de entenderse tal hecho, ello sin mencionar la inherente inconstitucionalidad de un código que fue legislado sin facultades para ello.

En la presente propuesta se establece un método teórico de carácter interpretativo a la luz de la dogmática para visualizar de forma distinta el elemento de la culpabilidad, de conformidad con los enunciados propuestos por la filosofía, haciendo amalgama de los principios rectores de la materia y el respeto a los derechos humanos para entender mejor así la integralidad de la circunstancia del sujeto delincuente, los efectos en la víctima y con el resto de los intervinientes, por lo que, en medida de que la capacitación continua y la tecnificación del Derecho progresa, irán permeando de sensibilidad diversas esferas de personas, incluyendo la sociedad en general, los jurisconsultos y operadores técnicos del sistema, llegando a una sensibilización del proceso penal y, por lo tanto, construcción continua por parte de los intervinientes a manera de buscar siempre ese perfeccionamiento continuo de la esfera penal con racionalidad y proporcionalidad.

Aunque la meta es clara en este punto, abordémoslo por partes: Es ambicioso el punto a demostrar, por lo que se debe definir primera y esencialmente los rasgos del delito que han sido, son y serán relevantes a la luz de esta propuesta en lo que concierne al delito: Esas serán las características del delito en particular. En los enunciados de Luis Jiménez de Asúa<sup>291</sup>, se aprecia con claridad que las propuestas con un cuadro dogmático que pretenda abarcar los aspectos más importantes del delito quedan regularmente vacías en tanto que no abarca completamente cada uno de los puntos sobre los cuales pueda existir controversia, limitándose únicamente al hecho de hacer mención de los elementos que se aprecian como más importantes, dejando la facultad de interpretar a modo lo que se crea más relevante, no así la integralidad del delito.

Los elementos del delito, son la esencia de la conducta aberrante en la sociedad, por lo que su profundización no es en vano; y aunque un cuadro esquemático no sea quizás suficiente para estudiar a conciencia el fenómeno y el ente del delito en su integralidad, sigue siendo una guía para el estudioso de las materias jurídico penales, por la relevancia de ellos en virtud de su estudio lógico, como lo señalara Hans Welzel. A causa de lo anterior, profundizaremos

---

<sup>291</sup> Jiménez de Asúa, *Principios...*, cit., p. 209.

en los elementos del delito respectivos que comprenden la estructura teórica de teoría del delito propuesta con funciones eclécticas.

Finalmente, podemos anticipar que tendremos como elementos del delito a la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la responsabilidad (que incluirá: 1) a la culpabilidad en su concepción clásica, y como elemento de ella a la imputabilidad; y 2) la necesidad preventivo general de la pena) y como legítima consecuencia, la punibilidad, con sus respectivos aspectos negativos del delito. Por lo que procedemos a exponer los elementos del delito (es decir, que acreditan su existencia) para después debatir los aspectos negativos.

### 3.3.1 Elementos del Delito

#### 3.3.1.1 Conducta

En este apartado se harán las observaciones respectivas a la conducta; las razones y la importancia de su existencia en la dogmática jurídico-penal y particularmente en la teoría del delito, así como su concepción y función teórica.

La conducta es el eje de estudio de un delito que determinará la necesidad de continuar su investigación, o su irrelevancia para el orden jurídico vigente, y, en consecuencia, su falta de necesidad en la persecución por carecer de relevancia en el plano jurídico-penal; como tal, es el punto de partida en la valoración social de tales hechos.

Por esta razón, la conducta es y seguirá siendo necesaria para el estudio de un delito: no como algo ya dado, sino como un elemento de existencia que contribuye a su existencia misma, y cuyos valores internos en la persona o sujeto delincente son variables indefectiblemente dada la naturaleza humana.

Claus Roxín previamente había enunciado la concepción normativa de la conducta, en la cual señaló que *“el concepto personal de acción –a diferencia del concepto natural y del final, pero concordando con el social y el negativo- es un concepto normativo... porque el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es normativo en la medida en que en los terrenos fronterizos atiende a una decisión jurídica correspondiente*

a esa perspectiva valorativa”<sup>292</sup>, dejando claramente delimitado el problema de la conducta a los límites que para tal efecto marca la ley y a criterios jurídicos orientadores.

Lo anterior es un acierto parcial a la luz de esta perspectiva teórica, porque en lugar de tratar de discernir todo el contexto de la esfera del pensamiento, los procesos internos y demás elementos que configuran una conducta en particular, terminan por ajustar únicamente aquello que sea considerado contrario a criterios normativos, para cumplir así con los principios y garantías de un Derecho Penal científico humanístico, pero usado con moderación, pues en el exceso, se difumina esta acción protectora y se convierte en una reducción de la conducta al tipo penal, lo cual es incorrecto por dejar de reconocer la esfera humana.

Aunque la figura de la conducta exclusivamente como un proceso interno no puede ser reprochable como un pensamiento, si es la postura determinante para poner en movimiento cualquier acción, y con ello, poder modificar la realidad de forma positiva o negativa, junto con su inherente responsabilidad. Por eso, las ideas de Hans Welzel fueron tan importantes al redefinir la conducta humana al campo del Derecho Penal para su estudio, pues demostró la importancia de las conductas dirigidas a fines concretos, y su respectiva valoración conforme a esa esfera personal y su circunstancia.

La conducta, para efectos del presente trabajo de investigación como definición propia, será considerada como “*la acción u omisión penalmente relevante, conducida por una teleología particular*”.

Es por la conducta que se tiene la posibilidad, en primera instancia, de discernir las teorías de la imputación útiles para obtención de responsables: de este elemento surgió la necesidad de atribuir a alguien una conducta para poder entender el fenómeno del delito. Por ello, emergerían teorías como la causación adecuada, la teoría de las equivalencias, y demás para la comprensión de los hechos penalmente relevantes, y obtener con ello un marco preliminar de estudio del delito.

---

<sup>292</sup> Roxín, Claus, *Derecho Penal...*, cit., p. 265.

Estas teorías fueron desarrollándose más claramente y formando verdaderos parteaguas para la designación de la responsabilidad jurídico penal a través de criterios más claros. Si el causalismo tuvo apogeo en su época, se debió claramente al avance en la vinculación de los autores con su obra, lo que en el exceso terminó volviéndose una relación casi automática tener un responsable por un hecho; mientras que el finalismo priorizó el estudio del delito partiendo de la conducta para poder identificar los rasgos característicos de la personalidad, lo que también trajo consecuencias negativas como la preponderancia de la actitud de vida del delincuente como indicio para la valoración jurídica.

Por tal motivo, es importante continuar con los avances que en su momento propusieran los autores más filosóficos sobre la conducta. Actualmente, los criterios funcionalistas han mostrado una nueva oportunidad de desarrollo de este elemento a través de la comprensión de otros factores determinantes como el rol social, la responsabilidad y los criterios concordantes con la imputación objetiva basado en esquemas más sociológicos que jurídicos para comprender de una forma distinta el actuar humano, el cual sigue siendo impredecible, pero más posible de distinguir de acuerdo a su teleología, configuración y contexto sociales.

Por eso, rescatando el comentario de Gunther Jakobs sobre la imputación objetiva, no se olvidará que: *“ya no se debería hacer el intento de construir el delito tan solo con base en datos naturalistas; por el contrario, lo esencial es que concurra el quebrantamiento de un rol... [pues] los límites de los roles funcionan a la vez como límites de la responsabilidad”*.<sup>293</sup>

Sobre la conducta no se expresará una sistemática nueva: se configura en una acción, omisión o comisión por omisión; pero a diferencia de los esquemas clásicos, donde se establece que la acción es el movimiento corporal voluntario que modifica al mundo exterior, o la falta de ese movimiento cuando la ley lo exige (o cuando se encuentra obligado por la norma para mantener unas condiciones ideales deseadas de conservación de un bien jurídico particular) en el caso de la omisión, sino con función teleológica de acuerdo al fin y en

---

<sup>293</sup> Jakobs, Gunther, *Moderna...*, cit., p. 212.

concordancia de las exigencias normativas específicas, de tal forma que se evite una valoración tan frívola como la que aconteció en la época del causalismo, así como para contemplar los avances que marcó el finalismo con las observaciones del funcionalismo penal.

Tendremos por presupuesto que los delitos solo son cometidos por humanos, así también que sólo las personas físicas cometen los delitos, puesto que, a la perspectiva del autor del presente trabajo, no es posible aplicar una pena a un ente colectivo, cuya integración es ficticia (pero que, para efectos jurídicos, es reconocida), ya que, como mencionó Claus Roxin, por la “*falta de una sustancia psíquico-espiritual no pueden manifestarse a sí mismas*”.<sup>294</sup>

No deja de reconocerse la existencia de la otra corriente que sugiere la necesidad de la imputación a entes colectivos, pero a criterio del autor de la presente investigación, esta corriente no es adecuada por la causa previamente expuesta.

Para continuar con la sistematización del delito, debemos abarcar lo más relevante que nos proporciona el estudio de la conducta, esto es, la imputación (pues fuera de ello, tendremos amplios estudios de antropología filosófica o psicología social, pero sin algo tan relevante para la materia penal sustantiva).

Se puede pensar que la imputación es un punto teórico que no debe ser realizado en un esquema sustantivo, ya que designa de forma preliminar responsabilidades de acuerdo al quebrantamiento de roles (al menos, siguiendo las ideas aquí expuestas); pero la realidad es que este estudio a priori es utilizado únicamente para efectos de excluir a terceros de responsabilidad, no para imputar responsabilidad de forma inicial a una persona envuelta en un proceso penal.

Si el Derecho ganó un lugar entre la ciencia social, fue gracias a un método científico ajustado a la realidad social. Como parte del mismo método científico clásico usado en las ciencias exactas, algunos de los primeros pasos a seguir son la hipótesis y el marco teórico: el marco teórico es cumplimentado por la dogmática jurídica que se debe poseer al momento del estudio de un

---

<sup>294</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal...*, cit., p. 258.

asunto por parte de los operadores; pero en el caso de la hipótesis, se requiere un postulado inicial (sin tener que clasificarlo como falso o verdadero, pues eso es materia del fondo de la experimentación, o, en nuestro caso, de la investigación), sin que esa formulación inicial consista en prejuzgar.

Es esta la razón por la que se advierte la necesidad de realizar un estudio previo de las personas intervinientes y posibles sujetos de imputación para excluir al gran número de terceros que podrían verse afectados por una mala interpretación dogmática de estos hechos penalmente relevantes.

#### 3.3.1.1.1 Sobre la Imputación

La imputación es el principal tópico relevante a la hora de estudiar la conducta, pues tiene como meta encontrar a quién creó la conducta, se encargó de materializarla en el plano de la realidad, y, por lo tanto, señala a quién debe responder por las consecuencias generadas derivadas de esa conducta.

En la mayor parte de los casos, hemos visto que las referencias de los autores que se expusieron, tomaron un determinado método para exponer la llamada imputación al sujeto (injusto personal), objeto de estudio que fue incluso valorado como un elemento integrante en la definición del delito para Luis Jiménez de Asúa. La realidad es que para trabajar de forma correcta la imputación, la doctrina se ha sofisticado demasiado para comprenderlo a la luz de la imputación objetiva que desarrollan los funcionalistas (más allá de la simple teoría de las equivalencias, que, aunque es de utilidad comprobada, dejó algunas indeterminaciones al aire al momento de ser expuesta por diversos teóricos).

Es por ello que, para los efectos de esta teoría ecléctica, y en aras de buscar completar a través de cada una de las corrientes los vacíos que cada una de ellas padece, se tomara como presupuesto de la acción la imputación objetiva, puesto que la doctrina ya ha clarificado que toda acción debe ser imputada a su realizador, pero con un estándar valorativo más alto de lo general para los casos complicados, y así evitar recaer en los vicios que sufrió la teoría de las equivalencias.

Es un hecho que la causalidad adecuada ha dejado ya de tener un lugar preponderante en la doctrina, y en su lugar se han formado criterios más finos

para determinar la responsabilidad penal del agente activo, por lo que en este momento descartamos su uso, solo en cuanto se refiere a la consideración de cada una de ellas como únicas e independientes, o que deban reinar por sobre las demás; en su lugar, serán consideradas como accesorias y/o sustitutas a la teoría de las equivalencias en la medida en que los criterios de la teoría de la imputación objetiva lo permita.

Ahora bien, sabemos que la imputación objetiva tiene ciertos principios que deben ser respetados para descartar a aquellas personas que no deben estar involucrados, por lo que los señalamientos de Gunther Jakobs serán un pilar para la construcción de este esquema:

1.- En primer lugar, sabremos que existen muchas personas indirectas que podrían ser vinculados por sus actos en la colaboración de la materialización del delito: prácticamente se tendría que tener la seguridad de lo que hace cada una de las personas con las que interactuamos para poder tener la seguridad de que no se tiene un vínculo directo con algún acto ilícito.

Por ello, y tomando en consideración el contexto social del lugar en donde se evalúa, así como el riesgo permitido dentro de la sociedad en turno de estudio, se realiza una asignación de roles con la concepción normativa de cada uno de ellos.

2.- En segundo lugar, hay que seleccionar, de las personas que han sido señaladas por virtud de su rol (y, por ende, de sus obligaciones jurídicas conforme a ese rol), observar las cuestiones particulares en torno a esa responsabilidad y su exclusión.

La adopción de la imputación objetiva como parte de la valoración de la conducta no es un capricho personal; es un complemento necesario para la valoración de la culpabilidad, así como para la determinación de la punibilidad (a la hora de individualizar las penas), lo que deja un extracto más refinado de estudio en relación al problema jurídico factico, en donde una sentencia deberá ser fundamentada con algo más que una creencia de un juez a la idoneidad de una persona a la comisión de un delito, que en la práctica es en realidad una teoría de la causación adecuada.

Ahora bien, las reglas de esta imputación son las que propusieron Franz Von Liszt, Hans Welzel y Gunther Jakobs, principalmente. Para iniciar, hay que tomar en consideración lo expresado arriba sobre la discriminación de factores que se postuló en la teoría de la igualdad de condiciones (con el estudio previo de Franz Von Liszt): todo aquello que no es posible de suprimir con la mente como productor de un resultado, es una causa; y el valor de esa causa es el mismo que de otra análoga, excluyendo aquellas que no fueran directas y cuya incidencia no estuviere dependiente a una acción principal.

Tras ese postulado básico, podemos entonces indagar respecto a las personas que coadyuvaron a la producción del resultado: quienes tenían una relación directa con alguna de las causas, pueden ser señaladas como alguno de los responsables del resultado acontecido (sin importar que sea formal o material), y a partir de ahí ser discriminados en función de su rol social, su vinculación con el deber de cuidado específico del bien jurídico lesionado, de la teleología de la acción, y de su grado de intervención específica en la producción del resultado, en ese orden.

Cumplimentado este orden, nos ceñimos a las reglas generales de la imputación objetiva planteadas por Gunther Jakobs, donde debemos reconocer: 1) un principio de confianza, 2) un riesgo permitido, 3) una prohibición de regreso, y 4) una competencia de la víctima.

Esta exclusión no solo permite facilitar la búsqueda procesal, sino también ir asignando en lo sustantivo valores previos que permitan identificar mejor la mecánica de hechos, de tal manera que es posible ir cuadrando conductas concretas conforme a fines y situación particulares de los involucrados, lo que irá refinando los procesos teóricos sobre personas concretas, y que sirven de forma indiciaria a la determinación de la responsabilidad más adelante.

Es por estas razones que se defiende la idea de la importancia de la conducta dentro de la teoría del delito, acorde con principios filosóficos de forma aplicada, negando con ello que deba ser subsumido al elemento de la tipicidad, conservando su esencia como elemento, por lo que se procederá al estudio de la tipicidad.

### 3.3.1.2 Tipicidad

En este apartado, se explicarán las características más relevantes de este elemento del delito, en el cual se expresarán las razones para seguir considerándolo eje rector de la materia penal.

La tipicidad la definiremos, para los efectos del presente trabajo, como un elemento, siendo *“aquella característica del delito consistente en el encuadramiento perfecto de la conducta desplegada con la hipótesis descrita por el legislador en una norma penal vigente (tipo penal)”*;

Hay que diferenciar de forma preliminar al elemento del delito *tipicidad* con el *tipo*, que, por definición propia, lo tomaremos como la *“figura conceptual que establece la hipótesis conductual prohibida por el legislador, de naturaleza ideal”*.

La tipicidad toma un aspecto relevante en la teoría, pues es el primer elemento del delito en mostrarnos nítidamente la diferencia entre un hecho socialmente no aceptado, del catálogo de conductas aberrantes que de verdad ameritan una sanción por parte del Estado. Ya previamente se ha explicado cómo es que, como consecuencia directa del principio de legalidad (principio constitucional, además), el tipo penal fundamenta toda la parte especial del Derecho Penal, y, por lo tanto, toda la aplicación de la materia sustantiva, siendo quizás el elemento de mayor relevancia para la continuación en el estudio de toda conducta prohibida y sancionada en la sociedad.

El tipo penal es quizás el punto determinante para que todo el Derecho Penal sea aplicado de forma correcta. Su estructura toma una relevancia trascendental, pues, en caso de ser controversial, corrompería el principio de taxatividad, y dejaría al arbitrio de la interpretación de la autoridad lo que debe considerarse como delito -o lo que no-, teniendo como experiencias históricas la falta de capacidad de la autoridad para ello, y debiéndose controlar por virtud del citado principio constitucional de legalidad, que le exprese concretamente la facultad concedida, sin sobrepasar dicho límite.

Hans Welzel adelantó primeramente que el tipo penal era la prohibición misma y, a su vez, la materia de la prohibición, por lo que su doble carácter lo hace ser pieza clave en la valoración del delito.

Según nos menciona Olga Islas de González Mariscal, el tipo penal comprende una serie de características propias de la descripción del hecho prohibido, las cuales, las resume en una expresión simbólica que refiere todas las variables que pueden ser manifestadas en un tipo penal, pero que debe irse moldeando conforme a cada tipo penal en particular; Dicha expresión simbólica se cita para su comprensión<sup>295</sup>:

$$\text{Tipo}=[\text{NB (A1+A2+A3+A4+A5) (P1+P2) M}] [(J1+J2) (I1+I2) R (E+G+S+F)] \\ [(W1+W2) V] X1$$

Donde:

- NB es el deber jurídico penal con respecto al bien jurídico;
- A es cada uno de los elementos del sujeto activo (voluntabilidad, imputabilidad, calidad de garante, calidad específica, pluralidad específica);
- P representa los elementos del sujeto pasivo (calidad específica, pluralidad específica);
- M es el objeto material;
- J involucra la voluntad (dolosa y/o culposa);
- I es la actividad o inactividad;
- R representa el resultado material;
- E, G, S, F son las modalidades de comisión del hecho (medios comisivos, referencia temporal, referencia espacial, referencia de ocasión);
- W es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (tanto como consumación como tentativa de la conducta);
- V expresa la violación del deber jurídico penal;
- X corresponde a cualquier otra variable que pudiera contemplarse dentro de la construcción del tipo.<sup>296</sup>

Son estos los elementos que deben contemplarse para la correcta configuración de un tipo penal, el cual cubra la mayor especificidad de las situaciones que envuelven al hecho penalmente relevante; lo anterior debe

---

<sup>295</sup> Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 6ª Edición, Ed. Trillas, México, 2014, p. 30.

<sup>296</sup> *Ibidem.*, pp. 29-30.

realizarse para que sea debidamente aceptado como uno de los integrantes del catálogo de conductas prohibidas.

De la anterior formula, observamos que un tipo penal, para estar escrito correctamente, debe contener:

- 1) Supuesto normativo prohibitivo (con todas sus características).
- 2) Circunstancias especiales modificatorias del tipo base.

Sin embargo, como parte de la especificación de la sanción correspondiente a cada conducta, es preciso señalar también un tercer punto que influye de forma significativa en la teoría del delito, dejando a la punibilidad como consecuencia: esto es, asignar una pena concreta dentro de un mínimo y un máximo posibles conforme a la gravedad de cada conducta. Por ello, también añadimos:

- 3) Consecuencias jurídicas de su realización (especificadas).

La construcción de un tipo penal requiere técnica legislativa adecuada para que no sean invalidados por la práctica común: este es el eje sobre el cual se debe de pensar al tipo penal. Ya Ernst Von Beling había realizado críticas al respecto (siendo él el acuñador del término de tipo, y quien pugnó por asignarle un lugar a ello) al mencionar –por dar un ejemplo- el culto a la letra; sin embargo, hay detalles en los que se equivocó, pues a pesar de que el tipo debía ser –según su idea original- un enunciado libre de toda valoración subjetiva, más adelante se demostró su inviabilidad en los términos originales.

Así, esta investigación reconocerá los elementos que, a nuestro parecer, pueden ser previstos en el tipo:

- 1) Conducta (especificando lo mayormente posible sus hipótesis normativas junto con los componentes del tipo):
  - Modo comisivo.
  - Tiempo.
  - Lugar.
  - Espacio.
- 2) Dolo o culpa.
- 3) Elementos subjetivos (distintos al dolo).
- 4) Elementos objetivos.

- 5) Elementos normativos.
- 6) Calidad específica del sujeto activo.
- 7) Calidad específica del sujeto pasivo.
- 8) Pluralidad específica para configurar la conducta.
- 9) Resultado material o formal.
- 10) Circunstancias modificadoras del tipo básico.

De los cuales, los más importantes a la hora de elaborar el proyecto de tipo, deberá considerar específicamente la conducta determinada como prohibida, las condiciones que le modifican, y, por técnica legislativa y de acuerdo al principio de legalidad, incluir la penalidad.

Respecto al dolo o la culpa, no se agregará más: la clasificación es más que funcional. El dolo es interpretado como el nexo psíquico y volitivo entre el autor y el resultado; mientras que la culpa es la omisión al deber de cuidado del bien jurídico afectado, en donde sabemos que, como elemento subjetivo del tipo, definirá una parte importante de la teleología de la acción con fundamento a las declaraciones del responsable. Sus grados de configuración (también usados en la tentativa, según la teoría de la tentativa), por tener un grado más autónomo, no será tratado en esta investigación.

Son estos los elementos que debe de tener el tipo penal mínimamente para poder estar en posibilidad de calificarlo como un tipo penal bien construido (según esta teoría), y evitar con ello su posterior invalidación a causa de violaciones al principio de taxatividad, o como un tipo fácilmente encuadrable en causas de atipicidad.

No es necesario para el tipo mencionar con precisión el bien jurídico tutelado en ese tipo, pues se encuentra inmerso en la conducta desplegada, así como en su clasificación dentro de la colección de tipos penales.

La discusión en torno a qué elementos son necesarios de ser incluidos para evitar ser invalidados por el principio de taxatividad no se encuentra aún resuelta, pues es la práctica misma (a través del estudio de casos concretos) la que determina en particular que conductas son reprochables para el Estado, y según qué criterios. Lo que sí es posible advertir en este punto es que la guía ya

fue aportada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el criterio señalado durante el capítulo I<sup>297</sup>, en donde expone que no es necesario tener una descripción precisa del tipo que abarque todas y cada una de las definiciones de lo que significa cada concepto, sino que es suficiente que se describa con precisión la conducta. Esas son las bases mínimas según esta investigación para evitar la invalidez por el principio de taxatividad.

Tomando en cuenta lo anterior, y previendo las disertaciones previas por los autores considerados en el capítulo anterior, tenemos el panorama suficiente para entender a la tipicidad como ese encuadramiento perfecto de la conducta al tipo penal, mismo que fue construido con diversidad de principios y técnica legislativa, para tener el fundamento correcto que complementará en la instrumentación del Derecho Penal al principio de legalidad, por lo que hablar más características al respecto sería innecesario a nuestra consideración. A continuación, se expondrá el siguiente elemento del delito, la antijuridicidad.

### 3.3.1.3 Antijuridicidad

En este punto, se destacarán las características más importantes de la antijuridicidad como elemento del delito, mencionando su definición como elemento.

Para los efectos del presente trabajo, la antijuridicidad será considerada como elemento del delito, y así la definimos a manera de definición propia como *“la actualización de una conducta contraria al sistema jurídico vigente, y cuya actuación no encuentra amparo en alguna causa de licitud”*, dejando al margen la nota de que tal sistema compone algo más que las normas penales, haciendo referencia al sistema en su totalidad (incluyendo el sistema de normas supralegales que mencionaran algunos autores), pero que, por la previa valoración del tipo, involucra necesariamente al tipo penal.

Prescindiremos de la opinión que diera Edmund Mezger sobre la relación de los elementos de la tipicidad con la antijuridicidad, al mencionar que el delito es una conducta típicamente antijurídica. Lo anterior, a causa de que el tratamiento que recibe involucra que estén íntimamente vinculados dos

---

<sup>297</sup> Véase supra Capítulo I, p. 16.

elementos del delito por sus características, y su relación lógica de presupuesto de existencia para la continuación en el estudio posterior se difumina.

Toda vez que el elemento de la antijuridicidad es de explorado derecho para los autores comentados líneas arriba, se procurará afinar únicamente los principios sobre los cuales se entenderá este elemento.

La antijuridicidad, a diferencia de lo que expresaron otros autores previamente, no consiste en un juicio valorativo, sino únicamente una confrontación normativa sobre la licitud de la conducta: este acto es de naturaleza puramente jurídica y es completamente independiente a otros elementos del delito, aunque sirva como puente entre la tipicidad y la responsabilidad.

Fue esta la razón por la que este elemento fuera fundido en su oportunidad por Edmund Mezger como típicamente antijurídica (con su respectiva crítica recibida en torno de convertirse en un círculo vicioso, puesto que ésta no se confirma sino en virtud de aquella, y viceversa), lo cual, ahora podemos advertir como erróneo.

Por eso, como contraste normativo, puede limitarse a un enunciado concreto que pueda determinar la presencia o inexistencia de alguna causa de licitud, (similar al conflicto y confrontación de prohibiciones y permisiones enunciado por Hans Welzel), por lo que su vinculación directa con su correlativo elemento negativo del delito es evidente.

De ahí la importancia de la sistematización de los ordenamientos jurídicos, puesto que es en ellos donde se puede encontrar alguna de estas razones que permitan una *permisión*, pero que en la actualidad sabemos consisten en razones de exclusión de la calidad anti normativa (y, en consecuencia, contraria al derecho, o *antijurídica* –como comúnmente le conocemos-).

Con esto presente, podemos concluir que la antijuridicidad quedará excluida con alguna causa de licitud si es que dentro de la legislación existe algún precepto normativo que permita la realización de cierto acto que deba ser ubicado originalmente como delito, por lo que su estudio se ve complementado por el aspecto negativo, lo que, para evitar una falta de sistematización, se

asignará para su espacio respectivo. Por esta razón, se procede a continuar la exposición con el siguiente elemento del delito de esta teoría: la responsabilidad.

#### 3.3.1.4 Responsabilidad y Culpabilidad

En este apartado, se expresarán los tópicos necesarios para entender a la culpabilidad en el marco de la teoría del delito, en donde será redefinida en función de conceptualizaciones modernas, que se ajustan a la integralidad del presente trabajo de investigación con el eje de la responsabilidad como punto de partida para su comprensión.

La responsabilidad ha tomado un lugar preponderante en la teoría del delito que expuso Claus Roxin, y es que su esquema teórico llegó a desconfigurar una idea que ha sido comúnmente aceptada hasta la fecha como dogma de la materia penal, consistente en considerar a la culpabilidad como el elemento, y no a la responsabilidad. Por tener una explicación que consideramos adecuada, tomaremos como punto de partida la idea que Claus Roxin propuso, es decir, orientar la culpabilidad en la dirección de la responsabilidad, pues es a partir de ella que se puede hacer efectivamente un reproche, y valorar si existe una conciencia de lo actuado.<sup>298</sup>

En sus palabras, *“la responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: la culpabilidad del sujeto y la necesidad preventiva de sanción penal”*.<sup>299</sup> Esta teoría se adhiere a esta idea, por considerar correcto su razonamiento.

La responsabilidad, bajo esta óptica, se integra de dos componentes, siendo la culpabilidad el primero de ellos, y la necesidad preventiva el segundo para la determinación de la punibilidad: si la punibilidad es la legítima consecuencia y la reacción social esperada para la conservación de los bienes jurídicamente protegidos por el Derecho Penal para reforzar la confianza del

---

<sup>298</sup> Cfr. Roxin, Claus, *Derecho Penal...*, cit., p. 791. *“La responsabilidad designa, tras la antijuridicidad, una valoración ulterior y que por regla general da lugar a la punibilidad, en el marco de la estructura del delito. Mientras que con el predicado de la antijuridicidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe, el orden del deber jurídico penal y que está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable al sujeto. Quien cumple los requisitos que hacen aparecer como ‘responsable’ una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho penal, a una pena. Los presupuestos de la responsabilidad jurídico penal son, entre otros, la culpabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la normalidad de la situación en la que se actúa...”*

<sup>299</sup> Cfr. *Ibidem.*, p. 792.

ciudadano común en la ley, entonces el principio de culpabilidad aparece para tener una justificación para su reproche y posterior asignación de la consecuencia.

Sin embargo, el principio de culpabilidad no parece ser suficiente control para la teoría del delito, pues deja desatendido el aspecto de los fines de la pena (que, conforme a los principios de la penología, pueden dar una interpretación completamente diferente, aunque el sustento original del autor sea más orientado a los principios funcionalistas); razón por la que asignarle una categoría de igual rango a la culpabilidad parece viable, pues dentro del espectro de situaciones que en un juzgado penal se resuelven, se aprecia con facilidad que no todas las conductas son equivalentes en proporcionalidad, y hay conductas que requieren más reproche que otras y que, por lo tanto, ameritan una respuesta completamente diferente conforme al acto concreto.

En todo caso, parece innegable el hecho de que la culpabilidad y la responsabilidad son conceptos jurídico-penales íntimamente relacionados, y cuya idea de Claus Roxin solo viene a asignar un valor a cada uno de ellos, en un orden sugerido que parece tener una fundamentación lógica adecuada, aunque se difiera en algunos puntos sobre las razones.

#### 3.3.1.4.1 Culpabilidad (Elemento de la Responsabilidad)

La culpabilidad, para efectos de esta teoría ecléctica, será considerada como:

*“El juicio de reproche que recae sobre el autor de una acción, no únicamente por su acción por sí, sino también por su finalidad, la lesión a los valores más relevantes de la sociedad, así como los márgenes valorativos permitidos para su realización, constituyendo así el juicio como una integración de la circunstancia del autor del hecho en relación con su situación particular”.*

Para el estudio de la culpabilidad será forzoso contemplar el principio de culpabilidad que actualmente nos rige, en los términos en que Claus Roxin los explicó.<sup>300</sup> No rechazamos la idea de los criterios preventivo-generales; pero

---

<sup>300</sup> Véase supra Capítulo II, pp. 119-125 de esta investigación.

consideraremos como una parte de la valoración e individualización de la pena, no como criterio rector para la culpabilidad.

Hans Welzel citó a Samuel Puffendorf, (y así también lo maneja Austin Fagothey<sup>301</sup> en el campo de la ética), al señalar que la responsabilidad debe presuponer una acción realizada con la voluntad y el conocimiento, sin que esta valoración sea un *puro juicio de valor*, y en medida de que uno es causante de aquel cambio externo (si lo expresáramos en palabras de Franz Von Liszt), tiene así mismo que responder por ello (puesto que responsabilidad deriva de la expresión *respondere*, responder por tus actos).

De esta manera, es posible ver que en todo acto que derive en alguna responsabilidad, paralelamente surge un deber de responder, de modo tal que es una relación simbiótica en forma de obligación correlativa, como se da en el caso de las garantías constitucionales entre el Estado y el gobernado, por lo que cumplir con ese deber emergente se vuelve imperativo para el Derecho.

Explicada la dirección que orientará en este estudio la responsabilidad, entenderemos a la responsabilidad como el elemento, y a la culpabilidad como uno de sus componentes, al mismo rango que la necesidad preventiva. Solo así, de forma conjunta, se pueden tener fundamentos suficientes para aplicar penas en el derecho punitivo.

Como los componentes de la culpabilidad no fueron propiamente expresados, consideraremos en esta investigación:

- 1) Como elemento de la culpabilidad a la imputabilidad (para determinar su capacidad para responder por los actos, y los grados de posibilidad de la comprensión de esa voluntad, para adaptarlos conforme a la pena concreta aplicable);
- 2) La valoración de la culpabilidad y el poder actuar en lugar de ello.

Considero que a la luz de estos componentes se puede fundamentar de forma necesaria y suficiente la punición, con base en elementos objetivos demostrables.

---

<sup>301</sup> Fagothey, Austin, *Ética, Teoría y Aplicación*, Trad. Ottenwaelder, Carlos, Nueva Editorial Interamericana, México, 1973, p. 22.

Para los efectos anteriores, tomaremos como inicio y piedra angular de la teoría la postura filosófica del indeterminismo moderado, mismo que permite una libertad de acción amplia para la modificación de tu circunstancia; pero que reconoce que existen ciertas cosas previamente definidas, cuyo ejemplo más notable se encuentra en el contexto jurídico, donde, de conformidad a la asignación de roles y de verificar el deber jurídico concreto de cada persona en determinada situación, se puede tener un aproximamiento diferente en la valoración del grado de responsabilidad, y, con ello, de la culpabilidad.

En efecto, sería más sencillo (como lo propuso Claus Roxin) partir de la libertad como *regla del juego* que constitucionalmente es indudable; pero como parte de una construcción filosófica, también se reconoce la otra postura para no dejar de abarcar lo que ya está dicho siguiendo esta construcción teórica, y así ser espectadores de ambas posturas aplicadas (sin que por ello se deje de recalcar que la opinión personal atiende al criterio indeterminista, pues 'hasta el más aferrado determinista voltea al cruzar la calle').

Aquí observamos, por ende, que algunos conceptos previos en los elementos del delito no se quedan aislados en la valoración de los hechos penalmente relevantes, sino que terminan siendo interactivos entre ellos, pues, para determinar concretamente la responsabilidad (de acuerdo a lo que hemos anticipado), se requiere seguir la estructura lógica clásica del delito, donde observemos que la conducta desplegada sea efectivamente típica, resulte antijurídica y sea culpable (con base a sus componentes, como la imputabilidad como elemento, para su posterior graduación, así como la valoración de las condiciones de la acción para determinar si pudo actuar de otra forma), para que de ello se desprenda su responsabilidad, y el deber de responder con ello de la legítima consecuencia del actuar, siendo dicha consecuencia la pena o medida de seguridad, en función de la valoración realizada de su responsabilidad en conjunto.

A continuación, expondremos los componentes de la culpabilidad, siendo estos la imputabilidad, y la valoración de la culpabilidad enfocada al poder actuar de otra forma.

#### 3.3.1.4.1.1 Imputabilidad (Elemento de la culpabilidad)

Se estudiará lo esencial para la comprensión de la imputabilidad como parte de la culpabilidad en el marco de la teoría del delito.

Como tópico clásico de los tratados de Derecho Penal, esta parte es una cuestión debidamente explorada ya por los autores clásicos en la materia penal. Sin embargo, a partir de una necesidad funcional, debe replantearse tal fundamento, puesto que la imputabilidad, que en literatura diversa ha sido considerada como presupuesto, debe ser reformulada como elemento, por su repercusión en el estudio de una culpabilidad completa, y más dinámica para la determinación del reproche.

Aquí se diferirá de la concepción clásica de la imputabilidad como presupuesto, pues dicha idea únicamente serviría para fundamentarla como un requisito previo para determinar si se está en posibilidad de valorar la culpabilidad, dejando de lado la graduación posible existente entre un espectro de posibilidades muy amplio, diferencia que es tratada de una forma más sutil por la concepción como elemento, ya que si es una valoración de sus partes, va a dar una valoración de resultados más abierta que simplemente afirmarla, para su valoración de acuerdo al grado de comprensión.

Se ha establecido ya desde Franz Von Liszt que la imputabilidad radica en la capacidad, y Hans Welzel ha mencionado que es un presupuesto para el estudio de la culpabilidad.<sup>302</sup> Tal situación es en la actualidad un tema de explorado derecho en tanto que se ha aclarado que, para poder ser responsable de una conducta, se requiere materializarla con conciencia, comprendiendo (ya sea en lo más mínimo, o en todos sus alcances) la finalidad de la conducta, así como sus consecuencias.

Quizás los problemas que más saltan a la vista a la hora de estudiar este elemento de la culpabilidad refieren tópicos no contemplados previamente a causa de las diferentes condiciones de las épocas anteriores, que contrastan con una realidad donde en la actualidad se ven a menores convirtiéndose en sicarios, a interdictos que cuentan con un grado de comprensión alta, con independencia

---

<sup>302</sup> Véase supra Capítulo II, pp. 64 y 118 de esta investigación, respectivamente.

de su declaratoria judicial, a causa de los posibles avances médicos actuales, etc.

¿Cómo resolver este problema? En esta perspectiva particular, considero que no es adecuado generar un debate en torno a esta pregunta, pues, aunque la respuesta es muy laxa y queda con muchos pendientes por resolver, señalaré lo siguiente: Las reglas comúnmente conocidas sobre la imputabilidad dan la mejor guía que pueda tenerse sobre la determinación de la capacidad, y estas reglas se van flexibilizando o endureciendo de acuerdo al grado de comprensión del sujeto, de tal forma que existen adecuaciones especiales de los procesos en función de esta determinación (como, por ejemplo, los procesos contra menores, y en qué condiciones se encontraban).

La capacidad subjetiva [psíquica] y normativa de comprensión de los hechos (equiparable a la asequibilidad normativa, si se desea) que tienen los sujetos activos al momento de realizar los actos son el momento y factores determinantes para valorar su condición, y en qué grado se tenía durante la realización del delito. Sigue siendo un problema identificar científicamente (como se nos señaló anteriormente por Claus Roxin) dicha capacidad, lo que nos deja en una indeterminación acerca de su real capacidad de comprensión de tales hechos penalmente relevantes.

En primer término, no se le puede reprochar con todo rigor a quién no ha tenido un acercamiento previo de la situación, lo que significa y las consecuencias ya que su situación le impide particularmente conocer la diferencia tajante entre actuar delictuosamente y hacer lo que idealmente es exigido por la norma y por la sociedad, si no se puede decir que tuvo la enseñanza y la formación de estos valores. Por eso la teoría de la asequibilidad normativa de Claus Roxin parece ser un buen razonamiento dogmático, pues habiendo conflicto entre la realidad fáctica y lo que se debe realizar según la exigencia del Derecho, junto con esa conciencia (la cual es optativa hasta cierto punto). Con ello, encuentra una razón lógica el ajuste del proceso penal conforme a las características del sujeto particular.

Esta comprensión es únicamente aplicable a menores e incapaces, como principio genérico, situación que se ve modificada en la misma medida en que

las personas adquieran o tengan la posibilidad de adquirir la conciencia de lo que exige la norma y el resultado de su actuar, por lo que el espectro de posibilidades se ve ampliando en rangos no vistos anteriormente, dejando la posibilidad de ser valorada como en realidad es, es decir, casuísticamente.

3.3.1.4.1.2 Disertaciones en torno a la valoración de la culpabilidad y el poder actuar en lugar de ello

En los tratados de Derecho Penal no es fácil encontrar un método para poder hacer juicios valorativos de la culpabilidad. De hecho, en estos tratados, al momento de hablar de la culpabilidad, enfocan sus páginas a la labor de explicar y esclarecer el dolo y la culpa, al menos en los libros de antaño; y en poco o nada se han enfocado a desarrollar, de forma exhaustiva (que no sea a través de la profundización en el estudio del dolo como elemento valorativo de la culpabilidad, su diferenciación con la culpa, la tentativa y otras modalidades de la comisión de un delito) un método para su estudio.

Esto tiene su origen en las facultades que se les da a los aplicadores del Derecho para poder actuar conforme a las reglas de la experiencia, y de la lógica, y haciendo uso de su conciencia para poder alcanzar una verdad legal suficiente y acorde con los elementos con los que cuenta el caso concreto para su determinación; o bajo el argumento de que esta labor corresponde a una tarea puramente procesal, por lo que, lejos de establecer las razones directrices de la valoración de la culpabilidad, los dogmáticos han dejado intacto el terreno, puesto que es considerado ya como parte del Derecho procesal penal.

Lo cierto es que el acto propiamente de juzgar consiste en un acto completamente independiente a la teoría del delito, e incluso es una fase propia en la teoría general del proceso, y que solo puede ser realizado a partir de las facultades otorgadas a los jueces para realizar esa labor, con todos los elementos, vivencias, razonamientos y demás situaciones jurídicas y personales que le permitan arribar a una conclusión razonada y prudente, por lo que tratar de incidir en este punto no solo sería un error teórico y procesal, sino un atentado contra el sistema penal mismo.

Sin embargo, el margen de discrecionalidad en los operadores del Derecho resulta en ocasiones tan amplio, que queda siempre sujeto a las percepciones particulares del juzgador en turno; lo anterior, considerando que existe un margen de posibilidades en la tasa asignada por el legislador a la pena correspondiente al delito en estudio.

Y es que el estudio del comportamiento humano es enteramente de índole filosófico-antropológica, que resulta difícil en primer lugar, hacer una valoración considerando todos los principios a seguir de forma puramente imparcial, apegada a Derecho (sustantivo y procesal), pues aún desde su percepción, se parte desde los únicos hechos conocidos, de lo que el juzgador y las partes conocen para poder acercar los hechos conocidos a la realidad, y de esa forma ir construyendo sobre la marcha la verdad legal.

En esta línea investigativa, tendremos presente que el dolo y la culpa como integrantes de la culpabilidad ya no pertenecen a este apartado, sino que se les considera una parte integrante del tipo penal que deberá estar perfectamente definido, conforme a los principios anteriormente enunciados.

Y aunque el trabajo de la culpabilidad sea poco tratado, se debe tener presente a esta altura una cosa: la valoración jurídica de la culpabilidad la hará el juez mediante lineamientos procesales, pero con una base determinada en lo que respecta a la cuantificación de la pena.

Uno de los temas que más dejó en claro Claus Roxin a la hora de abordar a la culpabilidad fue el señalamiento de la falta de medidas objetivas para poder valorar el *poder en lugar de ello*, así como los continuos trabajos por aclarar la postura filosófica ideal para abordar al Derecho Penal, tomando las nociones del indeterminismo moderado; y es que abordar la culpabilidad no es algo completamente objetivo que pueda ser irrefutable de forma categórica por sus observadores.

Por eso, la culpabilidad, conforme a lo que hemos señalado anteriormente, será tomada en lo sucesivo partiendo de la explicación que realizó Claus Roxin sobre la responsabilidad jurídico-penal, por ser un campo genérico entre la Filosofía y el Derecho; pero no sin antes mencionar que dicha responsabilidad

deberá ser evaluada conforme a los principios de Derecho Penal, así como en los elementos previamente expuestos, que, siguiendo la idea que en su momento postulara Hans Welzel, hacen del estudio una estructura lógica, que permite ir excluyendo a los elementos previos del delito, así como su posible *permisión* y *nulificación* como delito a partir de sus elementos negativos correspondientes.

Lo elemental en la culpabilidad, en el modo de ver particular, es aún de modo central la valoración del *poder en lugar de ello*, que, como lo han comentado ya los funcionalistas, y buscando dar soporte *objetivo* a las determinaciones, se realiza tomando en consideración el nivel normativo, así como la asignación de roles (entendidos en los términos de Gunther Jakobs)<sup>303</sup> del sujeto que se estudia la autoría de la conducta.

a) Uno de los objetos de estudio en esta etapa de la responsabilidad involucra el refuerzo de la imputación objetiva, en donde se debe asignar, esta vez con carácter definitivo, la calidad con la cual el sujeto participó (si es que lo hizo), y el grado de injerencia sobre el acto delictivo, de acuerdo a su grado de comprensión, y determinar *en qué medida participó conscientemente* deseando hacerlo, perfeccionando el estudio previo para estudiar la posibilidad de actuar de forma distinta de acuerdo a la exigencia de la norma.

b) Derivado del análisis de que exista o no alguna otra forma de actuación posible por parte al sujeto con respecto de la exigencia normal de la norma penal, es que se puede desprender que exista o no la inexigibilidad de otra conducta: Por ello, es importante la existencia de dicha comparación, lo que le deja como segundo tópico a estudiar la culpabilidad antes de realizar el reproche definitivo.

Una vez agotado el estudio de la culpabilidad, en donde ya se ha determinado el grado de comprensión de los hechos, y buscado la posibilidad de que el sujeto hubiera realizado otra actuación lícita conforme a la exigencia de la norma que pudiera haber realizado, el proceso de la valoración de la culpabilidad culmina con un reproche jurídico penal realizado en contra del autor por su conducta, lo que da de forma inicial razones para fundamentar su consecuencia, la cual es la pena.

---

<sup>303</sup> Véase supra 2.5.1.2, pp. 128-129 de esta investigación.

Sin embargo, Roxin sugiere aún el estudio de la necesidad preventiva para el sujeto, por lo que su análisis resulta obligado como paso previo a la determinación y aplicación de la pena concreta, pues algunos delitos, si bien deben ser respondidos a través de una reacción por parte del Estado, tampoco se consideran como necesariamente fundados para sufrir una sanción máxima como la pena, por lo que este elemento da cierta discrecionalidad para determinar, con base en la percepción del juez de la mano con los criterios político criminales sobre la necesidad de asignar una pena, por lo que procederemos a su estudio.

#### 3.3.1.4.2 Necesidad preventiva

En este apartado se acotará el significado de la necesidad preventiva como un paso previo a la punibilidad, para poder tener herramientas suficientes para la comprensión de la necesidad de la pena de acuerdo a la proporcionalidad y fines de la conducta desplegada.

La necesidad preventiva especial en el caso de las sanciones del Derecho Penal toma cierta importancia por la presencia del castigo automatizado que en la sociedad suele presentarse, lo que da un margen de posibilidad al juzgador sobre la valoración de la necesidad de implementar la instrumentación de algún mecanismo de reacción social en contra del justiciable.

Estos estudios tienen origen en los estudios en torno al estado de necesidad disculpante; sin embargo, tienen una influencia y repercusiones completamente distintas, más amplias y más conscientes, puesto que, partiendo del contexto normal donde derivan los hechos penalmente relevantes, se alcanza a apreciar que existe tanto un marco normativo legal como supralegal que determinan la forma de conducción de la persona dentro de la sociedad.

Ya el marco supra legal fue mencionado preliminarmente en lo expuesto con Hans Welzel, donde se reconocen más ordenes meta-jurídicos que coadyuvan en la regulación del comportamiento humano, y que fungen como otras estructuras normativas fuera del mismo Derecho.

También se acotó que ese reconocimiento podría influir significativamente en el descubrimiento de causas de licitud que permitan aprobar una conducta

como válida de acuerdo a la legislación ajena a la materia penal, pero que continúan siendo parte del orden jurídico vigente, por lo que se amplía el margen de posibilidades para regular el mismo hecho con diferentes normatividades para encontrar una respuesta diferente.

Sin embargo, ¿qué sucede con aquellas causas o razones que no pertenecen al orden jurídico vigente, pero que repercuten de forma directa en los fallos judiciales? Estas razones de origen fáctico son viables de ser analizadas a través de este componente de la responsabilidad, siendo la especificación de una necesidad preventiva que motive al juzgador a continuar el resto del proceso teórico hasta su culminación.

Estas discusiones, más de carácter axiológico que jurídico propiamente (pero sin prescindir del razonamiento lógico jurídico), constituyen una valoración del juez para la determinación de la necesidad de una pena, por lo que las causas, a diferencia del orden jurídico, parten más de orígenes de fuentes reales del Derecho, tales como jurídico-políticos, axiológicos, médicos, y demás que no se permiten en estricto sentido por la dogmática penal, pero que influyen o inciden en algún punto para su determinación.

Algunos de estos orígenes, según nuestro criterio, y de forma enunciativa más no limitativa, son:

- a) Política criminal.- Parte de las ideas del funcionalismo penal parten de forma significativa de las funciones del Estado como protector de los bienes jurídicos más importantes de una sociedad que tienen a su cargo la vigilancia y regulación de esa protección, por lo que la política criminal como un paso previo de carácter general en la escala de la prevención de delito resulta como una causa que influye en las valoraciones jurídicas, pero que no ha sido reconocido como tal por la ley misma.

La política criminal apareció formalmente por primera vez a partir de la obra de Franz Von Liszt, en donde el autor se enfocó a examinar el contenido de las políticas para evitar el crimen, describiéndolo como: *“el conocimiento de la pena como uno de los medios de la lucha contra el crimen; este conocimiento nos acerca a la cuestión del fundamento*

*jurídico y los fines del poder penal, así como del origen y la naturaleza del crimen”.*<sup>304</sup>

En otro apartado, Franz Von Liszt termina de expresar el contenido de este conocimiento de la siguiente manera: “*Mientras que la política social tiene por objeto la supresión, al menos la restricción de las condiciones sociales del crimen, la Política Criminal se ocupa del delincuente en particular. Es, en primer lugar, lucha contra el crimen, obrando de un modo individualizado sobre el delincuente. Exige que... la pena... se adapte, en su especie y medida, a la naturaleza propia del delincuente, procurando impedir, por la privación de su libertad, la comisión de otros crímenes*”.<sup>305</sup>

Sin embargo, la definición brindada por el autor en comento parece no distinguir adecuadamente la tenue línea que separa a la política criminal con la política criminológica, más orientada a la Criminología, propiamente. Si la definición de la criminología es la de la *ciencia causal, natural explicativa que estudia al delincuente*, una definición como la de Franz Von Liszt se acerca más al criterio criminológico con un determinismo implícito que al campo de la política criminal como tal.

Claus Roxin más adelante nos aclara que ese criterio politicocriminal tiene diversas ópticas más allá de lo que involucra exclusivamente la razón última de los fines del Derecho Penal y el ejercicio del *ius punendi*, examinándolo a la luz de varios ámbitos y disciplinas contiguas y puntos de encuentro variados en la aplicación práctica.<sup>306</sup>

Por ello, para efectos de esta investigación, se tomará en consideración como fundamento una definición propia, de conformidad con lo expuesto, siendo la siguiente: *Política criminal es la disciplina cuyo objeto de estudio es la postura del Estado frente al crimen, así como la serie de actos tendientes a la investigación, prevención y combate de la criminalidad dentro de una sociedad.*

- b) Criterios Preventivo-Generales.- Estos criterios determinan la actuación concreta del Estado frente a ciertas conductas consideradas reprochables, pero que, de acuerdo a decisiones entre los factores reales del poder, se

---

<sup>304</sup> Von Liszt, *Tratado...*, cit., p. 7.

<sup>305</sup> *Ibidem.*, p. 15.

<sup>306</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal...*, cit., pp. 203-223.

obtienen instrucciones concretas sobre la necesidad de utilizar el poder punitivo, y los casos en que no conviene hacerlo.

Con la falta de necesidad preventiva no se deja de reconocer la responsabilidad del sujeto, sino que el juez, en la búsqueda de un diferente tratamiento para su conducta, opta por una reacción social distinta a la usualmente aceptada punibilidad para poder integrar nuevamente al núcleo social al infractor, cuyo acto a la luz de la proporcionalidad, no amerita una sanción grave como las penas y medidas de seguridad, por lo que se convierte en una alternativa que cumple íntegramente con los fines de la pena y con los fines del Derecho Penal mismo.

Una vez vistos los criterios que determinan la necesidad preventiva con respecto al sujeto activo, se puede consumir el estudio de la responsabilidad en su conjunto, y con ello, si procede, se debe asignar, con un antecedente lo suficientemente extenso para sustentar como fundamento, su respectiva reacción o consecuencia.

#### 3.3.1.5 Punibilidad

En este apartado, se expondrá la definición de la punibilidad como una consecuencia de la realización de un hecho delictivo y de una determinación de la responsabilidad previa, en donde se ubicará su lugar dentro de la estructura lógica de la teoría del delito, y los aportes de la filosofía para su correcta valoración.

La punibilidad será considerada en esta propuesta a partir de una construcción propia como *“la aplicación de la pena al autor del hecho penalmente relevante”*. *Para estos efectos, se entenderá que la pena es la efectiva privación de los bienes y derechos jurídicamente tutelados.*

*La punibilidad no es un elemento.* No lo es porque no se encuentra inmersa la aplicación de la pena en cada conducta, y por lo tanto no constituye parte esencial del hecho penalmente relevante (de lo contrario, ningún delito quedaría impune). En segundo lugar, la pena y la punibilidad son distintos: entonces, ¿qué es cada uno?

La punibilidad, como consecuencia legítima por la comisión de un delito, es parte de las características que integran el ente jurídico-factico del delito, por ser para algunos autores la “*legítima consecuencia*”<sup>307</sup> del actuar del autor; sin embargo, como se vino adelantando desde los inicios de este trabajo, debemos comenzar a verlo desde los principios de la penología, como un sustento para considerar los casos en que necesaria y efectivamente esa privación de derecho es legítima, en concordancia con los principios preventivo-generales que plantearan tanto Claus Roxin como Gunther Jakobs para determinar su necesidad, pero sin dejar de lado el principio de culpabilidad.

Como el principio de culpabilidad, según expuso Claus Roxin, es una seguridad jurídica para todo aquel sujeto que se ve envuelto en un proceso penal, puesto que pensar en la simple idea de que este principio pueda ser pasado por alto es una aberración para cualquier sistema garantista, liberal, democrático y de Derecho, a causa de que atenta contra máximas constitucionales que en sus argumentos señaló, y que permiten un adecuado (e incluso, lógico) desarrollo al sistema de investigación de configuración de la conducta en los elementos del delito.

Pero lo más grave es permitir que la autoridad tenga la posibilidad de iniciar procesos a diestra y siniestra por tener un argumento disfrazado de beneficio colectivo, poniendo en riesgo a los gobernados por el simple capricho de la autoridad en turno (quién, se ha demostrado que, por lo menos en nuestro país, no alcanza los niveles de confiabilidad estándar mínimos que se pudieran esperar de ellos, demostrándose como hecho notorio).

Como esos tópicos pertenecen propiamente a la penología, no se expondrán en su totalidad; en cambio, haciendo uso de los criterios preventivo-generales que plantearan algunos funcionalistas, es que se sostiene que la necesidad de la pena debe ser evaluada a fondo a través de criterios metodológicos distintos, que permitan una convicción diferente a cada juzgador obre tal necesidad.

---

<sup>307</sup> Véase supra 2.1.1., 2.1.2, 2.2.2, 2.3.2

El contexto sobre el cual recae tanto la imputación como el reproche es distinto, según la sociedad en turno que se analice: este punto es determinante para explorar todas las alternativas para la correcta aplicación de una pena. Mucho han hablado autores sobre la justicia retributiva y restaurativa, sobre los criterios positivos y negativos (siguiendo como base la psicología conductual de Skinner), y de diversas soluciones alternas al problema de castigar: sin embargo, ninguna respuesta adquiere carácter general, lo que hace que se conviertan en mera guía o fines ideológicos para el sistema en la aplicación de las medidas de reacción a la conducta antisocial.

Debido a la naturaleza del criterio del contexto social (dinámico en su naturaleza), así como en la valoración del juez en el que se confía la sana crítica como su método para estudio (aunado a la libertad de poder construir el Derecho a partir de las resoluciones de los juzgadores, según la corriente del derecho norteamericano) es que es muy difícil tratar de ajustar resultados aplicables para exponerse en una tabla.

Es por esta razón que, como propuesta singular, se ofrece por parte del autor de este texto una propuesta de metodología distinta para la valoración de esta reacción a la conducta antisocial, no excluyente de los principios enunciados, y convergente con los principios filosóficos que han procurado regir este trabajo (pues emana como una corriente filosófica en particular): el enfoque fenomenológico.

#### 3.3.1.5.1 La fenomenología como método de valoración

La fenomenología, como corriente filosófica, ha probado haber vencido a monstruos dogmáticos anteriormente, y demostrado su capacidad de adaptación conforme al paso del tiempo, evolucionando según las nuevas épocas.

La punibilidad como consecuencia alcanza a ser cristalizada al momento de individualizar concretamente la pena a cada autor, materializando la punición según las circunstancias particulares de la intervención, la valoración de las circunstancias especiales del sujeto, así como sus fines últimos que le orillaron al sujeto a cometer la conducta punible.

Esta individualización, para efectos de ilustrar lo anterior, se encuentra ya normado como obligatorio en el artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal, ahora Ciudad de México (siguiendo una tradición de estudio jurídico en torno a la individualización de la pena), aún vigente en nuestra ciudad, por lo que su estudio es necesario para imponer una determinada pena en cada caso concreto. Sin embargo, la metodología utilizada, si bien resulta de utilidad, para efectos de este texto no es suficiente para determinarlo todo.

Los criterios del mencionado artículo son correctos e idóneos, pero el problema no reside ahí, sino en su aplicación. Varios de las fracciones de tal artículo se convirtieron en verdaderos requisitos a plasmar en toda declaración preparatoria, y algunos elementos como la valoración de cada cultura se sostuvo a partir de las declaraciones de los imputados: esto es correcto. Entonces, ¿dónde reside el error? En que varios de estos *requisitos* se convirtieron precisamente en eso: una manifestación administrativa más, que rara vez es tomada en cuenta a la hora de exponer las causas. En todo caso, si se pretendía demostrar la finalidad de la conducta, era necesario hacerlo como parte de la declaración, y no dentro de la valoración de sus circunstancias.

La alternativa sugerida para evitar el prejuicio del juzgador en turno, de acuerdo con lo que expone el artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal, ahora Ciudad de México y de forma complementaria con la formación jurídica, se propone un método filosófico que sirva de guía para la valoración integral del hecho penalmente relevante.

Esta propuesta reside en el estudio de la *fenomenología* como un método para determinar la necesidad de la pena conforme a la situación particular de cada sujeto activo, y en el proceso de la asignación de la consecuencia adecuada para su respuesta y control. El problema, así mismo, no únicamente se encuentra en la aplicación real, sino también en el planteamiento teórico, puesto que lo que se ha dejado como parte de una cuestión procesal, tiene definitivamente incidencia teórica, y viceversa, dejando como resultado una relación simbiótica que sería oportuno estudiar en este momento.

Ahora bien, la fenomenología, como corriente filosófica ha tenido sus victorias dogmáticas: tuvo como rival de época los terribles estragos del

positivismo filosófico y científico, lo que llegó a invalidar y menoscabar a la Filosofía como *ciencia primera*, dejándola al margen como un conjunto de creencias empíricas sin sentido, idea central del psicologismo imperante.<sup>308</sup> A partir de las corrientes fenomenológicas (incluyendo, desde luego a Edmund Husserl, su principal impulsor, así como Martin Heidegger en un momento posterior) se logró vencer tal oposición con el paso del tiempo, demostrando que, pese al hecho de que la Filosofía no tuviera un método tan preciso como el de las ciencias naturales, no se debía excluir su investigación, dado que la búsqueda de los principios inmutables y de las esencias humanas debía reconocer más dimensiones que la racional para su exposición, de tal manera que pudieran comprenderse otros horizontes de los problemas clásicos, pero volviéndose un poco más rígidos en su método.<sup>309</sup>

Para entender la labor de un fundamento último, se requiere un método, por lo que el primer paso para llegar a ello es cuestionar la validez de los presupuestos comúnmente aceptados en la vida<sup>310</sup> (cosa que es muy útil, tratándose de valoraciones en el Derecho como la del conocimiento del sujeto común, por ejemplo). Cuando el juez resuelve fijar una pena, no solo lo hace al marco de lo que establece la ley, sino también de la interpretación personal de lo adecuado según los alcances de la conducta desplegada, en función de la situación del autor.

La *reducción fenomenológica* es ese primer paso materializado en un método, puesto que no niega la realidad de las cosas asimiladas por la experiencia directa, sino que tan sólo suspende la creencia pre filosófica en ella para reconducir a las cosas dadas directamente por la conciencia<sup>311</sup>: “*La subjetividad no crea al mundo, sino que produce unidades objetivas a través de una constante actividad de síntesis en el devenir temporal de la conciencia misma*”.<sup>312</sup>

El pensar como un proceso mental es un existir real, mientras que el contenido lógico del pensamiento es un existir ideal, diferenciando con ello el

---

<sup>308</sup> Matamoros Franco, Nora María, *La fenomenología como respuesta...*, Óp. Cit., pp. 3 – 11; Así también Husserl, Edmund, *La idea de la fenomenología*, Trad. Escudero, Jesús Adrián, Editorial Herder, España, 2011. p. 13.

<sup>309</sup> Matamoros Franco, *La fenomenología...*, Ídem.

<sup>310</sup> Husserl, *La idea...*, cit., p. 12.

<sup>311</sup> Ídem., p. 13.

<sup>312</sup> Ídem.

proceso del contenido del pensamiento.<sup>313</sup> Esto da pauta para fundamentar la lógica pura y la teoría del conocimiento.<sup>314</sup>

El error del psicologismo, como una muestra de la capacidad del método en contraste de su oponente vencido, fue no distinguir el objeto del conocimiento y el acto de conocer<sup>315</sup> (situación de la que ningún juez se ve a salvo, por más experimentado que éste se encuentre: siempre habrá una interrogante sobre el conocimiento que realmente tiene, el por qué lo tiene, y sobre el juicio en el cual se basan momento a momento para fundamentar sus determinaciones).

El acto psíquico de pensar debe ser diferenciado del contenido objetivo del pensamiento, según Husserl, los cuales identifica como noesis y noema, respectivamente. Pero en estos actos, se mantiene un factor constante: las circunstancias pueden variar, pero el sentido y el contenido del juicio se mantienen idénticos. La idealidad del significado no varía según las circunstancias psicológicas, pues, en caso contrario sería imposible compartir ese significado<sup>316</sup>, lo que podría parecer salvar el problema epistemológico, en primer lugar. La ciencia, como cualquier otro tipo de conocimiento, descansa en proposiciones verdaderas. Y es la lógica la que proporciona un criterio de *verdad absoluta*.<sup>317</sup> Por eso es importante la crítica del conocimiento. Este criterio es el que guía los pasos de la sana crítica y las reglas de la lógica y de la experiencia que suelen serles concedidas a las resoluciones de los jueces.

Valorar el problema del conocimiento de otra manera es obligado para la fenomenología, pues ésta es definida como una “*ciencia de fenómenos puros*”, encaminada a formular el problema del conocimiento y asegurar con rigor la posibilidad del mismo.<sup>318</sup> El método que Husserl explica es señalado a partir de pasos concretos:

- 1) *Trascendencia*. ¿Cómo puede la conciencia ir más allá de sí misma y alcanzar cosas externas? Esta pregunta es resuelta con la teoría de la intencionalidad (los actos de conocimiento se refieren a objetos).

---

<sup>313</sup> *Ibidem.*, p. 14.

<sup>314</sup> *Ídem.*

<sup>315</sup> *Ídem.*

<sup>316</sup> *Ibidem.*, p. 15.

<sup>317</sup> *Ibidem.*, p. 16.

<sup>318</sup> Cfr. *Ídem.*

- 2) *Correspondencia*. ¿Cómo podemos estar seguros de la concordancia entre el acto de conocer y el objeto conocido? Esta pregunta se resuelve con el planteamiento de la correspondencia entendida como la correlación que se da entre acto de conocer y objeto conocido.<sup>319</sup>

El Juez, al momento de dictar sentencia y de fijar una pena, requiere una valoración y revaloración de todas las variables que componen el hecho penalmente relevante, por lo que buscar conocer más allá de lo que tiene en los datos naturalistas le resultaría imposible, y tiene que buscar un camino para poder entender una verdad jurídica suficiente para fundamentar una pena: por ello, este método parece aplicable.

Estos problemas, resueltos a través de la lógica fenomenológica -la cual expresa que toda crítica del conocimiento debe basarse en una forma del conocimiento que en sí mismo esté libre de ese problema-, son vistos de una forma diferente desde el enfoque interno de conocimiento: “*en la aprehensión directa de sus propios actos, la conciencia no va más allá de sí misma*” (más adelante, será el fundamento de la *reducción fenomenológica*).<sup>320</sup>

La conciencia, cabe aclararse, no es concebida entonces como un “*contenedor vacío donde se depositan los objetos de conocimiento, sino a una completa síntesis temporal de constitución de los mismos*”.<sup>321</sup> La utilidad de estos conocimientos en la valoración de la punibilidad son determinantes para saber cómo es que el juzgador conoce las cosas, y como es que es sugerido conocer, para efectos del aporte. De ahí que sea necesario identificar, analizar y describir los diversos sistemas de presentación y representación correlativos a las diversas formas de objetividad posible.<sup>322</sup>

Al hablar de la intencionalidad como estructura fundamental de la conciencia, se busca analizar la dimensión cognitiva de la conciencia y no su sustrato biológico; es decir, desde la perspectiva de la primera persona (y no la parte científica).<sup>323</sup> Esto permite ver las cosas como *ser conscientes* de algo, están dirigidas *hacia* algo, que *remiten a* algo, lo que les asigna el atributo de la

---

<sup>319</sup> Cfr. Ídem.

<sup>320</sup> *Ibidem.*, p. 17.

<sup>321</sup> Cfr. Ídem.

<sup>322</sup> Ídem.

<sup>323</sup> *Ibidem.*, p. 18.

intencionalidad; por lo que encuentran en su *objeto intencional, su correlato objetivo*.<sup>324</sup>

Aunque el objeto nunca aparece en su totalidad (pues siempre me encuentro viendo únicamente una sola cara del objeto conocido, como la pantalla de un ordenador como la parte frontal del objeto, en donde no se observa el resto de su estructura interna como engranajes, ni tampoco se aprecia la parte posterior del monitor), el objeto nunca se agota en una donación simple, siempre existe la posibilidad de experimentarlo desde otras perspectivas, por lo que la conciencia misma es diferente en cada experiencia.<sup>325</sup> Esta consideración es importante para la búsqueda de un criterio objetivo suficiente para realizar el estudio de la valoración de la conducta, la cual, si bien no tiene fundamentos objetivos (puesto que su origen real reside en la conciencia misma del sujeto activo), si tiene un punto de referencia entre lo conocido y lo tangible (de tal forma que hasta Claus Roxin dedico un apartado a la explicación de la asequibilidad normativa), dejando un margen a la posibilidad de estudiar a la conducta y su consecuencia desde un criterio más laxo.

Sin embargo, para la fenomenología, el hecho de que el objeto exista o no en la realidad queda suspendido metodológicamente, pues la intencionalidad no es una relación externa, sino un rasgo intrínseco de la conciencia.<sup>326</sup> Estas alucinaciones o errores perceptivos en la conciencia pueden ser determinantes para la concepción de la realidad, por lo que lo valora más adelante en la intuición de esencias, su relación con la reducción fenomenológica y el concepto de constitución (este último, ya no trabajado por corresponder a campos más específicos de la Filosofía que en poco nos ahondaría al tema concreto).

Así mismo, la fenomenología es un conocimiento de *esencias*: todo objeto intencional posee una *esencia (eidos)*, por el cual captamos una serie de características propias de aquella esencia (color, sonido, olor, etc., por ejemplo).

---

<sup>324</sup> Cfr. Ídem. Esta referencia es fácilmente entendible por el estudioso del Derecho por la relación simbiótica que existe entre un derecho y una obligación: de manera similar, el destino de esta intencionalidad a que se refiere el autor consiste en el punto de partida y punto de destino de esta conexión de la conciencia entre objeto de conocimiento y acto de conocer.

<sup>325</sup> Ídem., p. 19.

<sup>326</sup> Ídem. Al respecto, esto lo señala por el ejemplo del coche negro en la obscuridad: puede consistir en una alucinación, o en realidad apareció; sin embargo, en tanto es un proceso puro de la conciencia, no tiene incidencia en la realidad hasta que es confirmado por otros objetos en la realidad. De ahí que requiera su suspensión para valorarlo más adelante.

Cuando la conciencia capta un hecho aquí y ahora, también capta la esencia.<sup>327</sup> El conocimiento de las esencias no se logra por medio de la comparación de semejanzas, sino a través de una intuición<sup>328</sup>, la cual se encuentra en la misma conciencia y no en el reino metafísico. Esa esencia comprende la unidad objetiva de sentido y las formas categoriales.

Ahora bien, la percepción sensible (en contraposición a la intuición categorial, es decir, a la concepción mental de objetos y relaciones intangibles), la cual tiene objetos concretos materializables, es asimilable al proceso de diferenciación entre la *percepción* (material) y el *entendimiento* (idea).<sup>329</sup> Por un lado, el primero facilita el acceso primario al mundo, mientras que el segundo es la facultad que permite aprehender esa percepción. Todo es aprehendido en una unidad simple.<sup>330</sup> La intuición categorial debe ser comprendido, por lo tanto, a partir de lo sensible.

Con este marco previo es como la fenomenología permite ver desde diversos enfoques al delito, pues, usando este método se está en posibilidad de aplicar la reducción fenomenológica, y con ello, poder comprender más aristas que la que cualquier jurista normal en nuestros días podría comprender originalmente. Además de las consideraciones previas, la fenomenología insta al *principio de neutralidad valorativa*, consistente en la exclusión de toda teoría previa, y al criterio de la *evidencia fenomenológica*.<sup>331</sup> Aquí, hay un reconocimiento de una realidad innegable: las cosas existen con independencia de la conciencia<sup>332</sup>, lo que es aceptado de forma acrítica aun incluso por las ciencias positivas. Por ello, “*toda intuición que se da originariamente a sí misma es fuente legítima de conocimiento... [por lo que] debe ser aceptada tal y como se le da*”.<sup>333</sup>

De este modo, la reducción fenomenológica no excluye ni niega la realidad, pues, al aplicar la *epoché*<sup>334</sup> –suspensión metodológica de todo presupuesto

---

<sup>327</sup> *Ibidem.*, pp. 20-21.

<sup>328</sup> *Ibidem.*, p. 22. Esa intuición de esencias es llamada por Husserl como *intuición eidética* o intuición de esencias.

<sup>329</sup> Cfr. *Ibidem.*, p. 24.

<sup>330</sup> *Ídem.*

<sup>331</sup> *Ibidem.*, p. 26.

<sup>332</sup> *Ídem.*

<sup>333</sup> *Ibidem.*, p. 27.

<sup>334</sup> *Ibidem.*, p. 28. Este término, junto con otro par de conceptos propios del autor consisten el eje toral de su filosofía, pero que, por cuestiones de falta de profundidad en el presente trabajo, no será explicado con detenimiento, sino únicamente con menciones referenciales para la comprensión de sus ideas. Al respecto, consúltese Husserl, Edmund,

metafísico acerca de la realidad y del mundo-, nos reconduce de la esfera natural a su fundamento trascendental.

Encontramos entonces dos momentos: uno de limitación del mundo y otro de reconducción a la esfera de la conciencia. De esa manera, la *reducción trascendental* nos muestra la conciencia pura, vista desde la perspectiva externa (de acuerdo al método fenomenológico). Este proceso de *verse desde afuera*, debe cumplir con tres pasos para comprender a la conciencia como si fuera un objeto externo, a saber: 1) reducción gnoseológica; 2) reducción eidética; y 3) reducción trascendental.<sup>335</sup>

Este proceso es más destacado para el juez, porque parte de la deconstrucción del conocimiento para llegar a una verdad diferente involucra verse desde afuera como un criterio más objetivo para la observación de todas las aristas posibles.

Una vez realizados estos pasos, es posible ver el proceso de reflexión sobre sí misma, se descubre como auto conciencia y se hace visible la función constitutiva del yo como condición de posibilidad de manifestación de las cosas.<sup>336</sup> Esto es determinante para cualquiera que tiene a su cargo la asignación de una consecuencia en función de su gravedad y de otros principios y criterios rectores para evitar la arbitrariedad de una pena, en ocasiones innecesaria, pero que responden al pensamiento general de la sociedad en torno a un problema de esta naturaleza.

Es preciso hacer la mención de que este método se basa en la premisa de que la fenomenología no es una ciencia analítica como las matemáticas, ni tampoco es una disciplina deductiva, sino que es, en todo caso, una disciplina descriptiva, pero que encuentra en los argumentos anteriormente expuestos su principal fundamento como contraataque a la perspectiva rígida y estricta de las ciencias naturales y el positivismo, representado por el psicologismo.

---

*Ideas: General Introduction to Pure Phenomenology*, 2a Reimpresión, Trad. Boyce, Gibson, Editorial Collier Books, Estados Unidos, 1967.

<sup>335</sup> Ídem.

<sup>336</sup> Ídem.

De este modo es como esta sugerencia de valoración de la punibilidad concreta puede ayudar con un criterio más realista a contemplar todas las aristas que componen el problema del estudio de la voluntad, pues la valoración de decisiones con base a fines no es suficiente para determinar el amplio espectro de posibilidades que el sujeto tenía contempladas para la realización de su acción, y, en todo caso, el funcionalismo no reparó al asignar un matiz de opciones en función del rol social.

Solo en la medida en que se tenga contemplado claramente al humano en tanto que es humano, y se convierte en él y su circunstancia, es que se podrá entender mucho mejor las causas de por qué el autor de un hecho penalmente relevante hace lo que hace, y, en esa medida, se encontrará legitimidad en la consecuencia asignada, con independencia de los criterios de retribución, o de cuestiones de índole preventivo generales, generalmente abordadas en este tópico penal.

Se expuso que este método, de naturaleza optativa, puramente dogmático e interpretativo, puede ayudar de una forma diferente a la culminación de una teoría del proceso acorde a principios filosóficos y que buscan respetar los derechos humanos para el delincuente, por lo que podemos contar ya con el panorama general de la punibilidad, quedando estructurados sistemáticamente los elementos de la teoría ecléctica del delito propuesta.

Se observa la estructura lógica que tienen los elementos hasta alcanzar la consecuencia, y como la consecuencia se sugiere ser valorada para poder encontrar un adecuado ajuste con los principios enunciados desde el inicio de este trabajo de investigación teórica. Por lo que ahora procederemos a estudiar el aspecto negativo de ellos para complementar la esquematización funcional de la teoría ecléctica.

### 3.3.2 Aspectos Negativos del Delito

El estudio de los llamados aspectos negativos del delito (es decir, aquellas situaciones que impiden la actualización de la existencia de un delito), comenzó de forma sistemática por los esfuerzos de Guillermo Sauer, mismos que fueron divulgados y familiarizados por la doctrina de Luis Jiménez de Asúa en *La Ley y*

*el Delito*. Fernando Castellanos Tena lo rescata y hace mención de ellos como base de un estudio esquemático para el estudiante de Derecho Penal.<sup>337</sup>

En nuestros días, su estudio se encuentra esquematizado a partir de un cuadro.

La metodología utilizada no estuvo errónea en su instrumentación; pero dio lugar a la idea de pensar el Derecho Penal como un 'simple cuadro'. Nada más equivocado, puesto que, si bien se encuentra esquematizado para tener un conocimiento mejor organizado, no puede reducirse a tal aseveración.

Ahora bien, hay que hacer notar que, en todo caso, estos elementos negativos del delito, no se encuentran por sí mismos, sino como 'causas'. No es que la atipicidad (por ejemplo) se presente como esencia, sino que hay alguna razón por la cual se configura, y es esa causa la que termina de excluir la conducta como delito.

Si bien es cierto, cada elemento negativo es definido generalmente a 'contrario sensu' de la definición de cada uno de los elementos positivos, hay que recordar que tales esquemas partieron inicialmente de una labor organizativa de las múltiples causas observadas por los dogmáticos como posibles excluyentes del delito, que se van moldeando de acuerdo al criterio de cada autor, o de las causas que la ley y la jurisprudencia advirtieron en su momento.

El Código Penal para el Distrito Federal, ahora Ciudad de México vigente actualmente tiene un corte finalista, según se aprecia de su redacción. Menciona en su artículo 29 que se reconocen las causas de atipicidad, causas de justificación o de inculpabilidad<sup>338</sup>, dejando ver que los tres elementos principales del delito para la legislación mexicana se han reducido al esquema generalmente aceptado *tipicidad-antijuridicidad-culpabilidad*. No obstante, esta teoría ecléctica ha desarrollado un esquema distinto en el tratamiento de los elementos del delito, por lo que su esquema de corte finalista no es totalmente compatible con el contenido desarrollado.

---

<sup>337</sup> Castellanos, *Lineamientos...*, cit., p. 119.

<sup>338</sup> Código Penal para el Distrito Federal, Ed. ISEF, México, 2017, p. 6.

A diferencia de lo expuesto por la legislación, tendremos que los elementos con los cuales se puede determinar la inexistencia del delito serán, para esta teoría, los siguientes: *ausencia de conducta, atipicidad, causas de licitud, falta de responsabilidad por causa de inculpabilidad (dependiente de la inimputabilidad, la inexigibilidad de otra conducta o la ausencia de necesidad preventiva), y excusas absolutorias*, para el caso de que no se considere necesario la aplicación de una pena.

### 3.3.2.1 Ausencia de Conducta

En este punto, expondremos lo más sobresaliente para comprender el aspecto negativo de la conducta, el cual consiste en la ausencia de su realización, por alguna de las causas clásicas de la dogmática jurídico-penal.

Como previamente enunciamos, el primer elemento de esta teoría ecléctica del delito involucraba el reconocimiento de la conducta por diversas causas, pero que, en forma sistemática, refiere la importancia de contemplar todos los factores que influyen en el sujeto delincente para tomar decisiones, y para que con ello se concrete de forma indiciaria la imputación objetiva.

Sin embargo, si del mismo estudio de la imputación se observa la imposibilidad de que el sujeto analizado haya podido intervenir siquiera, o que su participación no resulte relevante para el hecho penalmente relevante por el modo inocuo de su actuación, resulta una exclusión del tercero, y con ello, se acredita una ausencia de conducta; pero que no resulta la única.

Anteriormente la doctrina reconocía diversas razones por las que se considera una ausencia de la conducta, de donde destacan el *sonambulismo*, el *hipnotismo*, el *sueño profundo*, y otras razones que convergen en la idea de que el movimiento consciente no pudo haber sido producido simplemente porque el sujeto en cuestión no estaba ni siquiera consciente de sí mismo al momento de la realización de los hechos, por lo que se le desvinculaba del proceso por este fundamento.

Actualmente sabemos que esas razones no pueden tener la misma injerencia en la doctrina actual, puesto que, además de su difícil comprobación, constituyen causas que reconocerían rasgos metafísicos y no objetivos que no

son racionales, y que dejan aun un margen amplio de debate sobre sus mitos y realidades. Además, eso da materia para estudio de la imputabilidad y su desacreditación por constituir una actio libera en causa en tanto que el sujeto es responsable de sí mismo y de su protección a sabiendas de los padecimientos que tiene. Como no es materia de nuestro trabajo desacreditar tales causas, se dejarán mencionados por haber constituido una parte de la doctrina de antaño, más no como una parte constitutiva actual de ellos.

Por otra parte, la *fuerza física superior irresistible* ha ganado un lugar predilecto dentro de la doctrina debido a la imposibilidad de controlar la voluntad por causas ajenas al mismo sujeto, y que conforman una sinergia eventual de fuerzas físicas que desencadenan la aparición de un hecho penalmente relevante, pero que no constituían la voluntad del sujeto causante, sino que se convirtió en medio para la materialización, aún a pesar de su voluntad.

Enunciadas las causas de ausencia de la conducta, debemos anticipar que dichas causas refieren exclusivamente a los *cambios físicos y notables* en el mundo, pues de acuerdo a lo que hemos venido desarrollando, el mismo pensamiento o la intención en sí no son reprochables, y entrar al estudio de las razones últimas de la persona para actuar no le concierne al campo del Derecho Penal, por lo que se considera que se está en posibilidad de continuar el estudio con otras causas por las cuales se impide la consumación de un delito, como lo son las causas de atipicidad.

### 3.3.2.2 Atipicidad

La atipicidad, como aspecto negativo del delito, impide la existencia del delito a causa de *la falta de actualización de la tipicidad, es decir, no se el encuadramiento perfecto de la conducta en la hipótesis propuesta por el legislador como prohibición y como materia de la prohibición*. Eso significa que, cuando hay una *falta en la actualización o configuración de alguno de los elementos específicos de los que exige el tipo*, existe una ausencia de la tipicidad, en tanto que no puede ser debidamente encuadrada la conducta dentro del catálogo de prohibiciones propuestas por el legislador, y toda vez que existen tanto los Principios de Legalidad, Exacta Aplicación de la Ley Penal, así como una prohibición de aplicación de penas por simple analogía es que la conducta

es irrelevante para el Derecho Penal para el caso de falta de encuadramiento perfecto de la conducta en relación a lo exigido por la norma.

La tipicidad no se actualiza desde el preciso momento en que falla el encuadramiento con alguno de los elementos exigidos por el tipo penal y la conducta desplegada en el mundo factico, por lo que se pueden interpretar en *contrario sensu* a cada uno de los elementos señalados arriba. Puede ser una falta en el cumplimiento de los elementos objetivos específicos del tipo, o puede ser una falta del elemento subjetivo específico distinto al dolo, por ejemplo, por lo que tales hechos quedarían impunes en virtud de estas causas.

Las causas pueden enunciarse como:

- a) Falta de actualización del elemento normativo.
- b) Falta de actualización del elemento objetivo.
- c) Falta de actualización del elemento subjetivo.
- d) Falta de objeto material.
- e) Falta de resultado material.
- f) Falta de las condiciones específicas de modo, tiempo y lugar.
- g) Falta de calidad específica del sujeto activo.
- h) Falta de calidad específica del sujeto pasivo.
- i) Falta de número de sujetos activos.
- j) Demás que puedan componer al tipo penal de acuerdo a lo expuesto arriba.

Estas son las causas por las cuales la tipicidad no puede concretarse, y que dan lugar a la inexistencia del delito, por así impedirlo el principio de legalidad, en tanto que la regla para el gobernado consiste en que lo que no le está expresamente prohibido, está permitido; Lo anterior es así en razón de que, tal y como contempla el mencionado principio, “*la pena es nula sin el delito, y el delito es nulo sin ley previa*” (...*nullum poena sine lege*), trinomio enunciado en párrafos arriba. Al ser la ley previa un requisito de existencia para el reproche de una conducta reprochable (y en consecuencia, punible, al cual se le aplica una pena), es preciso que dicha ley sea aplicada exactamente: por lo que surge como respaldo de la condición planteada por este principio toral de Legalidad un principio diverso de exacta aplicación de la Ley Penal, en la cual, deben

actualizarse todos y cada uno de los requisitos enunciados por la norma penal para continuar con la valoración jurídica del delito.

De esta manera, si se actualiza el encuadramiento perfecto, se procederá al estudio de la antijuridicidad; de lo contrario, el sujeto interviniente no tiene razón para seguir siendo analizado, puesto que su conducta no consistió en nada que se exprese como ilícito, por lo que el resto del estudio es innecesario.

Abarcado lo anterior, avanzaremos con el estudio de las causas de licitud, en las cuales, a diferencia de las anteriores, ya no impiden la existencia del delito, sino que únicamente lo justifican, como comúnmente se expresa de ellas, sin que eso sea precisamente cierto. Tales acotaciones serán explicadas en breve.

### 3.3.2.3 Causas de licitud

De lo mencionado en las reflexiones de Luis Jiménez de Asúa en torno a la pregunta de la antijuridicidad como término correcto<sup>339</sup>, así como de lo discutido en los párrafos del capítulo primero de este trabajo en lo referente a las nociones de Justicia<sup>340</sup>, donde se observó que diversos autores consideraran la concepción de lo jurídico como lo equiparable y sinónimo a lo justo por ser los fines que el Derecho persigue, es que se llega a la conclusión de que no pueden considerarse causas de justificación (como diversos autores lo han señalado), sino que, en todo caso, deben ser llamadas *causas de licitud*.

Estas causas de licitud afectan sustancialmente el carácter ilícito de una conducta, en el sentido de que pudieron haber sido lícitas por virtud de alguna otra norma del orden jurídico vigente que le permitiera hacer dicha conducta, o cuya *permisión* derivara de la voluntad del garante o, incluso, del mismo propietario del bien jurídico para poder hacerlo, lo que nulifica toda actuación contraria a Derecho, y que le permitiera al sujeto activo ser excluido del estudio teórico del delito respectivo, puesto que no habría necesidad de la pena por las razones mencionadas.

Estas causas de licitud parten desde la premisa que señalamos con anterioridad, partiendo del estudio de Hans Welzel en torno al tema, de que es

---

<sup>339</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones...*, cit., p.

<sup>340</sup> Véase supra Capítulo 1 de este escrito, p. 35.

con la búsqueda de una permisión en contraposición a la prohibición. Así mismo, también se retoma el hecho que adelantamos en párrafos anteriores sobre el orden jurídico en su conjunto, el cual provee de diversos ordenamientos jurídicos vigentes que rigen al momento y el lugar donde se comete el delito, y dando a lugar a eventuales concurrencias de la normatividad que regulan un mismo hecho: es por ello que si, en el caso concreto, encontramos alguna norma que *permita* la realización de determinada conducta frente a la postura general de prohibición, se puede hablar de una valoración normativa que permitirá entender si el estudio del delito continúa, o, en su defecto, asemeja como causa de licitud la conducta con respecto al hecho penalmente relevante concreto.

Existen diversos ejemplos al respecto, desde el denunciado que, destruyendo un objeto ajeno, lo destruye por órdenes del propietario que, conforme a la legislación civil, lo sea, o se cuenta con un permiso expedido por él con las formalidades del Derecho Civil para hacerlo o demás casos que pudieran preverse en donde se confronten una prohibición y una permisión, en términos de Hans Welzel.

La doctrina ha reconocido como causas de licitud al *cumplimiento de un deber*, el *ejercicio de un derecho*, la *legítima defensa*, el *estado de necesidad*, *golpes y lesiones en los deportes*, y demás que pudieran ser enunciados dentro de este rubro; con las cuales, estamos de acuerdo, señalando que son algunas, de forma enunciativas más no limitativas.

- a) Cumplimiento de un deber.
- b) Ejercicio de un derecho.
- c) Legítima defensa.
- d) Golpes y lesiones cometidos en deportes. Efectivamente, las lesiones en deportes son muy comunes (y más en los deportes cuyo objetivo final es causarlos); sin embargo, esta situación no es por sí suficiente para denunciar delitos, siempre que los participantes firmen (y deben de hacerlo para participar) una renuncia expresa para ejercer el deporte en cuestión.

Desarrolladas las posibles causas de licitud, que terminan de dar una aprobación por parte del sistema jurídico a una conducta que es en principio

relevante para el Derecho Penal, procederemos a continuar con el siguiente aspecto negativo, puesto que una vez que se afirma la antijuridicidad, y en caso de no mediar causa de licitud alguna que permita suponer tal aprobación, se continua con el estudio de la responsabilidad del sujeto. De ahí que procedamos a estudiar la exclusión de la responsabilidad.

#### 3.3.2.4 Exclusión de Responsabilidad

En este apartado, se expresarán las causas que pueden dar lugar a la exclusión de la responsabilidad, a través de los aspectos negativos de los integrantes de la misma, de acuerdo al esquema teórico propuesto.

En la teoría del delito propuesta, el siguiente elemento del delito a estudiar posterior a la antijuridicidad es la responsabilidad, que, como señalamos, se constituiría de *culpabilidad* y *necesidad preventiva*.

Esta separación no es casualidad, sino que presenta un compuesto al mismo nivel de la culpabilidad que tendrá una característica mixta; puede fungir como una valoración fáctica de la situación personal del sujeto de conformidad con ciertos criterios, para determinar la falta de necesidad de la pena; o puede ser una valoración previa que la ratifique. Por otro lado, sabemos que el elemento negativo correlativo a la culpabilidad es la *inculpabilidad*, la cual está directamente dependiente de lo que se establezca en sus elementos internos, a saber: *inimputabilidad* y la *inexigibilidad de otra conducta*.

Visto lo anterior, procederemos a estudiarlos para su mejor comprensión.

##### 3.3.2.4.1 Inculpabilidad

La inculpabilidad es el elemento negativo que presenta el delito con respecto a la culpabilidad, y esto significa que *ni la responsabilidad, ni el reproche pueden realizarse de una forma adecuada* por alguna falta de capacidad de comprensión mínima del sujeto, o bien porque su acción se encuentra apegada a alguna causa que involucra la postura más adecuada frente a una situación respecto a un hecho concreto con respecto a la exigencia de una norma, o actuando en la búsqueda de la conservación de un bien jurídico de mayor valor que el que se puso en peligro, se lesionó o se perdió.

Estas causas atacan principalmente la responsabilidad, en el sentido de que *el sujeto no se encontrara suficientemente apto para comprender su ilícito (inimputabilidad del sujeto), no tuviere razón alguna para comprender que su conducta fuera errónea (error invencible de tipo), o no encontrase otra actuación debida frente a la tutela y protección de algún bien jurídico con respecto al que se atacó de acuerdo a la exigencia de la norma (inexigibilidad de otra conducta).*

La inculpabilidad deriva directamente del estudio de la responsabilidad en virtud de la cual el autor deba de responder por alguna causa en particular, por lo que el estudio en conjunto, sistemático y lógico de cada uno de los elementos previos son lo que constituye el verdadero reproche, y la exigibilidad de otra conducta, puesto que, hasta este punto, se debió de haber cometido una conducta tan lesiva que amerite el castigo o la consecuencia alterna a él.

Procedamos entonces a estudiar los factores que inciden en la culpabilidad, siendo éstos la inimputabilidad y la inexigibilidad de otra conducta.

#### 3.3.2.4.1.1 Inimputabilidad

La *inimputabilidad* es un aspecto negativo de la Culpabilidad (como parte de la inculpabilidad), en tanto que ayuda no solo de forma indiciaria a decidir si es posible o no un reproche de acuerdo a su capacidad cognitiva (en esta teoría, determinada por la asequibilidad normativa), sino que también proporciona un grado determinado de comprensión para realizar dicho reproche.

Tal elemento negativo de la culpabilidad *se caracteriza por ser la ausencia o disminución de la capacidad cognitiva necesaria para la comprensión de los hechos penalmente relevantes como autor de los mismos, por causas ajenas al sujeto, o por situaciones justificadas que determinan la capacidad para ser objeto de imputación de un delito (con su respectivo análisis).*

La *asequibilidad normativa*, citábamos a Claus Roxin, es un estado de comprensión de la persona sobre la ilicitud de su conducta, y su valoración como reprochable en el ámbito jurídico. Esta situación no puede ser abarcada de forma sencilla, sino que se compone de diversos puntos característicos que deben incidir para poder realizar un correcto reproche.

Comenzando por el aspecto comprensivo, la persona debe tener un grado de entendimiento mínimo de la norma: esta situación es de explorado derecho al estudiar el tema, puesto que ya Franz Von Liszt lo había señalado con antelación al mencionar que el sujeto debía tener el grado de entendimiento de un sujeto común, exigiendo, por lo tanto, ciertos comportamientos esperados, y dejando aparte los casos particulares. Al verse superado el principio por los casos concretos, se elaboraron ideas más complejas para la comprensión de la ilicitud por parte del sujeto activo, y su respectivo reproche, dejando como conclusión más notable la concepción de la inexigibilidad de otra conducta.

La inexigibilidad de otra conducta llegó a ser tan relevante que se consideró que podría tener el punto clave para saber con precisión que casos en estudio siguen una línea de inimputabilidad por falta de capacidad conforme al caso concreto, puesto que se presupuso que el sujeto acató, hasta donde sus límites le permitieron, el respeto a la norma, por lo que el resultado se puede considerar humanamente una tragedia, tal y como en el sentido que Gunther Jakobs maneja.

Es cierto que tal razonamiento guio de forma más precisa el estudio; sin embargo, cuestiones que involucran el estado del alma del sujeto, la mentalidad misma de la persona involucrada en un hecho penalmente relevante, constituye un análisis que abarca diferentes perspectivas, y cuya claridad sobre el tema no está bien delimitado conforme a la mejor información disponible (aún actualmente, donde existe un avance notable en psiquiatría y materias afines para desarrollar todas las alternativas del conocimiento posibles para entender el problema de la conducta humana, y la determinación de las decisiones en un proceso lógico cognitivo).

Por ello, cuando Claus Roxin propone la idea del estudio objetivo con base en lo que establece la norma, y la comprensión de la misma para el sujeto activo, se obtiene una directriz distinta, más enfocada en el problema jurídico que, como ente jurídico, es preciso analizar desde este campo.

Esto nos da una ventaja: no obstante, aún se presentan problemas sobre la comprensión concreta de la falta de capacidad. Los casos concretos siguen superando en número a las posibilidades de resolver el fondo conforme a un

principio general. De ahí, que la única forma razonable observable desde la perspectiva de este trabajo de investigación se halla en el estudio sobre la conciencia del sujeto respecto a su capacidad de comprensión del hecho y sus consecuencias jurídicas, explicadas de forma sencilla.

Es cierto, además, que el tipo penal no requiere con precisión el conocimiento consciente de todos y cada uno de los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo, por lo que el estudio se basa a través de criterios de índole sociológica, en cuanto a su percepción como parte integrante de la sociedad, así como del campo filosófico-ético, por lo que hace al deber de responsabilidad, más allá que tener que comprobar que efectivamente se conocían todos y cada uno de los elementos por el sujeto, dejando así una idea clara de lo que se estudia en este elemento negativo de la culpabilidad.

Por último, su característica de elemento no pasa desapercibida, sino que toma relevancia en la justa medida en que se encuentra valorable esta capacidad, pues, con ello, se obtienen una gama de posibilidades y matices en torno al reproche de la responsabilidad según a las capacidades del sujeto estudiado, dejándonos un comportamiento fragmentado según distintos rubros y escalas de valor determinadas, por lo que el análisis sobre su consecuencia queda ajustable conforme al caso concreto, y así proveer al juzgador de mayores elementos de convicción, sin que se conviertan en base previa de estudio como en el caso de exceso de la corriente finalista.

Visto lo anterior, podemos tener la certeza de que el análisis de la inimputabilidad no se puede basar en principios concretos para su determinación, sino en una valoración completa de distintos campos que integran la decisión misma del sujeto imputado, y que se encuentran ajustados a criterios más objetivos que los anteriores, como la comprensión de un hecho antijurídico a la luz de la consideración del sentido común y la exigencia social normal, por lo que se procede a explicar el siguiente elemento: la inexigibilidad de la conducta.

#### 3.3.2.4.1.2 Inexigibilidad de otra conducta

La inexigibilidad de otra conducta consiste, según la doctrina clásica conforme lo hemos repasado previamente, en la imposibilidad de continuar

observando el cumplimiento estricto de la norma por situaciones que, en casos extremos y más allá de las capacidades humanas normales, ponen en peligro bienes jurídicos legítimos, en tanto que su protección se encuentra supeditada a la realización de actos contrarios a Derecho que serían posibles de acatar en otras condiciones.

Esta inexigibilidad de otra conducta, como evolución al estudio de las anteriormente conocidas *causas de inculpabilidad* a la luz de la teoría causalista (donde, recordemos, el elemento interno en su conjunto e indiscriminadamente de sus componentes fue valorado como un todo a partir de la culpabilidad) tiene ya un lugar propio dentro de la doctrina a causa de que, después de la valoración continua de diversas situaciones límite, no es posible determinar con facilidad la aplicación ideal de un derecho o el acatamiento de la norma, cuando se tiene un problema de bienes jurídicos en el cual uno de mayor o igual relevancia podría ser objeto de defensa sólo a través de la pérdida de otro.

Esto deduce, al final, una tragedia para quién ha de sufrir un daño; pero *se convierte en inexigible otro comportamiento en tal circunstancia por virtud de sus especiales características que obligan al sujeto activo a realizar la conducta en aras de poder salvaguardar un bien jurídico legítimo mayor o igual, lo que evita que el reproche se realice de forma normal, convirtiéndose, por ello y en esa medida, en irreprochable.*

Al ser irreprochable por las características propias de la situación, y por ser la culpabilidad un juicio de reproche en contra del sujeto imputado por su acción, es que se debe considerar como una imposibilidad la realización de tal reproche, solo en la medida de que se convierte en inexigible el acatamiento de la norma jurídico penal.

Por ello, la inexigibilidad funge como *elemento negativo de la culpabilidad*, pues evita que esta se perfeccione con el reproche necesario, dejándola como determinante para algunos dogmáticos como fundamento de una sentencia condenatoria o absolutoria.

Para efectos de la presente investigación, debe considerarse a la inexigibilidad de otra conducta como factor determinante para el reproche, a la

luz del estudio de las circunstancias completas que rodean el evento (incluyendo la circunstancia misma del sujeto delinciente, acorde con los principios expuestos en esta investigación); por lo que *la determinación de una exigibilidad* en función de un *parámetro objetivo* resulta de importancia para continuar con el reproche, por lo que *la guía adecuada para tales fines se basará, principalmente, en la exigencia de la norma conforme al sistema jurídico concreto, y de acuerdo al sistema de roles correspondientes que asignan una responsabilidad concreta a cada uno de los miembros de la sociedad en la que se desenvuelve y se comete el delito.*

Este es el único parámetro concebible que funcione para su estudio, sin dejar de reconocer que existen otras metodologías para ello, como la valoración de la personalidad del sujeto, la ponderación de bienes jurídicos concretos, y su debate en torno a cuál de los bienes jurídicos en conflicto debe ser protegido antes que otro (axiología jurídica), y sus causas y razones.

Superado lo anterior, se ha analizado brevemente el estudio de los elementos negativos de la culpabilidad, que terminan de desacreditar o de imposibilitar el juicio de reproche en contra del sujeto imputado, por características particulares que constituyen un impedimento real por virtud de su insuperabilidad. Procedamos entonces al estudio del segundo elemento negativo de la responsabilidad, consistente en la *Ausencia de la Necesidad Preventiva*, la cual, aunque no deja de reconocer la culpabilidad de la conducta, se considera por parte del juzgador que no existe necesidad suficiente para realizar el acto de prevención especial en contra de la persona sobre el delito en concreto, por lo que si bien existe ya un delito, no hay razones suficientes para llevarlo al castigo (por la necesidad de una respuesta a la realización de un ilícito), de conformidad con los valores sociales más relevantes, lo que evita que el sujeto tenga que responder, o responda de forma atenuada a la exigencia usual de la norma, por virtud de características sociológicas importantes.

#### 3.3.2.4.2 Ausencia de Necesidad Preventiva

Señalamos con anterioridad que los principios preventivo generales fueron una revitalización de la dogmática del delito en tanto que permitía el

análisis de factores fácticos que influyen en la determinación del juez, y que, jurídicamente, no encuentran cabida en un esquema rigorista.

A la luz de la lógica de esta investigación, si existe una conducta que se adecua perfectamente al tipo, en la cual no media ninguna causa que le permita al sujeto activo su realización, y en la que el mismo sujeto obra con todo el conocimiento y capacidad para ejercer efectivamente su voluntad al momento de hacerlo, existe un indicio de la necesidad de prevención especial en torno al sujeto delincuente, en tanto que está vulnerando y lesionando bienes jurídicos tutelados de gran importancia para la sociedad en abstracto.

Sin embargo, *si no existe una necesidad real para ejercer su castigo conforme a la sociedad en concreto, por no ser un bien jurídico tan relevante, y pese al hecho de la existencia de una disposición jurídico-penal que indica consecuentemente el cumplimiento de una pena por su desacato*, el juzgador de la causa tiene la oportunidad de determinar, a criterio y con conciencia, la *ausencia en la necesidad del ejercicio de una prevención especial*, en razón del esquema del sistema funcionalista, el cual toma como base la protección del Estado a través de *criterios político-criminales*.

Si el Estado (y, consecuentemente, el sistema mismo) no presenta la necesidad de imponer la consecuencia para la protección de estos bienes jurídicos, no es necesario ejecutar una pena.

Los criterios para determinar una ausencia de necesidad preventiva son abstractos, puesto que *están determinados de forma directa y proporcional al sistema jurídico político en el que se lleva a cabo la valoración*, puesto que está íntimamente vinculado con los valores más importantes de la sociedad concreta: por ello, es fácil imaginar que en una sociedad donde se privilegien los derechos patrimoniales, sea más complicado considerar la ausencia de necesidad preventiva si lo que se afectó fue uno de los bienes jurídicos más importantes para la sociedad concreta, o considerar que una persona que realizó labores tendientes a la caída del régimen estatal pueda alcanzar un criterio de ausencia de necesidad preventiva en una sociedad cuyo mayor bien jurídico tutelado reside en el nacionalismo y la defensa del estado, etc.

Este criterio permite también observar de forma directa y más latente el tipo de sistema jurídico-político imperante en la sociedad en la que se desenvuelve, por lo que su descripción es, en todo caso dinámica: esto es, se va construyendo a cada momento según los intereses de la sociedad. Sin embargo, este trabajo no pierde de vista el enfoque del iusnaturalismo, y se defiende la idea de que, a pesar de existir criterios divergentes en torno a su construcción, se rescata la idea de que *deben existir ciertos criterios inmutables a toda sociedad y a todo momento*, por lo que no puede pasarse por alto la búsqueda de estos criterios, como el respeto a la vida sobre cualquier otro bien jurídico (por regla general), o el cuidado del menor en toda su extensión.

Estas son las razones por las cuales intentar hacer un listado resulta inútil, en tanto que responde a causa y factores reales del Derecho, y constituyen una valoración sociológico-axiológica del juez de la causa para la determinación de tales criterios.

Visto lo anterior, procederemos a continuar con el último tema de estudio de siguiente elemento negativo, el cual, más que pertenecer propiamente a la teoría del delito, responde en su naturaleza a una excluyente de la aplicación de la consecuencia de la pena: las excusas absolutorias.

#### 3.3.2.4 Excusas absolutorias

Este concepto no es un aspecto negativo del delito, sino un *aspecto negativo de la consecuencia (punibilidad)*, que expresa una causa por la que no es necesaria la aplicación de una pena como la *legítima consecuencia*. Quizás el estudio de las excusas absolutorias no perteneciera en estricto sentido ya a la teoría del delito (de hecho, estas excusas, podrían pertenecer a otra disciplina, por ser el fondo de su estudio la efectiva aplicación de penas concretas conforme a cada caso particular); sin embargo, sigue siendo de relevancia conocer aquellas causas por las cuales, por lo menos en lo que concierne al derecho sustantivo, ameritaría dejar sin consecuencia tales conductas aberrantes cometidas.

Siguiendo el criterio de la Acción de Inconstitucionalidad 10/2000 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>341</sup>, es posible identificar la esencia misma de las excusas absolutorias, donde se expresa que no releva al sujeto de la responsabilidad de su conducta, sino que, únicamente, se limita a no hacerla punible, diferenciándola con ello, en primer lugar y de acuerdo a la tesis jurisprudencial, a la excluyente de responsabilidad, y, en segundo lugar, de acuerdo a este trabajo de investigación, de forma más precisa, con la ausencia de necesidad preventiva, cuyo origen se encuentra en las necesidades preventivo generales del estado y la política criminal, no así en la teoría del delito propiamente.

Cabría mencionar desde este punto que tales conductas quedarían efectivamente reprochadas, puesto que el delito existió; pero por virtud de alguna razón específica es que este delito quedará sin una consecuencia ejemplar, sino sustituido con la reacción que se considere adecuada para responder y controlar el daño o amenaza al bien jurídico tutelado concreto.

Este elemento trabaja de la mano con la falta de necesidad preventiva previamente expuesta (sin que por ello pierdan independencia cada uno, pues trabaja paralelamente a ella), donde la ausencia de necesidad preventiva determinará, primeramente, si existe o no una necesidad de castigo; y en caso de no existir tal necesidad, la excusa absolutoria, como su nombre lo indica, señala una razón suficiente por la cual no se debe consumir la consecuencia a la realización del hecho prohibido.

Se debe aclarar que, sin importar que constituye una causa de exclusión de la punibilidad como su correlativo negativo teórico, de ninguna manera puede ser considerado propiamente como excluyente de responsabilidad penal bajo la perspectiva sustentada en esta investigación teórica, toda vez que la

---

<sup>341</sup> Tesis: P./J. 11/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, febrero de 2002, p. 592. Sirva su transcripción con resalte propio para desarrollar mejor la idea en comentario:

*"EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS. Las excusas absolutorias son causas que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, son aquellas en las que aun cuando se configure el delito, no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos; en tanto que las excluyentes de responsabilidad se caracterizan por impedir que ésta surja. En otras palabras, en las citadas excluyentes la conducta tipificada en la ley no es inculpa desde el inicio; mientras que en las excusas absolutorias la conducta es inculpa, pero no sancionable, consecuentemente no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad. Acción de inconstitucionalidad 10/2000."*

responsabilidad *strictu sensu* tiene lugar en lo que anteriormente es conocida como culpabilidad, mientras que en este punto, se presenta como una excluyente en la necesidad de la aplicación de la pena.

Son estos los argumentos que construyen en sí la teoría ecléctica del delito, la cual tiene una configuración notoriamente distinta a cualquiera construida por sus predecesores, por lo que se propone su implementación para la unificación de algunos criterios necesarios, y con ello fomentar el avance dogmático jurídico del Derecho Penal.

Expuesta la teoría del delito ecléctica, terminaremos el presente análisis con una valoración de las ventajas que pueden tener su adopción en el sistema mexicano, tanto a nivel doctrinal como a nivel práctico.

## Capítulo Cuarto

### Ventajas sobre la adopción de la concepción de la teoría

#### 4.1 Introducción

El presente capítulo se enfocará a exponer, desde la perspectiva particular, las ventajas previsibles de la adopción de la propuesta teórica enunciada anteriormente, y la influencia posible en la doctrina, legislación y práctica jurídico-penal mexicana, así como un modificador para la reconstrucción del escenario penal actual.

En nuestros días, es común presentar dudas sobre la utilidad en el perfeccionamiento de herramientas teóricas que permitan un estudio más completo y complejo de los casos de la vida diaria que sobrepasan los alcances dogmáticos. En realidad, los amantes de la praxis han llegado a pronunciarse de forma contraria al uso del conocimiento teórico para alcanzar resultados.

Lo cierto, es que, sin estas herramientas intelectuales, no es posible identificar con conciencia las partes constitutivas de un ente jurídico-factico complicado como lo es el delito, en su aparición, sus formas de configurarse, y su exclusión.

La teoría, se ha demostrado anteriormente, es la parte fundamental sobre la cual se puede entender al mundo, pero su influencia no suele ser muy valorada sino hasta después de que se empieza a vincular con la realidad a través de distintas experiencias.

Aquí se expresará por qué, a nuestro criterio, resulta de importancia el uso de una teoría como la propuesta en el capítulo que precede en las actividades jurídico penales usuales, mencionando acaso algunas particularidades.

Es importante que los operadores del Derecho Penal tengan plena conciencia de lo que significa la teoría del delito para su correcta aplicación en la práctica jurídica a causa de que existen problemas cada vez más precisos y sutiles, donde es necesario definir la circunscripción de los factores que influyen

en el estudio, según sean interpretados, y que pueden trascienden de forma significativa en las ideas previamente concebidas como dogma.

Una teoría del delito bien cimentada en el operador puede fundamentar, por ejemplo, una teoría del caso adecuada para la defensa, o una acusación precisa por parte del ministerio público en las etapas procesales respectivas, encontrando con ello uno de los muchos puntos de convergencia de la utilidad teórica en la práctica.

Por eso, a partir de este punto, procuraré exponer, desde los tres principales frentes que vislumbro (dogmático, didáctico-académico y práctico), las ventajas que tiene la aplicación de una teoría ecléctica del delito como la que he propuesto, así como las razones por las cuales se considera tener una opinión acertada en el fomento de la enseñanza teórica del delito, y particularmente de esta nueva corriente ecléctica.

Para comenzar, consideraremos como ventaja a aquella cosa diferente que pueda modificar positivamente el entorno actual, con respecto a una situación anterior. Nuestro estado anterior será la dogmática expuesta en el capítulo segundo.

#### 4.2 Dogmática

En este apartado, se mencionará a grandes rasgos, la notoria evolución de la doctrina jurídico-penal tomando como punto de partida el perfeccionamiento del panorama teórico para su desarrollo.

A nivel dogmático, es difícil tomar por cierta una única postura, dentro de la pluralidad de autores y de ideas que se presentan en cada momento como posibles criterios orientadores de los temas de estudio en la materia de la teoría del delito. En esencia, cada postura tiene en sí, como lo hemos acotado desde páginas previas, la importancia de comprender cada uno de los contextos de los diversos autores, de la mano con las instituciones, además de interpretaciones variadas según el enfoque particular de determinados elementos.

Todo lo anterior hace complejo el estudio dogmático en todos los niveles; sin embargo, no es una obra que se construya de la noche a la mañana:

Alemania, expone Claus Roxin<sup>342</sup>, goza de una buena reputación teórica desde los tiempos de Franz Von Liszt, y no es casualidad que tal afirmación sea considerada como válida, pues fueron estas ideas iniciales las que encausaron un estudio más formalizado de las ideas de los maestros penalistas italianos.

Una vez que sistematizaron de una forma diferente y más ordenado el esquema teórico perceptible hasta ese entonces, fue que se desarrolló con una precisión mayor una doctrina abundante en terminología (por ello, no es de impresión que uno de los elementos teóricos del delito fundamentales según lo expuesto en este texto fuera concebido –con sus errores-, inicialmente, de forma más certera, por Ernst Von Beling –alemán, claro está-).

Se aprecia de forma evidente la preparación de los autores de dicho país, pues sus ideas son muy elaboradas (dejando de lado algunas acotaciones culturales), y su perfeccionamiento técnico es continuo. Por eso, los esfuerzos en el campo mexicano deben tender a buscar el perfeccionamiento teórico, así como en su oportunidad lo hicieran los alemanes.

Por ello es que, a través de la crítica de un trabajo como el que aquí se ha expuesto, se puede producir un avance en las ideas jurídico-penales, por lo innovador, por falta de afinación de detalles, la generación del debate en torno a lo expuesto o, simplemente, como ejercicio para dismantelar en su totalidad la teoría propuesta; pero definitivamente no siendo indiferente para el campo de estudio en las universidades ni en la academia en general.

Si al final de la exposición de este trabajo, se ha fomentado correctamente una disertación académica o dogmática críticas, la labor de este escrito ha sido encausada satisfactoriamente, porque entonces comenzarán a desprenderse los primeros esfuerzos para retomar los estudios jurídico penales técnicos a nivel teórico, y lo que busco con ese trabajo es, esencialmente, poder tener presente a la teoría del delito como una parte importante y necesaria de la práctica jurídica diaria, y no solo como un conocimiento que pertenece a los círculos más exclusivos, o a los buenos profesionistas del Derecho.

---

<sup>342</sup> Roxin, *Derecho Penal...*, cit., pp. 192 - 194

Ahora bien, las ventajas significativas que se aprecian a nivel dogmático consisten en la construcción de un modelo teórico diferente, que compila todos los rubros posibles de disputa en posturas aceptables por una gran parte de los estudiosos y dogmáticos, pues los conocimientos requeridos para comprenderla son más profundos que lo que los conocimientos básicos exigen.

- 1) Se ha desarrollado un esquema que reúne lo mejor del causalismo, presente a nivel de definiciones, y como parte de una evolución teórica; se encuentra presente la teoría neocausalista al retomar la importancia de la imputación, y el continuo énfasis de los elementos asignados originalmente, con razonamientos posteriores que terminan de complementar sus ideas; está presente el finalismo, en tanto que sigue siendo la base molde de esta proyección teórica, y cuyos postulados originales pretenden ser mantenidos, pero con los ajustes necesarios que muestran compatibilidad con la teoría funcionalista, de tal modo que se completan los vacíos que quedaron pendientes.
- 2) La imputación objetiva no solo ayudará a nivel teórico, sino que va de la mano con eventos procesales concretos, que ayudarían a reducir la incidencia de casos que terminan siendo de autoría indeterminada (artículos 26 y 82 del Código Penal para el Distrito Federal).
- 3) La concepción de la responsabilidad como elemento del delito provee un tecnicismo que se estima más adecuado para el reproche jurídico penal, pues es esta la que converge con el campo de la ética (de donde deriva originalmente dicho vocablo), sin modificar la esencia de lo que la culpabilidad representa, sino al contrario, perfeccionándolo con otro elemento fáctico que esta vez puede ser valorado jurídicamente (necesidad preventiva), dándole una dinámica mucho más amplia a los conceptos restringidos de la culpabilidad psicologista y normativa, así como ayudando a integrar en el estudio a las disciplinas filosóficas para auxiliar las labores interpretativas en la culpabilidad.

- 4) Con el método de la fenomenología, se puede comprender en un matiz de posibilidades más amplio la determinación de desplegar la conducta realizada por el sujeto activo, lo que confiere empatía y razonamientos filosóficos avanzados para la realización de la etapa de la asignación de la pena, concretando con ello a la punibilidad como consecuencia bien fundamentada, más que por capricho interpretativo del juzgador, sensibilizando la empatía de aquellos que les corresponde ese trabajo.
  
- 5) Provee de fuerza suficiente a los derechos humanos para su interacción en el campo de la dogmática penal, con lo que se constituye un verdadero avance en el cambio de mentalidad con respecto del sistema anterior. Esto proveerá de argumentos fascinantes a los expedientes que conozca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la medida que los operadores se encuentren preparados.
  
- 6) La formación académica se verá facilitada, pues parten de un esquema que ha abarcado en lo mayormente posible todas y cada una de las corrientes, rescatando lo mejor de cada una de ellas, y reflejadas en su estructura, por lo que el resto del proceso educativo se puede reducir a analizar las posturas originales divergentes, y buscar nuevas soluciones que complementen tal teoría del delito ecléctica.
  
- 7) Coadyuva en la formación de un esquema teórico penal adecuado para fundamentar así una teoría del caso, utilizado en cuestiones judiciales.
  
- 8) Contribuye a la formación de un Derecho Penal más interdisciplinario, humanístico y científico, donde la convergencia de disciplinas para atender un fin determinado resulta marca diferencial con otros trabajos, aún a nivel teórico.

#### 4.3 Didáctica

En este apartado, se tratarán de evidenciar las ventajas posibles de reconocer en el aspecto de la academia, tanto en sus fines de enseñanza didáctica más asimilable para el lector promedio, así como en su influencia en la academia, cuya participación puede mostrarse determinante para incrementar la cultura teórica en México.

Como parte de los avances que se proponen con la didáctica con el esquema teórico del delito propuesto en este escrito, es posible encontrar cierta facilidad para comprender los diversos aspectos del delito, desde sus antecedentes como en su profundización, pues en todo momento se está trabajando con un esquema base que sirve de apoyo para el estudio de las perspectivas particulares (producto de ser estudiado bajo una metodología ecléctica), ya que, como se ha escrito, se toma lo que se considera lo mejor, y se crea un esquema de donde el estudiante no iniciado asuma las bases, y pueda comprender mucho mejor diversos aspectos debatidos desde tiempos anteriores, bajo la óptica de las ideas más recientes.

La idea de un esquema pentatómico de teoría del delito, ayuda, según estas líneas, en que, partiendo de las ideas filosóficas, el estudiante comprenda por sí mismo lo que significó cada avance dogmático, desde los elementos determinantes para que un delito sea delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), hasta los elementos incidentales y los no elementos que alguna vez fueron considerados así por alguien en particular (incluyendo la concepción de la acción y la punibilidad como elementos fluctuantes según teorías, y su respectiva influencia en la configuración de las formas aparentes del delito, las variaciones especiales en torno a cada uno de los elementos, y demás circunstancias que no tuvieron en primer lugar un sitio posicionado dentro de la dogmática, pero, que a la larga han demostrado su importancia).

Dando un esquema base que contempla diversas estructuras debatidas, y algunas posturas asumidas, se pueda guiar para comprender, según sus aproximaciones metodológicas, otros fenómenos no comúnmente abarcados, pero que no presenten dificultad para su asimilación.

Iniciar desde la conducta no es capricho del autor: es, en todo caso, obligado para poder aprender de forma correcta lo que fueron las primeras

teorías de la imputación, arribando a la teoría de las equivalencias, y con ello poder explicar de forma más sencilla, la imputación objetiva (y unos tópicos más profundizados como la prohibición de regreso). Si bien es cierto, este concepto debe estar inmerso en el tipo según nuestras palabras, también tiene su importancia como elementos que una vez tuvo para entender los errores que tuvieron los autores anteriores al finalismo.

La tipicidad, aunque es considerada como elemento de explorado derecho, siempre será necesario repasar su conceptualización desde sus bases, hasta sus formas de construcción, configuración y excepciones, pues son el parteaguas para entender al delito como ente jurídico (según lo arriba expuesto).

La antijuridicidad seguirá siendo referente del delito como uno de sus elementos, pues, para poder entender a plenitud la conducta antisocial como una conducta reprochable (y por lo tanto, sujeto a una pena), debe pasar previo por un examen de infracción de la norma en su conjunto con el sistema jurídico vigente; por lo que su estudio para ahondar alguna causa de justificación o de licitud será determinante para poder verificar la ausencia de razones de peso que permitieran la realización de tal conducta.

La responsabilidad, tal como hemos tratado de plantearla, ha sido expuesta con problemas teóricos más modernos que otros libros, por lo que la propuesta que se sostiene tuvo bien ya desarrollar una perspectiva diferente en torno a un tópico clásico referente a la culpabilidad, y cuyo concepto ha quedado incluso (en algunas teorías) vacío de contenido propio ajeno a la imputabilidad.

Son estos los argumentos por los cuales se considera que la didáctica se convierte en algo más sencillo al momento de tener que desempolvar las instituciones y los autores existentes detrás de la configuración lógica de la teoría del delito propuesta, la cual, ya ha dejado cierta facilidad en la lectura al interpretar diversos problemas argumentativos en soluciones concretas como respuestas temporales, pero siempre sujetas a debate teórico formal por sus detractores, avanzando con ello también colateralmente en los fines de la investigación, y en donde el alumnado que reciba esta propuesta pueda tener una mayor facilidad de búsqueda a todos los datos que abarca y dejó de abarcar este esquema teórico.

En pocas palabras, teniendo una adecuada concepción del sistema jurídico, se aclara la didáctica; y al hacerlo, lo mejora, lo que le deja en posición de seguir mejorando, incluso respecto a los mejores, lo que generará un avance en diferentes ámbitos, emergidos de la academia.

#### 4.4 Aplicación

En este apartado se expresan las razones por las que se considera que la perspectiva teórica aportada en este escrito puede beneficiar la aplicación del Derecho Penal en tribunales, como una guía más detallada para los aplicadores sobre la estructura del delito como ente complejo, desde un enfoque filosófico-práctico.

Los tribunales en materia penal en el país se han caracterizado por ser rígidos como aplicadores del Derecho; la realidad, es que frecuentemente se cuestionan las opiniones de los juzgadores a la hora de emitir sus resoluciones, pues se cuestiona por parte de la sociedad si el criterio que se está aplicando resulta el correcto en cada caso concreto, como una continua valoración y revaloración del sistema de justicia.

Esta situación puede ser subsanada a partir de la facilitación del esquema teórico que permita entender al proceso de forma sencilla para una cantidad mayor de personas, lo que fomentará su educación, y, a su vez, el perfeccionamiento de sus argumentos previos a ser utilizados en tribunales.

Así mismo, también ayuda a los operadores, en tanto que, para estar en posibilidad de estar en condiciones de hacer un buen trabajo, se les inspira y obliga a seguir estudiando, partiendo de un esquema general comúnmente aceptado a algunas cuestiones más particulares y precisas sobre determinadas temáticas, lo que fomentará el desarrollo de la argumentación jurídica, a elementos de comprensión más elevada, y reflejada, finalmente, en promociones como audiencias.

Por otro lado, y destacando la principal importancia de la implementación de esta teoría, es la racionalización y la sensibilización a operadores, jueces y público en general de la necesidad preventiva como forma de reacción social al delito. Esto involucra un cambio de paradigma en el proceso del estudio teórico,

lo que conlleva el repensar la teoría del caso, así como el estudio de fondo en la sentencia como actos donde la teoría del delito tiene lugar en la aplicación.

Las sentencias pueden tener un fundamento teórico y dogmático completamente diferente, que permite y exige diferenciar distintos elementos y circunstancias propias de los hechos para determinar, de otra manera diferente, la responsabilidad de las personas involucradas en hechos posiblemente constitutivos de delito, de tal manera que es posible observar un panorama distinto, desde la imputación, la realización de la conducta, la proporcionalidad al daño causado, el contexto del lugar de la aplicación de la ley para la valoración de los criterios político-criminales más relevantes y marcados en la sociedad, y la determinación de roles en la sociedad para su formación cívica y preventiva en la comisión del delito.

Además, dentro de la misma valoración jurídica realizada en la etapa procesal de la sentencia, considerar la pertinencia de una reacción social como lo es la privación de la libertad para detener y controlar los efectos en la comisión de un delito, resulta a veces desproporcional, dependiendo los casos concretos, por lo que la búsqueda de alternativas orientadas a la reintegración social del delincuente con medidas completamente distintas de acuerdo a la proporcionalidad del daño causado al bien jurídico tutelado pueden generar efectos diversos a la estructura social, así como a la perspectiva general (sin mencionar que, el justiciable, por sí, también tiene una respuesta por parte del Estado de acuerdo a su conducta, de forma adecuada y garantizando con más rigor su acceso a la justicia, sea como absolución, sea como responsabilizando).

Es por todo esto que, mientras más se perfeccione el estudio dogmático, y sea aplicado correctamente conforme a principios la práctica jurídica, se estima viable el mejoramiento de la seguridad jurídica de los involucrados, así como fijar de forma más precisa la postura adecuada del Estado frente a los gobernados en diversas circunstancias particulares.

#### 4.4.1 Impartición de Justicia en materia de Derechos Humanos

La impartición de justicia en nuestro país es importante, pues va marcando el paso sobre la reacción social frente a los índices de criminalidad, estadística

y política criminal, así como en la percepción general de la ciudadanía sobre su seguridad. Esta tarea es de por sí un desafío, por lo que hacerlo apegado a los principios constitucionales y de derechos humanos en la práctica jurídica es tan elaborado, que requiere especial atención su tramitación, a fin de evitar incurrir en alguna de estas violaciones.

Hay que destacar qué para poder argumentar correctamente una teoría del caso, es necesario tener plenamente cimentada la teoría del delito para no caer en la improvisación técnica, pues esa idea central está basada justamente en los elementos del delito. Por lo que, podemos concluir que el desconocimiento de la teoría del delito repercute directamente en lo que significa la defensa técnica adecuada.<sup>343</sup>

Sin embargo, como ayuda práctica de la teoría del delito ecléctica, se observa un apoyo importante en su construcción de razonamientos filosófico-antropológicos, que constituirán aperturas dogmáticas para la elaboración de distintos agravios ajenos a la técnica jurídica, y que permitirían fomentar la evolución de las ideas penales en su misma aplicación, relacionadas a la calidad humana, la falta de empatía, y de consideraciones necesarias para el debido proceso, en tanto que el delincuente, también es persona, pero sin vulnerar derechos de los gobernados en cualquiera que sea su calidad.

Son estas razones, motivos y fundamentos los que terminan de construir esta perspectiva teórico filosófico, que se espera, sea de ayuda en el perfeccionamiento del ambiente jurídico penal de México, que tanta falta le hace.

---

<sup>343</sup> Para ahondar sobre ello, véase la tesis: Tesis: XVII.1o.P.A.68 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, octubre de 2010, p. 2985.

## Conclusiones

De los múltiples estudios realizados a las teorías analizadas, se puede concluir lo siguiente:

PRIMERO.- Existen diversos puntos de conflicto de la teoría del delito que en realidad giraban sobre el mismo concepto, bajo diferentes definiciones y términos, mismos que, al ser perfeccionados por la dogmática reciente, esclarecen de forma significativa el panorama dogmático para la cimentación y unificación teórica

SEGUNDO.- El Derecho, según esta investigación, debe entenderse como el sistema de normas, principios e instituciones que rigen la conducta del ser humano en la sociedad, sujeto a cambio según tiempo y espacio, por ser la definición que contempla las variables más sensibles que tiene el Derecho a la luz de la teoría del Derecho.

TERCERO.- La Filosofía como eje teórico coadyuva en distintas formas con el Derecho al trabajar la interdisciplinariedad, en tanto que auxilia con sus diversas disciplinas aplicadas a los problemas jurídicos, como la ontología, la deontología, la axiología, la metafísica, la lógica, etc.

CUARTO.- La teoría del delito es una concepción dogmática perteneciente al campo del Derecho Penal sustantivo, que ayuda en las labores de sistematización, interpretación y aplicación del Derecho Penal en tanto constituye su fundamento teórico, su razonamiento lógico y su confrontamiento conceptual.

QUINTO.- Los primeros avances en la teoría del delito los marcó Francesco Carrara, basado en la obra Cesar Bonesana, Marqués de Beccaria

SEXTO.- El causalismo representó la primer gran sistematización teórica en torno al delito, inspirada en sus inicios por los trabajos de la criminología, de los estudios del derecho romano, el derecho nórdico y la filosofía contemporánea; su principal exponente fue Franz Von Lizst

SÉPTIMO.- Como forma de respuesta a la necesidad de adaptación teórica, y considerando las nuevas ideas en torno a las observaciones ontológicas, surge

como corriente teórica el finalismo, el cual propone, entre otros puntos, la valoración del acto a la luz de la finalidad y medios de la acción. Su principal exponente fue Hans Welzel; sin embargo, es la corriente teórica que más ha influido en la concepción dogmática del delito

OCTAVO.- Un cambio de perspectivas, basado en teorías de la comunicación de Luhmann, y los esfuerzos previos de Ernst Mayer, dan como resultado una concepción teórica considerando los aspectos de la comunicación social, dando lugar a una nueva esquematización erigida sobre los roles sociales, los deberes jurídicos particulares de cada uno de ellos y la finalidad del Estado como protector de los bienes jurídicos más importantes, desarrollándose una nueva corriente teórica denominada funcionalismo. Sus principales exponentes actuales (por ser contemporánea a nosotros) son Gunther Jakobs y Claus Roxín

NOVENO.- El delito, como ente jurídico y fáctico, se guía por el principio de legalidad (por ser el presupuesto mismo de su existencia), sin que por ello deba desconocerse o dejar de lado su naturaleza ontológica y sociológica, la cual también se afecta en la comisión de un delito.

DÉCIMO.- La tipicidad como elemento del delito, es el pilar fundador del Derecho Penal moderno de acuerdo a los principios de un Estado Democrático y de Derecho, por lo que su vinculación directa con el principio de legalidad encuentra su reflejo en este elemento, y funge como rector de toda garantía de los gobernados en el lugar en que se aplica

DÉCIMO PRIMERO.- La teoría de la responsabilidad desarrollada por Maurach, y que encontró eco en Roxín es posible de ser adaptada conforme a los criterios expuestos, a una esquematización teórica que contemple la mayor parte de los avances de las corrientes previas (causalismo, neocausalismo, finalismo, funcionalismo), para dar lugar a una actualización del sistema teórico, según lo expuesto en el contenido de la presente investigación. Dentro de ella, encontramos como elementos a la culpabilidad (con sus elementos, la imputabilidad y la exigencia de otra conducta) y a la necesidad preventiva.

DÉCIMO SEGUNDO.- La fenomenología como una guía para la correcta valoración de los hechos penalmente relevantes, así como el ejercicio de

dimensionar sus razones y alcances resulta de utilidad para la determinación de la necesidad preventiva, así como la proporcionalidad de la reacción frente a la conducta dañosa para la sociedad, y evaluar con ello sus medios para el control de tal conducta.

DÉCIMO TERCERO.- Se debe considerar a la imputabilidad como elemento de la culpabilidad, que a su vez es un elemento de la responsabilidad para efectos de esta investigación, por ser este el tratamiento adecuado para una valoración de acuerdo a un matiz de posibilidades de acuerdo a cada circunstancia en particular, y no únicamente como un presupuesto de existencia.

DÉCIMO CUARTO.- El esquema teórico ecléctico propuesto (al menos en la dogmática) se funda en los siguientes elementos del delito: conducta, tipicidad, antijuridicidad, responsabilidad (considerando a la culpabilidad y la necesidad preventiva como elementos de la misma), y como consecuencia, punibilidad, con sus correspondientes negativos: ausencia de conducta, atipicidad, causas de licitud, excluyentes de responsabilidad (dentro de las cuales encontramos a la inculpabilidad, y excusas absolutorias).

## Propuesta

Se considera oportuno la realización de reformas al Código Penal para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), en particular sobre los artículos 29 y 72, para quedar como sigue:

**ARTÍCULO 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de exclusión de la responsabilidad.**

A.- Habrá causas de atipicidad cuando:

I.- (Atipicidad por ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realicen sin intervención de la voluntad del agente;

II.- (Atipicidad por falta elementos del tipo penal). Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate;

III.- (Atipicidad por error de tipo).- El agente obre con error de tipo:

a).- Vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal y respecto a ese tipo penal no se admita la realización culposa.

En caso de que el error de tipo sea vencible y se admita la realización culposa, no se excluirá el delito y se estará a lo previsto en el primer párrafo del artículo 83 de éste Código; o

b).- Invencible.

IV.- (Atipicidad por consentimiento disponibilidad de bien jurídico). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un bien jurídico disponible;

b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

B.- Habrá causas de justificación, cuando:

I.- (Legítima defensa).- Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión;

II.- (Estado de Necesidad Justificante).- El agente 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, lesionando otro bien de menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

III.- (Cumplimiento de un deber).- El agente realice una acción o una omisión atendiendo a su deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo;

IV.- (Ejercicio de un derecho).- Cuando el agente realice una acción o una omisión atendiendo a su derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para ejercerlo; o

V.- (Consentimiento presunto).- Cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular

del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

**C.- Habrá causas de exclusión de la responsabilidad cuando**

**I.- Se presente alguna causa de inculpabilidad;**

**a) (Estado de necesidad disculpante o exculpante).- 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, lesionando otro bien de igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;**

**b) (Inimputabilidad y acción libre en su causa).- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, conforme a la comprensión normativa exigida por el ordenamiento jurídico y la especial circunstancia del agente. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código.**

**(Acción libre en su causa). No procederá la inculpabilidad, cuando el agente al momento de realizar el hecho típico, hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación;**

**c) (Error de prohibición) El agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto:**

**1.- Desconozca la existencia de la ley;**

**2.- El alcance de la ley; o**

**3.- Porque crea el agente que está justificada su conducta.**

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, no procederá la inculpabilidad y se estará a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 83 de este Código.

d) (Inexigibilidad de otra conducta). Cuando el agente, en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no le sea racionalmente exigible una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.

II.- Existan motivos suficientes, de conformidad a los criterios político-criminales imperantes, para fundamentar la convicción de la ausencia de necesidad de prevención con una pena.

**ARTÍCULO 72. (Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad).** El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, de conformidad a principios que tanto las ciencias auxiliares como el criterio del juez ayuden a tal labor, guiándose, de forma enunciativa más no limitativa, en las siguientes circunstancias:

I - VII...

VIII. Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

**Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Tribunal de Enjuiciamiento deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, sin perjuicio del uso del conocimiento de otras disciplinas para su mejor entendimiento y valoración de la necesidad preventiva.**

## Bibliografía

- 1.- Beling, Ernst Von, *Esquema de Derecho Penal y la doctrina del Delito Tipo*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, D.F., 2003.
- 2.- Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, Trad. Herrero, Vicente, 7ª Reimpresión, 2ª Ed., Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2010, Colección Teoría del Derecho.
- 3.- Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal – Parte General*, Vol. I, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1988.
- 4.- Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General)*, 29º Ed., Porrúa, México, D.F., 1991.
- 5.- Fagothey, Austin, *Ética: Teoría y Aplicación*, 5ª Ed., Trad. Gerhard Ottenwaelder, Carlos, Mc Graw Hill, México, D.F., 1973.
- 6.- García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 5Ed., Porrúa, México, D.F., 2013.
- 7.- Hernández Franco, Juan Abelardo, *Curso de Filosofía del Derecho*, Oxford University Press, México, 2009, Colección Textos Jurídicos Universitarios.
- 8.- Hospers, John, *La Conducta Humana*, Trad. Cerón, Julio, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1979.
- 9.- Husserl, Edmund, *Ideas: General Introduction to Pure Phenomenology*, 2ª Reimpresión, Trad. (Al Inglés) Gibson, Boyce, Editorial CollierBooks, Nueva York, Estados Unidos, 1967.
- 10.- ----- *La Idea de la Fenomenología*, Trad. Escudero, Jesús Adrián, Editorial Herder, Barcelona, España, 2011.
- 11.- Jakobs, Günther, *Moderna Dogmática Penal: Estudios Compilados*, Trad. Cancio Mejía, Manuel, et. Al., Porrúa, México, D.F., 2002.

12.- Jescheck, Hans Henrich, y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, 5ª Ed., Trad. Olmedo Cardenete, Miguel, Editorial Comares, Granada, España, 2002.

13.- Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal: La ley y el Delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1990.

14.- Larenz, Karl, *La Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª Ed., Ariel Derecho, España, 2001.

15.- Liszt, Franz Von, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, D.F., 2003.

16.- Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal – El Delito*, Vol. I, 2ª Ed., 1ª Reimpresión, Trad. Ortega Torres, José, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989.

17.- Mayer, Max Ernst, *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*, Trad. Guzmán Dalbora, José Luis, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2000.

18.- Mezger, Edmund, *Derecho Penal – Parte General: Libro de Estudio*, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana, México, 1985.

19.-----*Tratado de Derecho Penal*, Trad. Rodríguez Muñoz, José Arturo, Tomos I y II, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2010.

20.- Muñoz Conde, Francisco, y García Aran, Mercedes, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, 8ª Ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010.

21.- Olivecrona, Karl, *Lenguaje Jurídico y Realidad*, Ed. Fontamara, 7ª Reimpresión, México, 2007.

22.- Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 2ª Ed., Porrúa, México, D.F., 1961.

22.- Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología*, 27ª Ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2013.

23.- ----- Penología, 5ª Edición, Ed. Porrúa, México, 2009.

24.- Roxin, Claus, *Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, 2ª ed., Trad. Luzan Peña, Diego et. Al., Editorial Civitas, Madrid, España, 1997.

25.- ----- *Teoría del Tipo Penal: Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico*, Trad. Bacigalupo, Enrique, Depalma Ediciones, Buenos Aires, Argentina, 1979.

26.- Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, 11ª Ed., Trad. Bustos Ramírez, Juan, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1993.

#### Tesis Consultadas

27.- Cossio Zazueta, Arturo Luis, *La Imputabilidad Disminuida*, Tesis de grado para obtener el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1991.

28.- Matamoros Franco, Nora María, *La Fenomenología como respuesta al Psicologismo*, Tesis para obtener el grado de Licenciatura en Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1991.

29.- ----- *La ontología fenomenológica; la fenomenología como explicación del mundo*, Tesis para obtener el grado de Maestría en Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1998.

30.- ----- *¿Hombre profano-hombre sagrado?: Apuntes para una Antropología Humanista y una Metafísica Simbólica*, Tesis para obtener el grado de Doctor en Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2005.

31.- Quiroz-Martínez, Olga Victoria, *La Introducción a la Filosofía Moderna en España: El Eclecticismo Español de los siglos XVII y XVIII*, Tesis para obtener el grado de Maestro en Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1949.