

*Octavio A. Orellana Wiarco*

# TEORÍA DEL DELITO

SISTEMAS CAUSALISTA,  
FINALISTA  
Y FUNCIONALISTA



EDITORIAL PORRÚA  
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15  
MÉXICO



1-A4

MEMORIA DEL DIRITTO

DI GIURISPRUDENZA  
E LETTERATURA









OCTAVIO ALBERTO ORELLANA WIARCO

# TEORÍA DEL DELITO

SISTEMAS CAUSALISTA, FINALISTA  
Y FUNCIONALISTA

DECIMOCUARTA EDICIÓN  
CORREGIDA Y AUMENTADA



EDITORIAL PORRÚA  
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15  
MÉXICO, 2004

Primera edición, 1994

Derechos reservados © 2004, por  
Octavio Alberto ORELLANA WUARCO  
Degollado núm. 101 Norte esq. Abasco  
27000 Torreón, Coah., México

Las características de esta edición son propiedad de  
EDITORIAL PORRÚA, S. A. de C. V. — 8  
Av. República Argentina, 15, 06020 México, D. F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 970-07-5289-5



IMPRESO EN MÉXICO  
PRINTED IN MEXICO

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN

Este libro, escrito por el autor, trata de la vida y obra de un gran hombre, un hombre que ha sido y es un ejemplo para todos nosotros. Su vida ha sido una lucha constante por la justicia y la libertad. Su obra ha sido una obra magna que ha marcado la historia de nuestro país. Este libro es un homenaje a su memoria y a su legado. Espero que sea de utilidad para todos los que lo lean.

*A mi familia*

Este libro es un homenaje a mi familia, a todos aquellos que me han dado amor y apoyo. Sin ellos, nada de esto hubiera sido posible. Les dedico este libro con todo mi cariño y agradecimiento.

*Al Dr. José Franco Villa*

Este libro es un homenaje al Dr. José Franco Villa, un hombre de gran valía y una gran personalidad. Su vida y obra han sido un ejemplo para todos nosotros. Este libro es un homenaje a su memoria y a su legado. Espero que sea de utilidad para todos los que lo lean.

Este libro es un homenaje a todos aquellos que han luchado por la justicia y la libertad. Su vida y obra han sido un ejemplo para todos nosotros. Este libro es un homenaje a su memoria y a su legado. Espero que sea de utilidad para todos los que lo lean.

1950

1950



## PRÓLOGO A LA OCTAVA EDICIÓN

Nos encontramos gratamente sorprendidos por la aceptación que ha tenido el presente trabajo. Estamos conscientes de las limitaciones y defectos del mismo, entre ellos lo repetitivo de conceptos básicos de los sistemas causalista y finalista; tal vez nos disculpe el afán de lograr una mejor explicación.

Actualmente se encuentra en discusión una iniciativa del Ejecutivo Federal para modificar la Constitución en sus artículos 16 y 19 respecto a los requisitos que debe satisfacer una orden de aprehensión y un auto de formal prisión, así como introducir en el marco constitucional el "juicio en ausencia" modificando el artículo 20, reformas que inciden en la materia penal y procesal penal, en particular en la teoría del delito; de ser aprobados marcarán un retroceso, a nuestro juicio por desgracia porque van a incidir en la esfera de seguridad de los ciudadanos, en aras de un supuesto "arsenal" legal para combatir la creciente y cada vez más violenta delincuencia, atacando el efecto: "la criminalidad" y olvidando la causa: "la problemática económica y social".

No queremos dejar pasar por alto tan trascendentales iniciativas sin dejar constancia de nuestra preocupación, pues de llegar a consumarse tales reformas, éstas tendrán un impacto importantísimo en el estudio del derecho penal y de la teoría del delito, que parece ser un retorno al esquema causalista, cuando parecía que se abría paso el sistema finalista.

Agradezco a quienes en alguna forma han opinado favorablemente sobre nuestro trabajo; reconozco y acepto la valía de las críticas. Esto me obliga a tratar de superarme. Al afecto de los amigos les reitero mi reconocimiento.

Torreón, Coah., octubre de 1998.

EL AUTOR



## PRÓLOGO A LA NOVENA EDICIÓN

A raíz de la propuesta sistemática de Claus Roxin, quien apoyándose en las valiosas aportaciones de la teoría finalista de la acción, propone la llamada sistemática funcionalista; ésta poco a poco se ha venido difundiendo en nuestro país, lo que obliga al conocimiento de la misma por sus implicaciones tanto teóricas como prácticas.

Preocupa a los funcionalistas la marginación que la teoría del delito, la dogmática jurídico penal, hace de la Política Criminal, cuando una y otra se encuentran indisolublemente unidos, pues ambos encuentran en la función de la pena su razón de existir, la primera porque la culpabilidad, hasta la fecha, es concepto esencial de la teoría del delito y medida de la pena; y la segunda, porque la culpabilidad debe su fundamentación, no en la posibilidad del sujeto de obrar de otra manera, sino en la necesidad de aplicar la pena para lograr la resocialización del individuo a través de un tratamiento sicoterapéutico, y constituir un límite en su aplicación por el poder punitivo del Estado.

De esta manera la función de la pena y sus fines, que respondan a requerimientos teóricos y prácticos, son la esencia de la política criminal y de la dogmática jurídico penal, que aseguren los derechos del individuo y la seguridad social.

La sistemática funcionalista ya la vemos reflejada en la legislación nacional y no podemos dejar de citar el Código Penal de Coahuila, que recién inició su vigencia el primero de septiembre de 1999, en donde en su exposición de motivos, dedica extensas páginas a la fundamentación de la pena y expresamente declara que sigue una tendencia *finalista* y *funcionalista*, a fin de facilitar la seguridad jurídica en la aplicación de la ley y lograr la seguridad jurídica.

La necesidad de conocer esta sistemática, nos decidió a incluir en esta obra, con fines de divulgación, no de erudición, un capítulo dedicado a la sistemática funcionalista, esperando que el lector la reciba con agrado y le permita una aproximación a este tema del que seguramente otras plumas más capacitadas le permitirán profundizarlo y enriquecerlo.

Torreón, Coah., febrero del año 2000.

## EL AUTOR

El autor es un lingüista de la Universidad de Coahuila de Torreón, Coahuila, México. Ha publicado en revistas científicas y libros de texto los resultados de sus investigaciones en el área de la fonología y la fonética. Ha participado en congresos nacionales e internacionales de fonología y fonética. Ha sido profesor de fonología y fonética en la Universidad de Coahuila de Torreón, Coahuila, México.

El autor es un lingüista de la Universidad de Coahuila de Torreón, Coahuila, México. Ha publicado en revistas científicas y libros de texto los resultados de sus investigaciones en el área de la fonología y la fonética. Ha participado en congresos nacionales e internacionales de fonología y fonética. Ha sido profesor de fonología y fonética en la Universidad de Coahuila de Torreón, Coahuila, México. Ha publicado en revistas científicas y libros de texto los resultados de sus investigaciones en el área de la fonología y la fonética. Ha participado en congresos nacionales e internacionales de fonología y fonética. Ha sido profesor de fonología y fonética en la Universidad de Coahuila de Torreón, Coahuila, México.

El autor es un lingüista de la Universidad de Coahuila de Torreón, Coahuila, México. Ha publicado en revistas científicas y libros de texto los resultados de sus investigaciones en el área de la fonología y la fonética. Ha participado en congresos nacionales e internacionales de fonología y fonética. Ha sido profesor de fonología y fonética en la Universidad de Coahuila de Torreón, Coahuila, México.

El autor es un lingüista de la Universidad de Coahuila de Torreón, Coahuila, México. Ha publicado en revistas científicas y libros de texto los resultados de sus investigaciones en el área de la fonología y la fonética. Ha participado en congresos nacionales e internacionales de fonología y fonética. Ha sido profesor de fonología y fonética en la Universidad de Coahuila de Torreón, Coahuila, México.

## CAPÍTULO I

# SISTEMA CAUSALISTA

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. La escuela clásica. 4. La escuela positivista. 5. Las teorías unitaria y analítica del delito. 6. El sistema causalista. 7. Acción u omisión: a) *Manifestación de la voluntad*; b) *Resultado*; c) *Nexo causal*. 8. Ausencia del acto o acción. 9. La tipicidad. 10. La atipicidad. 11. La antijuridicidad. 12. Las causas de justificación. 13. La imputabilidad. 14. La inimputabilidad. 15. La culpabilidad. 16. El dolo. 17. La culpa. 18. La preterintencionalidad. 19. La inculpabilidad. 20. Condiciones objetivas de punibilidad. 21. La falta de condiciones objetivas de punibilidad. 22. La punibilidad. 23. Las excusas absolutorias.

### 1. INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico penal llamado "causalista" nace a partir de la obra de Franz Von Liszt, quien se apoya en el concepto de "acción" como un fenómeno causal natural como punto de partida del delito.

El examen de los conceptos básicos del delito, dentro del sistema causalista, es el objeto de la primera parte de este trabajo.

No pretendemos un análisis pormenorizado del desarrollo y aportaciones que en forma continua y permanente han enriquecido esta posición, pues además de que sería una ingente tarea, desbordaría el propósito de resumir los puntos básicos de esta teoría o sistema, pues la finalidad que nos hemos fijado es confrontar esos conceptos básicos con el sistema denominado finalista, que surge de la concepción de los elementos que venía manejando el causalismo, pero con enfoques completamente distintos, que nos llevan a resultados diversos no sólo en el plano teórico, sino en el práctico.

Señalados así los límites de este trabajo, el lector seguramente encontrará que al exponer los temas que abordamos de la teoría del delito, lo hacemos respecto de sus expositores más connotados y no entramos en detalles y disquisiciones de diversos tratadistas, que sin duda son importantes pero que excederían el marco de este trabajo.

## 2. ANTECEDENTES

En la historia del derecho penal se señala la llamada etapa humanista, que como su nombre lo indica, es cuando el derecho penal se preocupa en desterrar concepciones caracterizadas por la brutalidad, la crueldad, y en una palabra en prácticas inhumanas. El exponente más preclaro de esta corriente fue César Beccaria, quien en su obra *De los Delitos y de las Penas*<sup>1</sup> escribió páginas que aún son valideras sobre temas como la tortura, la pena de muerte, la proporcionalidad entre el delito y la pena; criticando el sistema punitivo de sus días y demostrando que el excesivo sistema represivo de su tiempo no lograba los pretendidos fines de seguridad y readaptación social, y menos aún el efecto preventivo que debía tener el derecho penal.

Siguiendo los pasos de Beccaria, el mexicano radicado en España, Manuel de Lardizábal y Uribe, escribe en su obra *Discurso sobre las Penas en 1782*:

Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado, pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal.<sup>2</sup>

Las ideas de Beccaria las va a recoger la Revolución Francesa de 1789, en la Declaración de los Derechos del

<sup>1</sup> CÉSAR BECCARIA, "Tratado de los delitos y de las penas", Edit. Porrúa, México, 1988, tercera edición facsimilar.

<sup>2</sup> MANUEL DE LARDIZÁBAL Y URIBE, "Discurso sobre las penas", Edit. Porrúa, México, 1982, edición facsimilar de la primera edición, Madrid, 1782, pág. III del Prólogo.

Hombre, y así el artículo VII de dicha declaración, prescribe que ningún hombre podrá ser acusado, arrestado o detenido, sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades en ella prescritas.

En otro memorable artículo de la Declaración de los Derechos del Hombre se consagra el principio de la *presunción de inocencia*; así toda persona será considerada inocente mientras no se le declare culpable; agregando que todo abuso en contra de la persona, en caso de que sea necesaria su detención, será severamente reprimido por la ley.

Para Beccaria el fundamento del Estado para castigar el delito se encuentra en la necesidad de preservar la paz y la tranquilidad, y el derecho penal persigue como meta esos fines, y sus fines no son primordialmente represivos, sino preventivos, y Beccaria, como Manuel de Lardizábal y Uribe, encuentran que el origen de la naturaleza de las penas la vamos a encontrar en que al unirse los hombres en sociedad,

todos y cada uno de ellos renunciarán voluntariamente a una parte de su libertad, depositándola en manos de la comunidad, o de la cabeza que eligieron...<sup>3</sup>

Así pues, la etapa humanitaria también se nutre del pensamiento filosófico del Siglo de las Luces, en particular del *Contrato Social* de Juan Jacobo Rousseau.

El fundamento del *ius puniendi*, o derecho a castigar va abandonando el criterio de que el castigo o pena es consecuencia del delito sin otra posterior finalidad (teoría absolutista) para encontrar objetivos políticos y utilitarios, como en los autores mencionados.

### 3. LA ESCUELA CLÁSICA

El periodo humanitario va a dar por resultado la primera corriente moderna del derecho penal, es decir, da origen a la llamada Escuela Clásica.

<sup>3</sup> MANUEL DE LARDIZÁBAL Y URIBE, *ob. cit.*, pág. 25.

El principal expositor de esta escuela lo es Francisco Carrara. El famoso maestro de Pisa expone su pensamiento en su famosa obra *Programa del Curso de Derecho Criminal*.

Para Carrara es imperativo estudiar los principios rectores del derecho penal, pues ellos deben ser un valladar al legislador y al propio Estado, para que al inspirarse en la justicia, no se degenerara en el abuso y en la tiranía; y para ello era fundamental la noción del delito, como ente jurídico, no como ente de hecho, al que el ciudadano y el Estado deben obediencia, siendo ello el eje del propio derecho penal.

El delito es el pensamiento del maestro de Pisa, un ente jurídico porque el delito es una violación del derecho, que como tal se debe sancionar. El delito acotado en la propia ley es también a la vez un derecho a la libertad, pues al exigir la norma jurídica el respeto del ciudadano y del Estado, ello es una garantía a la libertad ciudadana, pues sujeta a los hombres a la ley y no a la tiranía de los demás, ya que no se podrá punir sino en los términos y límites de la ley, salvaguardándose al ciudadano del abuso y únicamente castigándosele en la medida de su responsabilidad.

El delito prevé en abstracto una pena que primordialmente es una amenaza, y en el caso concreto, es la sanción que se aplica a quienes al violarla, lo hagan de una manera libre e inteligente.

Así pues, Carrara siguiendo un orden eminentemente lógico, heredado de su maestro Carmignani, va desmenuzando la noción de delito, entregándonos su famosa definición que dice:

Delito es la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.<sup>4</sup>

Para Carrara el delito se compone de dos elementos o fuerzas: una moral y otra física.

<sup>4</sup> FRANCISCO CARRARA, "Programa del curso de derecho criminal", parte general, vol. I, Edita. Temis, Bogotá, Colombia, 1971, pág. 43.

La fuerza moral para Carrara consiste en la voluntad inteligente del hombre. Del concurso de la voluntad y de la inteligencia surge la intención. A su vez la intención puede ser directa y surge así el dolo, o indirecta y aparece la culpa, según el criterio de la previsibilidad que él maneja.

La fuerza física, o elemento externo, nace del movimiento corporal o de su ausencia, que producen un resultado de daño que puede ser efectivo o potencial.

No es el momento de hacer un análisis de la exposición detallada de la teoría del delito para este ilustre jurista italiano, pero en él ya se maneja aspectos positivos del delito, como la antijuridicidad, que hace radicar en la violación de la ley, en la infracción a la disposición penal; la imputabilidad que fundamenta en la aceptación del libre albedrío; del aspecto externo positivo o negativo, o sea la acción y la omisión; del elemento moral o subjetivo que se proyecta en dolo o culpa; y de aspectos negativos del delito, como aquellos que impiden el nacimiento de la imputabilidad, o del elemento moral en que el dolo se destruye, sea por la ausencia del *animus nocendi*, o en el caso de la culpa, cuando no haya podido ser previsible el resultado dañoso que se produjo.

En pocas palabras podemos decir que en Carrara ya aparece el planteamiento de la consideración de que el delito es un ente jurídico que se conforma por presupuestos y elementos que son necesarios para la integración de la figura delictiva, y que tales presupuestos y elementos deben encontrarse en la propia ley; y que también pueden desprenderse de la propia ley las situaciones en las cuales, la falta de presupuestos o de elementos, impiden que el acto externo del hombre, que se apuntaba como delictivo, no lo sea.

#### 4. LA ESCUELA POSITIVISTA

Para la Escuela Positivista el delito es un fenómeno natural y social producto de factores antropológicos, sociales y físicos, según lo expone Enrique Ferri, el más connotado positivista.

Para esta corriente el delincuente al encontrarse determinado por esos factores, debe ser sujeto a medidas de seguridad no a penas, porque en él carece de sentido la pena con finalidades represivas, pues si no pudo obrar libremente no puede ser motivado a obrar conforme a la ley por la amenaza de la pena, y si lo hace la pena no va en sí misma a variar los factores que determinaron esa conducta. El derecho penal, en consecuencia debe tener una finalidad eminentemente preventiva, es decir, un propósito de defensa social.

La Escuela Clásica y la Positivista dieron nacimiento en el campo de las ideas penales, a la llamada Tercera Escuela o Escuela Crítica, expuesta por los autores italianos Carnevale y Alimena, quienes toman elementos de la primera y de la segunda escuelas, así por ejemplo niegan el libre albedrío, aceptando este postulado de la Escuela Positivista; admiten la distinción entre imputables e inimputables de la Escuela Clásica, agregando que la imputabilidad es la *aptitud para sentir la amenaza de pena*.

## 5. LAS TEORÍAS UNITARIA Y ANALÍTICA DEL DELITO

Pensamos que en este momento es pertinente tocar un tema, que tal vez en la actualidad ya no se debate como lo fue durante el desarrollo de la teoría causalista, que se refiere a la forma de abordar el estudio del delito.

Carrara apuntaba la existencia de dos componentes fundamentales en el delito: la fuerza física, o fase objetiva, y la fuerza moral, o fase subjetiva. En la fuerza física Carrara estudia el hecho externo, que nace de un movimiento corporal voluntario, o bien de la ausencia voluntaria de ese movimiento corporal, que causan un resultado, o sea el daño efectivo o potencial que con la fuerza física se ha ocasionado. En la fuerza moral ésta se integra por: 1º) conocimiento de la ley; 2º) previsión de sus efectos; 3º) libertad de elegir; y 4º) voluntad de obrar. De la detallada exposición de cómo van operando esas dos fuerzas que integran el delito, y como éstas a su vez se van conforman-

do podemos considerar que ya en este ilustre maestro apunta claramente el estudio analítico del delito.

En efecto, al paso del tiempo los penalistas siguiendo las ideas de la Escuela Clásica se fueron planteando al delito como una estructura integrada por elementos fundamentales, o esenciales.

La primera exposición sistemática de los elementos del delito puede decirse que la encontramos en el pensamiento de Liszt, quien nos habla del acto humano, de la anti-juridicidad, de la culpabilidad y de la punibilidad, como elementos integradores del delito.

Poco después de publicarse la obra de Liszt, Beling aporta a la teoría del delito su famoso concepto de la tipicidad. Algunos autores también agregan la imputabilidad y las condiciones objetivas de punibilidad, elevando a siete los elementos del delito.

En efecto, el delito se fue construyendo a base de los elementos apuntados, mismos que variaban de autor a autor. Aparecen así dos corrientes de penalistas, los que aceptaban al delito integrado por elementos posibles de estudio en sí mismos, o sea la teoría analítica; y los que negaban la posibilidad del estudio del delito en esa forma, y que sostenían que tal estudio sólo podía ser en forma unitaria. Para la teoría unitaria el delito es un todo que no admite su estudio en planos o niveles analíticos, apoyándose en argumentos kelsenianos, donde toda consideración naturalista o finalista debía ser desterrada.

Uno de los más fervientes sostenedores de la teoría unitaria lo es el tratadista italiano Francisco Antolisci quien dice:

El delito es un todo orgánico, es un bloque monolítico el que si bien es cierto puede presentar aspectos diversos, de ningún modo es fraccionable.<sup>3</sup>

También se puede incluir en la posición unitaria o totalizadora a la llamada Escuela de Kiel que es la corrien-

<sup>3</sup> FRANCISCO ANTOLISCI, "El estudio analítico del delito", traducción del italiano de Ricardo Franco Guzmán, Edic. de Anales de Jurisprudencia, México, 1954, pág. 78.

te penal nacional-socialista que más bien se apoyó en razones políticas.

Esta corriente introdujo el criterio *del sano sentimiento del pueblo* que negaba el principio de *nullum crimen sine lege* sostenido por la teoría analítica. En la Escuela de Kiel pesaron más los propósitos políticos nazistas, con los resultados ya tristemente conocidos. La teoría unitaria o totalizadora centra su crítica a la posición analítica en que el estudio del delito se realizaba en varios "fragmentos" sin vínculos de conexión entre sí, que presentaba una visión parcial del delito.

Por su parte la teoría analítica o atomizadora contempla al delito como un todo, pero acepta que pueda fraccionarse en elementos, y éstos a su vez estudiarse en forma autónoma, pero sin olvidar que los mismos se interrelacionan o dependen entre sí y que forman una unidad.<sup>6</sup>

Jiménez de Asúa, preclaro defensor de la postura analítica nos dice:

Si examinamos la cuestión a fondo podría llegarse a un resultado, cuya fórmula anticipamos para demostrarla enseguida: los partidarios de la teoría del delito como conjunto no niegan la utilidad del análisis, y los que defendemos la exposición analítica de los caracteres del delito afirmamos que va en mejor servicio de la síntesis. Más aún: vencidos —al menos por el momento y en apariencia— los regímenes totalitarios, quienes postularon las doctrinas penales allí desarrolladas, dan prudentes pasos hacia atrás, desdiciéndose de sus antiguos párrafos de político entusiasmo.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Consultar al respecto los trabajos de Vladimiro López Pérez, "La culpa en la legislación penal mexicana", tesis profesional, México, 1957, págs. 14 y 15; Ricardo Franco Guzmán, "Delito e injusto", México, 1960, págs. 7, 8 y 9; Celestino Porte Petit, "Importancia de la dogmática Jurídico Penal", Edic. Gráfica Panamericana, México, págs. 25 y 26; Giuseppe Bettiol, "El método de la consideración unitaria del delito", Traducción del italiano de Luis Fernández Doblado, *Criminología*, México, año XXIII, No. 6, de 1957, págs. 386 a 398; Faustino Ballvé Pallás, "Función de tipicidad en la dogmática del delito", México, págs. 29 a 32; este autor se refiere a tres tendencias, la analítica, la dicotomística y la unitaria.

<sup>7</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de derecho penal", Tomo III, Edic. Losada, Buenos Aires, cuarta edición actualizada, 1963, pág. 317.

Este afamado penalista español apoyándose en Guillermo Sauer que estudia los aspectos positivos del delito a los que opone sus correspondientes aspectos negativos nos presenta el siguiente esquema:<sup>8</sup>

<i>Aspecto positivo</i>	<i>Aspecto negativo</i>
a) Actividad	a) Falta de acción
b) Tipicidad	b) Ausencia de tipo
c) Antijuridicidad	c) Causa de justificación
d) Imputabilidad	d) Causas de inimputabilidad
e) Culpabilidad	e) Causa de inculpabilidad
f) Condicionalidad objetiva	f) Falta de condición objetiva
g) Punibilidad	g) Excusas absolutorias

## 6. EL SISTEMA CAUSALISTA

Habíamos anticipado que la dogmática penal, o sea el análisis del delito a partir de la ley penal en forma sistemática la debemos al jurista alemán Franz Von Liszt, expuesto en su obra *Tratado de Derecho Penal*.<sup>9</sup> Liszt recoge las ideas de las Escuelas Clásica y Positivista y aplicando el método naturalístico, en boga a fines del siglo XIX, se avoca al estudio del Código Penal Alemán de 1871, para desprender de dicho código la estructura del delito, naciendo así la dogmática jurídico penal, es decir el conocimiento del delito a través del dogma, de la ley.

Para el Código Penal Alemán de 1871, el delito *es la acción sancionada por las leyes penales*. De esta definición legal y de las demás disposiciones de esta ley, Liszt realiza un análisis sistemático del derecho penal y del delito, y partiendo de una base naturalística, causalista, que es el acto o acción humana, su teoría va a recibir el nombre de Causalista, denominación que se va a extender a

<sup>8</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "La ley y el delito", Edit. Hermes Sudamericana, primera edición en México, 1986, pág. 309.

<sup>9</sup> FRANZ VON LISZT, "Tratado de derecho penal", Edit. Reus, Madrid, 1927, segunda edición.

quienes en buena medida aceptan como punto de arranque de la teoría del delito, la explicación naturalística del acto o la acción.

## 7. ACCIÓN U OMISIÓN

La explicación naturalística del acto o acción humana, se basa en relaciones de procesos causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre una y otro se da una relación.

El acto o acción humana y su efecto en el mundo material, son un proceso causal; como todo proceso causal natural que parte de una causa, produce un efecto.

Para algunos causalistas el término acción o el de acto comprende a su vez el concepto de omisión. Otros autores prefirieron el uso de otros términos, como conducta, hecho, o acontecimiento, que abarcaban los conceptos de acción u omisión. No es el momento de profundizar en esta debatida cuestión conceptual, y por ahora nos limitaremos a hablar de acto o de acción (en sentido lato) como comprensivas tanto de la acción (en sentido estricto) como de la omisión.

Liszt señala que la acción humana debe ser voluntaria, pero que tal voluntariedad está referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material, donde sólo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material.

El movimiento corporal voluntario resulta así un proceso causal "ciego", es decir, en donde no interesa el sentido o fin de la acción.

Desprende Liszt que la voluntad tiene dos caracteres: uno interno, contenido de la voluntad; y otro externo, la manifestación de la voluntad.

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

Liszt opina que en el terreno de la acción únicamente debe plantearse lo relativo a la manifestación de la voluntad, no el por qué de la misma, o sea, su finalidad. El maestro español Jiménez de Asúa comparte el punto de vista de Liszt de que la acción no está matizada con la finalidad que persigue: que es acromática, y así nos dice:

A nuestro juicio, de acuerdo con Von Liszt, se debe dar a la acción personalidad propia. Es lo natural, que no debe tefirse prematuramente de valor jurídico.<sup>10</sup>

De esta suerte la acción es un factor de orden naturalístico descencadenante de un resultado material, es simple y sencillamente un proceso causal.

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

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

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

c) Un nexo causal, que radica en que el acto, acción o conducta ejecutado por el sujeto, produzca el resultado previsto en la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa a efecto.<sup>11</sup>

#### a) *Manifestación de la voluntad*

Cada uno de los sub-elementos mencionados ha sido materia de amplias discusiones y puntos de vista diferentes entre los propios autores del sistema causalista. Sin embar-

<sup>10</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "La ley y el delito", *ob. cit.*, pág. 213.

<sup>11</sup> Consultar al respecto a GIUSEPPE BETTIOL, "Derecho penal", parte general, Ed. Temis, Colombia, 1963; y LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA "Tratado de derecho penal", tomo III, *ob. cit.*

go, en términos generales coinciden en que el acto o acción es una manifestación de la voluntad limitada a la producción de un resultado, es una acción "ciega", "acromática".

Volvemos a insistir que no es el propósito de este trabajo explicar las numerosas tendencias que los juristas causalistas manejan sobre estos subelementos, pero a grandes rasgos señalaremos los puntos que más se han debatido.

Sobre la denominación que debe recibir el primer elemento del delito; se han utilizado conceptos como acto, acción, conducta, hecho, acontecimiento, etc. En relación a la naturaleza del acto o acción, se plantea la discusión de la imposibilidad de unificar los conceptos de acción y de omisión, en uno solo que los abarque. Otro punto de debate ha sido aquel que considera al acto o acción dependiente de la imputabilidad; otros lo refieren al injusto. Otra de las discusiones más importantes es la relativa a que el acto o acción es "acromática", frente a quienes otorgan a la acción un valor "cromático", o finalista.

Por otro lado, no cabe duda que los delitos llamados de omisión han planteado más problemas que los de acción, ya que sobre su naturaleza, resultado, y nexos causal se sigue debatiendo.

En general, se puede decir, siguiendo el pensamiento más avanzado del sistema causalista, que la "omisión" se presenta cuando no se realiza el movimiento corporal "esperado" que debía producir un cambio en el mundo exterior, violándose una norma imperativa (en la acción la norma es prohibitiva). Todavía resulta más controvertido el concepto de la comisión por omisión, donde se afirma que se produce un resultado material a través de una omisión, de ahí que en este supuesto se violan tanto una norma imperativa como una prohibitiva.

De la nada, nada puede surgir, es uno de los argumentos que esgrimen quienes niegan la existencia de la omisión; sin embargo Max Ernesto Mayer distingue entre inactividad y omisión, señalando que en la primera no participa la voluntad y en la segunda se trata precisamente de un acto de voluntad. Mezger concuerda en ese sentido cuando explica que en la omisión faltan las dos notas

específicas de la acción: el hacer y el querer, o sea, la actividad y la voluntad de esa actividad.

Sin embargo, el escollo que presenta más dificultades es la omisión llamada culposa (el olvido); en efecto, desde Liszt se consideró que la omisión encontraba su fundamento en *no impedir voluntariamente el resultado*; pero en los casos de la omisión culposa (los delitos llamados de olvido), el sujeto ni tan siquiera se representa el evento o resultado que la Ley le obliga a evitar, y así se dice que no podemos hablar de una voluntad en la no realización.

El penalista Alvaro Bunster citado por Jiménez de Asúa argumenta que en los casos de omisión "por olvido" vamos a partir de la noción de la omisión, por no haber obrado o ejecutado una determinada acción, tenemos que concluir que en las omisiones debidas a "olvido" no se podrá encontrar el factor psicológico de la voluntad; si por otra parte, en la omisión encontramos un concepto normativo, en que el sujeto debe realizar lo que la norma exige, desde el punto de vista naturalístico, esa conducta omisiva incumple la norma imperativa establecida en la Ley.

Se debe a Mezger la fundamentación de la omisión simple (que incluye a los delitos de olvido), en la "acción esperada", tesis que ya aparece en la obra de Liszt, pero que es la desarrollada por Mezger, quien nos dice:

Lo que hace que la omisión sea omisión, es la acción esperada que el autor ha omitido realizar. Porque no ha realizado esa acción que de él se esperaba, es por esa razón que es punible, en tanto que la acción esperada también puede serle exigida. Ahora bien, puesto que sólo la acción esperada hace surgir la omisión en sentido jurídico, resulta enteramente correcto que ésta sólo se fundamenta desde fuera (externa, normativamente); y que, por tanto no el que omite, sino el que juzga da realidad a la omisión.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Citado por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de derecho penal", tomo III, *ob. cit.*, pág. 412.

### b) *Resultado*

El resultado, segundo sub-elemento, no escapa a la discusión de los penalistas.

En los delitos de acción el resultado es material; en los delitos de omisión el resultado material no se presenta, ello ha inclinado a algunos penalistas a plantearse el problema de la existencia de delitos sin resultado.

Jiménez de Asúa y la corriente dominante se inclina por sostener que no existen delitos sin resultado, y que en los delitos de omisión el resultado es jurídico.

En este punto se pueden mencionar las clasificaciones de delitos en materiales y formales; de daño efectivo y daño potencial o de peligro.

Liszt ya planteaba la existencia de los delitos formales o de simple actividad, o también llamados por otros penalistas de posición, pero insistía en que todo delito exige un resultado.

Mezger considera que en los delitos de simple actividad el tipo penal se agota con el simple movimiento corporal, sin que sea necesario un resultado externo, pues el resultado va insito en el propio movimiento corporal.

### c) *Nexo causal*

A su vez el estudio del nexo causal es y ha sido tema de constante debate y numerosas teorías han tratado de resolver los problemas que la relación causal presenta en el campo de la teoría del delito.

Entre las teorías más destacadas podemos encontrar la de la equivalencia de las condiciones (*condition sine qua non*) de Von Buri; de la última condición de Ortmann; de la condición más eficaz, de Birkmeyer; de la distinción adecuada entre causa y condición; de la teoría de la adecuación; de la causa típica, de Beling; etc.<sup>13</sup>

Liszt fundador del sistema causalista plantea como solución al nexo causal la teoría de la equivalencia de las condiciones, y así nos dice:

<sup>13</sup> Al respecto puede consultarse el trabajo de FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS, "La causalidad en el delito", Edil. Jus, México, 1977.

El resultado debe ser causado (provocado) por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa a efectos (en relación de causalidad). Existe relación causal entre el movimiento corporal y el resultado, cuando éste no hubiera tenido lugar sin aquél; es decir, cuando no se puede suponer suprimido el movimiento corporal, sin que deba dejarse de producir el resultado ocurrido (*conditio sine qua non*). Naturalmente que, de este modo, sólo consideramos el resultado en forma concreta ... todas las condiciones del resultado son, por consiguiente del mismo valor.<sup>24</sup>

Así pues en la teoría de la equivalencia de las condiciones, son causa del resultado todos lo que contribuyeron a él; se da una equivalencia, ya que de suprimir mentalmente cualquier condición, el resultado no se produce.

La teoría de la equivalencia de las condiciones fue criticada porque se puede caer en una "regresión infinita" en donde, según el ejemplo muy conocido no sólo serán responsables del delito de adulterio, los adúlteros, sino quien construyó la cama en que yacen los adúlteros, porque él puso una condición para el resultado.

A pesar de ésta y otras objeciones Jiménez de Asúa se declara partidario de esta teoría aun cuando limitada por el llamado "correctivo de culpabilidad", es decir, que en el ejemplo de los adúlteros, el que construyó la cama, no pone una condición *culpable* para el resultado, pues de ser así también sería responsable.

## 8. AUSENCIA DEL ACTO O ACCIÓN

De acuerdo a la teoría planteada por Guillermo Sauer, de que a cada elemento positivo del delito se opone uno negativo, que impide su integración, y por ende la del delito mismo, corresponde apuntar que al primer elemento del delito, o sea, al acto o acción; se opone su ausencia.

<sup>24</sup> Citado por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de derecho penal", tomo III, ob. cit., pág. 554.

Así el penalista Francisco Pavón Vasconcelos, asegura que el aspecto negativo del primer elemento del delito se presenta cuando falta cualquiera de sus sub-elementos, a saber: a) ausencia de conducta; b) inexistencia del resultado, y c) falta de relación causal entre la acción u omisión integrantes de la conducta, y el resultado material considerado.<sup>15</sup> Particularizando podemos citar cómo aspectos negativos del primer elemento del delito en forma enunciativa a: la fuerza física exterior irresistible; al sueño, al sonambulismo, al hipnotismo, etcétera.

Para el propósito de este trabajo sólo apuntaremos que la fuerza física exterior irresistible se presenta cuando el sujeto realiza un movimiento corporal de carácter involuntaria que produce un resultado típico, pero el cual no le puede ser atribuido, porque únicamente fue un instrumento involuntario de otro sujeto; o bien, en otros casos por no tener dominio o voluntad de los movimientos corporales, como en el sueño, sonambulismo o hipnotismo.

## 9. LA TIPICIDAD

El segundo elemento del delito, dentro del sistema causalista, es la tipicidad, concepto cuya sistematización la debemos al jurista alemán Ernesto Beling, a partir del año de 1906, en que publicó por primera vez la teoría de la tipicidad y el tipo.

El concepto tipicidad parece arrancar a su vez del concepto de "cuerpo del delito", pero el mérito de Beling fue desarrollar la teoría de la tipicidad con una función significadora y sistematizadora de la teoría del delito, que como instrumento técnico garantizara el principio de legalidad, garantía del individuo frente al poder punitivo del Estado.

De esta suerte la teoría del tipo y tipicidad consagraron el principio fundamental del derecho penal moderno, el *nullum crimen, sine lege*.

<sup>15</sup> FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS, "Manual de derecho penal mexicano", parte general, Edit. Porrúa, México 1967, segunda edición, pág. 227.

Tal principio lo vemos en el artículo 14 de la constitución política mexicana cuando nos dice:

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

El tipo resulta ser expresado en forma simplista como, la descripción legal de una conducta como delictiva; y la tipicidad, como el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo.

La teoría del tipo y la tipicidad fue evolucionando, pues Beling, la concibió como meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. A esta primera etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad se le ha llamado fase descriptiva o de independencia. De esta forma Beling propugnaba que además del respeto a la máxima *no hay pena sin ley* debía consagrarse el principio *no hay delito sin tipicidad*, donde la conducta, desde un plano objetivo, debía encuadrar en el tipo para que fuese típica, pero tal encuadramiento debía ser en el marco descriptivo de la ley, sin consideraciones o referencias a la antijuridicidad de la conducta, porque tipicidad y antijuridicidad no se pueden identificar, señalando que una conducta puede ser típica, pero puede darse el caso de que no sea antijurídica.

El tipo es una *descripción* de una conducta como delictiva, pero si se busca conocer si una conducta es contraria a la *norma*, ello constituye una función valorativa que corresponde a la antijuridicidad, que excede al marco de la tipicidad; más aún, si tal conducta la pretendemos atribuir a un sujeto para *reprochársela*, ésto correspondería a la culpabilidad.

De esta manera se dice que tipo y norma son partes esenciales en la teoría del delito, pero mientras el tipo describe, la norma valora. Igualmente la tipicidad debe separarse de la culpabilidad, pues en la tipicidad del acto

no se hace referencia al dolo o a la culpa, especies de la culpabilidad.<sup>14</sup>

Corresponde al penalista alemán Max Ernesto Mayer, en su obra "tratado de derecho penal", publicado en 1915, plantear la segunda etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad, llamada fase indiciaria, donde la tipicidad deja de ser meramente descriptiva y se le considera indiciaria de antijuridicidad.

Mayer sostiene la separación de tipicidad y antijuridicidad, pero asigna a la primera el fundamento de conocimiento de la antijuridicidad, nos dice: *son como el humo al fuego*.

Jiménez de Asúa estima que en los elementos normativos del tipo aparece claramente la función indiciaria de la antijuridicidad, y nos ejemplifica el elemento "ajeno" en el delito de robo, al que nosotros agregaríamos "sin derecho" que aparecen en la descripción típica del delito de robo prevista en el artículo 367 del código penal federal mexicano, donde tales elementos son una referencia a la antijuridicidad, y de realizar una conducta típica el sujeto, ésta sería en principio indiciaria de antijuridicidad, pero tal valoración podría no darse plenamente de aparecer una causa de justificación.

La tercera etapa de la teoría del tipo la encontramos en el *Tratado de Derecho Penal* de Edmundo Mezger, y se refiere a que tipicidad es la *ratio essendi* de la antijuridicidad.

Para Mezger el delito es una acción típicamente antijurídica, es decir suelta los conceptos de tipicidad y antijuridicidad, y así el delito es acción antijurídica y al mismo tiempo típica.

Se critica a Mezger que su teoría le otorga a la tipicidad una función desmesurada, y que crea una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general.

Una cuarta fase del desarrollo de la tipicidad es la defensiva, y se refiere a la segunda formulación de la teoría de la tipicidad por Ernesto Beling en 1930.

<sup>14</sup> Este es uno de los puntos principales en que difieren el sistema causalista y el finalista, como examinaremos más adelante.

Beling en su obra inicial *Die Lehre vom Verbrechen*, en 1906, había explicado al tipo como la suma de elementos materiales que integran el núcleo del delito, alrededor del cual se agrupan los demás elementos; en su obra *Die Lehre vom Tatbestand* publicada en 1930, Beling, ya no habla de una especie delictiva, sino de una "imagen rectora" compuesta de pluralidad de elementos, unos expresos en la ley, otros subyacentes en la misma, que se desprenden de la descripción legal que pueden ser objetivos (como la antijuridicidad), o subjetivos (como los referentes a la culpabilidad), pero todos dan lugar a esa "imagen rectora".

El tipo deja de ser un hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito en sus elementos materiales, y pasa a ser una "imagen rectora" que preside cada especie delictiva; la tipicidad será una adecuación a la "imagen rectora" no a la especie delictiva. De esta manera Beling busca dar solución a problemas como los de la tentativa, o la complicidad, que no podían encuadrarse en la específica descripción típica, pero sí en la "imagen rectora".

Jiménez de Asúa apoyándose en esta nueva exposición de Beling nos hablará de tipo de delito, de tipo de injusto, de tipo de culpabilidad, de figura rectora, de adecuación típica y de tipicidad.<sup>17</sup>

En consideración de Zaffaroni otra de las objeciones iniciales hechas a Beling y que éste trata de resolver en 1930 es:

la necesidad de la congruencia del dolo en el tipo objetivo, y a partir de entonces se abren dos caminos para resolver el problema: uno, casi intransitado, inaugurado por el mismo Beling, y el otro, que había sido señalado por Hellmuth von Weber en 1929: la concepción mixta del tipo. La dogmática alemana transitó este último camino, o bien se quedó con el anterior, tratando de remendarlo. La primera solución es la del finalismo y la segunda del actual causalismo.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de derecho penal", parte general, tomo III, *op. cit.*, págs. 766 y 767.

<sup>18</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "Tratado de derecho penal", Edic. Cárdenas Editores, México, primera edición, 1988, tomo III, pág. 215.

Algunos autores consideran que al hablar de tipo y tipicidad se llega a confundir dichos conceptos, por lo que debe distinguirse entre tipo, juicio de tipicidad y la tipicidad propiamente dicha.

El tipo es una figura de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad, la averiguación que, sobre una conducta, se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador; la tipicidad es el resultado afirmativo de este juicio.<sup>19</sup>

Aparece una quinta fase sobre la teoría del tipo y se le llama destructiva, y se debe a las posiciones radicales del nacional-socialismo alemán, en la aciaga época de Hitler, donde el punto de partida del delito no es la acción, sino la voluntad del agente; donde se reprocha no el daño causado, sino la peligrosidad del agente, y sobre todo donde el orden jurídico parte de una "moral del pueblo" y el juez debe interpretarse ese "orden moral del pueblo", por lo que el juez no debe estar atado a consideraciones formales, así los principios *nullum crimen, nulla poena sine lege* no existen para el derecho nazista, lo que llegó a los excesos de todos conocidos, en que los principios del derecho penal liberal democrático fueron atropellados en aras de un estado totalitario.

Sin embargo, en la moderna teoría del tipo y la tipicidad impera la preocupación de que esta teoría sea una efectiva garantía de legalidad y libertad del individuo, para evitar que se repitan casos como el del nazismo, para que el tipo constituya la Carta Magna del inculpado.

Sin duda, otro de los temas más trascendentales para la teoría del tipo y que incide en forma capital en las concepciones causalistas y finalistas de la teoría del delito, son los llamados elementos subjetivos del injusto.

Ya habíamos apuntado que el tipo se conforma por elementos objetivos, pero que en ocasiones en forma expresa involucra elementos subjetivos como cuando hace

<sup>19</sup> RAFAEL MÁRQUEZ PIÑERO, "El tipo penal", Edis. UNAM, México, 1986, pág. 165.

referencia a condiciones psicológicas del sujeto activo al momento de realizar la conducta típica, como es el caso cuando el tipo dice:

...al que con ánimo; ...al que con el propósito; ...al que engañando", etc. También puede suceder que el tipo haga alusión a elementos normativos, llamados así porque el tipo consigna elementos que entrañan valores, sean jurídicas o culturales, como cuando señala: "...al que sin derecho; ...cosa ajena; ...casta y honesta; etcétera.

La existencia de los elementos subjetivos y normativos, además de los objetivos primeramente considerados, llevó a la clasificación de los tipos en normales y anormales, siendo los primeros aquellos tipos que sólo contenían elementos objetivos, y los segundos, los que además de contener, elementos objetivos, consignaban elementos subjetivos o normativos, o ambos.

Las repercusiones del reconocimiento de la existencia de los elementos subjetivos y normativos del tipo llevaron a varios penalistas a cuestionar la posición belingiana de que al tipo debía concebirse como meramente descriptivo, que cualquier cuestión subjetiva o valorativa correspondía a la culpabilidad o a la antijuridicidad.

Beling niega la existencia de los llamados elementos subjetivos de la antijuridicidad y explica que cuando el tipo hace referencia a conceptos como "ajeno", "ejercicio legítimo" etc., son "referencias jurídicas de la conducta, que conservan su función descriptiva, puesto que sólo sirven para delimitar dicha conducta en el sentido de una especie de delito. De igual modo repudia Beling los elementos subjetivos, pues en su concepto la "intención impúdica" o "el ánimo de lucro" no son más que frases que se refieren a la descripción".<sup>20</sup>

Algunos tratadistas consideran que los elementos subjetivos del injusto deben tratarse al estudiar la antijuridici-

<sup>20</sup> Citado por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de derecho penal", tomo III, ob. cit., pág. 824.

cidad (Mayer, Mezger, Schmidt), otros penalistas lo ubican al estudiar la culpabilidad, o bien en el dolo específicamente.

Ahora bien, en el sistema causalista se puede señalar que desde mediados del siglo pasado ya se apuntaba la problemática de los elementos subjetivos del injusto. Un autor alemán (Hegler en 1914) ya explicaba que no cualquier sustracción de la cosa mueble da lugar al robo, sino que tan sólo la sustracción de la cosa con "ánimo de apropiación" lo que obligaba al reconocimiento de elementos subjetivos.

A otro autor alemán, Max Ernesto Mayer, se le reconoce como el primer expositor sistemático de los llamados elementos subjetivos del injusto. Para Mayer siendo la antijuridicidad un concepto objetivo, los elementos subjetivos de la antijuridicidad son características que deben tomarse en cuenta al afirmarse lo injusto de un acto, pero que tales elementos no pertenecen a la culpabilidad, en efecto., —para este penalista— el fin que persigue un sujeto al ejecutar un delito corresponde al injusto; el motivo que lo impulsa pertenece a la culpabilidad.

Goldschmidt no comparte el punto de vista de Mayer, y para él los llamados elementos subjetivos del injusto, pertenecen lisa y llanamente a la culpabilidad, y podríamos agregar nosotros siguiendo el hilo de este pensador, que el fin, el motivo, son terrenos de la culpabilidad, derivándose de ello que no distingue entre fin y motivo a la manera de Mayer.

Por su parte Edmundo Mezger uno de los demás destacados penalistas dentro del sistema causalista, consideró en un principio a los elementos subjetivos del injusto, con exclusiva referencia a lo injusto; posteriormente explicó que no todo lo objetivo pertenece a lo injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad, sino que en ocasiones tales elementos son fundamentación del ilícito, sobre todo cuando la exclusión de esos elementos subjetivos da lugar a la desaparición de la antijuridicidad del hecho; en otros casos, podrán ser referencias anímicas subjetivas del inculgado, y entonces ello, caerá en el campo de la culpabilidad.

El debate sobre los elementos subjetivos del injusto parece ser aún a la fecha, terreno de múltiples discusiones y matices, que desde luego, no se agotan en las posiciones de los tratadistas mencionados, pero que creemos resumen en buena medida las principales posiciones de los penalistas seguidores del sistema causalista.

Creemos pertinente indicar en este momento, que por su parte la corriente de la acción finalista, al ubicar dentro de su sistema el dolo y la culpa dentro del terreno de la teoría del tipo, y no de la culpabilidad, es lógico que los llamados elementos subjetivos del injusto se examinen de modo muy distinto al que lo hacen los causalistas, lo que será motivo de nuestro estudio en el próximo capítulo.

## 10. LA ATIPICIDAD

En forma muy general podemos reiterar que el sistema causalista contempla en el delito una fase objetiva, en la que se ubica al tipo y la tipicidad.

De esta manera, algunos penalistas incluyen como elementos del tipo, aspectos que juzgan objetivos como:

- a) El bien jurídico tutelado;
- b) Los sujetos: activo y pasivo, sea en cuanto a su calidad o número;
- c) La manifestación de la voluntad;
- d) El resultado previsto en el tipo;
- e) La relación de causalidad;
- f) Los medios, formas y circunstancias previstas en el tipo;
- g) Las modalidades de tiempo, lugar u ocasión que señale el tipo;
- h) El objeto material.

En consecuencia, el aspecto negativo de este segundo elemento referido a las causas de atipicidad, lo encontraremos cuando falte alguno de los elementos del tipo, así se dará la atipicidad cuando se presente:

- a) Falta del bien jurídico tutelado;
- b) Falta de calidad, o del número, en cuanto a sujetos activos o pasivos que exija el tipo;
- c) No exista manifestación de voluntad;
- d) No se dé el resultado previsto por el tipo;
- e) No exista relación causal;
- f) Por ausencia de los medios, formas o circunstancias previstas en la ley;
- g) Por falta de las modalidades de tiempo, lugar u ocasión que exija el tipo;
- h) Por falta de objeto material.

Conforme al propósito de nuestro tema, no es el momento de profundizar en el estudio y discusión de los temas que los penalistas han abordado en torno a las atipicidades y a la falta de tipo.

## 11. LA ANTIJURIDICIDAD

El afamado maestro Luis Jiménez de Asúa, al referirse a la antijuridicidad nos dice que:

provisionalmente puede decirse que es lo contrario al Derecho. Por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho.<sup>21</sup>

Sin embargo, el propio tratadista español nos explica que esta definición en realidad no nos lleva al conocimiento de lo que es contrario al derecho.

Numerosos problemas ha planteado este elemento del delito, desde su propia denominación, su contenido, su función, sus clases, etc., que desde luego han sido abordadas y resueltas de diversa manera. Para el objetivo perseguido en este trabajo, vamos a resumir el pensamiento de los penalistas causalistas más destacados sobre este elemento.

<sup>21</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de derecho penal", tomo III, *ob. cit.*, pág. 958.

En cuanto al concepto antijuridicidad, algunos opinan que es preferible el término injusto.

Guillermo Sauer, Binding y otros penalistas distinguen entre antijuridicidad e injusto, afirmando en que el primer término es un "anti" y el segundo es sólo "no derecho"; por lo que debe preferirse el uso del vocablo antijuridicidad.

El italiano Petrocelli y el argentino Ricardo C. Núñez, entre otros, estiman que pueden usarse los términos antijuridicidad, ilicitud, injusto y entuerto, indistintamente.

Kelsen y Faustino Ballvé, plantean que el uso del término correcto en este terreno es el de "ilicitud" y así piensan que la "ilicitud" es el comportamiento contrario al comportamiento jurídicamente obligatorio, y la antijuridicidad es la lesión no sólo al deber jurídico, sino también al bien jurídico tutelado por la norma jurídica.

Para otros autores que han llegado a utilizar los términos "ilegalidad", "ilegitimidad", "anormalidad" y aun "entuerto", en realidad lo hacen refiriendo su contenido a lo "contrario a la norma", de ahí que Jiménez de Asúa prefiera el uso del término antijuridicidad, que además es el más extendido y aceptado.

En realidad más compleja es la cuestión del contenido de la antijuridicidad.

Dado que la antijuridicidad es un concepto negativo (lo contrario a la norma, lo contrario al derecho) no resulta fácil dar una definición de la misma. Por lo general, se señala como antijurídico lo que es contrario al derecho, pero aquí no puede entenderse lo contrario al derecho, lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado.<sup>22</sup>

La entraña de la antijuridicidad es un juicio de valor, ello es prácticamente aceptado por la inmensa mayoría de los penalistas, quienes encuentran en la definición de delito natural de Rafael Garófalo el antecedente de que la

<sup>22</sup> RAFAEL MÁRQUEZ PIÑERO, "Derecho penal", parte general, Edn. Trillas, primera edición, 1966, pág. 193.

antijuridicidad es la valoración de un acto, que en su esencia es contrario a las normas o valores de la sociedad, que Garófalo denomina "sentimientos altruistas de piedad y probidad" que todo grupo social posee —a su juicio— en una medida media.

Von Liszt fundador del sistema causalista de la teoría del delito ya apuntaba: "El acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial)."<sup>23</sup>

Siguiendo los pasos de Liszt, el autor alemán Max Ernesto Mayer expone su famosa teoría de las "normas de cultura" como fundamento de la antijuridicidad.

La Sociedad, indica Mayer, es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. Es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado.<sup>24</sup>

Prosiguiendo esa línea marcada por Liszt, Mayer y otros autores, otros pensadores han expuesto que la esencia de la antijuridicidad la encontramos en la protección de bienes jurídicos, expresión de las valoraciones ético-sociales plasmadas por el legislador en la ley.

A su vez el penalista mexicano Sergio Vela Treviño con base en una exposición sistemática de los temas apuntados define a la antijuridicidad como:

El resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contrariación existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> FRANZ VON LISZT, "Tratado de derecho penal", tomo II, segunda edición, Edit. Reus, Madrid, 1927, pág. 324.

<sup>24</sup> Cita que aparece en la obra de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "La ley y el delito", *ob. cit.*, págs. 275 y 276.

<sup>25</sup> SERGIO VELA TREVIÑO, "Antijuridicidad y justificación", Edit. Trillas, México, tercera edición, 1990, pág. 130.

De la anterior definición su autor deriva los siguientes elementos:

a) Una conducta típica, que precede en un plano lógico a la antijuridicidad;

b) Una norma jurídica, en la cual subyace la norma de cultura que se tomó en cuenta para crear la propia norma jurídica;

c) Un juicio valorativo, de carácter objetivo, que implicará en ocasiones el estudio del total sistema jurídico, ya que la antijuridicidad es unitaria, y en ocasiones la norma de cultura no se encuentra en forma expresa en la norma jurídica penal, sin embargo, el tipo debe permitir nutrirse de ese estudio general, y los límites del tipo determinan la objetividad del juicio valorativo. Además de ese límite, la antijuridicidad deviene a ser un juicio valorativo objetivo porque corresponde realizarlo al juzgado, y su fundamento primario lo encontramos en el artículo 21 constitucional mexicano cuando se prescribe:

*La imposición de la pena es propia y exclusiva de la autoridad judicial, en íntima relación a otros preceptos de rango Constitucional como son los artículos 16, 17 y 19;*

d) Insiste el penalista Vela Treviño, que el juicio valorativo de contradicción corresponde realizarlo al juez y sólo a él, le compete, en función de sus atribuciones y competencia; juicio valorativo de la conducta típica y a fin de determinar la antijuridicidad de la misma, la que desde luego no podría quedar sujeta al juicio del propio inculpado, o del ofendido, o del representante de la sociedad, pues entonces esa valoración sería subjetiva y resultaría arbitraria.

Abundando sobre el tema de la antijuridicidad, se habla de la antijuridicidad formal y material. Liszt distinguía que el acto es formalmente contrario al derecho, cuando transgrede la norma, que contiene un mandato o una prohibición; y ese acto resulta materialmente opuesto a la norma, por cuanto significa una conducta contraria a la sociedad.

Este criterio dual de la antijuridicidad fue criticado por el maestro Luis Jiménez de Asúa y el penalista Sebastián Soler. En efecto el primero escribió:

Bien mirado, todo se reduce a que Von Liszt confunde la antijuridicidad formal con la tipicidad; en suma la antijuridicidad formal es la tipicidad y la antijuridicidad material la antijuridicidad propia. El error está en que la terminología de Liszt se hace valorativo (normativo) a lo formal, que es descriptivo.<sup>28</sup>

Pensamos que también coincide en esta forma de pensar Cuello Calón cuando escribe que la antijuridicidad formal es una consecuencia del principio de legalidad, donde la antijuridicidad se determinará dentro del marco de la antijuridicidad formal; aceptar únicamente la antijuridicidad material, nos puede llevar a excesos y abusos como los cometidos en la Alemania nazi, donde la conducta antijurídica era lo que contrariaba el sano *sentimiento del pueblo alemán*.

También en el estudio de la antijuridicidad destaca el pensamiento de Carlos Binding, quien expuso que al cometerse un delito, éste no resulta contrario a la ley, puesto que la conducta del sujeto activo se ajusta a lo previsto en la ley, lo que viola dicho sujeto no es la ley, sino la norma subyacente en la ley. A manera de ejemplo, cuando un sujeto mata a otro, su conducta se adecúa a lo previsto en la ley que dice: *Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro*, así pues resulta que el sujeto lo que viola es la norma, en realidad contradice los valores culturales, el "no matarás" implícito en la descripción típica, en la ley.

Otro tema, tal vez donde se han presentado las discusiones más enconadas, en el análisis de la antijuridicidad, no sólo en el campo de los penalistas "causalistas", sino polémico entre éstos y los finalistas, son los "elementos subjetivos de lo injusto", tema que ya destacábamos al estudiar la tipicidad.

Cabe agregar, que algunos autores piensan, sobre este particular, que en algunos delitos, se requiere además de valorar la conducta desplegada por el sujeto, para asumir que la misma fue antijurídica, contemplar la integración de elementos de carácter subjetivo, señalados en el tipo.

<sup>28</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de derecho penal", tomo III, *ob. cit.*, pág. 1,016.

Para Mezger, como ya lo habíamos apuntado "tales elementos subjetivos de lo injusto eran excepciones de un tipo de injusto entendido de un modo causal objetivo".<sup>27</sup>

Los autores causalistas, sin embargo, afirman que esos "elementos subjetivos" son diferentes del dolo, son especiales "tendencias", "motivos" que el legislador exige, además del dolo. Así por ejemplo, se puede citar —a su juicio— el caso del delito de injurias, donde el elemento subjetivo del injusto lo encontraríamos en el ánimo de injuriar, de tal modo que proferir injurias, sin ánimo de injuriar, no podrá constituir el delito de injurias; de la misma manera como apoderarse de un bien mueble, sin ánimo de apropiación, no será delito de robo.

Para la corriente de penalistas que forman el sistema finalista, éste es uno de los puntos de quiebra del sistema causalista, (como lo estudiaremos más ampliamente en el capítulo siguiente), ya que "tales elementos son una confirmación más de que el tipo de injusto puede comprender también los elementos subjetivos, entre ellos el dolo".<sup>28</sup> Para el finalismo al ubicar el dolo en el estudio del tipo, se resuelve por sí sólo el llamado problema de los "elementos subjetivos del injusto", ya que no corresponde a la culpabilidad el estudio del dolo, sino al tipo, y todas las incongruencias de los causalistas, a pesar de los esfuerzos de penalistas de la talla de Mezger por resolver estos "elementos subjetivos" en el campo de lo objetivo no encuentran solución.

Por último, y con el propósito de enlazar el tema de la antijuridicidad con su aspecto negativo, dentro de la dogmática jurídico penal, o sea, las llamadas causas de justificación (de licitud para algunos), encontramos definiciones del concepto antijuridicidad refiriéndolo a los casos de su exclusión, donde la apariencia de antijuridicidad desaparece al presentarse alguna causa de justificación. Así podemos definir a la antijuridicidad como aquella conducta que la norma, en tanto siendo tímica, no esté amparada en alguna causa de justificación.

<sup>27</sup> Citado por FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Teoría general del delito", Edit. Tirant lo Blanch, España, segunda edición, 1989, pág. 68.

<sup>28</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *ib. cit.*, pág. 68.

Ello nos plantea el siguiente tema, el de las causas de justificación.

## 12. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Para Luis Jiménez de Asúa las causas de justificación pueden definirse como aquellas causas

que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, eso es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen.<sup>29</sup>

De la definición del ilustre penalista español podemos derivar las cuestiones fundamentales de las llamadas "causas de justificación".

En primer lugar, apoyándonos en el famoso esquema de Guillermo Sauer de la oposición de los aspectos positivos y negativos del delito, las "causas de justificación" constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad como elemento positivo del delito, y su aparición excluye la antijuridicidad, mas no así el acto (conducta o hecho) y la tipicidad; de esta manera, como apunta Fernando Castellano Tena, quien priva de la vida a otro, ajusta su conducta al tipo descrito en el artículo 302 del código penal para el Distrito Federal, pero tal conducta podrá no ser antijurídica si quien privó de la vida obró en legítima defensa, en estado de necesidad, o en presencia de cualquier otra justificante.<sup>30</sup>

En segundo lugar debemos destacar que las llamadas causas de justificación, vienen a resultar conductas lícitas, y por ende no pueden ser antijurídicas, o sea contrarias a derecho, sino por el contrario ajustadas a derecho y por ende carentes de sanción.

<sup>29</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "La ley y el delito", *ob. cit.*, pág. 284.

<sup>30</sup> FERNANDO CASTELLANOS TENA, "Lineamientos de derecho penal", Edic. Porrúa, México, pág. 179.

Jiménez de Asúa destaca en su definición un dato revelador, que consiste en que el carácter antijurídico es el elemento más importante del delito. En el mismo sentido se pronuncian el italiano Bettiol y el mexicano Franco Guzmán, para quienes la antijuridicidad matiza, colorea o polariza, a los demás elementos, sin perder su calidad de elemento. Sin embargo, este elemento no llega a configurarse si se presenta alguna causa de justificación, a pesar de que podamos hablar de conducta y ésta sea a su vez típica, no va a resultar antijurídica.

La denominación de "causas de justificación", también ha sido debatida por los penalistas, así se le ha denominado: "causas que excluyen la responsabilidad" (Manzini, o bien como el título que empleaba el Código Penal del Distrito Federal); "causas impeditivas de que surja el delito" (Rocco); "requisitos negativos del delito" (Crispigni); "circunstancias negativas del delito" (Vannini); "circunstancias negativas de la antijuridicidad" (Valletta); "conductas típicas conforme a derecho" (Vela Treviño, quien se apoya en Maurach y en Zaffaroni).

Jiménez Huerta critica el empleo de la expresión "causas de justificación", cuando nos dice:

La conducta que no es antijurídica no necesita justificarse; quien no lesiona ningún interés jurídico al obrar conforme a derecho no efectúa una conducta antijurídica que deba ser legitimada.<sup>31</sup>

Resulta claro que si el sujeto obró lícitamente no tiene por que "justificar" su conducta. A pesar de que esta crítica resulta acertada, de la amplia gama de terminología que se ha propuesto alrededor de este tema, no se ha podido desterrar el uso "de causas de justificación", a veces porque el empleo de otros términos abarca diversas cuestiones como son, por ejemplo "elementos esenciales negativos"; "circunstancias negativas del delito"; "causas que excluyen la incriminación", "causas que excluyen la responsabili-

<sup>31</sup> MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, "La antijuridicidad", Imprenta Universitaria, México, 1952, pág. 119.

dad"; o bien, porque si bien pueden parecernos correctas, tales como "circunstancias negativas de la antijuridicidad"; "conductas típicas conforme a derecho", no han logrado difusión o aceptación, y por decirlo de otra manera, la frase "causas de justificación" no ha podido ser desplazada.

Algunos autores han venido manejando el término de "causas de licitud" que a nuestro parecer puede sustituir con ventaja al término "causas de justificación", porque el término "licitud" viene a ser sinónimo de "derecho". En apoyo a lo anterior podemos decir que una de las principales "causas de justificación" lo es la "legítima defensa", es decir, de la defensa permitida por la ley, o sea una conducta lícita.

Más importante que esta discusión terminológica se presenta en el problema de los principios que deben regir a las "causas de licitud"; o "causas de justificación".

Para Vela Treviño:

Los principios rigen la determinación de la ausencia de antijuridicidad, enunciables como ausencia de interés jurídico el primero, e interés preponderante el segundo. Tomados como elementos básicos para el juicio correspondiente, son los que el juzgador debe valorar para su conclusión en orden a la antijuridicidad, y decir que cuando aparece uno de ellos en un caso particular que es motivo de enjuiciamiento, la conducta típica de que se trate será conforme a derecho.<sup>32</sup>

Las causas específicas de justificación, siguiendo la denominación tradicional, se han pretendido clasificar y al respecto se presentan diversas propuestas, una de ellas se puede extraer de los principios que rigen a este aspecto negativo del delito y que acabamos de mencionar.

Así tendremos a las causas de justificación, sea por ausencia de interés jurídico (como el consentimiento del ofendido); o bien, por la preponderancia de interés jurídico (como la legítima defensa, o el estado de necesidad).

<sup>32</sup> SERGIO VELA TREVIÑO, "Antijuridicidad y justificación", *ob. cit.*, pág. 166.

Semejante punto de vista ya fue expuesto por Mezger. Jiménez Huerta los clasifica según se presente la "inexistencia de la lesión" o la "inexistencia de la ofensa".

Los límites de este trabajo no permiten abundar en los diversos criterios de clasificación de las "causas de justificación", y por ello sólo nos limitamos a enunciarlas. Se aceptan generalmente como causas de justificación a la legítima defensa, sea propia o de un tercero; al estado de necesidad; obrar en cumplimiento de un deber; al actuar en el ejercicio legítimo de un derecho, o el consentimiento del ofendido, en algunos casos.

De la existencia de una causa de justificación podemos derivar algunos de los siguientes principios:

a) Siendo lícita no cabe en un mismo acto obrar en contra de derecho;

b) Cualquier partícipe en un acto justificado ejecutado por el autor, también se encontrará justificado;

c) A quien obró con una "causa de justificación" no le es aplicable ninguna medida de seguridad, o cualquier tipo de sanción (ya que desde luego dicha conducta no es punible), puesto que su obrar fue lícito;

d) La existencia de una "causa de justificación" al excluir la antijuridicidad de la conducta, hace innecesario, el estudio de la culpabilidad del sujeto, pues este estudio sólo podría llevarse a cabo si la conducta fuese antijurídica, presuponiendo la imputabilidad.

De esta manera llegamos al tema de la imputabilidad que abordaremos a continuación.

### 13. LA IMPUTABILIDAD

De acuerdo al esquema de Sauer, complementado por Jiménez de Asúa, mismo que hemos venido siguiendo, corresponde ahora estudiar la Imputabilidad.

La imputabilidad es uno de los conceptos pilares de la teoría del delito. Ya encontramos desarrollado este

concepto en la Escuela Clásica y concretamente Francisco Carrara lo consigna en su definición de delito, al referirse a que el "acto externo del hombre, positivo o negativo" deberá ser moralmente imputable.

El fundamento del estado para imponer penas, lo encuentran los clásicos, en el libre albedrío, base de la responsabilidad del sujeto.

El libre albedrío fue negado enérgicamente por la corriente positivista, ya que además de lo indemostrable que resulta la existencia del libre albedrío, consideraba por el contrario, que el hombre carece de esa posibilidad porque está determinado en su actuar por una serie de factores individuales o mesológicos.

A pesar de las objeciones de la Escuela Positivista, se acepta que el sujeto tiene un margen de elección, de decisión, de optar por el respeto a la ley, o de violarla, y en esa posibilidad radica la imputabilidad.

El penalista italiano Maggiore recalca lo anterior cuando nos dice:

La imputabilidad es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente. Estas condiciones se resumen en el concepto de libertad. Imputabilidad equivale a libertad.<sup>33</sup>

El código penal italiano de 1930 recoge la opinión de que la imputabilidad se fundamenta en la posibilidad del sujeto de conducirse de acuerdo, o no, a la ley, y declara que *es imputable el que tiene capacidad de entender y querer*.

El código penal federal mexicano de 1931, en su actual redacción acepta en esencia la redacción del código penal italiano cuando señala en su artículo 15 fracción II, que se es imputable cuando el sujeto pudo "comprender el carácter ilícito del hecho y conducirse de acuerdo a esa comprensión". Semejante disposición contiene el código penal para el Estado de Coahuila de 1983, pues su artículo 36 dice:

<sup>33</sup> GIUSEPPE MAGGIORE, "Derecho penal", vol. I, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1954, pág. 487.

*Imputabilidad.* Es imputable penalmente la persona mayor de 16 años que, en el momento de cometer la conducta típica, tenga la capacidad para comprender su carácter ilícito y de determinar aquella en razón de esa comprensión.

Podemos decir que en la Imputabilidad, apoyándonos en la doctrina y en las leyes mencionadas, exige dos límites mínimos para su existencia:

a) Un límite físico, es decir, una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo logra el desarrollo psíquico suficiente para podersele considerar imputable;

b) Un límite psíquico, o sea, la capacidad de "entender" y "querer" que aluden los códigos italiano y penal federal mexicano y el de Coahuila.

Así pues, en los ordenamientos punitivos es usual encontrar que se es inimputable, si se alcanza determinada edad (15, 16, 18, o más años, según lo prevea cada código), en el momento de llevar a cabo la conducta típica, y si además satisface el límite psíquico exigido por la propia ley.

A la capacidad de "entender" se le considera en un plano "intelectivo", o "o de comprensión", y a la capacidad de "querer", en un plano de "voluntad"; ambos conceptos como fundamento de la imputabilidad, sin embargo, estas concepciones sufren actualmente críticas "porque reduce todas las facultades humanas a los planos intelectual y volitivo, que no son las únicas, ni tan siquiera las más importantes. En todo caso, las facultades intelectivas y volitivas humanas están condicionadas por otra serie de factores, que también deben ser relevantes en la determinación de la capacidad de culpabilidad (factores psíquicos y socio-culturales). Por eso, no puede considerarse actualmente que la capacidad de culpabilidad sea únicamente un problema de facultades intelectivas y volitivas del sujeto, sino algo mucho más complejo".<sup>34</sup>

<sup>34</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, pág. 150.

La convivencia social plantea un proceso de interacción y comunicación que en la psicología moderna se llama motivación. En consecuencia y reduciendo a una explicación muy simplista, la imputabilidad va a radicar en la capacidad de motivarse por el mandato de la norma; y en la medida que esa capacidad de motivación no haya podido desarrollarse, sea por falta de madurez, por defectos psíquicos, o por cualquier razón, no podrá imputarse al sujeto una conducta y menos establecerse un juicio de culpabilidad.

Ahora bien, además de estas discusiones sobre la esencia misma de la imputabilidad, existe la disputa, ya de antiguo de la ubicación de la imputabilidad dentro de la teoría del delito; para unos, es un presupuesto de la culpabilidad (como así lo declara terminantemente Jiménez de Azúa); otros penalistas colocan a la imputabilidad como un elemento del delito (Mezger), o aquellos que opinan que no existe mayor diferencia en considerar a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad o como elemento precedente de la culpabilidad (Rodríguez Muñoz); o bien, que ven a la imputabilidad como un presupuesto del delito (Battaglini); sin embargo, podemos observar que en general los penalistas, sea como presupuesto, elemento, característica, etc., coinciden en que:

No hay culpabilidad sin libertad. En otras palabras el hombre es culpable de un delito porque es imputable a él; y es imputable porque es libre.<sup>35</sup>

También en el estudio de este concepto se ha planteado la existencia de grados en la imputabilidad, así se habla de imputabilidad disminuida, o de semi-imputabilidad, en ocasiones referidas al límite físico, es decir, se habla de semi-imputabilidad si el sujeto no alcanza el límite de edad, pero está cerca de él, por ejemplo de 14 a 16 años de edad, cuando 16 años es el límite fijado por la ley para la plena imputabilidad. Por supuesto que sobre el particular puede decirse que las discusiones no terminan.

---

<sup>35</sup> GIUSEPPE BETTOL, "Derecho penal", *ob. cit.*, pág. 352.

Otro tema obligado al tratar de la Imputabilidad son las llamados *acciones liberae in causa* (acciones libres en su causa).

Franz Von Liszt al abordar este tema planteaba el ejemplo del guardavías de ferrocarril, quien para no realizar el cambio de vía del tren, y que estaba a su cuidado, se embriaga y de este modo provoca un accidente. Liszt resuelve el problema diciéndonos que al ocurrir el accidente el guardavía se encuentra en un estado aparente de inimputabilidad, pues ebrio ni tan siquiera se dio cuenta del accidente al ocurrir éste, sin embargo, el maestro alemán nos indica que debemos remontarnos al momento en que el sujeto manifestó su voluntad de embriagarse para lograr el fin que se propuso, es decir, en su origen, en su causa la conducta se produjo libremente, y por ende el resultado le es imputable.

La teoría de las *acciones liberae in causa* es sostenida por la gran mayoría de los penalistas adheridos al sistema causalista.

Sin embargo, esta teoría no está exenta de críticas, así Zaffaroni nos dice:

La teoría de las *acciones liberae in causa* no puede ser tomada en cuenta en la dogmática contemporánea, porque no puede fundar la responsabilidad dolosa en razón de que al hacerlo viola el principio de culpabilidad y el de legalidad, y porque tampoco sirve para fundamentar la tipicidad culposa, porque en tales supuestos ésta se hace efectiva conforme a los principios generales de la culpa, ni tampoco es útil a los efectos de la función de los delitos en que el incapacitarse para cometerlos ya es un acto de tentativa, puesto que en ellos rigen las reglas generales de la tipicidad dolosa.<sup>38</sup>

Cabe señalar que el código penal de Coahuila recoge esta institución en su artículo 38, que a la letra reza:

*Conductas libres en su causa.* Será considerada plenamente imputable, quien realice un hecho típico en estado de alteración

<sup>38</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "Tratado de derecho penal", parte general, tomo II, ob. cit., pág. 445.

ción psicosomática transitoria, derivada de su anterior comportamiento deloso o culposo.

De esta manera el legislador mexicano mencionado retrotrae al comportamiento anterior el dolo o la culpa, siguiendo la opinión dominante en este punto.

#### 14. LA INIMPUTABILIDAD

Las causas de inimputabilidad serán aquellas que constituyen el aspecto negativo de la imputabilidad, y las vamos a referir a los casos en que el sujeto que ha ejecutado una conducta típica y antijurídica, no resulta imputable porque no reúne el límite físico y psíquico que exige la ley.

En otras palabras, o no alcanza el límite de edad previsto en la ley, o bien no reúne las condiciones psíquicas previstas en la norma.

Así las causas de inimputabilidad, según lo prevé la ley, vendrán a ser aquellas en que el sujeto no alcance la edad mínima que la ley señale, o que alcanzando esa edad no haya podido comprender el hecho o conducta que realizó, o bien, que habiendo comprendido dicha conducta o hecho no haya podido determinarse para ajustar esa conducta o hecho a los parámetros exigidos por la ley.

En nuestro sistema jurídico podemos observar que el código penal federal mexicano señala como causas de inimputabilidad, el trastorno mental, o el desarrollo intelectual retardado; por su parte el código penal de Coahuila (siguiendo la anterior orientación del código penal Federal) nos habla de quien padezca ceguera o sordomudez de nacimiento, con total falta de instrucción; o enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, o por desarrollo psíquico retardado o incompleto, o por grave perturbación de la conciencia sin base patológica.

## 15. LA CULPABILIDAD

Sin duda alguna que la culpabilidad es uno de los hallazgos fundamentales de la teoría del delito.

Este importante elemento del delito lo encontramos en casi la totalidad de las modernas concepciones de la teoría del delito.

La culpabilidad aparece en el esquema del maestro Jiménez de Asúa colocado a continuación de la antijuridicidad, presuponiendo este elemento, la imputabilidad del sujeto.

De antiguo se castigaba al autor de un delito en consideración al resultado dañoso que había producido. Se atendía al resultado lesivo, no importaba "la intención". Por esta razón, a esta ancestral concepción de culpabilidad, se le ha denominado "responsabilidad objetiva por el mero resultado".

En los albores del derecho penal, para la aplicación de una pena, su fuente radicaba en la presencia de un nexo objetivo de causalidad entre la acción del hombre y el resultado, independientemente del vínculo de carácter psicológico, subjetivo que ligase al hecho con su autor. En otros términos se aceptaba que la responsabilidad penal revestía carácter objetivo.

La evolución del concepto de la responsabilidad objetiva, al principio de la responsabilidad subjetiva que atiende a exigencias por encima de la mera producción de un resultado dañoso o peligroso, ha sido lenta según Liszt y Mezger, y aún no termina.

En el devenir del tiempo se fueron elaborando los conceptos de dolo y culpa como manifestaciones de la culpabilidad; ya desde la antigua Roma se empezaba a hacer referencia a situaciones subjetivas del sujeto al momento de realizar el ilícito penal.

Así pues, posteriormente, en los autores de la Escuela Clásica, aparece la culpabilidad integrada por los conceptos de dolo y culpa.

Carrara define el dolo como "la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe que es contrario

a la Ley". *La culpa se define como la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.*

De las definiciones de dolo y culpa, que encontramos en estos juristas, podemos observar que "la fuerza moral subjetiva" del delito, o culpabilidad, ya presenta las bases de esta moderna teoría.

Al preguntarse el penalista Bettiol: ¿Pero qué es la culpabilidad?, responde:

No existe en la doctrina una *communis opinio*, pues son muy diversas las concepciones acerca de la noción y límites de la culpabilidad. La concepción que ha dominado durante siglos y que aún cuenta con numerosos seguidores, es la llamada sicológica o también naturalista ... La concepción sicológica de la culpabilidad se basa, pues, sobre un vínculo de carácter subjetivo que une el hecho con su autor en los límites respectivos del dolo o de la culpa.<sup>37</sup>

En efecto ya con Franz von Liszt la culpabilidad va a sistematizarse y a desarrollarse sobre una base de relaciones naturalísticas que reafirman el carácter causalista de este sistema. Así aparece la llamada "teoría psicologista de la culpabilidad".

Para Liszt, consecuente con su esquema naturalista, la culpabilidad viene a ser una relación natural, en este caso, una relación psicológica entre el sujeto y el acto, de ahí la denominación que recibió esa teoría.

Para el sistema causalista de la teoría del delito, el primer elemento del delito, el acto, acción o hecho, según se le denomine, se integra, como ya hemos visto, de conducta, resultado y nexa causal; a su vez la conducta la conforman un elemento psíquico y uno físico, el primero consistente en la voluntariedad de la propia conducta, y el segundo en la acción u omisión, formas en que se proyecta el elemento psíquico de la actividad o inactividad humana.

<sup>37</sup> GIUSEPPE BETTIOL, "Derecho penal", *ob. cit.*, pág. 317.

### Para el sistema causalista

esta explicación previa nos hará comprender la importancia capital existente entre distinguir, el *elemento psíquico de la conducta* y el *elemento psíquico con respecto al resultado*, este último estriba en la conciencia y voluntariedad del agente encaminada a obtener el evento. Así, una cosa es querer la conducta (elemento psíquico del hecho), y otra, es querer el resultado (elemento psíquico del delito). Son conceptos diferentes, pero aplicando los principios de prelación lógica, encontramos que si bien son nociones de muy diverso contenido, puede existir perfectamente el elemento psíquico de la conducta, sin darse el psíquico del resultado, ya que, el primero por la ley de prelación lógica lo encontramos con anterioridad en el orden (lógico, no temporal) de los elementos del delito; y siguiendo las directrices de la mencionada ley, no podemos tratar de invertir el proceso, pues para la existencia de la relación psicológica del delito (culpabilidad) requiérese en el proceso lógico de formación del delito, la completa formación del delito, no sólo de los elementos psíquico y físico de la conducta, acto, acción o hecho, sino de los restantes elementos objetivos del delito (hecho, tipicidad y antijuridicidad).<sup>38</sup>

Así pues, para la "teoría psicológica de la culpabilidad" este elemento no es sino otra cadena de relaciones que parten de la relación causal de la conducta que encuadra en un resultado típico; a la relación subjetiva, psíquica de su autor y ese resultado, sea a título doloso, o culposo (para algunos también puede ser en forma preterintencional), la denominamos culpabilidad.

La segunda corriente, dentro del sistema causalista, respecto del estudio de la culpabilidad, es la llamada "teoría normativista de la culpabilidad", que arranca del trabajo de R. Frank "Sobre la estructura de la culpabilidad", donde este destacado penalista planteaba que la culpabilidad, además de consistir en la relación psicológica entre el autor y su hecho, radicaba en el "reproche" a ese proceso

<sup>38</sup> OCTAVIO ALBERTO OBELLANA WUARCO, "La preterintencionalidad, tercera especie de la culpabilidad", México, 1959, págs. 44 y 45.

o relación psicológica, es decir, a una valoración normativa (reproche) de esa relación psicológica.

El penalista Vincenzo Cavallo nos explica que la teoría psicologista se limita a establecer la relación psíquica del agente, pero no explica la razón por la cual éste es culpable, en cambio —a su juicio—, la teoría normativista

no descuida la actitud psicológica de la conciencia y voluntad del agente hacia el resultado, porque se encuentran en tal actitud el momento causativo de éste y la posibilidad de su imputación al sujeto, como la determinación de sus especies estriba en la calidad de la dirección hacia el mismo resultado: sino que califica de culpable la actitud que de otro modo sería únicamente antijurídica.<sup>39</sup>

La teoría normativa de la culpabilidad fue ganando adeptos en los penalistas del sistema causalista, incluso en las sucesivas ediciones de Liszt-Schmidt, de su *Tratado de Derecho Penal*, se abandonó la postura psicologista, y cada vez menos autores se ubican dentro del psicologismo.

Cabe mencionar, que si bien, la teoría normativista de la culpabilidad es la dominante, no se le concibe siempre de la misma manera, así se habla de "culpabilidad del carácter"; "de la culpabilidad potencial"; "de la culpabilidad de la voluntad"; "de la culpabilidad de autor"; "culpabilidad del complejo de perfiles psicológicos", etcétera.

La formulación del juicio de reproche constitutivo de la culpabilidad, requiere, según la configuración originaria de la doctrina normativa de la culpabilidad, la concurrencia de tres requisitos: a) la imputabilidad del agente entendido como la capacidad del sujeto de conocer la antijuridicidad de su hacer y de orientar su actividad conforme a dicho conocimiento, que resulta excluida por causa de minoría de edad, de enajenación permanente o transitoria, o de sordomudez; b) la presencia alternativa de dolo o de culpa —entendida ésta como imprudencia—; c) la ausencia de causas de no exigibilidad de una

<sup>39</sup> Citado por CELESTINO PORTE PETIT, "El elemento subjetivo del delito, la culpabilidad", *Criminología*, México, No. 1, enero 1958, pág. 5.

acción adecuada a Derecho, entre los que se incluyen, por lo regular, el llamado estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y la obediencia debida.<sup>40</sup>

El "reproche" o juicio normativo radica en la propia ley, el juez sólo va a reconocerla en cada caso concreto, por su parte al sujeto activo del delito se le exige el conocimiento de que su conducta es ilícita, no el exacto conocimiento del tipo descrito en la ley, así Maggiore nos dice:

El agente debe tener conciencia de no realizar una cosa lícita, sino de hacer algo ilícito, ilegal, prohibido; en otras palabras, debe estar consciente de la falta de valor jurídico del acto realizado.<sup>41</sup>

Para los normativistas, uno de los mayores adelantos que se obtienen siguiendo sus directrices, radica en la posibilidad de incluir en la culpabilidad, el concepto de "exigibilidad de otra conducta", derivado de la exigencia normativa de conducirse de tal manera de no lesionar bienes jurídicos tutelados por la norma penal; y consecuentemente a este principio acepta los casos de "no exigibilidad de otra conducta" como aspecto negativo del elemento culpabilidad, es decir, como causa de inculpabilidad, todo lo anterior imposible de fundamentarse en la teoría psicologista de la culpabilidad, al encerrarse ésta en el puro proceso psicológico entre el agente y el resultado.

Algunos penalistas, entre ellos Gimbernat sostienen que la culpabilidad es un concepto indemostrable y que una de las principales limitaciones de la teoría normativa de la culpabilidad es el hecho de que al juez se le pida que dé constancia de que al acusado, en el momento de ejecutar la conducta delictiva, le era "posible" obrar de modo distinto, circunstancia —a su juicio— que está más allá del límite de lo factible, y propone substituir el concepto de culpabilidad por el de "necesidad de la pena".

<sup>40</sup> JUAN CORDOBA RODA, "Culpabilidad y pena", Edit. Bosch, Barcelona, España, 1977, págs. 16 y 17.

<sup>41</sup> GIUSEPPE MAGGIORE, *ob. cit.*, vol. I, pág. 581.

El penalista Córdoba Roda, opina que, si bien es cierto, que la demostración de la exigibilidad de otra conducta, como elemento fundamental del concepto de culpabilidad normativa presenta escollos, a veces, difíciles de salvar, considera que el concepto de culpabilidad como medida de punibilidad no ha podido ser superado, y que en todo caso es preferible exigir como una cuestión adicional a la culpabilidad el criterio de la "necesidad de la pena", pues suplir este último concepto por el primero, nos llevaría a resultados posiblemente lamentables, pues el concepto "necesidad de la pena" podría ser inspirado en ideas totalitarias, o de "mera peligrosidad", que es precisamente lo que se pretende impedir al propugnar el concepto de *nullum poena, sine culpa*.

Ahora bien, en otro orden de ideas, el sistema causalista, en torno a la culpabilidad, sea que se trate de la teoría psicologista, o de la normativista, reconocen que la culpabilidad se puede presentar a título de dolo, o de culpa, y sólo algunos la refieren a la preterintencionalidad.

Ahora bien, la aceptación del dolo y la culpa dentro de la teoría de la culpabilidad en el sistema causalista, es una cuestión aceptada; sin embargo, se plantea la polémica acerca de si el dolo y la culpa son elementos o especies de la culpabilidad.

Para quienes el dolo y culpa son elementos, afirman que éstos concurren con otros elementos (imputabilidad, causa de inculpabilidad, etcétera) a configurar la culpabilidad, como lo acepta Mezger, entre otros autores.

En cambio, algunos juristas que se inclinan a señalar que el dolo y la culpa son especies de la culpabilidad nos dicen:

Las especies de la culpabilidad —el dolo y la culpa, con las correspondientes sub-especies— no son características de aquélla, como Mezger ha creído, ni formas de presentación. Constituyen auténticas especies en las que encarna conceptualmente el género abstracto culpabilidad y son las únicas especies.<sup>42</sup>

<sup>42</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "La ley y el delito", *ob. cit.*, pág. 385.

## 16. EL DOLO

En el desarrollo de la humanidad, ya mencionábamos, que se imponían penas atendiendo al mero resultado, no atendían a la relación psicológica entre sujeto y resultado. En Roma aparece la distinción entre *dolus bonus*, como una actitud no maliciosa, de carácter civil; y el *dolus malus* referida a conductas artificiosas, engañosas, de carácter penal. El dolo pasó a ser la primera forma conocida de culpabilidad.

*El dolo es la más importante de las formas de culpabilidad,*<sup>42</sup> idea con la que concuerdan prácticamente todos los penalistas, quienes agregan que es además la que reviste más gravedad.

Sin embargo, aun cuando concuerdan en su especial gravedad e importancia,

el concepto del dolo es uno de los difíciles y controvertidos del derecho penal, ya que unos asientan el elemento psicológico en la voluntad y otros en la representación y el elemento ético, unos en la conciencia de la tipicidad, otros en la conciencia de la antijuricidad, algunos en la conciencia de la antisocialidad y hay quienes, en la conciencia del quebrantamiento del deber.<sup>43</sup>

Tres son las principales teorías que han tratado de explicar la naturaleza del concepto del dolo: a) la de la voluntad; b) la de la representación; y c) la del asentimiento (eclectica).

a) La teoría de la voluntad es la que primero se planteó, y todavía tiene seguidores. El concepto de la voluntariedad, como fundamentador del dolo, lo recogió la Escuela Clásica y aparece expuesto de una manera sistemática en la obra de Carrara.

Esta teoría se centra en la relación directa entre lo querido por el sujeto y el resultado delictivo; en otras

<sup>42</sup> FRANZ VON LISZT, *ob. cit.*, tomo II, pág. 397.

<sup>43</sup> JOSÉ PRADO, "Proyecto de código penal. Exposición de motivos", Buenos Aires, 1942, pág. 50.

palabras, lo importante es que el sujeto quiera el resultado y dirija su voluntad a la consecución de ese evento.

Al analizar la teoría de la voluntad Fontán Balestra, encuentra que ésta se conforma de la siguiente manera:

Quien realiza el acto debe conocer los hechos y su significación (la significación ha de referirse a la naturaleza delictuosa de su acción y no a la exacta consecuencia de la misma), y el autor debe haberse propuesto ocasionar el resultado; debe haber tenido la *intención* de realizarlo. No se trata de haber querido la acción, sino de haber querido el resultado.<sup>45</sup>

Es obvio que este penalista adopta el sistema causalista, pues distingue entre la voluntad dirigida a querer la conducta (elemento objetivo del delito), de la voluntad de querer el resultado (elemento subjetivo del delito), y al hablarnos de la *intención* del agente dirigido al resultado, destaca a la voluntad como contenido esencial del dolo.

Lo fundamental de este planteamiento aparece, como ya indicábamos, en autores clásicos como Carmignani, Carrara, etc., donde se define al dolo como la *intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley*.<sup>46</sup> No incluye Carrara el *animus nocendi* como parte fundamental del dolo, pues, a su juicio, en ocasiones no existe, como en el caso de quien priva de la vida por motivos de piedad, si bien su ausencia son en casos de excepción, pero en cambio la *intención* es característica del dolo, y el dolo se resume en un acto de voluntad.

Para el maestro de Pisa, en el dolo la *intención* puede ser directa o indirecta. La directa se manifiesta cuando el sujeto prevé y quiere el efecto criminoso; será indirecta cuando el sujeto, previó y puso los medios, si bien no se quería precisamente el resultado, pero éste aparecía como un efecto posible.

<sup>45</sup> CARLOS FONTÁN BALESTRA, "Manual de derecho penal", Edit. Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 247.

<sup>46</sup> FRANCISCO CARRARA, *ob. cit.*, vol. I, pág. 71.

Enrique Pessina, inspirado en Rossi, también se inclina por la teoría de la voluntad, y el dolo debe reunir tres condiciones para su existencia, a saber:

1º El agente debe haber tenido la posibilidad de conocer la existencia de un deber; 2º Debe haber tenido la conciencia de que su proceder no podía menos que violar el deber; 3º Debe haber tenido la oportunidad de obrar con libertad para decidirse violar o no el deber. Satisfechas estas condiciones el dolo se presenta cuando: "el hombre haya previsto el delito que había de derivarse de su movimiento; que haya querido moverse". Si falta el primer requisito, Pessina, afirma se elimina la determinación de volición, si existe ausencia del segundo, se origina la falta de volición del acto.<sup>47</sup>

Pessina siguiendo a Carrara hace radicar el dolo en la "intención" más o menos perfecta de realizar el evento previsto, violando así un deber jurídico.

Jiménez de Asúa incluye al penalista Bernardino Alimena dentro de la corriente de la teoría de voluntad. Para Alimena el dolo es lo mismo, la voluntad dirigida a la ejecución de un hecho, que la representación de un hecho ante el que no retrocede la voluntad.

La inclusión de Alimena dentro de la teoría de la voluntad, a pesar de que hace referencia expresa a "la representación" del hecho, no debe extrañarnos, pues no existe una división tajante entre la teoría de la voluntad y la de la representación, pues en Carrara, Pessina, y otros se habla de "conciencia", admitiendo la representación del hecho, el cual afirman es "contrario a la ley".

La ubicación de penalistas tan destacados como Beling, Binding, Mezger y otros más en la teoría de la voluntad, es porque a este concepto le dan preponderancia al explicar la teoría del dolo, pero no desconocen a la "representación", pues tratan de salvar la crítica hecha a la teoría de la voluntad de que en el dolo eventual, el resultado "no es querido" y sin embargo el delito se comete porque el agente se lo ha "representado" como posible.

<sup>47</sup> ENRIQUE PESSINA, "Elementos de derecho penal", Madrid, Edt. Reus, 4ª edición, pág. 229.

El destacado penalista alemán Mezger se ubica a sí mismo dentro de la teoría de la voluntad, cuando escribe:

Nos declaramos fundamentalmente partidarios de la doctrina de la voluntad.

Sin embargo, este autor al igual que Beling, Binding y otros, no deja de tomar en cuenta a la representación. El propio Mezger nos dice:

actúa dolosamente el que conoce la circunstancia de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado.<sup>48</sup>

Importante en esta definición la "representación" del hecho, cuando habla de "conocer las circunstancias y significación", y la voluntad, al expresar que tales circunstancias y significación las admite en la "voluntad" dirigida a la consecución del resultado.

Desprendemos de la definición del dolo de Mezger, que éste se compone de dos elementos: el llamado elemento *intelectual*, o sea, el conocimiento de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo penal, y el denominado elemento *emocional* que radica en el conocimiento de la significación del hecho, en referencia a la voluntad de acción.

Para Mezger, en el caso de que el agente no conociese las circunstancias de hecho correspondientes al tipo penal no habría dolo; sin embargo, no es necesario para que se integre el dolo, el conocimiento de los hechos fundadores de la imputabilidad del autor, porque ellos no corresponden al tipo, ni tampoco es necesario el conocimiento de las condiciones objetivas de punibilidad, porque éstas, en el orden lógico de su aparición en el delito, son posteriores al dolo y se refieren a condiciones que deben satisfacerse para que el Estado pueda ejercer su acción persecutoria.

<sup>48</sup> Citado por LUIS JIMÉNEZ DE ASúa, "Tratado de derecho penal", tomo V, ed. cit., pág. 392.

Pero para el maestro de Munich, el dolo abarca el conocimiento de los hechos y la significación de su acción. El resultado *intencional* de la acción, liga a la acción con el evento querido, en dicho evento se reflejan los elementos intelectual y emocional integradores del dolo, situación que quedaría satisfecha aun en el caso de que el resultado no dependiese totalmente de la voluntad del agente, sino que pudiera sólo ser probable (dolo eventual).

Requiere el dolo, para Mezger, la previsión del resultado de la acción, la que abarca a la "serie causal", es decir, debe representarse la relación causal entre acción y resultado y este último hasta su última consecuencia. Esta previsión, aclara Mezger, no debe entenderse como una representación precisa del resultado, por eso los casos de *aberratio*, sea por *error in objeto*, o en el caso de *aberratio ictus*, que no constituyen una desviación esencial del curso real frente al curso causal representado por el agente. En el caso del error esencial, éste sí destruirá el dolo, pues se presentaría como una exclusión de la culpabilidad, es decir, el dolo no existiría, como son los casos de los estados putativos, porque entonces el agente ha errado en el conocimiento y significación del hecho, y debe ser juzgado conforme a la situación supuesta por él, no de acuerdo a la situación real.

Dentro del dolo también queda incluido —a juicio de Mezger— el conocimiento y significación de los elementos normativos del tipo.

Lo anterior conduce al problema, muy debatido, de que en

el actuar doloso exige, según el correcto criterio, el conocimiento de la significación antijurídica de la acción.<sup>46</sup>

El conocimiento de la antijuridicidad de la acción no debe entenderse, siguiendo los pasos de este penalista alemán, en relación a los exactos supuestos del tipo, sino que

<sup>46</sup> EDMUNDO MEZGER, "Tratado de derecho penal", Edit. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1946, tomo II, pág. 139.

el conocimiento de la significación antijurídica debe ser en todo caso, de una manera profana.

b) Durante bastante tiempo dominó la teoría de la voluntad, hasta que apareció la llamada teoría de la representación, la que empieza por señalar que la primera se encierra en demasiadas exigencias subjetivas, dejando fuera varias modalidades o subespecies dolosas, y que es necesario que además de considerar el proceso psicológico, se tomen en cuenta circunstancias externas que sirvan de referencia para tener por demostrado el dolo.

Las divergencias entre una y otra doctrina no son fundamentales. La teoría de la representación se ha propuesto más que nada dirigir el haz central del enfoque del problema a las circunstancias externas que permiten formar un juicio para suponer que el evento ha sido o no querido. Con ello queda dicho que los partidarios de esta última no desconocen la necesidad de que el acto sea voluntario, lo que ocurre es que se supone querido lo representado.<sup>50</sup>

En Franz von Liszt claramente vemos su tendencia hacia la teoría de la representación cuando señala que el dolo es la representación del resultado, que acompaña a la manifestación de voluntad.

Para Liszt,

pertenece al dolo no solamente el conocimiento de todas las circunstancias del hecho concreto, sino también saber que estas circunstancias de hecho, pertenecen a la definición legal del acto.<sup>51</sup>

Este autor encuentra que el dolo se forma de los siguientes elementos: a) la representación de los hechos y circunstancias del acto; b) la previsión del resultado; y c) la representación de la causalidad del acto, en los delitos

<sup>50</sup> CARLOS FONTÁN BALESTRA, *ob. cit.*, págs. 248 y 249.

<sup>51</sup> FRANZ VON LISZT, *ob. cit.*, pág. 403.

de comisión, y la representación del no impedimento en los delitos de omisión. Posteriormente Liszt va a agregar, en posteriores ediciones de su obra, que al dolo también van a corresponder las circunstancias del hecho y además las que pertenezcan al tipo, sin afectar por ello los elementos que él encuentra en el dolo.

Mientras Mezger da lugar preponderante a la voluntad, Liszt lo hace a la representación, pero en ambas, encontramos que el dolo se conforma de manera bastante similar.

c) Jiménez de Asúa, Maggiore, Fontán Balestra, Porte Petit, por señalar algunos, consideran que la teoría que explica más satisfactoriamente el concepto del dolo, es obvio, que es la teoría ecléctica, llamada del asentimiento que conjuga la teoría de la voluntad y la teoría de la representación.

Por ello, la teoría más completa, a juicio de Maggiore, debe conciliar, en la noción del dolo, la representación (o previsión) y la voluntad. En el mismo sentido opinan los penalistas latinos Jiménez de Asúa y Fontán Balestra. El tratadista español integra el dolo con los elementos mezgerianos: un elemento intelectual, en donde Jiménez de Asúa incluye la conciencia de violar el deber; y un elemento emocional, que él denomina afectivo, y así nos dice:

A nuestro juicio, deben unirse la teoría de la voluntad y la representación para que el elemento afectivo del dolo quede perfecto.<sup>32</sup>

Para la mayoría de los autores que se adhieren a la postura ecléctica, el dolo está estructurado de tres elementos: a) de la representación; b) de la voluntad; y c) de la conciencia de la antijuridicidad.

Así Jiménez de Asúa, al ensayar una definición de dolo, nos dice que éste existe,

<sup>32</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "La ley y el delito", *ob. cit.*, pág. 363.

cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.<sup>53</sup>

La representación consistirá en la previsión del hecho constitutivo del delito. A este elemento se le denomina también elemento *intelectual*, con justa razón porque a través de él se logra el conocimiento anticipado en la mente del sujeto, de la conducta y el resultado.

Así el sujeto debe conocer los alcances de su conducta, pues de variar dichos elementos objetivos distinta será su situación jurídica, es decir, podría variar el delito, o en el caso de ignorar o errar en el conocimiento del alcance de su conducta, podría no presentarse el dolo.

En realidad —opina Franco Guzmán— al prever un acto se están también representando las consecuencias del mismo. De este modo, quien conoce el resultado que puede producir su conducta, y realiza ésta voluntariamente, está aceptando aquél también.<sup>54</sup>

Es indispensable primero prever la conducta y resultado, y después producirse voluntariamente de acuerdo a esa previsión.

De esta manera el segundo elemento del dolo será sin duda la voluntad del agente a producir el resultado representado.

El código penal de Coahuila reformado, define el dolo en su artículo 41 diciendo:

Dolo es la realización del hecho típico con conocimiento y voluntad.

<sup>53</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "La ley y el delito", *ib. cit.*

<sup>54</sup> RICARDO FRANCO GUZMÁN, "La culpabilidad y su aspecto negativo", *Criminología*, México, 1949, tesis profesional, pág. 48.

Claramente acepta este cuerpo de leyes los elementos intelectual y volitivo que señala la doctrina.

La conciencia de la antijuridicidad como elemento del dolo, es punto debatido. El argentino Eusebio Gómez niega su existencia y para ello se apoya en el aforismo *la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento*. De semejante manera razona el italiano Francisco Antolisei.

A estos dos penalistas se les puede enderezar la crítica formulada por Ángel Reyes Navarro al decirnos:

Bastaría interpretar a contrario sensu el mismo argumento que él sostiene (Eusebio Gómez) para que éste cayera por tierra. Es decir, si la ignorancia de la ley no excusa, es porque se presume que todos conocen, o que por lo menos tienen obligación de conocer; es una presunción *jure et de jure* y en tal caso toda aquella persona que realice un acto doloso, se presumirá que lo hizo con conocimiento de la antijuridicidad que acarrea el propio acto doloso, se presumirá que lo hizo con conocimiento de la antijuridicidad que acarrea el propio acto, en virtud de que todos tenemos obligación de conocer al Derecho Positivo, y tan es así que si lo ignoramos no nos aprovecha.<sup>55</sup>

Maggiore resume el pensamiento de quienes aceptan a la conciencia de la antijuridicidad como elemento del dolo, cuando expone:

Tenemos pues que admitir que el conocimiento de la ilicitud es requisito del dolo. ¿Pero de qué manera? No en el sentido de que el delincuente ha de tener una noción técnica jurídica precisa de la ilicitud, pues entonces sería preciso ser juristas para cometer un delito, sino en el sentido de que el agente, al delinquir debe tener la conciencia, no de realizar una cosa lícita, sino de hacer algo ilícito, ilegal, prohibido; en otras palabras, debe estar consciente de la falta de valor jurídico del acto realizado.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> ÁNGEL REYES NAVARRO, "Ensayo sobre la pretensión de la antijuridicidad", México, 1949, tesis profesional, pág. 48.

<sup>56</sup> GIUSEPPE MAGGIORE, *op. cit.*, vol. I, págs. 580 y 581.

Otro problema que se plantea en torno al dolo, son sus clases. Se habla de dolo genérico y dolo específico; de dolo directo y dolo alternativo; de dolo de daño y dolo de peligro; de dolo premeditado y dolo simple; de dolo posible y dolo real; de dolo inicial, concomitante y sucesivo; de dolo de propósito y dolo de ímpetu; de dolo directo, eventual y de consecuencias necesarias, etcétera.

Jiménez de Asúa afirma que sólo deben distinguirse cuatro clases de dolo: directo, específico, de consecuencias necesarias y eventual.

No abordaremos las características de cada clase de dolo por considerar que ello exceda al propósito de nuestro tema.

Resumiendo, el sistema causalista ubica el dolo en el terreno de la culpabilidad. El sistema finalista, como ya lo hemos anticipado lo ubica en la tipicidad.

## 17. LA CULPA

Para el sistema causalista, la culpa es la segunda e inferior especie de la culpabilidad.

El concepto de culpa ha sido todavía más debatido que el del dolo, inclusive antaño no faltaron penalistas que como Binding, designaron a la culpa "como la hijastra del derecho penal", por ser un tema despreciado y desdeñado durante siglos.

La culpa no siempre ha sido aceptada como especie de la culpabilidad, pues se afirma *que nadie puede ser penado por una acción no querida por él*; y si la distinción fundamental entre el dolo y la culpa consiste en que en la primera el agente sí quiere la conducta y su resultado, en cambio, en la segunda el resultado no se quiere, por lo que se afirma que no es posible punir las conductas culposas. A pesar de este argumento, lo lesivo que pueden resultar las conductas culposas han inclinado a la mayoría de los penalistas a aceptar a culpa como una especie de la culpabilidad, y por ende punir dichas conductas culposas.

El concepto de culpa admite varias acepciones, pero entendida como especie de la culpabilidad la podemos

definir en un sentido más amplio y general, como la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que por negligencia, imprudencia o impericia del agente, causa un efecto dañoso".<sup>57</sup>

De la definición anterior podemos derivar la idea, generalmente admitida, de que el individuo en la esfera social debe conducirse con la debida prudencia y diligencia para evitar daños a terceros, sea a las personas o en sus bienes; ya lo decía Carrara en elegante frase:

El individuo tiene derecho a ser defendido no sólo contra los malvados, sino también contra los imprudentes.

El reproche al agente de un evento culposo, radica en la obligación que tiene éste de conducirse con prudencia, previsión, etc., a fin de no afectar a sus semejantes. Sin embargo el fundamento en que se apoya este reproche ha sido considerado de distintas maneras, así Maggiore nos dice:

Rossi colocó esos motivos en el hecho de que el hombre descuida el procurarse las consecuencias necesarias para que su acción no sea ilegítima; Carmignani, en la sospecha del dolo, Nicolini, en la transgresión del deber de prever y calcular; Mori, en su carácter excepcional; Carrara, en el daño mediato con el inmediato, con tal que el ciudadano, aun por hechos independientes, sienta disminuida la opinión de su seguridad; Pessina, en no haber previsto el individuo las siniestras consecuencias, que hubiera podido prever, de un hecho voluntario, demostrando así que no ha querido prestarle a su acción la atención que tenía que prestarle; Impallomeni, Alimena y Manzini, en el fin de crear con la pena motivos de diligencia; Ferri, en la personalidad antisocial y en la peligrosidad de los medios, aunque no se dirijan a un fin antijurídico; y Tosti, en la utilidad social.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, en su "Tratado de derecho penal", tomo V, *ob. cit.*, pág. 640.

<sup>58</sup> GIUSEPPE MAGGIORE, *ob. cit.*, vol. I, pág. 598.

Al lado de los penalistas italianos mencionados, encontramos a los alemanes, franceses, iberoamericanos, que han venido exponiendo numerosas teorías sobre la naturaleza de la culpa, y de ellas podemos destacar las siguientes: a) teoría del defecto de inteligencia; b) teoría de la previsibilidad y prevenibilidad; c) teoría del vicio de la voluntad; d) teoría de la voluntad indirecta; e) teoría integral; f) teoría de la falta de atención; g) teoría de la referencia anímica; h) teoría del error; etcétera.

Pasamos a exponer los puntos básicos de las teorías que han tenido más aceptación:

a) La teoría de la previsibilidad está expuesta en la obra de Carrara. Para el ilustre maestro de la Universidad de Pisa, la culpa se conforma:

Quando el hombre que realizó un hecho del cual resultó la ofensa a la ley, no quiso ni previó esa consecuencia, sino que sólo previó y quiso el antecedente, no hay dolo con respecto a la consecuencia. Si la consecuencia no prevista ni querida era previsible, hay culpa; si tampoco era previsible por el agente, se tiene el caso fortuito.<sup>59</sup>

Para Carrara la noción de la culpa se da en la voluntariedad y previsibilidad del actuar criminoso del agente, quien debía conducirse con diligencia, pero al omitir ésta da lugar a la consecuencia culpable de su proceder. Esta omisión voluntaria, para Carrara, constituye un vicio del intelecto, por no prever el agente los alcances de su hecho, vicio que debemos buscar en la voluntad, pues el sujeto está obligado a emplear la reflexión y evitar las consecuencias dañosas de su proceder. Este vicio, lo es en razón a su negligencia en la expresión de la voluntad. Concluye el ilustre clásico, que la esencia de la culpa reside en la previsibilidad, y de no darse ésta sería precisamente por el vicio de la voluntad, que da lugar a la culpa.

<sup>59</sup> FRANCISCO CARRARA, *ob. cit.*, parte general, vol. 1, págs. 79 y 80.

El penalista mexicano Franco Guzmán considera que en la teoría de Carrara se habla de que el reproche al agente debe hacerse en virtud de un vicio de la inteligencia, pero a su juicio, la ley no exige conductas inteligentes, "sino sólo acciones u omisiones voluntarias o involuntarias. Es más, como veremos existe la culpa con representación (o consciente), no podemos afirmar que la previsión del resultado sea la esencia de la culpa".<sup>69</sup>

b) Carmignani, por su parte fundamenta la culpa en una "sospecha de dolo", postura criticada por Carrara, porque de una sospecha la justicia no debe imputar un hecho delictuoso.

c) Por su parte Almendigen, basa la culpa en un vicio de la inteligencia y la memoria, negando que sea un vicio de la voluntad. A su consideración se trata de un vicio de la inteligencia y la memoria, porque el agente obra sin la debida previsión precisamente por esos vicios.

d) Angilione, positivista se preocupa en explicar la culpa como una deficiencia de asociación de ideas, o un defecto de atención, que se debe a condiciones de tipo fisiopsicológicas, apoyándose en un estudio de la red nerviosa central y de las neuronas.

e) Para otro destacado positivista, Ferri, la noción de previsibilidad que utilizan los clásicos para fundamentar la culpa, es inaceptable porque entraña un vicio del intelecto, que da lugar a un defecto de atención, sin embargo, a pesar de que su conducta es dañosa, no debe ser punible, sino por ser peligrosa, serán las medidas preventivas las que deban aplicarse.

f) El maestro alemán Von Liszt, expone la teoría denominada integral, porque trata de armonizar los conceptos de la escuela clásica de la previsibilidad y del vicio de la voluntad, con la de la falta de atención, así como con la falta de sentido social.

A juicio de Liszt, la culpa exige tres condiciones:

La primera es la falta de precaución, que consiste en el desprecio a las normas de cuidado que exige el estado,

<sup>69</sup> RICARDO FRANCO GUZMÁN, "La culpabilidad y su aspecto negativo", *ob. cit.*, pág. 459.

la sociedad, o las circunstancias. Las normas de cuidado se determinan según la naturaleza objetiva de las acciones emprendidas por el agente, no según el carácter particular del agente. La falta de voluntad se refleja en el incumplimiento de la atención necesaria para impedir el resultado lesivo.

La segunda, es la falta de previsión, que debe agregarse a la falta de precaución; es decir, el agente debe haber podido prever el resultado, para lo cual hay que tomar en cuenta las facultades mentales del sujeto en el momento de la realización del acto, así la falta de previsión se presenta como una falta de inteligencia.

De esta manera, con base en la primera condición Liszt maneja una base objetiva, la falta de precaución; en la segunda condición señala un fundamento subjetivo, la falta de inteligencia; y como tercera condición, el proceder del agente tiene una significación antisocial por la indiferencia a las exigencias de la vida comunitaria, al agente le falta el sentido social que debe regir sus actos.

g) Por su parte Binding propone los criterios de previsibilidad y evitabilidad para fundamentar la teoría de la culpa. Así en el delito culposo debe existir, como en el doloso, una voluntad dirigida a una acción antijurídica, pero en el delito culposo el agente desconoce esa antijuridicidad, pero el evento es previsible y evitable, y la culpa se da por existir esa conducta antijurídica que pudo ser prevista y que podía evitarse, porque si se da el caso de que era previsible pero no evitable, no se dará la culpa por faltar uno de los dos elementos mencionados.

h) El también maestro alemán Mezger, propugna la llamada teoría de la "referencia anímica", en la cual trata de encontrar tanto para el dolo como para la culpa un fundamento común, que a su juicio se da en la referencia anímica, pues tanto en el dolo, como en un momento en los delitos culposos, la acción se ha querido, aun cuando el resultado en estos últimos no se ha querido. Algunos tratadistas critican esta teoría porque consideran que no es posible explicar los casos de la llamada culpa inconsciente, o también llamados "delitos de olvido", donde es difícil

hablar que el sujeto ha querido la conducta, y no el resultado, cuando este último ni siquiera se lo ha podido representar.

No podemos seguir abordando las innumerables teorías que estudian la naturaleza de la culpa, pero podemos decir que en la mayoría de ellas encontramos los conceptos de previsibilidad y prevenibilidad, los que pueden definirse de la siguiente forma:

La previsibilidad consiste en la posibilidad genérica que un hombre de mediana inteligencia y cultura en un lugar dado y un determinado momento histórico tiene que prever el resultado como consecuencia de su propia conducta.<sup>61</sup>

La previsibilidad, por lo tanto, es un fenómeno intelectual, no volitivo.

La prevenibilidad, en cambio, consiste en la posibilidad de evitar el evento; es decir, en tratar de prevenir el resultado previsto. La prevenibilidad, por consiguiente es un fenómeno volitivo.

De esta manera la culpa se configura cuando el sujeto no previó lo que pudo y debió prever, o cuando habiéndolo previsto, no realiza lo necesario para evitar el evento dañoso mediante la observancia de una conducta diversa a la causante de ese resultado.

Podemos considerar que el sistema causalista, con las salvedades de las posturas particulares de los numerosos penalistas que se agrupan en torno a este sistema, consideran como elementos de la culpa, los siguientes:

- a) La voluntariedad del acto inicial, es decir, debe quererse la conducta, sea ésta comisiva u omisiva;
- b) Un resultado dañoso tipificado en la ley, para que podamos catalogarlo como delictivo;
- c) La ausencia de dolo, es decir, de la intención delictiva, pues el agente o no se representa el resultado, o si se lo representa, espera que éste no se produzca;

<sup>61</sup> ENRICO ALTAVILLA, "La Culpa", Edit. Temis, Bogotá, 1956, pág. 3.

d) La previsión, o la falta de previsión del resultado, cuando uno u otro, son deberes que se derivan de la ley, o de la propia convivencia social;

e) La relación causal directa entre el acto inicial y el resultado, es decir debe existir un enlace entre el proceso psicológico del agente, sea consciente o inconsciente, y el resultado lesivo, por no haber obrado con la previsión que exigía la norma.

La culpa es un concepto único, sin embargo, tanto en la doctrina como en la legislación se hace referencia a la culpa en alguna de sus especies, como son: la imprudencia que implica obrar con temeridad, ligereza o sin precauciones; la negligencia que consiste en actuar con falta de precaución o indiferencia por el acto que se realiza; la impericia que radica en la falta total o parcial de conocimientos indispensables para realizar una actividad técnica o profesional; la ineptitud que es una deficiencia de orden natural, que no debe confundirse con la impericia que es una deficiencia de orden técnico.

La culpa se ha clasificado de diferentes formas, desde la clasificación romana en culpa lata, leve y levisísima, hasta la aceptada por la doctrina y la legislación, como grados de la culpa, en culpa consciente o llamada también con representación, y la culpa inconsciente o denominada sin representación.

En la culpa consciente e inconsciente, se presenta la ausencia de voluntad del evento, pero en ambas existe el deber de prever dicho evento, pero mientras en la primera el sujeto se representa la posibilidad del evento, en la segunda no se lo representa, pero el deber de representarse ese resultado existe en la ley, reglamentos órdenes, etcétera.

Para Von Liszt, la culpa inconsciente es la que,

ofrece dificultades para su construcción como forma de culpabilidad, que sólo puede ser vencida si se vuelve al valor material de la culpabilidad y si se considera la no previsión como consecuencia de la indiferencia del agente ante la exigencia de la vida social.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> FRANZ VON LISZT, *ob. cit.*, tomo I, pág. 418.

De este modo para Liszt la culpa inconsciente es una negligencia en el obrar del sujeto, en contraste estricto con la norma, en contraste a su proyección social.

La culpa consciente o culpa con representación, en un principio se asimiló al dolo, y más concretamente al llamado dolo eventual. Se hablaba de que la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente era el mayor grado de probabilidad del resultado; a mayor grado, dolo eventual; a menor grado, culpa consciente. A simple vista salta lo endeble de esta postura, pues es difícil determinar el criterio o medida, en forma a priori, para determinar ese grado de probabilidad. Actualmente se admite que la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente radica en que en la primera se "acepta" el resultado, y en la segunda se tiene la "esperanza" que el resultado no acontezca; en ambas se quiere la conducta, se representa el resultado, pero en el dolo eventual se acepta ese resultado en caso de que suceda; y en la culpa consciente, ese resultado previsto no se quiere ni se acepta, se tiene la esperanza que no suceda.

Mezger nos dice que la culpa limita hacia arriba con el dolo eventual, y hacia abajo con el caso fortuito.

El código penal de Coahuila se refiere a la culpa y al principio de número cerrado, cuando en su artículo 43 señala:

Obra culposamente el que produce un resultado típico, que no previó siendo humanamente previsible o que previó cuidando en que no se produciría, al infringir un deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales. Sólo serán punibles como delitos culposos, el homicidio, lesiones, contagio, daño, contra la ecología, evasión de presos, y los demás que expresamente determine este código u otras leyes.

De la lectura de esta disposición se desprenden los elementos que la doctrina ha venido manejando en torno a la culpa, y señala taxativamente cuáles son delitos en que puede punirse por culpa (principio de número cerrado).

## 18. LA PRETERINTENCIONALIDAD

La preterintencionalidad, también llamada en ocasiones ultraintencionalidad, es admitida por algunos penalistas del sistema causalista como la tercera especie de la culpabilidad, pero este concepto es todavía más debatido que el del dolo y la culpa.

Conviene adelantar y proporcionar una noción de la preterintencionalidad, y podemos decir que este concepto se refiere al caso en que el daño que se produce sobrepasa a la intención del agente. En efecto, la palabra preterintencionalidad, tiene su origen en las partículas *praeter* que significa "más allá de", e *intentionem* que significa "intención".

El ilustre maestro clásico, Carrara asimila la ultraintencionalidad al dolo. Florian, considera que pertenece al dolo indirecto. Eusebio Gómez afirma que el delito preterintencional debe ser estudiado como una forma del delito doloso.

Son numerosos los penalistas que afirman que la preterintencionalidad pertenece al dolo, ya que parten de la voluntad del agente de realizar el hecho ilícito, y sólo sus consecuencias sobrepasan su voluntad, pero de éstas también debe responder a título de dolo.

Otros autores por su lado consideran que la preterintencionalidad se forma de un dolo en el inicio y una culpa en el resultado, por lo que no debe sancionarse ni como dolo, ni como culpa, sino precisamente con la pena que deba corresponder a su proceder preterintencional.

Las teorías que explican a la preterintencionalidad las podemos agrupar en tres:

- a) La preterintencionalidad es de naturaleza dolosa;
- b) La preterintencionalidad es un delito calificado por el resultado;
- c) La preterintencionalidad es una mixtura de dolo y culpa.

a) Ya mencionábamos a Carrara como uno de los autores que asimilan la preterintencionalidad al dolo, y en efecto al hablar del homicidio nos dice:

Una tercera figura de homicidio (distinta del dolo y la culpa) que es totalmente creación de la equidad práctica, esto es el homicidio preterintencional. Éste pertenece a la familia de los homicidios dolosos porque se origina en el ánimo dirigido al lesionar la persona; pero con respecto a su gravedad, ocupa un estado intermedio entre los dolosos y los culposos.<sup>63</sup>

Los penalistas que asimilan la preterintencionalidad al dolo se apoyan en argumentos semejantes a los de Carrara.

b) Desde mediados del siglo pasado se rechazaban los llamados delitos calificados por el resultado, por considerarlos un retroceso al derecho, pues se imponía una pena a una persona sin atender a su culpabilidad, sino únicamente al resultado lesivo.

A pesar de estas críticas el tratadista argentino Sebastián Soler incluye los delitos preterintencionales como calificados por el resultado *en los cuales se hace responder al sujeto por un resultado que se ha producido fuera de su intención, y que no obstante la ley se lo carga en cuenta.*<sup>64</sup>

Liszt critica los delitos calificados por el resultado y nos dice:

Según el derecho vigente existe penalidad agravada principalmente en una serie de casos, cuando por un acto en sí mismo culpable, se produce involuntariamente un resultado más grave. La pena más grave, es, pues, infligida en este caso aunque no haya habido en relación con el resultado más grave, ni dolo, ni culpa del autor. No debería caber la menor duda de que este vestigio de la antigua responsabilidad derivada del resultado no responde, ni a la conciencia jurídica actual ni a los principios de una política criminal razonable.<sup>65</sup>

c) Los autores que aceptan que la preterintencionalidad constituye una tercera especie o forma de la culpabi-

<sup>63</sup> FRANCISCO CARRARA, *ob. cit.*, parte especial, Vol. I, pág. 80.

<sup>64</sup> SEBASTIÁN SOLER, "Derecho penal argentino", primera reimpression, Edit. Tea, Buenos Aires, 1951, tomo I, págs. 334 y ss.

<sup>65</sup> FRANZ VON LISZT, *ob. cit.*, tomo II, págs. 382 y 283.

lidad, consideran que la naturaleza de la misma radica en una mixtura de dolo y culpa, dolo en el inicio y culpa en el resultado, concurriendo primero un momento psicológico en que se quiere una conducta y un resultado, y otro momento psicológico en que no se previó un resultado más grave, o habiéndose previsto se tenía la esperanza de que no aconteciera.

Para Florián la mixtura de dolo y culpa, en la que concurren dos momentos psicológicos, no es posible admitirla, pues pudiéramos decirlo en palabras llanas, o se quiere o no se quiere.

Por su parte Maggiore nos explica en forma muy completa —a nuestro juicio— la problemática de esta figura tan controvertida, en efecto este penalista italiano escribe:

La naturaleza jurídica del delito preterintencional, es controvertida. Este delito es ciertamente doloso, porque es querido el *peiusum delictum*, o delito básico; pero a éste se le sobrepone un exceso que transforma el delito inicial en un delito más grave. Ahora bien; ¿este exceso es pura casualidad independiente por completo de la voluntad del culpable, o más bien un elemento de culpa imputable a él?

En el primer caso el resultado más grave puede ponerse a cargo del culpable, únicamente a título de responsabilidad objetiva, o sea en fuerza del simple nexo de causalidad material. En el segundo caso, se le imputa a título de culpa. Y entonces tendría razón Carrara al ver en la preterintención una mezcla de dolo y culpa, o una culpa informada de dolo, según la locución de los prácticos.

Tal vez la teoría de Carrara es la que mejor resiste hoy a la crítica. Repugna al derecho moderno, y en especial al sistema del código articulado sobre el eje de la voluntad, poner a cargo de alguno el caso fortuito aunque éste llegue a introducirse en un proceso voluntario. Si doy un bofetón a un adversario, y éste pierde el equilibrio, cae por tierra, se rompe el cráneo y muere, ¿por qué seré responsable de su muerte?, no por representar ella una mera causalidad, sino porque se refiere a mi conducta aunque sea de un modo mediato. Y esta conducta dolosa y culposa al mismo tiempo; dolosa, con rela-

ción al resultado menor, culposa, con relación al mayor, que aunque yo no lo quise, podía representarme como efecto probable y previsible de mi acción. Sería impropio recurrir aquí a los criterios de responsabilidad objetiva, o, lo que es lo mismo, de la causalidad material; más bien el principio de la causalidad moral es el que predomina en este caso. Yo quise golpear a mi adversario; pero si no prevé el resultado más grave, que es la muerte, a lo menos hubiera debido preverlo. De todos modos, sea imprevisto o imprevisible ese resultado, siempre tendré que responder de él a título de culpa, porque fue producido, si no por la imprudencia, sí a causa de mi inobservancia de la ley que prohíbe y recrimina los golpes. Así queda resuelta la antigua cuestión de lo previsible en el delito preterintencional... Ahora bien; el delito preterintencional es el dolo directo encaminado a producir el efecto menor; y es culpa, aquella cantidad de actividad psicológica que produce el resultado mayor. La fórmula del dolo mezclado con culpa, resulta, por consiguiente verdadera.<sup>66</sup>

En nuestro país, la preterintencionalidad fue aceptada en el anterior código social veracruzano, en el cual tuvo participación muy importante en su anteproyecto el penalista Celestino Porte Petit, y en dicho cuerpo de leyes se dice:

Existe infracción preterintencional, cuando se causa un daño mayor que aquel que se quiso causar, con dolo respecto al daño querido, y culpa con representación o sin representación con relación al daño causado.<sup>67</sup>

A la fecha se sigue discutiendo sobre esta tercera especie de la culpabilidad, ya que la misma sólo se acepta para los delitos contra la vida y la integridad personal. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver problemas en que se planteaba la preterintencionalidad, conforme a la redacción que tenía el artículo noveno del código penal

<sup>66</sup> GIUSEPPE MAGGIORE, *ob. cit.*, parte general, vol. I, págs. 595 y 596.

<sup>67</sup> CELESTINO PORTE PETIT, "Revista jurídica veracruzana", Jalapa, Ver., tomo IV, No. 2, pág. 716.

federal, no sostuvo un criterio uniforme, pues en ocasiones resolvió que se trataban de delitos que se asimilaban al dolo, en otras aceptó la mixtura de dolo y culpa. Actualmente en los artículos 40 y 44 del código penal del Estado de Coahuila se admite la preterintencionalidad como tercera especie de la culpabilidad, y nos la define de la siguiente manera:

ART. 44.- *Concepto de preterintencionalidad.* El delito es preterintencional cuando en atención a la mecánica de los hechos, se demuestre que se produjo un resultado mayor que el deseado, si el mismo se produce culposamente.

## 19. LA INCULPABILIDAD

De acuerdo al esquema de los elementos positivos y los aspectos negativos de los mismos, ideado por Sauer, corresponde ahora estudiar las causas de inculpabilidad, o sea aquella causa que impide integrar la culpabilidad.

Es indudable que las causas de inculpabilidad tienen que dirigirse a la no configuración, sea del dolo, la culpa o la preterintención, porque no se reúnan los elementos que para cada una de esas especies se requieren.

En el sistema causalista, como ya hemos visto, en torno a la culpabilidad encontramos las teorías psicologista y normativista, y según sea la posición que adopte cada penalista respecto a estas teorías serán las causas que admita como posibles para impedir que nazca la culpabilidad.

En general se acepta como causas genéricas que excluyen la culpabilidad:

- a) El error, y
- b) La no exigibilidad de otra conducta.

Anticipamos que para la teoría psicologista sólo sería posible admitir el error; en cambio, la normativista acepta el error e incluye la no exigibilidad de otra conducta, como veremos más adelante con mayor detalle.

Algunos autores distinguen entre el error y la ignorancia, situaciones diversas, pues en la primera el sujeto tiene una concepción equivocada, supone una realidad que no concuerda con ésta; en la ignorancia, existe el desconocimiento total, el sujeto ni siquiera concibe una idea falsa respecto del objeto, cosa o situación.

Sin embargo, en general se acepta que para los efectos del derecho, el error y la ignorancia, son conceptos que se identifican.

Los dos conceptos se reúnen, pues, en uno solo y los códigos suelen hacer uso de la expresión *error* si bien el derogado código italiano prefirió decir *ignorancia* en su artículo 44, acaso más en lo cierto ya que con este concepto general abarca también el del error.<sup>68</sup>

El error, concepción equivocada de la realidad se clasifica en error de hecho y error de derecho.

El sistema causalista acepta el error como causa de inculpabilidad, cuando el sujeto a virtud de una equivocada e invencible concepción de la realidad fáctica produce un resultado típico, en cambio, rechaza el error de derecho, pues su falsa apreciación de que el derecho ampara su actuar no releva de responsabilidad.

El principio hasta hace poco universalmente admitido por los causalistas de que:

La ignorancia de la Ley a nadie excusa de su cumplimiento, los lleva a concluir que el llamado *error de derecho* es irrelevante, es decir, un sujeto creyendo que una conducta es lícita, o ignorando que es punible, la ejecuta, su actuar, desde luego, de acuerdo al principio ya señalado resultaría culpable porque su error no destruiría el dolo o la culpa. Así el código penal federal en su artículo noveno, antes de su reforma, prescribía que "la intención delictuosa no se destruiría, aun cuando el sujeto llegase a probar que creía que era legítimo el fin que se propuso, consagrando así la culpabilidad del llamado error de derecho.

<sup>68</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "La ley y el delito", *ob. cit.*, pág. 390.

También se habla, al tratar el tema del error de derecho de los llamados estados putativos que se presentan cuando el sujeto creía realizar una conducta lícita que en realidad no existe, y produce un resultado típico, evidentemente un error esencial e invencible no debe producir ninguna consecuencia de carácter penal.

a) El error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental. A su vez el error esencial se clasifica en error esencial invencible y error esencial vencible.

El error de hecho accidental, por su parte, se clasifica en error en el golpe (*aberratio ictus*) y error en la persona (*aberratio in persona*).

El error esencial de hecho invencible se presenta cuando el sujeto llega a una concepción equivocada de la realidad, pero debido a circunstancias que no podía superar; su equívoco puede recaer sobre elementos del delito, o sobre circunstancias agravantes de penalidad, y en ese caso se presenta el error como causa de inculpabilidad. A título de ejemplo podemos citar a quien en un coto de caza, y donde se la ha asegurado no circula ninguna persona, en la espesura dispara contra lo que cree es una pieza cinegética, y resulta ser un intruso al que ha confundido con un animal. Así pues, el error debe caer sobre el aspecto cognoscitivo del sujeto, y debe darse sobre los elementos fácticos del delito.

Dentro del estudio del error de hecho esencial invencible se habla de los estados o eximentes putativas, que ya apuntábamos.

Las eximentes putativas las define Fernando Castellanos Tena diciendo que son:

Las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de derecho penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo.<sup>99</sup>

<sup>99</sup> FERNANDO CASTELLANOS TENA, *ob. cit.*, págs. 352 y 353.

Algunos autores designan a las eximentes putativas como "justificantes putativas" ya que los supuestos de causas de justificación a su vez pueden presentarse como causas "putativas", si el sujeto, cree fundadamente encontrarse obrando lícitamente y en realidad no es así. Jiménez de Asúa critica la denominación de "justificantes putativas" porque la conducta del agente en realidad no está justificada, es decir, resulta que es antijurídica, pero no culpable en razón del error esencial que da lugar a una "eximente" pero no a una "justificante".

Se aceptan generalmente como eximentes putativas las siguientes:

- a) La defensa putativa;
- b) El estado de necesidad putativo;
- c) El ejercicio de un derecho putativo;
- d) El cumplimiento de un deber putativo.<sup>70</sup>

En todos los casos mencionados, la nota común, es que se apoyan en un error de hecho esencial e invencible.

La corriente psicologista de la culpabilidad, al limitarse al nexo psicológico del agente con su resultado, considera que el error, la equivocación del agente en forma esencial, insuperable, afecta de raíz esa relación psicológica presentándose el error como causa de inculpabilidad.

En cambio, el error de hecho esencial vencible, es aquél en que la persona tuvo la posibilidad y por ello debió prever el concepto equívoco que se formó. Este tipo de error excluye el dolo, pero el sujeto responde por haber incurrido en una conducta culposa. El ejemplo mencionado del cazador nos puede servir para ilustrar este tipo de error, en efecto, el cazador se dirige a cazar una pieza, pero no toma precauciones, o no se asegura de que al disparar vaya a lesionar o matar a otra persona, y al hacerlo, si bien creyendo que dispara sobre un animal, lo hace sobre una persona, ha obrado bajo el error, pero éste era vencible,

<sup>70</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, en su "Tratado de derecho penal", *ob. cit.*, tomo VI, pág. 304, señala como clases de esta especial forma de error, al error de tipo, al error de prohibición, a las eximentes putativas y a la obediencia jerárquica.

pues la prudencia, una medida normal de precaución, debió evitar ese resultado.

Por otra parte, el error de hecho accidental se presenta cuando el sujeto se equivoca, pero respecto de elementos no esenciales del delito, sino sobre circunstancias objetivas, etc., que son accidentales. En estos casos de error, la conducta es culpable, a título de dolo, ya que su error se refiere a accidentes de la conducta típica. Los casos de error de hecho accidental se agrupan en error en el golpe y error en la persona.

El error de hecho accidental en el golpe radica en que el sujeto se propone un resultado delictivo en contra de un bien jurídico tutelado, pero su acción, por su error, daña precisamente el bien jurídico tutelado que quería, si bien en una persona o cosa distinta. Tal conducta es punible totalmente, pues es irrelevante que quiera dañar a una persona y dañe a otra si resulta dañado el bien jurídico tutelado. Así por ejemplo, un sujeto dispara su arma de fuego para matar a Pedro, pero por su mala puntería a quien priva de la vida es a Juan, va a resultar indiferente que alegue que no quería matar a Juan si tenía el propósito de privar de la vida, y la destrucción del bien jurídico tutelado por el derecho se dio.

El error de hecho accidental en la persona, es semejante al anterior; el sujeto activo pretende privar de la vida a Pedro, dispara sobre éste, creyendo haberlo privado de la vida, pero por su equivocación ha disparado sobre Juan creyendo que era Pedro. Su conducta resulta punible a título de dolo, porque es evidente que se propuso dañar un bien jurídico tutelado y lo logró, siendo indiferente que haya sido Juan y no Pedro como se lo había propuesto.

b) La no exigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad se plantea en el sistema causalista únicamente para quienes aceptan la teoría normativa de la culpabilidad, pues esta causa de inculpabilidad se apoya en la imposibilidad de "reprochar" al sujeto su conducta.

El psicologismo no puede aceptar la no exigibilidad de otra conducta, porque tal situación no está referida al proceso psicológico, sino a una valoración, al reproche que se realiza de ese proceso, situación que cae fuera de esa relación psicológica.

El fundamento de la inexigibilidad lo encontramos en que:

El derecho no puede exigir comportamientos heroicos, o en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la Ley, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física.<sup>71</sup>

El maestro Luis Jiménez de Asúa al referirse a este tema indica que la culpabilidad normativa se distingue por exigir una conducta conforme a derecho, por lo que en todas las causas de inculpabilidad está insito que no puede exigirse esa conducta adecuada, sea por error esencial e invencible o por no exigibilidad de otra conducta en estricto sentido. A juicio del maestro español son causas de inexigibilidad las siguientes:

- a) Violencia moral y miedo;
- b) Exceso en los eximentes;
- c) Estado de necesidad en que colisionan bienes iguales;
- d) Aborto sentimental y económico;
- e) Encubrimiento de próximos parientes, de seres queridos;
- f) Inexigibilidad específica en otros casos (falso testimonio, omisión de socorro, etcétera).<sup>72</sup>

Agrega este tratadista que pueden darse casos de no exigibilidad de otra conducta, como causas supralegales.

Abordar cada una de las causas de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, excede a los límites de

<sup>71</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Teoría general del delito", *ob. cit.*, pág. 149.

<sup>72</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de derecho penal", *ob. cit.*, tomo VI, pág. 304.

este trabajo, y por ahora nos limitaremos a señalarlos y expresar que son temas muy interesantes y debatidos.

Por último podemos mencionar que el Código Penal Federal vigente acepta los casos de error de hecho esencial e invencible, así como la no exigibilidad de otra conducta, en determinados casos previstos en el artículo 15; en el código penal de Coahuila en su artículo 45 se acepta con mayor definición los casos de error y no exigibilidad de otra conducta.

## 20. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

De entrada el maestro Jiménez de Asúa niega que la condicionalidad objetiva constituya una característica del delito, si bien, aparece en su clasificación hepatómica de los elementos del delito. La mayoría de los penalistas concuerdan que las llamadas *condiciones objetivas de punibilidad* son de naturaleza dudosa y de escaso número, que obligan a considerar que por su falta de generalidad no son esenciales a la estructura del delito.

Ahora bien, para aquellos que admiten las condiciones objetivas de punibilidad, éstas son circunstancias que condicionan la aplicabilidad de la pena. La corriente dominante considera que tales circunstancias son ajenas al tipo, de carácter objetivo independientes de la acción delictiva.

Las condiciones objetivas de penalidad son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refieran a ellos el dolo o la imprudencia del autor siendo indiferente que sean o no conocidas por él. Entre ellas se cuentan, en nuestro código penal (español), la sentencia condenatoria en el delito de falso testimonio en contra del reo; la previa declaración de quiebra en los delitos de quiebra.<sup>73</sup>

<sup>73</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, pág. 156.

Por su parte Zaffaroni niega terminantemente existencia y valor a las condiciones objetivas de punibilidad, ya que ellas son —a su juicio— el *último reducto dogmático de la responsabilidad objetiva*, pues al referirse a cuestiones "objetivas" que van a incidir en la pena, evidentemente rompen con el principio de que "no hay pena sin culpa".

Así, este autor escribe:

La ubicación de estas supuestas condiciones objetivas de la punibilidad es un problema harto dudoso, pues mientras unos pretenden que forman parte del tipo pero que no son alcanzados por el dolo ni por la culpa, es decir, por ningún conocimiento, pero los dejan navegando en una zona neutra, fuera del tipo y del delito, siendo esta última la tesis que prevalece actualmente. Lo cierto es que cualquiera que fuese la posición que se le asigne, como se conviene en que no necesitan ser abarcados por el conocimiento, la voluntad ni la previsibilidad, representan una severa restricción al principio de culpabilidad en la forma en que implica que todo evento del que dependa la punición debe ser alcanzado por el dolo o por la culpa.<sup>74</sup>

Convenimos con este pensador argentino en que generalmente las llamadas condiciones objetivas de punibilidad se refieren a condiciones de procedibilidad (la querrela de la parte ofendida en los delitos que se persiguen a instancia de parte), o bien, a cuestiones prejudiciales, (la declaración previa de quiebra, en el delito de quiebra); la declaración previa de perjuicio (en los delitos fiscales).

## 21. LA FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Para quienes aceptan estas condiciones objetivas de punibilidad, sea como requisito de procedibilidad, o cuestiones prejudiciales, la falta de las mismas impiden que pueda procederse contra el agente, aun cuando los elementos

<sup>74</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *ob. cit.*, tomo V, pág. 55.

del delito estén plenamente configurados. Esto último nos reafirma la idea de negar su existencia en la teoría del delito, pues el ilícito se da con independencia de *tales condiciones objetivas*, que son referibles a aspectos procesales, no de derecho sustantivo penal.

## 22. LA PUNIBILIDAD

Si algo teme el ciudadano es al poder punitivo del Estado, cuando al ejecutar conductas típicas, que por su gravedad, el legislador les ha señalado consecuencias de carácter punitivo.

El código penal federal, al definir el delito señala que es *la acción u omisión que sancionan las leyes penales*; y este concepto es clara demostración del carácter punitivo de las leyes penales, las que intimidan al ciudadano.

Pavón Vasconcelos define a la punibilidad como:

La amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.<sup>75</sup>

La punibilidad, es pues, la amenaza de pena que en cada tipo penal se va señalando; de esta manera, una vez dada una conducta típica, antijurídica y culpable, a la misma, se le deberá imponer la pena prevista en la ley.

En torno a la punibilidad se ha discutido si es uno de los elementos esenciales del delito, o bien, si es una consecuencia del mismo.

Entre los destacados penalistas que en nuestro país se afilian a la consideración de que la punibilidad es un elemento del delito destaca Francisco Pavón Vasconcelos, quien argumenta que la propia Ley al definir en su artículo séptimo (código penal federal) el concepto de delito, señala:

<sup>75</sup> FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS, "Manual de derecho penal mexicano", *ob. cit.*, pág. 395.

Que es la acción u omisión que sancionan las leyes penales, por lo que —afirma este tratadista—, claramente se establece que la punibilidad es un elemento del delito.

Agrega este autor:

Si todo el Derecho es un orden coactivo, ¿cuál es la diferencia específica entre las normas de derecho penal y los de otros derechos? No siendo lo injusto ni lo culpable características distintivas, según lo hemos afirmado, sólo dos notas, la tipicidad y la punibilidad concretizan y diferencian la norma penal de otras. A ellos alude la definición del artículo 7º: "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, pues únicamente es punible lo descrito por estas leyes."<sup>76</sup>

Otros penalistas mexicanos, Villalobos, Castellanos Tena, se inclinan por considerar a la punibilidad una consecuencia del delito, no un elemento del mismo. El primero expone que:

Una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica de delictuosas, pero no adquieren ese carácter porque se les sancione penalmente.<sup>77</sup>

Castellanos Tena, por su parte argumenta que el propio código penal nos da la respuesta, no como lo entiende Pavón Vasconcelos, pues por ejemplo opera la excusa absolutoria para el robo entre ascendientes y descendientes, pero si un tercero interviene en la comisión del ilícito, éste sí es sancionable; de ahí deduce que si fuera la punibilidad un elemento, tendrá que ser la excusa una causa que la anulara para ambos, o el delito sería para ambos, por ende, es sólo consecuencia.

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

<sup>76</sup> FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS, *ob. cit.*, págs. 398 y 399.

<sup>77</sup> IGNACIO VILLALOBOS, "La punibilidad y su ausencia", *Criminalia* XXVI, México, 1960, pág. 415.

Zaffaroni, al abordar este punto, considera que suele suceder que al referirse a la punibilidad se están refiriendo más bien al concepto de pena.

En síntesis —escribe este autor—, hay dos sentidos de la palabra *punibilidad* (merecimiento de *penalidad* y posibilidades de aplicar la penalidad merecida). La pregunta sobre el merecimiento de penalidad queda respondida con la afirmación de que hay un delito; la pregunta sobre si esa penalidad puede operar, debe resolverse dentro de la teoría de la coerción penal, que es a la que corresponde tratar su propia operatividad.<sup>78</sup>

Siguiendo el hilo de la argumentación del tratadista argentino podríamos agregar que la aparición de una causa que excluye la penalidad, las excusas absolutorias, estas causas que atienden el carácter personal del agente, que pueden ser anteriores (como la relación de parentesco en el caso de robo entre ascendientes y descendientes), o concomitantes (como el caso del aborto por imprudencia de la mujer), pero que advienen con posterioridad al hecho dejando intacta a la punibilidad como *merecimiento de penalidad*, pero al operar tales causas impiden la punibilidad "como posibilidad de aplicar la penalidad merecida".

La corriente mayoritaria niega a la punibilidad carácter de elemento del delito y sostiene que el delito se integra una vez que está en presencia de una conducta, típica, antijurídica y culpable, y la punibilidad, sea en sentido abstracto, o con mayor razón en sentido concreto, es una consecuencia del delito.

El concepto de "merecimiento de pena" que manejan autores como Zaffaroni es,

desde un punto de vista político-criminal, un elemento central del concepto de conducta criminal y tiene un doble componente: un componente de justicia y otro puramente unitario.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *op. cit.*, tomo V, pág. 18.

<sup>79</sup> Citado por WINFRIED HASSEMER y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Introducción a la criminalología y el derecho penal", Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1989, pág. 66.

Este concepto entraña la problemática de la naturaleza y fundamentación de la pena, tema por demás muy debatido.

Parece ser, como se apunta, que la pena debe apoyarse en una doble vertiente: en los principios de justicia y de utilidad.

A) Los principios de justicia deben vincularse a los bienes jurídicos tutelados desde la Constitución, para salvaguardar los derechos fundamentales del individuo y la sociedad, consagrados en la libertad, la integridad corporal, el patrimonio, etcétera, que a su vez se deben regir por los principios de dañosidad social (sólo punir conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos de la más alta jerarquía); del principio de subsidiaridad (únicamente acudir a sanciones penales cuando los otros mecanismos del derecho sean insuficientes); del principio de proporcionalidad y adecuación a la culpabilidad); del principio *in dubio pro libertate* (en caso de duda optar por la despenalización o la descriminalización); del principio de tolerancia y de respeto de dignidad humana (no invadir esferas íntimas o morales del individuo); del principio exacta aplicación de la ley penal (*nullum crimen sine lege*); de la implicación retroactiva en perjuicio, sólo en beneficio (plena vigencia del principio *dubio pro reo*).

B) El criterio de utilidad debe tomarse en cuenta, porque:

Una concepción del merecimiento de pena puede ser inútil, aunque sea justa cuando por ejemplo puede tener más consecuencias negativas que positivas (*fiat iustitia pereat mundus*). Sólo quien pretende valorar la corrección de las decisiones político-criminales desde un punto de vista puramente normativo y sin considerar las consecuencias políticas, puede rechazar este criterio de la utilidad —lo que desde luego— sería desde el punto de vista político-criminal.<sup>80</sup>

<sup>80</sup> WINFRED HASSEMER y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, pág. 73.

Al respecto, y según nuestro muy particular punto de vista, en este tema, por ejemplo, punir al aborto provocado puede resultar justo pero no útil, pues es bien sabido que esta figura delictiva amén de que prácticamente no se aplica (a pesar de tener este delito uno de los más altos índices de cifra negra de la criminalidad), crea incontables efectos negativos, como la muerte, lesiones, etc., a las mujeres que por sí, o en manos inexpertas, se provocan abortos.

Por otra parte desde la antigüedad se ha planteado el problema del fin que debe perseguir la pena. Tal vez en forma arbitraria podemos agrupar a los muy diversos pensadores sobre este tópico, en dos grandes teorías:

a) Las teorías absolutistas, en donde la pena cumple únicamente un propósito de castigo, son las represivas; por decirlo de otra manera, se agota la pena en sí misma.

Destaca en este terreno el pensamiento de Kant, famoso por su rigidez, quien escribió:

Incluso en el caso en el que todos los miembros de una comunidad decidieran unánimemente disolverse... habría que ejecutar antes de que tan difícil decisión se cumpliera, al último asesino que quedara en sus cárceles, para que todo mundo supiera el valor de sus hechos y la culpa de su sangre no cayera sobre el pueblo que no exigió el castigo.

Otros pensadores de corte absolutista atemperan tan drástico punto de vista, pero conceden primordial importancia al aspecto represivo.

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

Las teorías relativas encuentran su expresión desde el antiguo pensamiento de Platón, cuando señala:

Ninguna persona responsable castiga por el pecado (delito) cometido, sino para evitar que se cometan en lo futuro.

## 23. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Las excusas absolutorias son aquellas específicas y excepcionales causas por las cuales el legislador deja impune una conducta típica, antijurídica y culpable.

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

Pavón Vasconcelos, después de analizar con cuidado varios supuestos de "excusas absolutorias" en la legislación penal federal, descarta la mayoría de ellas (encubrimiento entre parientes, o ligados por el afecto o amistad; favorecimiento a la evasión por parientes; el aborto en el caso de embarazo con motivo de una violación).

Agrupas las excusas absolutorias de la siguiente manera:

1º En razón del arrepentimiento y de la mínima peligrosidad del agente; artículos 139 (deposición de armas por el rebelde) y 375 (robo cuyo valor no exceda de veinticinco pesos).

2º En razón exclusiva de la mínima o nula peligrosidad exhibida por el autor; artículo 333, primera parte (aborto por imprudencia de la propia mujer embarazada) y 340 (injurias recíprocas).

3º En razón de la conservación de las relaciones familiares: artículos 377, 385, 390 (robo, abuso de confianza y fraude cometido por ascendientes contra sus descendientes o por éstos contra aquellos").<sup>81</sup>

Cabe aclarar que por reformas que ha sufrido el código penal federal, el artículo 139 que menciona el penalista Pavón Vasconcelos, es actualmente el 138; que en el caso

<sup>81</sup> FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS, "Manual de derecho penal mexicano", *ib. cit.*, pág.

del artículo 375, actualmente se refiere a que el monto del valor de lo robado no exceda de diez veces el salario mínimo en lugar de veinticinco pesos; que en el caso del artículo 349 relativo a injurias recíprocas, ya fue derogado; por lo que hace a la excusa absolutoria de robo, abuso de confianza y fraude, cometidos por ascendientes contra sus descendientes, o por éstos contra aquéllos, tales disposiciones ya fueron derogadas, y ahora, en el caso de cometerse ilícitos por las personas mencionadas se requiere de la querrela de la parte ofendida, ya que no se persiguen de oficio.

En el caso del código penal de Coahuila, también existe excusa absolutoria semejante a la del artículo 138 del código penal federal relativa al rebelde que depona las armas, así como para el supuesto del aborto de la propia mujer embarazada, siempre que se trate de culpa sin previsión; asimismo subsiste la excusa absolutoria para los delitos de robo, abuso de confianza, fraude y despojo cuando se cometan por el ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél o por un cónyuge o concubino contra el otro.

## CAPÍTULO II

### TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

SUMARIO: 1. Fundamentos de la teoría de la acción finalista. 2. Importancia de la teoría finalista como límite del poder del estado. 3. La acción finalista. 4. Ausencia de acción. 5. Acción típica finalista. 6. Causas de atipicidad. 7. Antijuridicidad e injusto. 8. Las causas de justificación. 9. La culpabilidad. 10. Causas de inculpabilidad.

#### 1. FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

Hans Welzel es el indiscutible jurista que da nacimiento a la llamada "teoría de la acción finalista" que plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal que se aparta de la sistemática de la dogmática llamada "causalista".

La teoría finalista de la acción surgió para superar la teoría causal de la acción, dominante en la ciencia alemana del derecho penal desde principios del siglo.<sup>82</sup>

En efecto, como ya se explicaba en el capítulo anterior la teoría causalista campeó sin discusión en el campo de la teoría del delito, a partir de Franz Von Liszt, de fines del siglo pasado, hasta los años 30 de este siglo donde resalta la obra de Edmundo Mezger, y su influencia (sobre todo en Latinoamérica) se sigue prolongando hasta la fecha.

A partir de la década de los años treinta, aparecen publicados los trabajos de Hans Welzel, que acepta que si bien el delito parte de una acción, y que ésta es conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad, un fin,

<sup>82</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Teoría general del delito", Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1990, pág. 13.

no como lo explica la teoría causalista que prescinde del contenido de la voluntad, o sea del fin. De esta diversa concepción se van a generar múltiples consecuencias que conforman la teoría "finalista de la acción".

Welzel se preocupa de fundamentar la teoría de la acción finalista, no sólo en el plano de los elementos que integran el delito, sino en terreno mismo del derecho penal, como pilar de su propia teoría. Para este ilustre tratadista "La misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inducción la protección de los bienes jurídico-particulares".<sup>83</sup>

El fundador del finalismo explica que detrás de cada prohibición o mandato se hallan los elementales deberes ético-sociales, cuya vigencia se asegura conminando con una pena la lesión de esos deberes, pero la pena debe dirigirse sólo a la protección de los básicos deberes ético-sociales, como la vida, la libertad, el honor, etc., (principio de exclusividad de los medios punitivos específicos), pues extender la punición a conductas que no revistan gravedad de lesión a elementales deberes, degenera en un Estado represivo.

La determinación de esos deberes ético-sociales viene a resultar de la mayor importancia, pues para este autor, los regímenes totalitarios se han podido servir del derecho penal para crear un derecho penal destinado a oprimir a los individuos.

El nacionalsocialismo en Alemania es un ejemplo claro de esta desviación, así el nazismo se apropió de los conceptos "nacional" y "social" para darles una proyección política que atentaba contra los deberes ético-sociales que pregona defender.

En el terreno jurídico el nacionalsocialismo alemán colocó en el lugar del individuo y la sociedad, al pueblo, la nación y la raza. Al derecho se le señalaron metas utilitarias y naturalistas ("Lo justo es lo útil al pueblo", "la pena es un medio de limpieza biológica del pueblo"). Estas

<sup>83</sup> HANS WELZEL, "Derecho penal alemán", Edit. Jurídica de Chile, 12a. edición, 1967, pág. 15.

ideas ya aparecen con anterioridad al nacionalsocialismo, cuando se manejó el concepto de la "antijuridicidad material" caracterizada como daño social.

Welzel ejemplifica la política penal utilitaria del nacionalsocialismo, cuando nos refiere que el delito de aborto fue sancionado, no por atentar contra la vida en formación, sino por razones de interés de política demográfica, de ahí que en algún momento para las mujeres alemanas estaba totalmente prohibido el aborto y para las mujeres extranjeras en suelo alemán era impune a los ojos de la ley. (Leyes de protección a la raza.)<sup>84</sup>

La política criminal sirvió entonces para asegurar el respeto a las leyes del Estado, antes que el amparo de los bienes jurídicos del ciudadano. El Estado se vuelve el "Leviathan" que subyuga al individuo.

En un Estado democrático la política criminal debe apoyarse en una función ético-social. De esta manera, por ejemplo, el presupuesto de la pena debe ser la culpabilidad, no la peligrosidad del autor, pues de no considerarse así, se coloca el individuo a merced del criterio del juez, quien no va a atender a la magnitud de la culpa y en la medida de ella a su penalidad; sino que va a aplicar una medida finalista preventiva que va a apoyarse en la peligrosidad del autor, llegando así a los más criticables excesos.

Lo anterior, no es una discusión académica, ojalá y así lo fuera, pues atendiendo a criterios de peligrosidad y de medidas preventivas, en Alemania se llegó a la castración y a la eliminación de delincuentes, o de seres considerados biológicamente inferiores, de acuerdo a los conceptos de "raza aria", o "raza superior", que llevaron al genocidio.

Las fundamentaciones de orden naturalista o utilitaria, además de que ya no responden al desarrollo cultural y humanístico, son peligrosas, porque un Estado puede valerse de ellas para supeditar a su voluntad los derechos de los individuos.

A juicio del citado tratadista alemán, ahora debe imperar la función ético-social, basada en el consenso de los

<sup>84</sup> HANS WELZEL, "Derecho penal alemán", *ob. cit.* pág. 26.

propios ciudadanos, en el ejercicio democrático de sus derechos y obligaciones.

De esta manera Welzel nos dice:

El verdadero sentido de la teoría de la acción finalista, ... aspira al restablecimiento de la función ético-social del derecho penal y a la superación de las tendencias naturalistas-utilitarias del derecho penal.<sup>85</sup>

La teoría finalista deriva, de las ideas expuestas, la afirmación de que el legislador al crear los tipos penales debe estar sujeto a las estructuras permanentes de la teoría del delito, y que no debe violentar esas estructuras sin caer en evidentes contradicciones consigo mismo.

De este modo el legislador debe partir de los conceptos de acción, de antijuridicidad y culpabilidad, como estructuras fundamentales, que nos servirán para preservar los derechos fundamentales del hombre.

No cabe duda que esta tesis es una de las más sugerentes de la teoría finalista, pues ella nos lleva de la mano a la consideración de que el legislador no debe ser autónomo en su actividad creadora de los tipos penales, sino sujetarse a principios rectores de la teoría del delito, so pena de violarlos y con ello conculcar los derechos de los ciudadanos.

## 2. IMPORTANCIA DE LA TEORÍA FINALISTA COMO LÍMITE DEL PODER DEL ESTADO

Para la teoría finalista de la acción, al referirse al tema de la culpabilidad, el legislador debe partir, que la misma, es un reproche dirigido al individuo que no motivó su conducta de acuerdo a la exigencia de la norma, a pesar de que conoció o pudo conocer la antijuridicidad de la misma y de que la misma le era exigible.

<sup>85</sup> HANS WELZEL, "La teoría de la acción finalista", Edit. Depalma, Buenos Aires, 1951, pág. 18.

El legislador debe, con base en esta estructura, seleccionar grados de reproche, así puede reprochar una acción no sólo a título doloso, sino también culposo, pero apoyado siempre en la estructura de la culpabilidad.

Al respecto, podríamos agregar nosotros, que el legislador de Coahuila que prescribía en el derogado artículo 41 del Código Penal *el dolo se presume salvo prueba en contrario*, semejante a la antigua presunción de dolo que contenía el código penal del Distrito Federal; tales disposiciones constituían una violación flagrante de la estructura de la culpabilidad a que alude la teoría finalista, pues además de presuponer lo que debe ser materia de comprobación, estos ordenamientos atentaban al principio universalmente aceptado por los regímenes democráticos, que el individuo *es inocente, hasta que se pruebe lo contrario*.

Claus Roxin agudo crítico de la teoría finalista no acepta esta tesis y alega que:

El legislador es libre en sus elaboraciones conceptuales y regulaciones. Existe ciertamente una ley causal a la cual ningún legislador del mundo puede añadir o quitar algo, pero no existe ninguna estructura final previamente dada ... es el tipo el que, como producto y creación del legislador, configura el concepto de finalidad. Por ello ninguna finalidad puede colocarse más allá del tipo.<sup>86</sup>

Pensamos que es tarea difícil que el legislador acepte la exigencia de estructuras permanentes en cuanto a la teoría del delito, y que debe acatarlas, pero esta dificultad no debe ser obstáculo, a nuestro modo de ver, para luchar porque el legislador se sujete a ellas, pues de no hacerlo así, puede caer, como en el ejemplo que nos permitimos citar sobre la presunción de dolo, en una norma aberrante y violatoria de derechos humanos.

En este orden de ideas, podemos decir, que la culpabilidad en los sistemas penales latinoamericanos y mexicanos en particular, es el fundamento de la punibilidad.

<sup>86</sup> Citado por HANS WELZEL en su trabajo, "Lo permanente y lo transitorio en la Ciencia del derecho penal", por Hans Welzel, artículo publicado en la *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, núm. 1, enero-junio, 1978, pág. 204.

Sin embargo, aun cuando la culpabilidad debe ser, con base en consideraciones de política criminal, el apoyo legal de la pena y asimismo el límite de la pena como una garantía al individuo, resulta ser, bajo el influjo de la escuela positivista italiana de fines del siglo pasado, una culpabilidad que ve más a la personalidad del autor que a la consecuencia referida al hecho delictuoso (culpabilidad por el hecho), en este sentido la pena va a imponerse en consideraciones más bien de peligrosidad (culpabilidad de autor) que de estricta culpabilidad, y con ello se deja abierta la puerta a la violación de derechos humanos, pues en aras de la "peligrosidad" del individuo la sanción ya no va a ser referida en forma fundamental al hecho delictuoso imputado, sino a la peligrosidad que revele su vida.

La necesidad de que la culpabilidad, tenga en su consecuencia punitiva, límites precisos, es en sí una garantía al individuo, pues de otra manera queda en alguna, o en buena medida, a merced del poder del Estado, a través de la imposición de medidas por la "peligrosidad" que haya revelado su conducta, o peor aún que esa peligrosidad sea "latente" o "potencial", a juicio del juez, a criterios políticos, sin duda, reprobables.

Lo anterior lo expresa el penalista mexicano Moisés Moreno Hernández de la siguiente manera:

... la culpabilidad sirve para limitar el poder de intervención estatal, en tanto que la culpabilidad es el "límite máximo" de la pena. Según esto, entonces, "la pena no debe fundamentarse ya más en la culpabilidad, sino que ésta sólo operará como límite de su máximo". El sentido de la pena será determinado por fines racionalmente descritos, y no por la compensación de culpabilidad. Con esto, el criterio de la culpabilidad se le desvincula de lo metafísico y se le reduce a la función de garantía jurídico estatal frente a abusos preventivos.<sup>67</sup>

Nosotros podríamos agregar un comentario al argumento del penalista mexicano que hemos citado, en el

<sup>67</sup> DR. MOISÉS MORENO, "Consideraciones dogmáticas y político criminales en torno a la culpabilidad", Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal, 1981, pág. 142.

sentido de que la culpabilidad al ceñirse a una función de garantía frente a los abusos del poder del Estado, encuentra en ello su grandeza y su fundamental importancia, que el legislador y el juez no deben nunca olvidar, el primero al crear el tipo y el segundo al aplicar la pena a la medida de culpabilidad por el hecho cometido y no extenderla con apoyo a criterios de fines preventivos, altamente cuestionables, por los abusos que pueda entrañar la aplicación de penas sujetas a parámetros de peligrosidad.

Para nuestra América Latina donde, por desgracia, los regímenes totalitarios y las dictaduras todavía no pueden dejar de ser un doloroso pasado, no podemos menos que ver con agrado la preocupación del penalista alemán Hans Welzel, de limitar los órganos del poder del Estado y que éste no se valga del derecho penal para oprimir y tiranizar, en lugar de asegurar los bienes jurídicos del ser humano como fin primordial del Estado, e impedir que vuelva a resurgir un Estado de corte nazista en que toda sea sacrificable en aras de ese Estado.<sup>88</sup>

### 3. LA ACCIÓN FINALISTA

La teoría finalista de la acción, maneja los conceptos ya expuestos por la teoría causalista, es decir, se habla de acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, pero tales conceptos son manejados con un esquema distinto, que trae como consecuencia, y ello es lo importante, soluciones a problemas que no encontraban una adecuada solución por la teoría causalista, como son los relativos a la tentativa, la participación, la autoría, etc. La teoría finalista no es pues una mera exposición más o menos interesante, que nada aportaría a los conocimientos, que ya nos ha proporcionado la teoría causalista, sino un sistema que busca solución técnica y práctica a cuestiones que la teoría causalista no resolvía satisfactoriamente.

<sup>88</sup> "La teoría de la acción finalista", por HANS WELZEL, *ib. cit.*, donde hace una exposición sobre este punto.

El punto de partida de la teoría finalista de la acción, es como su nombre lo indica, una concepción distinta de la acción de la que maneja la teoría causalista.

Recordando el concepto de "acción" de la teoría causalista, tenemos que la acción es la manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal (o de la ausencia de ese movimiento corporal) que produce un resultado. Es pues, un proceso causal, donde la "acción" es la causa del resultado, ya que como proceso causal, naturalístico tiene que existir forzosamente un nexo causal entre la "acción" y su "resultado".

Ahora bien, para la teoría finalista de la acción, la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento "finalista" y no solamente "causal". La "finalidad" o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos... La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando la finalidad es "vidente", la causalidad es "ciega".<sup>89</sup> Para la teoría finalista, la acción pasa por dos

FASE

INTERNA

- a) El objetivo que se pretende alcanzar o proposición de fines.
- b) Los medios que se emplean para su realización.
- c) Las posibles consecuencias concomitantes o secundarias que se vinculan con el empleo de los medios, que pueden ser relevantes o irrelevantes para el derecho penal.

<sup>89</sup> HANS WELZEL, "La teoría de la acción finalista", *ob. cit.*, págs. 19 y 20.

fases, una interna y una externa. En la primera podemos encontrar los siguientes componentes.

En la fase interna, que sucede en la esfera del pensamiento del autor, éste se propone anticipadamente la realización de un fin. Por ejemplo: realizar un viaje. Para llevar a cabo este fin selecciona los medios necesarios (viajar en coche, tren, avión). Esta selección sólo puede hacerse a partir del fin. Es decir, sólo cuando el autor está seguro de *qué es lo que quiere*, puede plantearse el problema de *cómo lo quiere*. En esta fase interna tiene también que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone (si, por ejemplo, elige el coche como medio de viaje y éste es largo, sabe que tiene que parar para dormir, cuenta con una avería, etc.). La consideración de estos efectos concomitantes puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace algunos de los medios seleccionados para su realización. Pero una vez que los admita, como de segura o probable producción, también esos efectos concomitantes pertenecen a la acción.<sup>90</sup>

En la segunda fase, la externa, encontramos:

FASE

EXTERNA

- a) Es la puesta en marcha, la ejecución de los medios para cristalizar el objetivo principal.
- b) El resultado previsto y el o los resultados concomitantes.
- c) El nexo causal

Una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo; pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta propuesta.

<sup>90</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Teoría general del delito", *ob. cit.*, págs. 11 y 12.

La valoración penal puede recaer sobre cualquier de estas fases de la acción, una vez que esta se ha realizado en el mundo externo. Puede suceder que el fin principal sea irrelevante desde el punto de vista penal y no lo sean los efectos concomitantes, o los medios seleccionados para realizarlo.

Así por ejemplo, cuando el autor conduce un coche a más velocidad de la permitida, puede pretender una finalidad absolutamente loable (llegar a tiempo al lugar de trabajo), pero los medios empleados para ello (conducir imprudentemente un coche) o los efectos concomitantes (la muerte de un peatón atropellado) son desvalorados por la ley penal. Cuando se dice que la acción final es la base del derecho penal, no se quiere decir que sólo sea el fin de esa acción lo único que interesa al derecho penal, pues éste puede estar igualmente interesado en los medios elegidos para conseguir el fin, o en los efectos concomitantes a la realización de ese fin.<sup>91</sup>

Por ello, una acción sólo puede considerarse finalista, en relación a los resultados que se haya propuesto voluntariamente el sujeto y de sus efectos concomitantes; y respecto de otros resultados no propuestos, al no quedar dentro de posibles consecuencias concomitantes o secundarias, estaremos en presencia de resultado meramente causal.

Welzel nos explica lo anterior diciéndonos:

En 1929-1930 me referí a ciertas contradicciones internas que padecía el sistema de delito de Liszt desde su origen, sobre todo a su fraccionamiento del sustrato penal material (de la acción) en antijuridicidad y culpabilidad, según la distinción entre lo "externo" y lo "interno": todo lo externo y causal pertenecería a la antijuridicidad y todo lo interno y psíquico formaría la culpabilidad. Este fraccionamiento era problemático ya en el transcurso de la evolución dogmática en los primeros treinta años de este siglo, sobre todo por el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto (Hans Albrecht Fischer, August Hegler, Edmund Mezger), por un lado, y por el desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad (Reinhard

<sup>91</sup> FRANCISCO MUÑOZ COMDE, "Teoría general del delito", *ob. cit.* pág. 12.

Frank, James Goldschmidt, Berthold Freudenthal) por el otro. De esto argumenté que la teoría finalista de la acción fundada por Liszt y elaborada por Beling y Radbruch, no era apropiada para sostener el sistema penal. Pensé que la base objetiva esencial de una posible valoración penal no es el nexo causal, sino el nexo teleológico basado en la legalidad de la intencionalidad (nexo de la acción fundado intencionalmente) entre resultado y sujeto.<sup>92</sup>

En efecto, el hombre realiza continuamente acciones finalistas, pero la inmensa mayoría no tiene ninguna connotación jurídico-penal, así cabalgar, manejar un automóvil, caminar, comer, etcétera, de ahí que el derecho penal sólo se interese por aquellas acciones finalistas que están dirigidas a la realización de resultados socialmente negativos, a "acciones" calificadas de antijurídicas consagradas en los tipos penales.

Debemos de partir de que el hombre al proponerse fines para su actuar cuenta con una "libertad de voluntad", libertad que no es absoluta, pues la libertad humana está sujeta a limitantes que en alguna forma pueden constreñir su voluntad, pero aun así el hombre está en posibilidad de proponerse fines y de emplear medios para la consecución de esos fines, pues de no aceptar lo anterior no habría posibilidad de reprocharle la decisión de optar por una conducta antijurídica, es más, la existencia misma del derecho penal no tendría razón de existir tal como la concebimos actualmente, y el Estado no tendría justificación para imponer penas.

Una vez que el hombre se traza un objetivo, emplea los medios para lograr éste, inclusive toma en cuenta las consecuencias secundarias que se vinculen en el empleo de esos medios, entonces su acción, en el supuesto de estar tipificada en la ley, será dolosa o culposa.

El sujeto en la teoría finalista de la acción, al realizar la acción está actuando finalísticamente, el dolo se encuen-

<sup>92</sup> HANS WILZEL, "La Dogmática en el derecho penal", Edit. Universal Nacional de Córdoba, Dirección de Publicaciones Córdoba, Argentina, 1972, pág. 34.

tra forzosamente en su acción, y ésta no puede ser un mero proceso causal como en la teoría causalista.

De esa manera el *"sujeto que no comprende el carácter injurioso de sus palabras, la ajenezidad de las cosas o la deshonestidad de su conducta, no actúa dolosa ni finalmente, en el sentido jurídico penal ya no actúa en absoluto"*.<sup>23</sup>

En la teoría causalista tendríamos que aceptar que quien pronunció palabras de las que ignoraba su connotación injuriosa, o tomó un bien sin percatarse de ser ajeno, llevaría a cabo una acción, porque habría realizado una manifestación corporal voluntaria, se integraría el primer elemento del delito, pero para la teoría finalista como ese actuar no se había propuesto los fines señalados como típicos no resulta doloso y por ello no habría tal acción desde el punto de vista penal, pues su movimiento corporal voluntario no tenía un propósito de realizar la conducta con el dolo exigido por la ley.

En pocas palabras, en la teoría de la acción finalista, encontramos que el dolo (y la culpa) se van a ubicar, ya no a nivel de la culpabilidad, sino a nivel de la acción típica.

El dolo (y la culpa) van a dejar de ser especies o formas de la culpabilidad, como tradicionalmente lo aceptó la teoría causalista, ahora el dolo (y la culpa) constituyen el fin de la acción.

Es en la acción donde se plantea el dolo (y sus clases) y la culpa (y sus clases).

En cuanto al dolo, o mejor dicho a la acción dolosa, no encontramos mayor problema en establecer que el sujeto al actuar lo hace con un propósito, no pensarlo así sería un absurdo y filósofos tan destacados como Descartes han demostrado que el hombre piensa y luego actúa, en consecuencia a su pensamiento.

Sin embargo, a la teoría finalista de la acción se le objetó que en el caso del dolo eventual, o en los delitos culposos se pudiera hablar de "acción", pues en el dolo eventual, o en la culpa con representación y más aun, en

---

<sup>23</sup> CLAUDIUS ROXIN, "Problemas básicos del derecho penal", contribución a la crítica de la teoría final de la acción, Edit. Romo, Madrid, 1976, pág. 93.

la culpa sin representación, no se podría plantear la "finalidad" de la acción.

Tal objeción se salva, en virtud de que el hombre se propone una "acción", pero al ejecutar ésta se producen consecuencias concomitantes o secundarias, es decir, en el dolo eventual o en la culpa, sea con o sin representación, se ejecuta una acción con una finalidad, pero ésta no se logra, porque se desvía a un resultado concomitante o secundario, tal sería por ejemplo el caso de quien con finalidad de limpiar un arma de fuego realiza esa acción, pero al estar limpiando el arma produce un disparo y el proyectil mata a una persona, este resultado desviado de su "acción" es secundario.

La teoría finalista concibe a la omisión dentro del concepto conducta humana, es decir, el concepto de acción abarca también a la omisión.

Radbruch sostiene que no es posible hablar de un concepto general que sea comprensivo de "acción" y de "omisión", la acción se traduce en hacer y la omisión en un no hacer, son pues, a su juicio, ideas irreductibles.

Para Von Liszt, la "acción" y la "omisión" se pueden equiparar, pues la producción de un resultado y la no evitación de un evento, resultan de la voluntad del sujeto y de la antijuridicidad de ellos.

El finalismo coincide en parte con el pensamiento de Liszt, en cuanto que "puede concebirse una conducta genérica dentro de la cual caben como subclases el hacer y el omitir (tratándose de hechos dolosos), en cuanto ambos importan compartimientos dominados por una voluntad",<sup>94</sup> pero difieren en que el finalismo señala que acción u omisión son dirigidos a un fin determinado. Para Maurach, la posición finalista unificadora de los conceptos acción y omisión, ha acuñado las expresiones "acción por hacer" y "acción por omitir".

En el sistema finalista el fin perseguido en la omisión, como el fin propuesto en la acción, deben estar dominados por la voluntad del agente, así el dominio potencial del sujeto basta para convertir una inactividad en omisión.

<sup>94</sup> EDUARDO NOVOA MONREAL, "Fundamentos de los delitos de omisión", Edt. Depalma, Buenos Aires, 1984, pág. 66.

Un problema fundamental en el tema de la omisión, tanto en el sistema causalista como en el finalista lo plantea el nexo causal, el cual ha sido motivo de inacabables discusiones, así en la omisión simple se habla de nexo jurídico; en los delitos de comisión por omisión en que se da un resultado material el nexo causal se plantea en la posibilidad de que el resultado no se hubiera producido si el sujeto realiza la acción ordenada por la ley, teniendo el deber jurídico de obrar; de esta manera el sujeto obligado por la norma tiene la llamada *posición de "garante"*, es decir, tiene el deber de evitar el resultado, posición que se desprende de la ley cuando ésta señala al sujeto determinados deberes cuyo cumplimiento derivan de su cargo, profesión, empleo, lazos familiares, etc., como sería el caso del guardavía que omite el cambio de vía para el paso de un tren y se produce un accidente con víctimas y daños.

Así en la omisión simple, o en la llamada comisión por omisión, encontramos un "deber jurídico" impuesto por la norma y una obligación específica de quien debe cumplir con ese "deber jurídico" (posición de garante).

Es prudente recalcar que en la teoría finalista de la acción se debe distinguir un resultado producido por la relación causal, entre la conducta humana y ese resultado, como expresión naturalista, podríamos decir, "causalista"; en cambio, el resultado como producto de una acción finalista, "se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan, a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final".<sup>60</sup>

Si la acción (y omisión) para que sean típicos, deben tener una finalidad, entonces la acción (y omisión) se matizan de dolo o de culpa, según que la conducta se dirija a la obtención voluntaria del fin, o bien que esa voluntad del sujeto debió prever, dentro de los límites exigibles, el carácter dañoso de su omisión.

<sup>60</sup> HANS WELZEL, "Derecho penal alemán", *ob. cit.*, pág. 54.

En este punto, el finalismo difiere radicalmente del sistema "causalista", pues la acción (u omisión) va a dejar de ser "objetiva" y pasa a ser un concepto objetivo y subjetivo, objetivo en cuanto que la voluntad se va a manifestar por el movimiento corporal, o por su ausencia (acción u omisión), y subjetivo porque la voluntad la va a proyectar en forma dolosa o culposa.

El esquema "causalista" de que todo lo objetivo se refiere a la acción y a la antijuridicidad, y lo subjetivo a la culpabilidad, es desechado por la teoría finalista, por no coincidir con la realidad, por mostrarse incapaz, por aferrarse a esa situación de irrealdad, que le impide resolver los problemas teóricos y prácticos que esa dualidad plantea.

#### 4. AUSENCIA DE ACCIÓN

La ausencia de acción en la teoría finalista la encontramos cuando no se presentan las fases en que se puede dar la acción, es decir, cuando el sujeto no se ha planteado la realización de un fin, no ha seleccionado los medios para lograrlo, o no ha considerado los efectos concomitantes (fase interna); o bien, al realizar la conducta se producen efectos que no son los planeados, ni sus efectos concomitantes pertenecen a la acción propuesta, sino que el resultado se produce en virtud de un mero proceso causal, en el cual la finalidad nada tuvo que ver (fase externa), como puede suceder en el llamado caso fortuito.

La teoría finalista acepta como casos de ausencia de conducta, a la fuerza física exterior irresistible (*vis absoluta*); a los movimientos reflejos; a los estados de inconsciencia (sueño, sonambulismo, embriaguez letárgica, la hipnosis). En el caso de los estados de inconsciencia incluye el problema de las llamadas *acciones liberae in causa*, en que lo relevante penalmente es el actuar finalista precedente, tema muy debatido y en el que por ejemplo Zaffaroni no concuerda.<sup>90</sup>

90. EUGENIO ZAFFARONI, "Tratado de Derecho Penal", *ob. cit.*, Tomo III, pág. 445, donde nos dice: "La teoría de las acciones libres en su causa no puede ser tomada en cuenta en la dogmática contemporánea, porque no puede fundar la responsa-

## 5. ACCIÓN TÍPICA FINALISTA

Ya habíamos mencionado que Ernesto Beling, en 1906, crea la teoría del tipo y la tipicidad que vienen a ser un valioso instrumento por consagrar el principio *nullum crimen sine lege*. A partir de este autor el tipo, la ley, van a delimitar, por un lado la responsabilidad en que puede incurrir el individuo ante la ley penal, y por otro lado, el derecho del propio individuo de que sólo en el exacto encuadramiento de su conducta al tipo será posible sancionarlo, de otro modo no sería posible.

El tipo pasa a desempeñar una triple función:

a) Una función sancionadora, represiva, de las conductas que se ubiquen dentro del tipo (tipicidad);

b) Una función de garantía, pues sólo las conductas típicas, podrán llegar a ser sancionados (principios de *nullum crimen sine lege*);

c) Una función preventiva; el tipo penal pretende que la prohibición contenida en la ley sea suficiente para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar la conducta tipificada.

Estas funciones que se desprenden de la teoría expuesta por el fundador de la teoría del tipo, son reconocidas por el sistema causalista y el finalista.

Sin embargo, la función descriptiva que Beling, asignaba al tipo, pero sobre todo su carácter objetivo, defendida por el causalismo, no son aceptados por el sistema finalista.

Para el finalismo, la acción (u omisión) se encuentran previstos en la ley, el legislador no puede prescindir del contenido de la voluntad, ésta está impregnada de finalidad; así cuando el tipo dice: "al que engañando"; "al que se apodere", etc., está considerando acciones graves socialmente negativas, con un sentido finalístico.

---

bilidad dolosa en razón de que al hacerlo viola el principio de culpabilidad o el de legalidad y porque tampoco sirve para fundamentar la tipicidad culposa porque en tales supuestos ésta se hace efectiva conforme a los principios generales de la culpa."

Este proceso de selección de acciones finalistas en derecho penal se denomina tipificación de acciones (final). Por eso el contenido de la voluntad (finalidad) forma parte ya de la descripción típica. La finalidad se concreta en derecho penal en forma de dolo o de imprudencia y en forma activa u omisiva.

La ubicación, pues, del dolo o de la imprudencia entre los elementos de la tipicidad penal introduce la finalidad, y en este sentido, elementos subjetivos, en todos los tipos penales; cuestión, ésta no sólo inevitable, ya que los tipos describen acciones y éstos implican siempre finalidad.<sup>97</sup>

De esta forma acción y tipicidad están ligados íntimamente, pero a la vez siendo toda acción dolosa o culposa, su producción, pertenece al injusto jurídico penal (antijuridicidad):

El injusto está determinado no sólo objetivamente por el resultado reprobado, sino también subjetivamente por la voluntad reprobada que se expresa en la acción. El dolo se convierte en elemento subjetivo de la acción y del injusto y con esto se lo arranca de la culpabilidad.<sup>98</sup>

La teoría causalista aferrada a que el tipo queda ubicado como fase objetiva del delito, al igual que la acción, se encontró con el problema de los llamados elementos subjetivos y normativos del tipo.

Al transcurso del tiempo se puso en evidencia, como ya lo mencionamos, que el tipo no sólo contempla elementos objetivos; en efecto, si examinamos el tipo de robo, encontraremos que en este delito, además de elementos objetivos como "apoderamiento" de "cosa" "mueble" se incluye el que sea "ajeno" y que además sea "sin derecho de quien con arreglo a ley pueda disponer de la cosa", elementos normativos.

<sup>97</sup> JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENTEZ, "Teoría jurídica del delito", parte general, Ed. Civitas, Madrid, reimpresión 1988, pág. 70.

<sup>98</sup> RICHARD BUSH, "Modernas transformaciones de la teoría del delito", Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1969, pág. 19.

Los elementos "ajeno" y "sin derecho" no son objetivos, ya que para serlo tendrán que ser percibidos por los sentidos (que se puedan tocar, ver, oír, etc.), y tales elementos tienen connotaciones normativas no susceptibles de ser captadas por los sentidos, y de ahí fue como nacieron los llamados "elementos subjetivos del tipo", quiebre fundamental de la teoría causalista, pues se rompió el esquema de que la acción, la tipicidad y la antijuridicidad eran la fase objetiva del delito, y la culpabilidad la subjetiva.

A) *Elementos del tipo.* Para el finalismo, el tipo está compuesto no sólo de elementos objetivos, sino también subjetivos.

La acción u omisión humanas subsumibles en el Tipo no son simples procesos causales ciegos, sino procesos causales regidos por la voluntad. De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (fin, efectos conminantes, selección de medios, etc.). Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado tipo objetivo) como subjetiva (el llamado tipo subjetivo).<sup>99</sup>

a) *Elementos objetivos.* Los elementos del tipo objetivo se refieren a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, que son esenciales, como las que dan lugar al tipo autónomo (por ejemplo homicidio), y a veces también se presentan elementos accidentales que sólo califican, agravan, o privilegian (atenúan) al tipo autónomo (la premeditación como calificativa del homicidio, o la riña como atenuante en el propio delito de homicidio).

De esta manera, un principio básico del derecho penal exige que la materia de la prohibición contenida en sus normas (tipos) debe ser precisa, es decir, no debe ser ambigua, de tal suerte que el ciudadano y el propio juez conozcan con exactitud la conducta prohibida; de no ser así el orden jurídico propicia el abuso, y el ciudadano queda sujeto no a la ley, sino al capricho de quien la va aplicar. Esa precisión queda plasmada en los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

<sup>99</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Teoría general del delito", *ob. cit.*, pág. 55.

Como elementos objetivos del tipo podemos señalar:

1. El sujeto activo (autoría y participación);
2. El sujeto pasivo;
3. El bien jurídico tutelado;
4. La acción u omisión;
5. El resultado típico en los delitos de resultado;
6. Los elementos normativos;
7. Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

b) Elementos subjetivos. Los elementos subjetivos del tipo atienden a condiciones de la finalidad de la acción (u omisión), o sea al dolo, y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo.

Como elementos subjetivos del tipo se pueden considerar:

1. El dolo o la culpa;
2. Otros elementos subjetivos distintos del dolo como son el ánimo, la tendencia, etcétera.

De esta manera la teoría finalista coloca al dolo, y a la culpa, como elementos del Tipo, y no como elementos o especies de la Culpabilidad como lo hace el sistema causalista.

B) *Dolo de tipo*. El dolo es, pues, para los finalistas un "dolo de Tipo", o "dolo del hecho", es decir, una voluntad de realizar el hecho típico. Es lo que también ha venido en denominarse —aunque el término es equivoco— "dolo natural", que se opone sobre todo al *dolus malus* de los causalistas, en la medida en que el "dolo del tipo" es mera dirección de la acción hacia el hecho típico, sin que inter venga aquí para nada la consideración de si el sujeto conocía o no, la ilicitud de lo que hacía, es decir, sin que la afirmación del dolo exija también la del "conocimiento de la antijuridicidad" como piensan los causalistas. Este concepto de "dolo natural" o del tipo es, pues, una consecuencia

directa de su consideración como mera finalidad específica, es decir, una consecuencia de la estructura lógico-objetiva de la acción.<sup>199</sup>

Para el finalismo los aspectos objetivo y subjetivo del tipo se encuentran en estrecha relación en efecto, Welzel afirma:

El tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado. Comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior.<sup>201</sup>

El dolo a su vez, como elemento subjetivo del tipo, no es sino la realización del tipo objetivo de un delito. En efecto, el finalismo nos explica que hay infinidad de acciones finalistas no dolosas, que no están dirigidas a la realización del tipo de un delito, como son las acciones cotidianas, caminar, leer, trabajar, comer, etcétera.

C) *Culpa de tipo*. También pertenecen al tipo las acciones culposas, en las cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico, que se proyectan con consecuencias intolerables socialmente, en donde el sujeto, o bien confía en que no se producirán, o ni siquiera pensó en su producción.

En los delitos culposos, por referirse a la producción de eventos socialmente intolerables, debidos a la imprudencia, falta de cuidado o previsión, es el juez, quien en cada caso, debe investigar cual era el límite del cuidado requerido; de ahí que en los delitos culposos la "acción no esté precisada como en los delitos dolosos", ya que la ley al señalar "actúa imprudentemente o con imprevisión", no detalla la conducta culposa, por lo que se trata de "tipos abiertos" que requieren de ser complementados por el juez, quien va a juzgar la actuación del sujeto en relación al deber de cuidado que debió tener en cada situación concreta.

<sup>199</sup> JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENTÍEZ, "Teoría jurídica del delito", parte general, *ob. cit.*, pág. 71.

<sup>201</sup> HANS WELZEL, "Derecho penal alemán", *ob. cit.*, pág. 93.

El ideal de que la ley penal contenga únicamente "tipos cerrados" o de descripción precisa, debe ser meta del mejor sistema penal; sin embargo los llamados "tipos abiertos" que requieren ser complementados por el juzgador subsisten en nuestro sistema, sobre todo en los delitos culposos en que el "deber de ciudadano" o "el principio de confianza", debe ser apreciado por el juez mediante el criterio de la "posición de garante", es decir, se va a juzgar la situación personal del sujeto para poder responsabilizarlo del incumplimiento a "un deber de cuidado".

Dentro del concepto de deber de cuidado, el finalismo señala que el juez debe tener en cuenta entre otros aspectos, por ejemplo, "el principio de confianza", que rige cuando se obra correctamente y su acción concurre con otra, u otras, que no respetaron el deber de cuidado, como sucede en los accidentes de tránsito, o en el trabajo realizado en equipo (como en los casos de tratamientos médicos); así por ejemplo, cuando un conductor de un vehículo "confía" en que los demás conductores respetarán las regulaciones de tránsito, o el cirujano que confía en los miembros de su equipo, y uno o varios de ellos, no respetan las indicaciones, o los que la técnica médica aconseja, el evento no le será imputable a quien sí actuó con atención o cuidado, no así al que no lo hizo.

La teoría finalista ha sido criticada en relación a los delitos culposos, sobre todo en el caso de la culpa inconsciente, en la cual el sujeto no se representa el resultado, donde se dice que no se puede explicar la "finalidad" de la conducta dirigida a la consecución de un fin que ni siquiera pasó por la mente del agente.

Welzel sostuvo en un principio que el contenido de los delitos culposos se encontraba en una "finalidad potencial", concepto que después abandonó para fundarlo en la "acción que debía haber realizado conforme a las reglas de cuidado necesario para no producir daños socialmente intolerables".

El principio de la finalidad "potencial" o evitabilidad individual del sujeto, en que se apoyaba Welzel, se confundían las exigencias de la culpabilidad con las del injusto.

Una explicación concebida de tal manera obedecía a que, como el resultado no era posible conectarlo en modo alguno, con la finalidad del autor, se entendía que en la imprudencia el criterio decisivo consistía en la evitabilidad final del resultado causalmente producido.<sup>102</sup>

Las críticas de Niese, a su maestro Welzel, llevaron a éste a modificar la tesis de la "finalidad potencial" y fundar la culpa en que la norma exige conductas finalistas que no lesionen bienes jurídicos, sea en forma dolosa, o bien que por descuido o imprudencia pongan en peligro intolerable o dañen el bien jurídico, es decir, los delitos culposos encuentran su fundamento en el "deber de cuidado" que debió tomar en cuenta el sujeto al realizar sus acciones finalistas.

## 6. CAUSAS DE ATIPICIDAD

Las causas de atipicidad en la teoría finalista se presentan cuando falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos exigidos por el tipo. Así serán causas de atipicidad las siguientes:

a) Por ausencia de algún elemento objetivo, sea por:

1. Falta del número o calidad del sujeto activo.
2. Falta del número o calidad del sujeto pasivo.
3. Falta del bien jurídico tutelado.
4. Falta de la acción u omisión.
5. Falta del resultado típico en los delitos que exigen resultado.
6. Falta de los elementos normativos.
7. Falta de las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidos en el tipo.

b) Por ausencia de alguno de los elementos subjetivos, sea por:

<sup>102</sup> LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURELLO, "Teoría del delito imprudente", doctrina general y regulación legal, Edt. por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 172.

1. Falta del dolo o de la culpa.  
 2. Falta de otros elementos subjetivos distintos del dolo (falta de la tendencia, ánimo, etcétera).

El sistema causalista señala casi las mismas causas de atipicidad, por la falta de elementos objetivos, a que se refiere el sistema finalista, sin embargo difieren fundamentalmente en que el sistema finalista incluye como causas de atipicidad, la ausencia de dolo, o de otros elementos subjetivos distintos del dolo, por ubicar el dolo y la culpa como elementos subjetivos de acción típica.

c) El error de tipo. El error de tipo, debido al desconocimiento o el error sobre la existencia de los elementos objetivos del tipo de injusto, excluyen la tipicidad dolosa; ahora bien, si el error es vencible, es decir, si el sujeto con la previsión o cuidado que se puede exigir a la generalidad, debió superar ese error, queda subsistente la culpa, mas no el dolo.

El error sobre cualquier otro elemento perteneciente a otras categorías distintas al tipo (error sobre los presupuestos de las causas de justificación, error sobre la antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad) carecen de relevancia a efectos de la tipicidad.<sup>108</sup>

El llamado error de prohibición se presenta en la teoría del finalismo a nivel del estudio de la culpabilidad, como lo veremos más adelante.

Asimismo, los errores llamados accidentales *error in objeto*, *error in persona* o *la aberratio ictus*, que el sistema causalista estudia dentro de la culpabilidad referida al dolo, el sistema finalista los estudia dentro de la tipicidad, y estos errores son irrelevantes, sin embargo, para algunos autores del sistema finalista se puede alterar el grado de dolo o culpa, en el supuesto de quien por error (en el golpe o en la persona) mata a su padre, se presentaría el caso de tentativa de homicidio doloso y delito de homicidio culpo-

<sup>108</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Teoría general del delito", *ob. cit.*, pág. 61.

so (muerte del padre) como concurso de delitos; lo mismo tendría que decirse en el caso de quien dispara contra un perro y alcanza al dueño. No se alteraría el dolo en el supuesto de quien erróneamente cree haber privado de la vida a su víctima de un disparo arma de fuego que sólo lo ha dejado herido, pero después el sujeto activo arroja al lesionado a un precipicio para ocultar el "cadáver" y es en la caída, cuando su víctima efectivamente muere. Se trata de un delito doloso, el sujeto se propuso la acción finalista de matar a la víctima y lo consiguió.

El error sobre elementos que agravan o atenúan la conducta típica, puede dar lugar a que el delito resulte cualificado o privilegiado, si el error era evitable, o si no lo era, le restará esa calidad.

Congruente a su sistema, el finalismo no exige que el sujeto activo conozca los elementos objetivos del tipo en forma técnica y precisa, basta el error o desconocimiento de su existencia, para excluir el dolo, y si este error es vencible, da lugar a un delito culposo. El conocimiento doloso de los elementos objetivos del tipo debe ser a un nivel de una persona "profana", es decir, no se exige un conocimiento técnico, sino una "valoración de que su conducta está en contra del derecho".

Los llamados "errores putativos" en el sistema causalista que destruyen la culpabilidad por error sobre la licitud de la conducta, en el sistema finalista no inciden en la tipicidad, es decir, quien creyendo fundadamente encontrarse en una situación de legítima defensa, mata, dicha muerte la realiza con ese fin, es decir, resulta dolosa, y su situación será juzgada a nivel de la culpabilidad, pero como error de prohibición que anulara la culpabilidad.

Es evidente que una acción viola el orden social cuando es típica, antijurídica y culpable.

La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito. La culpabilidad —la responsabilidad personal por el hecho antijurídico— presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad, a su vez, ha de estar concretada

en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior al delito presupone el anterior".<sup>104</sup>

Esta mecánica de prelación lógica de los elementos del delito permiten que la aparición de alguna causa que impida la integración de un elemento, éste no surge, pero puedo dejar intacto los anteriores, así por ejemplo, en el sistema finalista puede presentarse una acción, típica dolosa (la muerte de una persona) pero si el sujeto activo obró bajo error de prohibición (creyendo lícita su acción), su acción seguirá siendo típicamente dolosa, pero no culpable.

En el sistema causalista esa acción no podría ser catalogada como dolosa, pues el error en que incurrió el sujeto activo destruiría su dolo, es decir, sólo subsistiría la manifestación de voluntad referida al movimiento corporal y al resultado producido, no así al fin perseguido con esa manifestación, situación de la que difiere fundamentalmente el finalismo, donde la acción no se reduce a la voluntad del movimiento corporal sino al fin que se persigue con esa acción.

## 7. ANTIJURIDICIDAD E INJUSTO

Para el sistema causalista, la antijuridicidad, en un principio con Beling, se encuentra separado del tipo; posteriores autores como Mayer, Hegler y más recientemente Mezger nos hablan de que el injusto penal se integra por la tipicidad y la antijuridicidad.

En la antijuridicidad se manejan dos conceptos: El formal como contradicción entre la conducta y el derecho, y el material que se concibe como lesión a intereses sociales (Liszt); o contradicción a las normas de cultura (Mayer); o lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados.

El tipo como regla prohibitiva de conductas lesivas entraña preceptos que garantizan el orden social, son "juicios de valor", normas.

<sup>104</sup> HANS WELZEL, "Derecho penal alemán", *ob. cit.*, pág. 73.

La antijuridicidad es un juicio de valor objetivo en el sentido de un juicio de valor general, así lo propugna la teoría finalista.

El término antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuridicidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo.<sup>105</sup>

La teoría finalista distingue entre antijuridicidad e injusto, aun cuando varios autores las utilizan como equivalentes. Para los finalistas,

La antijuridicidad es una relación (una contradicción entre los miembros de una relación), lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Lo injusto es la forma de la conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico.<sup>106</sup>

La teoría finalista sostiene que quien actúa adecuando su conducta al tipo, actúa, en principio, antijurídicamente.

En el finalismo la tipicidad es indicio de antijuridicidad. Maurach, jurista afiliado a este sistema, sostiene que la norma jurídica (el tipo penal) está profundamente impregnado de lo que valorativamente ha estudiado el legislador en su función de representante de la sociedad, de ahí que antes de la existencia del tipo existe el reconocimiento de la propia sociedad de valores dignos de preservarse por el derecho, resultando que pueden darse

<sup>105</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Teoría general del delito", *op. cit.*, pág. 83.

<sup>106</sup> HANS WELZEL, "Derecho penal alemán", *op. cit.*, pág. 76.

conductas que ofendan esa valoración, el contenido cultural de la norma a la manera de Max Ernesto Mayer, y sin embargo, no necesariamente resultan injustas típicamente, pues quien mata, en legítima defensa, afecta el interés jurídico que la norma protege, pero no resulta "injusta" porque el Estado reconoce el derecho a la autodefensa.

Así pues, la conducta típica es solamente indiciaria de antijuridicidad, porque al concretarse en un evento, puede resultar que no sea contraria a derecho, sino lícita, por estar amparada en una causa de licitud o justificación.

A) *Elementos subjetivos del injusto*. Otro tópico del tema de la antijuridicidad se refiere a la posición de los teóricos causalistas, cuando señalan que a lo injusto pertenecen exclusivamente caracteres externos u objetivos, se adhieren a la llamada *teoría objetiva de la antijuridicidad*, donde se prescindía de todo elemento subjetivo.<sup>107</sup>

Para la teoría causalista, la antijuridicidad, toma en cuenta sólo elementos objetivos, pues los elementos subjetivos son terreno de la culpabilidad. Esta teoría adecuaba estos conceptos a su doctrina de la acción causal, separando la acción como mero proceso causal, del contenido subjetivo de la voluntad. La antijuridicidad quedó en el marco de lo objetivo, de lo externo.

Sin embargo, al surgir en la doctrina el planteamiento de los elementos subjetivos del injusto, la teoría causalista sufrió uno de los más duros golpes aunque trató de solucionar el problema afirmando con Mezger que los elementos subjetivos de lo injusto eran sólo "excepciones a la regla".

La existencia de múltiples tipos penales que contenían "elementos subjetivos del injusto", contradecían la tesis mezgeriana; por otro lado en los casos de tentativa, ésta era imposible de determinar sólo por elementos objetivos, donde por la naturaleza misma de la tentativa el resultado no se produce, por lo que a nivel objetivo no se podía constatar

<sup>107</sup> Así lo consideran, entre otros, el penalista mexicano RICARDO FRANCO GUZMÁN, en su obra "Delito e injusto", editado por el propio autor, México, 1950, pág. 87.

la "intención" sin acudir al dolo del sujeto, pues de no ser así, se debía depender de que el sujeto al disparar diera o no en el blanco, para juzgar su intención, lo que evidentemente es contrario a la realidad, razón fundamental a favor de la tesis finalista de que a la acción típica corresponde el dolo a la voluntad finalista, y no como lo explica la teoría causalista que se apoya en el resultado.

Abundando en este tema, podemos decir que en el delito de robo, el ánimo de apropiación es imposible de encontrar en una acción "ciega" de posesión como lo afirma la teoría causalista, dicho ánimo está referido al dolo contenido en la acción finalista.

Así los ejemplos se pueden multiplicar sin que el sistema causalista los pueda explicar. El finalismo al poner énfasis en la voluntad de la acción finalista, no en el mero resultado, colocando al dolo como elemento subjetivo del tipo de lo injusto y así puede explicar que sólo el apoderamiento con un fin de apropiación pueda dar lugar a la imputación del delito de robo.

Resumiendo: a pesar del hallazgo de los elementos subjetivos del injusto la mayoría de los autores de corte causalista se adhieren a la posición de la antijuridicidad objetiva, los menos a la subjetiva, considerando estos últimos que la antijuridicidad debe atender al acto anímico, a la conciencia de obrar contra derecho, sin que ello implique, a su juicio, que esta valoración subjetiva caiga dentro de la culpabilidad.

Para el penalista Márquez Piñero, el maestro Hans Welzel y otros autores proponen un criterio sintético, que abarca tanto elementos objetivos, como subjetivos.<sup>108</sup>

En efecto el autor germano señala que:

Debido a la ambigüedad del concepto *objetivo* ha surgido el equívoco de que la antijuridicidad sólo podía referirse al aspecto objetivo (del mundo externo) de la acción, por ser un juicio de valor *objetivo*. En realidad, el empleo de la palabra *objetivo*, en ambos casos, no tiene nada en común. La antijuri-

<sup>108</sup> RAFAEL MÁRQUEZ PIÑERO, "Derecho penal", parte general, ob. cit., pág. 198.

dicidad es objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general; su objeto, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos.<sup>109</sup>

Dentro de los elementos subjetivos encuentra el sistema, finalista de la acción, en primerísimo lugar, al dolo.

Ahora bien, la antijuridicidad es siempre para los finalistas la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado, es decir, una conducta injusta por estar referida, a una persona concreta, el injusto de la acción referida a su autor, es pues un "injusto personal".

La acción finalista, es elemento esencial del concepto de lo injusto, así la teoría de la acción final pone énfasis en la acción, la teoría causalista, lo hace en el resultado.

El tipo como ya vemos, para la posición del sistema finalista, tiene elementos objetivos y subjetivos, dentro de estos últimos esta teoría estudia lo injusto de los delitos dolosos y lo injusto de los delitos culposos.

B) *El injusto personal.* Al destacar Welzel relevantemente el concepto de injusto personal, como una de las ideas básicas de la llamada teoría finalista de la acción, llevó a Jescheck, a denominar esta teoría, como la del injusto personal, más que de la acción final.

Jiménez de Asúa, critica la postura de Welzel ya que a su juicio, en su obra el penalista alemán no distingue con precisión lo injusto y la culpabilidad y así escribe el tratadista español al respecto:

En el mismo párrafo se define lo injusto y la culpabilidad, que en otro comprendido en la misma sección, se expone la *tipicidad de lo injusto*, y que todas forman parte del capítulo primero —de la primera parte— que lleva por título *El delito doloso* nos convencemos de que en régimen *finalista de la acción*, la necesaria diferencia de estas características del delito es harto difícil de lograr.<sup>110</sup>

<sup>109</sup> HANS WELZEL, "Derecho penal alemán", *ob. cit.*, pág. 77.

<sup>110</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de derecho penal", *ob. cit.*, tomo III, pág. 1020.

Pensamos que Jiménez de Asúa no tiene razón, pues en la obra de Hans Welzel *Derecho penal alemán*, se aborda primero la teoría de la acción, después la tipicidad y antijuridicidad de lo injusto penal (lo injusto de los delitos dolosos y culposos) y en un capítulo separado, la culpabilidad, por lo que tal crítica, al menos no parece dirigirse al fondo de estas cuestiones.

En resumen, para el causalismo el fundamento del injusto penal lo constituye el "desvalor del resultado" y ello se basa en el concepto causalista de la conducta, es decir, se apoya en aspectos externos, de ahí que resalta el resultado como punto central de la valoración; en cambio, en el sistema finalista se apoya en el desvalor de la acción que incluye no sólo el resultado, sino el desvalor de toda la acción, abarcando la finalidad de la acción sea ésta dolosa o culposa.

## 8. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

En la teoría finalista de la acción, la conducta típica es un indicio de la antijuridicidad de la misma, es decir, ese indicio puede ser desvirtuado; en efecto, el propio orden jurídico al lado de las normas prohibitivas, en ciertos casos, opone disposiciones permisivas que impiden que la norma general abstracta se convierta en deber jurídico concreto, y así aparecen las llamadas "causas de justificación". Las causas de justificación no excluyen la Tipicidad, es decir, por ejemplo la acción típica dolosa subsiste, pero esa conducta típica dolosa no será antijurídica, si aparece una causa de justificación. La acción de privar de la vida a otro, en legítima defensa, deja subsistente la materia de prohibición, el tipo, lo que anula es la antijuridicidad de la conducta, el hecho concreto está amparado en una determinada causa de justificación.

Para Welzel entre las causas de justificación encontramos, la legítima defensa, el estado de necesidad, el consentimiento del ofendido.

Los límites de este trabajo no permiten que dediquemos una exposición sobre el tema de las causas de justifi-

cación, que en algunos aspectos generales, son semejantes a las ideas del sistema causalista sobre las causas de justificación.

## 9. CULPABILIDAD

Se acepta generalmente que la medida de la pena es la medida de la culpabilidad, y así expresamente lo consignan algunos códigos penales.

Para unos penalistas la culpabilidad además de ser el fundamento de la pena, es también el límite de la propia pena y con ello una garantía en favor del individuo, pues ninguna pena podrá exceder del límite de la propia culpabilidad.

La culpabilidad aparece entonces ligada estrechamente a la teoría de la pena, y por ende a la propia justificación de la pena.

A partir del siglo XII aparece la pena como una medida del Estado fundada en la culpabilidad moral, cuya base es la perversidad del hombre, el hombre atenta por medio del delito al contenido ético que el Estado protege, contenido que deviene, a su vez, de la enorme influencia de la iglesia en las sociedades europeas.

En el siglo XVII, la pena busca desprenderse de una fundamentación meramente ética y referirse a "fines racionalmente verificables". Aparece la prevención como base de la pena y así lo expresa magistralmente César Beccaria en el capítulo XLI de su obra *De los delitos y de las penas* cuando escribe:

Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación. ¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas. Haced que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los hombres mismos.<sup>111</sup>

<sup>111</sup> CÉSAR BECCARIA, *ib. cit.*, págs. 193 y 195. y *OPUSCULOS DE JURISPRUDENCIA*

En el mismo sentido se expresa Manuel de Lardizábal, contemporáneo de Beccaria, al decirnos:

Las buenas leyes procuran por todos los medios posibles evitar los delitos, para no verse en la necesidad de castigarlos; y cuando se ven precisados a ello, hacen que el mismo castigo, que ya no pueden excusar, sirva por su aparato y publicidad de preservativo a los demás.<sup>112</sup>

Posteriormente los penalistas profundizan en este tema y se discute sobre tópicos como el de la prevención especial frente a la prevención general; de la diferenciación de la pena y la medida de seguridad.

Al margen de esas discusiones podemos señalar que la culpabilidad se enlaza a la pena y ésta se contempla como modo de expiación; pero al lado de esa forma de "justicia retributiva" surge la idea de la escuela positivista en donde predomina un criterio determinista, es decir, al hombre no se le debe "castigar" pues éste es sólo un instrumento; su conducta está determinada por factores que no puede controlar, por lo que no es la pena, la medida apropiada, sino medidas de seguridad adecuadas a su peligrosidad social, medidas que se le aplican en calidad de tratamiento, para evitar mayores daños sociales.

Para Claus Roxin, penalista alemán contemporáneo, criticó al sistema finalista, el haber asignado a la culpabilidad como fundamental función, la de justificar el carácter retributivo de la pena y la de constituir un límite de pena.

En cuanto al primer efecto, Roxin niega que pueda justificarse que la culpabilidad pueda ser expiada por el cumplimiento de una pena, o sea, que un mal (la pena), pueda solucionar otro mal (el delito).

La construcción teórica de Roxin pasa por desechar tajantemente la teoría de la retribución por estimarla científicamente insostenible, dado que fundamenta la pena en una noción

<sup>112</sup> MANUEL DE LARDIZÁBAL Y URIBE, *ob. cit.*, pág. 86.

incierta como lo es la tantas veces citada posibilidad de actuar distintamente; la tesis retribucionista de la pena es igualmente inaceptable en tanto que irracionalmente supone que un delito puede ser compensado y anulado por una pena en sentido retributivo. Evidentemente es incompatible con las bases teóricas de un Estado democrático.<sup>113</sup>

Para Roxin la culpabilidad cumple finalidades de prevención general y especial, pero no de carácter retributivo, ya que la pena en su aplicación busca la resocialización del delincuente, que de lograrse, surtirá el efecto de prevención especial.

En cuanto a la finalidad de la culpabilidad como límite de la pena, Roxin escribe:

El principio de culpabilidad exige, pues, que se determine claramente el ámbito de la tipicidad, que las leyes penales no tengan efectos retroactivos y que se excluya cualquier tipo de analogía en contra del reo; vinculado, de este modo, el poder estatal a *lex scripta* e impidiendo una administración de justicia arbitraria. El principio de culpabilidad sirve también para determinar el grado máximo admisible de la pena cuando de un modo inequívoco se lesiona una ley escrita. Si alguien conduciendo un vehículo de motor produce un accidente por un ligero descuido, quizá pueda parecer conveniente desde un punto de vista de prevención general la imposición de una pena grave; pero la vigencia del principio de la culpabilidad obliga también a imponer una pena leve en casos de imprudencia simple, impidiendo así que se sacrifique la libertad del individuo en interés de la intimidación general.<sup>114</sup>

<sup>113</sup> MANUEL VIDAURRE ARÉCHIGA, "Sobre la culpabilidad en el pensamiento de Claus Roxin", artículo en la Revista *ARS-JURIS*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, 1990, número 4, Pág. 150.

<sup>114</sup> CLAUDIUS ROXIN, "La culpabilidad y prevención en derecho penal", Edit Reus, Madrid 1981, pág. 46.

A) *Culpabilidad de autor*. Otro tópico relacionado con la culpabilidad y la pena es aquel que se refiere a la postura del positivismo del concepto de "peligrosidad", del que deriva la llamada "culpabilidad de autor", aceptada por algunos tratadistas, en donde el delito es una expresión de la personalidad del sujeto, pues su conducta sólo representa una mínima fracción de esa personalidad, y para juzgarlo debemos juzgar al autor, no al hecho. Este punto de vista conduce, a juicio de no pocos penalistas,<sup>115</sup> al abuso del poder punitivo del Estado, pues la historia, y la latinoamericana en particular, demuestran cuán fácil, en aras de esa culpabilidad de autor, se imponen medidas de seguridad más severas que las penas mismas, con base en la pretendida peligrosidad del individuo.

B) *Culpabilidad por el hecho o el acto*. A la concepción de la "culpabilidad de autor" se opone la "culpabilidad por el hecho o el acto", que se apoya fundamentalmente en la conducta delictiva para formular el juicio de culpabilidad. La culpabilidad por el acto se refiere al hecho concreto imputado, el cual debe quedar perfectamente encuadrado en el tipo, así la culpabilidad del individuo está limitada a la pena consignada en la ley para ese acto violatorio, situación que opera, como una garantía en favor del individuo. De esta manera tiene vigencia el principio *nullum crimen, sine lege, sine poena*.

C) *Fundamento de la reprochabilidad*. Sin duda uno de los más arduos problemas sobre la culpabilidad y del delito en general, es la ya conocida discusión de las escuelas clásica y positivista, donde la primera "destaca la de que la culpabilidad implica la aceptación de que el hombre es "libre", es decir, de que existe libertad de voluntad";<sup>116</sup> y la segunda que niega esa posibilidad de libertad y propugna su determinismo.

<sup>115</sup> Entre otros autores, EUGENIO ZAFFARONI, se declara opuesto a la culpabilidad de autor, en su trabajo "La culpabilidad en el siglo XXI", Buenos Aires, 1990.

<sup>116</sup> MOISÉS MORSEMO HERNÁNDEZ, "Consideraciones dogmáticas y político-criminales en torno a la culpabilidad", *ib. cit.*, pág. 132.

Ya habíamos expuesto el principio, que la *medida de la pena es la medida de la culpabilidad*, pero esta afirmación tiene que partir de la base de que la culpabilidad, a su vez, es la medida de la responsabilidad del sujeto que llevó a cabo la conducta típica; de este modo, la "medida de la responsabilidad" la tenemos que encontrar en la posibilidad de poder imputar a un individuo tal conducta, y esa imputación se apoya finalmente en la "libertad" del actuar del sujeto.

De esta manera, la culpabilidad entendida como medida de responsabilidad, tiene como punto de partida, el hecho de que el hombre es "libre" de actuar de un modo u otro, situación que los positivistas niegan terminantemente, argumentando que tal "libertad" no puede existir, pues es indemostrable científicamente el llamado "libre albedrío", por consecuencia, la culpabilidad no existe.

En efecto, "no hace mucho, decía Engisch, que aunque el hombre poseyera esta capacidad de actuar de un modo distinto a como realmente lo hizo, sería imposible demostrar en el caso concreto si usó o no de esta capacidad, porque, aunque se repitiera exactamente la misma situación en la que actuó, habría siempre otros datos, nuevas circunstancias, etc., que la harían distinta. La capacidad de poder actuar de un modo diferente a como se actuó es, por consiguiente, indemostrable".<sup>117</sup>

Por esa indemostrabilidad de "libertad" para actuar, algunos autores niegan la existencia misma de la culpabilidad, pues la "libertad" como base de reproche es un contenido que no puede, afirman, considerarse en forma seria, pues la cadena de factores que en cada caso se puede dar, son infinitos, mismos que influyen en el individuo, destruyendo la supuesta "libertad".

Algunos de quienes niegan el libre albedrío, llegan a opinar sobre la posibilidad de una "pena sin reproche", es decir, que la pena no se fundamenta en la culpabilidad. Así dicen, si la pena presupone la culpabilidad, y la culpa-

<sup>117</sup> MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ, "Teoría general del delito", *ob. cit.*, pág. 129.

bilidad se apoya en el reproche a la libertad de elección, y esta última no es demostrable, la culpabilidad no existe, y la pena no encontraría su razón de existir en esa supuesta culpabilidad.

Sin embargo, a pesar de las objeciones que sobre la culpabilidad se han planteado, el sistema causalista y el sistema finalista, en términos generales, parten del supuesto, de que existe la posibilidad de elección del sujeto en la conducta que realiza y ello permite considerarlo culpable de esa conducta.

Así pues, creemos que la pena debe responder a fines que garanticen la mejor convivencia y en ese fundamental objetivo, de carácter preventivo, general y especial, se apoya en el concepto de una culpabilidad donde el sujeto tenga la posibilidad de elegir entre la conducta transgresora de la norma y la que no la conduzca a ella, y dentro de ese límite, opera un margen de libertad que será el soporte de la culpabilidad y de la propia pena.

La carta magna del delincuente, vendrá a consistir en que no se le impongan penas que excedan los límites de la propia culpabilidad, con respeto a fines de la propia pena, preventivos y de rehabilitación, para una mejor convivencia social.

D) *Culpabilidad normativa*. En otro orden de ideas, el desarrollo del concepto de culpabilidad ha sido lento y abarca un largo periodo de la humanidad para desprenderse de una mera culpa por el resultado, o responsabilidad objetiva, a un concepto valorativo de reprochabilidad, pasando por el concepto causalista tradicional de que a la culpabilidad corresponde lo interno-subjetivo y a la antijuridicidad lo externo-objetivo. De esta inicial postura adoptada por Liszt, la culpabilidad consiste en "la relación anímica del autor con el resultado", postura que a la postre resultó imposible de sostener, por la problemática que surgió con los llamados "elementos subjetivos del injusto", "la culpa inconsciente", "la tentativa", etc., que condujeron a desecharla culpabilidad con una base exclusivamente psicológica, y aparece la teoría "normativa de culpabilidad".

En efecto, al abordarse el problema de la llamada culpa sin representación, o inconsciente, no se podía sostener la existencia de la "relación psicológica entre el sujeto y el resultado lesivo", ya que en la culpa inconsciente, lo que falta, es precisamente esa falta de representación psicológica.

La escuela llamada de Baden-Baden, o de la filosofía de valores, (a la que perteneció el tratadista Frank a principios de este siglo), planteó que la culpabilidad no puede ser reducida a una mera relación psicológica, sino que debe ser referida a un "juicio de valoración, a un juicio de reproche", y nació así el concepto normativo de la culpabilidad.

Para la teoría finalista de la acción, la culpabilidad es estricta, pero indiscutiblemente un juicio de "reproche" a la acción finalista típica, coincidiendo con Frank en que la culpabilidad es fundamentalmente valorativa.

Welzel señala que a la contradicción entre la acción y el ordenamiento jurídico, debe agregarse el reproche personal contra el autor por omitir la acción antijurídica, cuando estaba en posibilidad de hacerlo.

Si bien, Welzel acepta el postulado de la teoría normativa de la culpabilidad como "reprochabilidad", difiere de la teoría de Frank, en varios puntos esenciales, a saber:

a) En el "poder en lugar de ello" es donde radica la culpabilidad, es decir, el fundamento del reproche personal se apoya en que el autor pudo motivarse de acuerdo a la ley, de acuerdo a las exigencias del derecho, y al no hacerlo da motivo para reprocharle su conducta;

b) En el concepto normativo de la culpabilidad de Frank y sus seguidores dentro del sistema causalista, siguen aceptando al dolo como especie de la culpabilidad, aceptando que en el dolo se establece una relación síquica entre el autor y el resultado, agregando que tal relación es reprochable; la teoría finalista, como ya hemos apuntado suficientemente, el dolo se ubica en el tipo, en donde se da la relación psicológica, y en la culpabilidad finalista sólo, y eso es lo valioso, se da únicamente el reproche como valoración. A juicio de la teoría finalista, una cosa es la

*reprochabilidad como valoración, y otra el dolo como objeto de valoración;*

c) En la teoría finalista se excluyen los elementos subjetivos anímicos, que corresponden al tipo y se conserva únicamente la reprochabilidad;

d) La culpabilidad en la teoría finalista, se apoya en el "poder en lugar de ello"; la teoría normativista causalista se aferra al concepto más genérico de "libertad";

e) Por último, Welzel, nos dice:

La acusación de dejar vacío el concepto de culpabilidad desconoce, igual que la acusación de subjetivización de lo injusto, la íntima conexión entre la exclusión de la pareja de contrarios ya superada y defectuosa "objetivo-subjetivo" y su remplazo por los contrarios "debe ser-poder" en el desarrollo de la teoría de lo injusto y la culpabilidad.<sup>118</sup>

E) *Elementos de la culpabilidad.* En la teoría finalista de la acción los elementos de la culpabilidad son:

a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad;

b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, y

c) La exigibilidad de un comportamiento distinto.

a) La imputabilidad se ubica en este sistema como un elemento de la culpabilidad, a diferencia de la mayoría de los penalistas del sistema causalista, que lo colocan como un presupuesto de la culpabilidad, ya que consideran que la imputabilidad se funda en el "libre albedrío".

La imputabilidad para el finalismo debe ser entendida como la capacidad del sujeto, atendiendo a sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma.

Welzel dedica una amplia exposición al problema del libre albedrío, el que a su juicio debe ser abordado desde diversos puntos de vista (antropológico, caracterológico y categorial).

<sup>118</sup> HANS WELZEL, "Derecho penal alemán", *ob. cit.*, pág. 200.

Para este distinguido penalista alemán, en el aspecto antropológico, al hombre, a diferencia del animal, se le indica el camino y se le confía su realización, la que emprende de mil maneras diversas; caracterológicamente el hombre posee impulsos que en alguna medida, pueden ser dirigidos de acuerdo a necesidades u objetivos, pero es posible la regulación de sus impulsos, de acuerdo a un sentido y valor. De esta manera, el problema del libre albedrío, no debe plantearse como un problema de existencia, sino a un nivel de "cómo" se puede dar ese libre albedrío, o sea su aspecto categorial. El libre albedrío, no es como lo plantea el sistema causalista, de *poder actuar de otra manera*, sino de la *libertad de actuar en el sentido de la Ley*. Así Welzel nos dice:

La culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello. No es la decisión conforme a sentido a favor de lo malo, sino el quedar sujeto y dependiente, el dejarse arrastrar por los impulsos contrarios al valor.<sup>119</sup>

Para Francisco Muñoz Conde, el finalismo encuentra en la función motivadora de la norma penal, el fundamento de la culpabilidad, apartándose de la indemostrable posibilidad de obrar de un modo distinto. La motividad es, según su criterio:

La facultad humana fundamental que, unida a otras, (inteligencia, afectividad, etc.) permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida.<sup>120</sup>

La imputabilidad en el sistema finalista es sinónimo de capacidad de culpabilidad, capacidad de su autor, y se integra a su vez de dos sub-elementos:

<sup>119</sup> "Derecho penal alemán", por HANS WELZEL, *ob. cit.*, pág. 309. Cabe señalar que para Claus Roxin, crítico del finalismo, "Lo decisivo no es poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación. Por ello ya no hablaré (Roxin) de culpabilidad, sino de reprochabilidad", "Culpabilidad y prevención en el derecho penal", *ob. cit.*, pág. 71.

<sup>120</sup> "Teoría del delito", por FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, pág. 133.

1. La capacidad de comprender lo injusto del hecho, (momento cognoscitivo o intelectual).
2. La capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión, (momento volitivo).

La capacidad de culpabilidad se forma, cuando el autor tiene comprensión de lo injusto (momento cognoscitivo) y determina su voluntad en ese sentido (momento volitivo).

Cuando se trata de un menor de edad, o estados anormales, como pueden ser el retraso mental, se puede anular la capacidad cognoscitiva o volitiva del individuo.

La capacidad de comprensión de lo injusto, se refiere a que al autor se le exige pueda reconocer que su conducta transgrede normas sociales indispensables para la vida en común, no es necesario que conozca el hecho como tipificado por la ley. Por ello, si no se da esa comprensión, puede presentarse una causa de inculpabilidad.

En el sistema causalista, la corriente dominante en la teoría normativista de la culpabilidad, al referirse a la imputabilidad, señala que la misma se integra por la capacidad de querer y la capacidad de entender. Aun cuando estos conceptos son semejantes a la capacidad de comprender lo injusto del hecho y a la capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión, estos conceptos, los del finalismo, son más profundos, se afina su riqueza conceptual, así cuando se exige la comprensión y determinación del carácter ilícito, se exige más que un simple querer y entender.

Así pues, "la imputabilidad dejó de explicarse como capacidad de responsabilidad individual por los actos realizados libremente, y pasó a entenderse como *capacidad de ser motivado* por la norma penal y su correspondiente sanción. Los *inimputables* no serían, pues, seres incapaces de libertad o, si se prefiere, seres irresponsables de sus hechos (por ejemplo, los enajenados mentales), sino seres no motivables por la norma".<sup>121</sup>

<sup>121</sup> MANUEL GÓMEZ BUSTÍEZ, "Teoría jurídica del delito", *ob. cit.*, pág. 450.

De esta manera, la inimputabilidad como capacidad de culpabilidad, no se refiere, a la manera del sistema causalista de un libre albedrío, sino en forma más precisa, a la posibilidad o capacidad de que el sujeto se haya podido *motuar*, de obrar conforme a la ley, no en el sentido del normativismo de Frank, de haber podido obrar de otra manera, sino de haber obrado en el sentido de la ley.

b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho, requiere como requisito de prelación lógica de capacidad de culpabilidad, es decir, que el sujeto sea imputable, que se presenten tanto el momento cognoscitivo (intelectual), como el volitivo (voluntad).

De este modo, siendo el sujeto imputable, para el sistema finalista se plantea el estudio del segundo elemento de la culpabilidad, es decir, la posibilidad de comprensión de lo injusto, pero al nivel del hecho singular.

La capacidad de culpabilidad, o imputabilidad, se presenta en el sujeto, con independencia de que realice o no la acción u omisión típicos; en cambio, el conocimiento de la antijuridicidad, es la actualización de la comprensión y motivación del sujeto, en el hecho concreto, a la violación de la norma.

El sistema causalista tradicional, parte del supuesto de que siendo imputable el sujeto, a nivel de la culpabilidad, debe constar si actuó dolosa o culposamente, ya que ubica al dolo y a la culpa dentro de la culpabilidad. Ahora bien, esta forma de concebir el delito entraña que quien actuó con dolo o con culpa, lo hizo con conocimiento de la antijuridicidad al momento de realizar la conducta típica, de ahí que el sujeto al obrar dolosa, pero bajo el error de que su conducta era jurídica, tal error es irrelevante como causa de exclusión de su conducta dolosa, ya que se apegan al principio *error juris criminalis nocet*.

En este punto, el causalismo plantea el problema del llamado error. Al exponer en el capítulo anterior el sistema causalista, éste señala, que en torno a la culpabilidad, se debe tratar el tema del llamado error, mismo que clasifican en error de hecho y de derecho, a su vez el error de hecho lo subdividen en error accidental y esencial.

Por su parte, el sistema finalista, distingue entre error de tipo y error de prohibición. El error de tipo se refiere al desconocimiento del sujeto en alguna circunstancia objetiva del hecho que pertenece al tipo legal, que puede ser un elemento descriptivo o normativo del tipo, por ejemplo la causalidad, el sujeto, el objeto, la honestidad, la ajenidad, el carácter de funcionario, etcétera.

El error de tipo, o sea, el error sobre los elementos del tipo, excluye el dolo, y lógicamente, ni siquiera se plantea el problema de su conducta a nivel antijurídico y menos culpable.

Sin embargo, si el error de tipo es de carácter vencible, puede dejar subsistente la responsabilidad a título culposo.

El sujeto que dispara sobre una persona confundiéndola con un animal, y la mata, no responderá por homicidio doloso, pero sí a título culposo, si el error en que incurrió se debió a su imprudencia o negligencia.

El error del tipo puede recaer sobre los distintos elementos típicos, como pueden ser:

1. Error sobre el objeto de la acción (error in objeto, vel in persona). En principio, es irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre los que recae la acción; lo mismo da que "A" se apodere del automóvil de "B", que creía propiedad de "C", o que mate a "D" en lugar de "E". En algunos casos, la cualidad de la persona determina la comisión de un tipo distinto (mata a su padre por error, confundiéndolo con un extraño, realiza un parricidio, en lugar de ser un homicidio). En teoría, cabe construir un delito doloso intentado (de homicidio) en concurso con un delito imprudente consumado (de parricidio). Igual cuando los objetos son heterogéneos (dispara contra el perro y alcanza a su dueño).

2. Error sobre la relación de causalidad. En principio, las desviaciones inesenciales, o que no afectan la producción del resultado querido por el autor, son irrelevantes ("A" dispara contra "B" con ánimo de matarle, hiriéndole levemente, "B" muere a los pocos días a causa de una infección de la herida).

Por el contrario, si el resultado se produce de un modo totalmente desconectado de la acción del autor, todo lo más

podrá imputarse el hecho como tentativa. (En el ejemplo anterior, "B" muere posteriormente a consecuencia del incendio del hospital).

3. Error en el golpe (*aberratio ictus*). Se da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física. El autor por su mala puntería alcanza a "B", cuando quería matar a "C". En este caso habrá una tentativa de homicidio doloso, en concurso con un homicidio consumado por imprudencia.

4. El mismo tratamiento teórico que la *aberratio ictus* merece el llamado *dolus generalis*. En este caso el autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad se produce por un hecho posterior (el sujeto, tras haber estrangulado a su víctima y en la creencia de que la ha matado, la tira por un precipicio, para ocultar su delito, siendo entonces, cuando la víctima, que sólo estaba desvanecida, muere realmente a consecuencia del golpe en la caída). En la práctica, parece más justo apreciar, sin embargo, un solo delito consumado doloso: el sujeto quería matar a la persona y lo ha conseguido.

5. El error sobre los elementos accidentales determina la no apreciación de la circunstancia agravante o atenuante o, en su caso, del tipo cualificado o privilegiado.<sup>122</sup>

El error de prohibición se presenta cuando el sujeto se equivoca, se confunde, respecto al conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

El error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (luego, con pleno dolo del tipo). *El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido; no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causal de justificación.* Cada uno de estos errores excluye la reprochabilidad, cuando es inevitable, o la atenúa si es evitable.<sup>123</sup>

<sup>122</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Teoría general del delito", *ob. cit.*, págs. 62 y 63. El sistema causalista se inclina a considerar estos tipos de error como irrelevantes y los pone como dolosos, así si se quiere matar al padre y por error se priva la vida a un extraño, será homicidio doloso, o si "A" por error mata a "B" sigue siendo homicidio doloso.

<sup>123</sup> HANS WELZEL, "Derecho penal alemán", *ob. cit.*, págs. 232 y 233.

Welzel escribe que el error de tipo y de prohibición, son conceptos que no han sido fácil distinguirlos, y que a ello ha contribuido la teoría del error del sistema causalista. En efecto, este penalista alemán, nos explica que el error de hecho y de derecho manejado por los causalistas, debe descartarse, pues el error de tipo puede darse sobre "hechos" como son "cosa", "cuerpo", "causalidad", etc., pero también sobre conceptos normativos, como pueden ser "carácter lascivo", "ajenidad", "documento", etcétera.

Así por ejemplo, quien se apodera de una cosa que erróneamente piensa que es propia, se equivoca, incurre en un error de tipo, ya que no sabe que se está apoderando de una cosa ajena; el carácter de ajenidad ni siquiera lo considero debido a su error. En cambio quien cree tener derecho de apoderarse de un bien, que sabe ajeno, pero que cree tener derecho a apropiárselo a título de compensación, yerra sobre la antijuridicidad de su conducta, incurre en error de prohibición.

De acuerdo a lo anterior, en la teoría finalista hay errores "de hecho" que pueden dar lugar a errores de tipo, o bien a errores de prohibición, por lo que esta distinción de los causalistas no tiene razón de existir.

El error de prohibición tampoco puede, ni debe identificarse a "error de derecho"; el error de prohibición recae sobre la antijuridicidad del hecho real, y tal error puede darse sobre supuestas facetas, no necesariamente normativas.

Los estados putativos (legítima defensa putativa, obediencia jerárquica putativa, etc.), dejan subsistente el dolo, pero desaparece la culpabilidad por la presencia del error de prohibición, pues el sujeto cree fundadamente que obra con apego a la ley.

Si el dolo es la voluntad dirigida a un fin (se trate del sistema causalista o finalista), es evidente que sostener que quien dispara voluntariamente y con un fin de defenderse de un supuesto ataque, creyendo obrar en legítima defensa, sin duda que obró con dolo, pero con falta de la conciencia de la antijuridicidad y su conducta no será culpable, solución que nos parece acertada, y la causalista de negar la existencia del dolo carece de razón.

Así un enajenado mental puede obrar dolosamente, pero por carecer de capacidad de culpabilidad no podrá ser culpable. En el caso de que este enajenado obre en un supuesto de defensa putativa, la solución sería la misma, es decir, su conducta sería dolosa, pero no culpable por error de prohibición.

En el sistema finalista, si el error de prohibición es vencible, puede dar lugar únicamente a atenuar la culpabilidad, es decir, la reprochabilidad y por ende la penalidad, pero no podría convertir una conducta dolosa en culposa, como algunos autores han llegado a sostener.

Sobre este particular la legislación penal española en su reforma de 1983 al artículo 6<sup>º</sup> bis a), dice:

La creencia errónea e invencible de estar obrando ilícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se aplicará rebaja de la pena en uno de dos grados....

Es evidente que la legislación española acepta el criterio finalista de que el error vencible de prohibición, no anula el dolo, lo atenúa, pero no lo convierte en culposo.

Resumiendo: para Welzel el tratamiento del error de prohibición debe sujetarse para su estudio a dos fundamentales principios:

1. Que es contrario al principio de culpabilidad defender la distinción de error de hecho-error de derecho penal y extra-penal.

2. Que la conciencia de la antijuridicidad (de estar prohibido) es un elemento de la culpabilidad (de la reprochabilidad), pero no del dolo ... si el error sobre la antijuridicidad ... es inevitable a pesar del uso del cuidado que de él cabía esperar, se excluye culpabilidad y pena ... si fuere evitable, de la misma manera serán la culpabilidad y la pena correspondientes al error, atenuados.

El error evitable sobre la prohibición es una causa de atenuación de la culpabilidad dentro de los tipos dolosos.<sup>124</sup>

<sup>124</sup> Cita que aparece en la obra "Presupuestos de error sobre la prohibición", por MIGUEL A. COBOS GÓMEZ DE LIZARRA, Edit. Edersa, Madrid, 1987, pág. 152.

c) La exigibilidad de otra conducta constituye el tercer elemento que integra la culpabilidad en el sistema finalista.

Lógicamente, el sujeto para ser culpable, previamente se debe determinar su imputabilidad y la conciencia de la antijuridicidad, pero además, debe examinarse si en el caso concreto le era exigible una conducta apegada a derecho, y con tales elementos se materializa la culpabilidad de la fórmula "poder en lugar de ello", a que ya aludimos anteriormente.

En la doctrina causalista normativista se suele señalar, que en casos excepcionales, pueden concurrir las llamadas "causas de inexigibilidad" de conducta distinta a la realizada por el sujeto. Esta doctrina, agrega, que en caso de presentarse tales causas, queda subsistente el dolo o la culpa, aun cuando la conducta no resultaría culpable.

En el sistema finalista, la "exigibilidad" está presente en la capacidad de culpabilidad y en el conocimiento del injusto.

La comprensión de la exigibilidad queda más claro al plantearnos las causas de "inexigibilidad de otra conducta", que son "situaciones extraordinarias de motivación, en las cuales se encuentra fuertemente disminuida la posibilidad de motivación conforme a la norma y con ello la culpabilidad, el *poder en lugar de ello*, como por sobre todo en el estado de necesidad penal *exculpante*".<sup>125</sup>

## 10. CAUSAS DE INCULPABILIDAD

Obviamente las causas de inculpabilidad en el sistema finalista serán aquellas que anulen cualquiera de los elementos de la culpabilidad, es decir, que impidan que se presente la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) o la comprensión de lo injusto, o la exigibilidad de la conducta ajustada a derecho.

En alguna medida ya hemos tocado algunas de estas causas de inculpabilidad, y sin pretender agotar su estudio en la sistemática finalista, mencionaremos las más relevantes.

<sup>125</sup> HANS WELZEL, "Derecho penal alemán", *ob. cit.*, pág. 248.

A) *Por falta de capacidad de culpabilidad.* La capacidad de culpabilidad tiene, como ha quedado expuesto, un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo).

Como consecuencia, la falta de uno de esos momentos, o de ambos, trae como efecto la inimputabilidad del sujeto y por ende de su culpabilidad.

Welzel, con base en la legislación penal alemana, considera la existencia de grados de la capacidad de culpabilidad, y refiere las siguientes:

a) La minoría de edad, hasta los 14 años, donde existe incapacidad de culpabilidad a causa de su inmadurez mental y social, que presume la propia ley;

b) La capacidad eventual de culpabilidad, para quienes hayan cumplido de los 14 a los 18 años de edad, donde su capacidad va a constatarse en cada caso particular, y de acuerdo al grado de su capacidad de culpabilidad se le aplicarán penas disminuidas, o medidas educativas o de internación para su curación o asistencia, o las que se estimen prudentes;

c) Los sujetos con capacidad eventual de culpabilidad, como es el caso del sordomudo que a causa de su dolencia es retardado mental;<sup>128</sup>

d) La incapacidad de culpabilidad que se presenta en los estados mentales anormales como son: la perturbación de la conciencia, trastornos transitorios de la conciencia de corta o larga duración (como pueden ser desmayos, hipnosis, delirios de fiebre, etcétera), la perturbación patológica de la actividad mental (la sicosis en sentido médico), las debilidades mentales (la oligofrenia, la imbecilidad, las perturbaciones mentales de grado menor), éstas últimas, rigen para el elemento volitivo, o sea la determinación de voluntad conforme a la norma es la que se afecta, pero basta que el autor no estaba en condiciones de reconocer el injusto para que se presente la causa de inculpabilidad.

<sup>128</sup> En este punto, a nuestro juicio, yerra WELZEL, pues los sordomudos de ninguna manera son retardados mentales a causa de su deficiencia auditiva. Es un equívoco generalizado considerar a los sordomudos, por su sola incapacidad, afectados en sus facultades mentales, cuando su fundamental problema es la dificultad de comunicación con los oyentes.

La opinión de Welzel en el caso de la *actio libera in causa* es en el sentido de que se trata de una excepción al principio de incapacidad de culpabilidad, es decir, que a pesar de que el sujeto al realizar la conducta típica es un inimputable, se le considera imputable porque previamente se colocó en ese estado, sea en forma dolosa o culposa.

El sistema causalista tradicional, según hemos visto, ubica a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, no como su elemento, sin embargo, coincide en términos generales con el sistema finalista en cuanto a las causas de inimputabilidad que señala Welzel.

Ahora bien, trátase del sistema causalista o del finalista, cuya orientación haya recogido determinado cuerpo de leyes, a la fecha subsiste la problemática de que los términos médicos de "psicosis", "neurosis", "enajenación", etcétera, además de ser conceptos muy debatidos en el terreno mismo de la medicina o de la psiquiatría, no guardan equivalencia a las nociones jurídicas que de las mismas maneja el juez. En algunos de estos puntos, como en el concepto de enajenado y trastorno mental transitorio *hay una absoluta falta de correspondencia entre la terminología penal y la psiquiátrica, en este punto.*<sup>127</sup>

Por desgracia, todavía a la fecha subsiste esa falta de correspondencia, y no sólo en la determinación o no de la capacidad de culpabilidad, sino en el terreno aún más resbaladizo de las medidas aplicables a quienes se les determina su inimputabilidad.

En efecto, Muñoz Conde, citando a Szasz, nos dice:

La historia demuestra que ciertas personas son recluidas en hospitales psiquiátricos no porque sean *peligrosas*, ni porque estén mentalmente enfermas, sino porque son los chivos emisores de la sociedad, cuya persecución es justificada por la propaganda y la retórica siquiátrica.<sup>128</sup>

<sup>127</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Teoría general del delito" *ob. cit.* pág. 149.

<sup>128</sup> *Ibid.* pág. 154.

B) *Por desconocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido.* En cuanto a la comprensión de lo injusto o conciencia de la antijuridicidad, este elemento de la culpabilidad puede destruirse por el llamado error de prohibición.

A riesgo de pecar de reiterativos, la teoría del error, la refiere el sistema causalista dentro de la teoría del dolo, y distinguen el error de hecho esencial e invencible, del error accidental (*aberratio ictus, aberratio in personam*), así como del error de derecho (*error iuris nocet*).

Para el finalismo la teoría de error se presenta, sea como error de tipo, o como error de prohibición, las cuales no pueden identificarse con el error de hecho y de derecho del causalismo, como ya quedó explicado al estudiarse el segundo elemento de la culpabilidad del sistema finalista.

Abundando, podemos decir a modo de ejemplo, aplicando el sistema finalista, en el delito de bigamia, se señala que tal delito se comete "cuando se contrajere segundo o ulterior matrimonio, sin hallarse disuelto legítimamente el anterior"; la referencia típica al consignar conceptos como "matrimonio" y sobre todo "legítimamente", estos elementos son de carácter normativo, por lo que si el sujeto cree erróneamente que su matrimonio ha quedado disuelto legalmente y contrae un nuevo matrimonio, incurre en error prohibición, su conducta dolosa existe, pero no resulta culpable porque actuó pensando que su conducta era lícita.

Otros tipos, contienen elementos normativos, pero que aluden a una ausencia de justificación, así por ejemplo en el delito de despojo que señala "al que de propia autoridad"; aquí el concepto de "propia autoridad" precisa la ausencia de justificación de la conducta, de ahí que el error sobre el derecho de desposeer a una persona de un bien, puede considerarse como un error de prohibición, si el error es invencible, de este modo su conducta resulta dolosa pero inculpable, ya que el autor equivoca sobre la comprensión antijurídica de esa conducta, la que él creyó jurídica.

Cada caso deberá estudiarse para resolver si se trata de error de tipo, o error de prohibición, y sólo cuando el

error se refiera a la comprensión de lo injusto será error de prohibición, dejando subsistente el dolo, pero no la culpabilidad.

C) *Por inexigibilidad de otra conducta.* Los casos de inexigibilidad de otra conducta, son excepciones al principio general del deber de cumplir con los mandatos normativos, sin embargo, en algunos casos, el nivel de exigencia de la ley admite que al sujeto no se le pueda pedir que cumpla con esos mandatos, por encontrarse en determinada situación extrema; tal es el supuesto del estado de necesidad excluyente, cuando el sujeto, sin tener la obligación legal por su oficio, profesión o ocupación, de sufrir el peligro, sacrifica un bien jurídico para salvaguardar su vida, el honor, o la libertad, o la vida, honor o libertad de un familiar, o un ser querido.

Así, en el famoso caso del naufragio de Medusa, un náufrago mata a otro náufrago para comer su carne y sobrevivir, seguramente que su conducta de privar de la vida es una acción típica finalista de dolo, antijurídica, pero no culpable, porque no se le puede exigir que obre de manera adecuada a la norma, en esa especial situación.

El derecho no puede exigir comportamientos heroicos, o en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes de sacrificar su propia vida o su integridad física. En este caso, la no exigibilidad de un comportamiento distinto en esas situaciones no excluye la antijuridicidad (el hecho no es justificado por el ordenamiento) sino la culpabilidad (el hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable).<sup>129</sup>

Welzel considera que es el estado de necesidad exculpante o disculpante, el más importante caso de no exigibilidad de la conducta.

El estado de necesidad exculpante exige que el estado de peligro en que se ubica el sujeto sea real, grave, inmi-

<sup>129</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Teoría general del delito", *ob. cit.* pág. 164.

nente, que no exista otro medio adecuado, para evitar el sacrificio del bien jurídico y sin que el sujeto tenga la obligación de sufrir el peligro o el riesgo, como lo sería el caso del marinero, el policía, el bombero, etcétera.

También operaría la no exigibilidad, en el caso de estado de necesidad por coacción, donde el sujeto ante la amenaza de un mal, real, inminente, se ve compelido a ejecutar un hecho delictuoso, para salvaguardar la vida, el honor, propio a ajenos, como será el caso del funcionario bancario que toma el dinero de la caja y lo entrega a quienes se encuentran amenazando, en su hogar, a su familia.

También se puede presentar el caso del estado de necesidad exculpante putativa, o sea, cuando el sujeto equivocadamente, pero incurriendo en él, por un error invencible, supone que se encuentra ante un estado de necesidad exculpable, su conducta no será culpable; si el error era vencible, su acción será sin duda dolosa y anti-jurídica, pero su culpabilidad resulta atenuada y la pena deberá ajustarse a esa medida atenuada.

Para algunos autores el miedo grave e insuperable, coloca al sujeto en una situación en que ante la amenaza de serle inferido un mal, y presa de miedo, atenta contra bienes jurídicamente tutelados, es decir obra dolosa y anti-jurídicamente, pero no culposamente por no exigibilidad de otra conducta.

Esta solución al caso del miedo grave e insuperable, es considerada por otros penalistas como un caso de inimputabilidad, ya que el miedo anula la capacidad de culpabilidad, es decir, el sujeto no logra la comprensión de lo injusto, o bien si lo logra, no puede determinar su voluntad en el sentido de la ley, se anula su capacidad volitiva, su voluntad.

Otros casos que se mencionan como de no exigibilidad de otra conducta, son el encubrimiento entre parientes, o el caso de la mujer violada que se provoca el aborto (cuando este tipo de aborto es punible).



### CAPÍTULO III

## FUNDAMENTOS DE LAS TEORÍAS CAUSALISTA Y FINALISTA

SUMARIO: 1. Fundamentos de las teorías causalista y finalista. 2. Conducta típica: A) *La acción*; B) *La omisión*; a) *La omisión propia*; b) *La omisión impropia*. C) *El nexo causal*. 3. Ausencia de conducta. 4. Tipo y tipicidad: a) *Tipo de dolo*; b) *Error de tipo*; c) *Tipo de culpa*. 5. Causas de atipicidad. 6. Antijuridicidad e injusto. 7. Causas de justificación o exclusión del injusto. 8. Culpabilidad: a) *La imputabilidad*; b) *Conciencia de antijuridicidad*; c) *La exigibilidad de otra conducta*. 9. Causas de inculpabilidad. 10. Consideración final.

### 1. FUNDAMENTOS DE LAS TEORÍAS CAUSALISTA Y FINALISTA

La discusión en torno a la sistemática de la teoría del delito ha sido continua; a partir de los clásicos surgió la necesidad de comprender el delito como un todo coherente, naciendo así la sistemática de esta materia, que por apoyarse en los cuerpos de leyes recibió la denominación de dogmática jurídico penal.

En los capítulos anteriores se examinaron las dos corrientes que en el terreno de la sistemática de la teoría del delito han dominado desde fines del siglo pasado hasta la actualidad, es decir: el sistema causalista y el sistema finalista.

Cabe recalcar, que ubicar a los penalistas dentro de uno u otro sistema, se apoya en la aceptación de ciertas premisas fundamentales de cada sistema.

Así, los juristas que se agrupan en torno del sistema causalista, aceptan que el primer elemento del delito lo constituye una "acción u omisión causal", que se concreta en un movimiento, o ausencia de movimiento, corporal voluntario; que el examen sobre el proceso psicológico que

determinó esa acción u omisión, es decir, del dolo o la culpa, no pertenecen al estudio de la fase objetiva del delito, sino de la subjetiva, o sea de la culpabilidad.

Para el causalismo, pertenecen a la fase objetiva de la mecánica delictiva, la acción (y la omisión), la tipicidad y la *antijuridicidad*; a la fase subjetiva, corresponde la culpabilidad (el dolo, la culpa), y para algunos la preterintencionalidad.

El sistema finalista, por el contrario, parte de una acción (u omisión) finalista; ubica el dolo y la culpa en el terreno de la acción (u omisión) típica; no acepta la distinción de los causalistas en fase objetiva y subjetiva del delito; le otorga a la culpabilidad un contenido diverso, excluyendo de este elemento el dolo y la culpa, que se ubican en el estudio de la tipicidad.

El origen de estas diversas concepciones metodológicas las encontramos en:

la cambiante histórica de la teoría del delito que refleja contrastes materiales y metodológicos, vinculados al nacimiento de nuevas finalidades de política criminal y política general, y a la progresión del pensamiento filosófico.<sup>130</sup>

El fundamento filosófico naturalista y formalista es la base del sistema causalista propugnado por Liszt y Beling, al cual se contrapuso el criterio teleológico y referido a valores desarrollado por la escuela de la "filosofía de los valores" o escuela sudoccidental alemana, en donde su resultado dogmático más importante es el desplazamiento del concepto formal de la *antijuridicidad*, como contradicción a la ley, a un concepto material, referido a un fin de protección jurídica, a bienes jurídicamente protegidos.

Así pues, en el sistema causalista:

*La acción es concebida naturalísticamente. El tipo es entendido en un sentido estricto como descripción de los elementos exteriores de la acción, esto es, de la parte que se encuentra fuera del*

<sup>130</sup> D. WILHELM GALLAS, "La teoría del delito en su momento actual", Edit. Bosch, Barcelona, España, 1959, pág. 5.

ánimo del autor; además, como algo aún totalmente libre de desvalorar, de *antijuridicidad* neutra, es decir, definido en forma puramente *descriptiva* pero no valorado *normativamente*. La *antijuridicidad* es concebida bastante *formal* como una contraposición del hecho objetivo con el orden jurídico; concepción que concuerdan con la consideración causal, ciega, de la acción.

Es en la afirmación de la *antijuridicidad* de la conducta, que se da por primera vez la formulación de un juicio de valoración. La *culpabilidad* era concebida puramente subjetiva, como una relación psíquica entre el autor y la parte externa del hecho (resultado producido). Es en la culpabilidad donde se plantea apenas el problema sobre el *contenido de la voluntad*; por ello, *es que el dolo* y la *culpa* aparecen como formas de ésta. La *imputabilidad*, en cambio, fue entendida como un *presupuesto* de la culpabilidad, y el *estado de necesidad* como causa excluyente de la culpabilidad. *Las intenciones, motivos, tendencias*, que en numerosas disposiciones penales son previstas, fueron también ordenadas como elementos subjetivos de la culpabilidad. *La tentativa y la consumación, la autoría y la participación, la unidad y la pluralidad de delitos*, son resumidas como *formas de aparición del delito*, como variaciones de la forma fundamental, caracterizada por la acción de ejecución y el resultado.<sup>131</sup>

Es evidente pues, que el sistema causalista se apoya en la filosofía positivista y ve el fenómeno jurídico penal de la acción, como un hecho de orden natural, libre de sentido y valor ("causalidad ciega").

En cambio, el sistema finalista se inspira en la filosofía kantiana, que a su vez es el fundamento de la escuela llamada "filosofía de los valores", desarrollada en Alemania a principios del presente siglo, donde se plantea que el derecho no es una reproducción de la realidad, sino el resultado de conceptos extraídos de esa realidad a través de una elaboración metodológica fundada en "valores" y "fines".

<sup>131</sup> MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ, "Sobre el estado actual de la dogmática jurídica penal mexicana", *Criminología*, año LVIII, núm. 3, México, 1992, pág. 38.

En forma muy esquemática podríamos decir que en el sistema causalista el método determina el estudio del objeto; en el sistema finalista el estudio del objeto determina el método.

Si bien, como ya hemos visto, tanto el sistema causalista como el finalista, manejan los conceptos de acción, tipicidad, *antijuridicidad*, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, los mismos, se contemplan de modo distinto, y les conceden diverso contenido, de acuerdo a la diferente fundamentación filosófica jurídica que los inspiró y a la distinta función jurídica que les asignan. El conocimiento de esos fundamentos filosóficos, nos permite conocer la razón de la diversa esencia que cada sistema otorga a los elementos del delito.

A continuación puntualizaremos las principales discrepancias de dichos sistemas de relación a cada elemento del delito.

## 2. CONDUCTA TÍPICA

Desde luego que sin entrar en la discusión de la adecuada terminología del primer elemento del delito, los conceptos de acción u omisión son punto de partida en la teoría del delito.

### A) *La acción*

El sistema causalista concibe a la acción de un modo "naturalístico" como relación de "causa" a "efecto". La acción es un proceso causal, un movimiento corporal que produce un cambio en el mundo exterior, en donde no interesa analizar aspectos internos, sino externos; se pone énfasis en el resultado, más que en la acción misma; debe constatarse la causa, y el nexo entre ésta y el resultado. La acción debe ser voluntaria, para diferenciarla de la acción de carácter físico-natural, sin embargo, el estudio de esa voluntariedad se reduce a establecer que el movimiento corporal, efectuado por la persona, fue voluntario, el

estudio del fin o sentido de la acción que se persigue con esa inervación muscular pertenece a la culpabilidad.

En el sistema finalista se rechaza el concepto de una acción entendida como "proceso causal ciego" del que parte el causalismo, y afirma que la acción, es actividad final; el derecho prohíbe, ordena conducta, pero estas prohibiciones no están dirigidas a procesos causales "ciegos" sino a procesos causales dirigidos por la voluntad del hombre, es decir, con una finalidad.

Aquí es importante destacar que la teoría finalista señala que la determinación del legislador de las "acciones finalistas" previstas en la ley no queda al arbitrio del creador de la ley, sino que éste debe respetar las estructuras mismas del ser, debe apoyarse en la esencia, en lo que ontológicamente es la acción; legislar contra esos principios es violarlas y crear un sistema jurídico fuente de contradicciones entre la esencia de la acción y la creación legal-ontológica de la propia acción.

Así Welzel nos dice:

El legislador no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que también tiene que respetar determinadas estructuras lógico-reales en el objeto de su regulación, pues, de lo contrario, su regulación resulta necesariamente falsa. Así, la estructura ontológica de la acción, sobre todo, tiene existencia previa a cualquier valoración y regulación... El legislador tampoco puede cambiar la estructura de la actividad final del hombre ni la función del dolo en ella, sino que, si los quiere someter a normas, tiene que vincular su regulación a aquéllas, pues, de lo contrario malogra el objeto de la regulación.<sup>132</sup>

<sup>132</sup> Cita que aparece en la obra "Problemas básicos del derecho penal" de CLAUD ROXIN, Edita. Reus, Madrid, 1976, pág. 87. Para Roxin el finalismo al proponer finalidades preexistentes y a las que debe sujetarse el legislador, ha sido aceptada por numerosos penalistas, por constituir "verdades eternas" que no puede pasar por alto quien legisla. Tal posición —para Roxin—, es un "giro copernicano" de la dogmática, pero que tales finalidades contradicen en ocasiones la realidad misma, como el caso de los delitos imprudentes, donde la finalidad que se persigue es una y el resultado lesivo es otro, y el legislador no puede sujetarse sólo a la finalidad, sino que debe, en estos casos, en considerar relevante el resultado; además, a su juicio, "es exclusivamente el legislador quien selecciona los elementos de significado jurídicamente relevantes. En consecuencia, no habrá actuado alguien que haya determinado el acontecimiento externo en toda su extensión, si no tenía claro un factor de sentido empleado por el legislador en el tipo" (*ib. cit.*, pág. 94).

Para el finalismo no hay duda de que la acción es ejercicio humano voluntario de actividad final, la acción no sólo es "causal" sino que está orientada conscientemente a un fin; el carácter causal no está dirigido a un fin, es el resultado de relaciones causales, en cambio, la acción finalista dirige ese carácter causal, de ahí que se pueda decir que la acción finalista es *vidente*, la acción causalista es *ciega*.

El sistema causal fija más su atención al resultado que produce la acción; el finalismo en la dirección de la acción.

La acción, al señalarla el legislador en el tipo con el verbo que la describe, precisa cuál es la acción que es regulada por la ley. Ahora bien, en ella queda explícita la conducta necesaria para la consecución del fin, de esta manera el dolo en el sistema finalista, va a quedar contenido como elemento de la acción típica, y no de la culpabilidad, como en el sistema causalista. Por ejemplo, al señalar la ley "comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro", el verbo "privar" exige que la acción tenga la finalidad de matar.

Es pertinente aclarar que autores causalistas tan afamados como Mezger al referirse a la teoría del hacer activo (acción) señala que éste se integra por un acto de voluntad que "es un suceso psicológico el que está dominado por una relación finalista",<sup>123</sup> sin embargo, esta relación finalista la limita Mezger a la voluntariedad del movimiento corporal, su valoración la remite a la culpabilidad, dejando a la tipicidad y *antijuridicidad*, la valoración del aspecto puramente causal del comportamiento humano. Esta argumentación no la aceptan los finalistas, pues para ellos cuando el legislador "describe una conducta en un tipo penal (por ejemplo: el que matare a otro) no describe un simple proceso causal (también un rayo puede causar la muerte de otra persona), sino un proceso causal en la medida que se deriva de la realización de una acción final humana".<sup>124</sup>

<sup>123</sup> EDMUNDO MEZGER, "Derecho penal", parte general, Cárdenas editor y distribuidor, segunda edición, México, 1990, pág. 107.

<sup>124</sup> FRANCISCO MUÑOZ COMTE, "Teoría general del delito", *ob. cit.*, pág. 13.

## B) *La omisión*

Ya Franz Von Liszt definía que la omisión consiste en "no impedir voluntariamente el resultado", agregando que la manifestación de voluntad consistía en no haberse realizado (y que fuera realizable). El maestro español Jiménez de Asúa señala que debe distinguirse entre simple omisión, o llamada también omisión, y la omisión impropia o denominada comisión por omisión.<sup>135</sup>

La mayoría de los penalistas aceptan que la omisión puede ser simple o propia, o bien, omisión impropia o comisión, tal como señala Jiménez de Asúa; pero la discusión sobre su naturaleza, su asimilación a un concepto unitario con el de la acción, su dificultad de tipificarla en tipos cerrados, etc., son temas de intensa discusión, trátase de penalistas causalistas o finalistas.

### a) *La omisión propia*

La fundamentación que expone Liszt, respecto de los delitos de omisión fue perfeccionada por otros penalistas, en particular por Mezger quien señaló que todo delito de omisión tiene su fundamento en una "acción esperada" y sin esa acción esperada, exigida por la ley, no puede existir omisión alguna en sentido jurídico. Así pues, no basta, en no "impedir voluntariamente el resultado lesivo", sino que al fundamentarse externamente la exigencia de la conducta "esperada", se va a juzgar la omisión, desde el punto de vista de quien juzga si el omitente no realizó la conducta esperada por la ley, no desde la óptica de quien no realizó la conducta.

El sistema causalista circunscribe la omisión, a relaciones causales, sigue siendo un proceso causal "ciego", ya que la finalidad del sujeto omitente, se examina a nivel de la culpabilidad, sea a título de dolo o de culpa.

Para el finalismo *el poder de la voluntad no se agota en el ejercicio de la acción final, sino que comprende también la omisión de ella.*<sup>136</sup>

<sup>135</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de derecho penal", tomo III, *ob. cit.*, pág. 389.

<sup>136</sup> HANS WELER, "Derecho penal alemán", *ob. cit.*, pág. 276.

Para Welzel, la acción y la omisión, no vienen siendo sino dos subclases de la conducta típica, ambas susceptibles de ser dirigidas por la voluntad final.

La omisión, para este sistema, está referida necesariamente a una acción, de esta manera no se puede hablar de omisión en sentido abstracto, sino de la omisión de una acción, de aquella exigida por la ley.

Así pues, en la omisión debe exigirse del sujeto una acción y él debe tener "el poder final del hecho", es decir, quien omite la acción debe tener la posibilidad de actuar, así pueda omitirla en forma dolosa, o bien, en forma culposa, cuando *olvida ejecutar una acción* que con adecuada diligencia debía recordar.

Welzel afirma:

El autor de omisión no es castigado por haber causado el resultado típico, sino por no haberlo evitado. La confusión ya criticada, de la omisión con la acción y su identificación con ella, hizo que la ciencia penal persiguiera durante casi dos siglos al fantasma de una causalidad de la omisión, que correspondiera a la causalidad de la acción. La omisión como no ejecución de una acción no causa absolutamente nada. La única pregunta legítima dentro del marco de los delitos de omisión se refiere a si la ejecución de la acción omitida habría evitado el resultado.<sup>187</sup>

Para Welzel el fundamento de la omisión en una "acción esperada" propugnada por Mezger es equivocada, ya que no es posible apoyar una *posible acción*, de una indeterminada serie de acciones, la "esperada", ni del supuesto de que la víctima "esperara" la acción del sujeto, sino que la omisión se fundamenta:

a) En el poder de hecho, que tenía el omitente, de haber realizado la conducta, sujeta a su vez al conocimiento de la situación típica y a la posibilidad real de evitar el resultado;

<sup>187</sup> HANS WELZEL, "Derecho penal alemán", *ob. cit.*, pág. 292.

b) A la posición de garante, del omitente, respecto del bien jurídico lesionado, posición que debe devenir de la ley, o de un deber contractual, o de una obligación profesional, o de una especial relación de lealtad, y respecto de esas particulares situaciones el omitente tiene la obligación de actuar, se encuentra en una posición en que su actuar está a su cargo, su posición es de garante.

#### b) La omisión impropia

Problema más complejo son los llamados delitos de omisión impropia, o comisión por omisión.

En efecto, en los delitos de omisión simple, o delitos omisión propia, el resultado es de peligro, el bien jurídico tutelado sufre riesgo, peligro, pero no se daña; en cambio, en los delitos de omisión por omisión, u omisión impropia, sí se produce un resultado material.

Los delitos propios de omisión están constituidos por *pura inactividad*, en el sentido de que se agotan en la simple ejecución de un obrar determinado, sin que sea necesario para su punibilidad ningún efecto externo especial ni alteración alguna del mundo exterior.<sup>138</sup>

Se admite por los resultados, encabezados por Mezger, que en los delitos de comisión por omisión el sujeto viola una forma preceptiva (deja de hacer lo que debe hacer) y una prohibitiva (producir un resultado que no debe producir).

Jiménez de Asúa, considera que Mezger, tiene razón cuando nos dice:

La decisión de si un delito ha de estimarse de naturaleza directamente comisiva o de si es de los llamados de comisión por omisión, depende de momentos subjetivos (anímicos) del agente.<sup>139</sup>

<sup>138</sup> EDUARDO NOVCA, "Fundamentos de los delitos de omisión", Montreal, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1964, pág. 54.

<sup>139</sup> "Tratado de derecho penal", tomo III, *ob. cit.*, pág. 406.

Mezger, para apoyar su argumento acude a Liszt, al señalar un ejemplo, que consiste en que un médico "A", al efectuar una operación quirúrgica, no peligrosa, a un sujeto "B", decide en ese momento matarlo, y lo deja desangrar. El médico va omitir evitar la hemorragia y se presentaría un delito de omisión propia, pero como esa omisión tiene por finalidad que el paciente muera, entonces el médico incurre en un delito de comisión por omisión. De acuerdo al finalismo, Jiménez de Asúa y Mezger al aceptar que los delitos de omisión o de comisión por omisión, van a depender de "momentos subjetivos", es una clara aceptación de que la conducta es finalista, no ciega o acromática, porque tienen que reconocer que a nivel de la conducta se tiene que examinar la finalidad que persiga con su acción u omisión el sujeto a cuyo cargo queda el obrar u omitir.

Desde luego que esta solución es una de las contradicciones en que incurre el sistema causalista.

También, Jiménez de Asúa, considera que si la cadena es puesta en marcha por el propio sujeto, se tratará de un delito de omisión, no de comisión por omisión, sería el caso de la madre que no amamanta a su hijo para que éste perezca: no así cuando un hombre encuentra herido a un sujeto que se ha despeñado y reconociendo en él a su enemigo, no le presta auxilio para que muera, éste será un delito de homicidio cometido de comisión por omisión.

Esta argumentación sólo contradice la del ejemplo del médico, que párrafos anteriores se ha mencionado, donde el proceso causal sí fue puesto en marcha por dicho galeno.

Algún autor opina que en el caso de que con una omisión se produzca un resultado, se plantea el hecho de que tal comportamiento no se mencione expresamente en el tipo, "que sólo descubre y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerarla equivalente".<sup>140</sup>

Esta solución a nuestro juicio no cabría en nuestro sistema jurídico porque sería violatoria del principio na-

<sup>140</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Teoría general del delito", *ob. cit.*, pág. 33.

*illum crimen, sine lege*, consagrado en la Constitución mexicana, de que no se aplicará pena alguna, ni por *analogía*, ni por *mayoría de razón*.

Welzel, padre del finalismo afirma que:

Los delitos de omisión impropios son, por ello, no sólo ontológicamente verdaderos casos de omisión, sino que también siguen dogmáticamente las reglas especiales de los delitos de omisión.<sup>141</sup>

Así, para el finalismo, la solución al problema de los delitos de omisión o comisión por omisión, se sitúa en la tipicidad, precisamente en la posición de garante del omitente, pues su posición lo obliga, no sólo a impedir que el bien jurídico corra peligro, sino también del daño material, como en el caso de los delitos de comisión por omisión, lo que ocurre, es que en los delitos de omisión propia o impropia se trata de tipos abiertos, en los cuales el juzgador tiene que completar la fórmula de la ley, y resolver si en el suceso puesto a su consideración el sujeto presunto responsable, tenía o no el poder final del hecho y la posición de garante, lo que la ley no puede consignar en tipos cerrados, porque sería insuficiente cualquier fórmula frente a la inmensa posibilidad de situaciones concretas.

En el código penal del Distrito Federal de aplicación federal en toda la República en las reformas y adiciones que entraron en vigor el 1º de febrero de 1994, se incluye como conducta típica a los elementos de la comisión por omisión, pues al artículo séptimo se le agregó el siguiente párrafo:

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber

<sup>141</sup> "Derecho penal alemán", *ob. cit.*, pág. 285.

de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

### C) *Nexo causal*

El nexo causal siempre ha ocasionado discusiones sin cuento entre toda clase de juristas, y los penalistas no podían ser la excepción. Las teorías que buscan explicar el nexo causal entre la conducta delictiva y el resultado, se agrupan en teorías generalizadoras, donde destaca la teoría de la equivalencia de las condiciones (Von Buri); y las individualizadoras, como la llamada de la última condición (Ortmann), de la condición más eficaz (Birkmayer), de la prevalencia (Binding), de la causa típica (Rannieri), de la causa eficiente (Stoppato), de la causalidad humana exclusiva (Antolisei), de la condición cualificada (Crispigni), de la causalidad jurídica, etcétera.

Mientras que en los delitos comisivos (o de "acción de hacer"), el resultado material de la conducta resulta evidente a los sentidos, la relación causal como problema ontológico ha sido resuelto en este tipo de delitos, por la mayoría de los penalistas, en favor de la teoría de la equivalencia de las condiciones, o sea, que todo aquel que ponga una condición para el resultado es causa de lo causado, y suprimida mentalmente esa condición, si el resultado se produce, dicha condición no fue causa para lo causado.

Sin embargo, como la teoría de la equivalencia de las condiciones llevaba a soluciones injustas, como el tantas veces citado ejemplo de que:

Debía declararse culpable de adulterio al carpintero que construyó la cama en que yacen los adúlteros, ya que si la cama no se hubiese construido el delito no se hubiera cometido al faltar una de las condiciones causales.<sup>142</sup>

<sup>142</sup> FRANCISCO FAVÓN VASCONCELOS, "La Causalidad en el Delito", Edita. Jus, México, 1977, pág. 50.

Por ello, Jiménez de Asúa habla del "correctivo de culpabilidad", es decir, sólo será causa quien ponga una condición culpablemente. Así si el carpintero no tiene ninguna relación con los adúlteros que lo ligaran anímicamente para la ejecución del delito no tendrá ninguna responsabilidad, en cambio si existe esa relación, sí será responsable en calidad de partícipe. Esta situación rompe con el esquema causalista, de que todo lo relativo a la acción es objetivo, y lo subjetivo, a la culpabilidad, en efecto, Jiménez de Asúa se ve obligado a acudir a relaciones subjetivas para explicar la acción dolosa, en este caso del carpintero, a nivel de la acción, no de la culpabilidad.

Más problemas plantea la relación causal en los delitos de omisión.

En el caso de los delitos de omisión simple, en que no se produce un resultado material, los autores se inclinan a considerar que no se da una relación ontológica, porque la inactividad no produce ningún resultado en el mundo fáctico, por lo que el nexo, es un nexo jurídico, el que la propia ley establece.

Mucho más complejo es el estudio del nexo causal en los delitos de comisión por omisión, donde se plantea la situación que a través de una omisión, se produzca un resultado material. Desde antaño se negaba el nexo de causalidad en estos delitos, pues se sostenía: *de la nada, nada puede resultar*.

Sin embargo, varias teorías dentro del sistema causalista trataron de explicar el nexo causal en los delitos de omisión impropia, como la teoría del *Aliud actum, agere o facere*, o sea que la omisión radicaba en la ejecución de una acción diversa a la que se realizó, esta teoría fue criticada, pues si la madre no alimentaba al hijo, por tejer medias, la causa de la muerte sería esa actividad. Otra teoría es la llamada de "la acción precedente", criticada porque la actividad precedente no es lo imputable al sujeto, sino la omisión a la cual se le atribuye un resultado material antijurídico. La teoría de mayor aceptación entre los causalistas es la de Mezger, de la "acción esperada".

La teoría de Mezger sobre la *acción esperada*, esto es, del deber jurídico de obrar que debe existir para que se considere a la omisión delictuosa. La omisión es causal en orden al resultado, cuando de realizarse la acción esperada no se hubiera producido el resultado.<sup>145</sup>

Aquí vemos que Mezger, acude a la teoría de la equivalencia de las condiciones, para resolver el problema del nexo causal en los delitos de omisión impropia, pues si suponemos en el ejemplo tantas veces invocado, que la madre hubiera alimentado al hijo, éste no hubiera muerto, con lo que se demostraría la relación causal entre la omisión de la madre y el resultado, o sea, la muerte del hijo.

Para el finalismo lo importante es la "acción u omisión final", es decir, que en la omisión debe estarse a la finalidad perseguida por el sujeto, en ello va a radicar el desvalor de su conducta.

Se ha criticado al finalismo que en los delitos de omisión no queda claro la conducta "finalista" del sujeto. Welzel y los finalistas, han señalado que el sujeto al proponerse una conducta, debe considerar la "potencialidad" de su acción, o de su omisión, y es por ello, que al perseguir un fin, la omisión de la conducta a la que estaba obligado a realizar por su calidad de garante, y no efectuarla es lo reprochable.

Sin embargo, para los finalistas el problema de relación causal debe referirse siempre a la redacción del tipo, pues en él vamos a encontrar si a la conducta del sujeto se le puede o no atribuir la violación del mandato en los delitos de omisión, o de la violación de una norma prohibitiva en los delitos de comisión.

### 3. AUSENCIA DE CONDUCTA

La ausencia de conducta en el sistema causalista se presenta cuando alguno de los elementos de la conducta no se

<sup>145</sup> María Isabel Cárdeno G., "Ensayo sobre la causalidad en la omisión", Veracruz, México, 1959, pág. 51.

integra, por ejemplo, que el movimiento corporal no sea voluntario, sino que el sujeto sea un mero instrumento de la voluntad de otro sujeto, como sería el caso de la fuerza física exterior irresistible, o bien que haya operado una fuerza de la naturaleza sobre el sujeto, dando lugar a la fuerza mayor; o que el nexo causal no exista, es decir, que entre la conducta y el resultado no se presente la relación de causa a efecto.

El sistema finalista considera que la ausencia de conducta se presenta cuando el sujeto no plantea la realización de un fin típico, no ha seleccionado los medios para lograrlo, no ha considerado los efectos concomitantes, y el resultado se produce como efecto de un mero proceso causal, como lo es el llamado caso fortuito, o la fuerza física exterior irresistible.

#### 4. TIPO Y TIPICIDAD

Para el sistema causalista el tipo fue un concepto integrado de los elementos del delito, la descripción legal de una conducta como delictuosa, pero en este sistema se le consideró integrada sólo por elementos objetivos, "desprovistos de valoración", de ahí que en ocasiones fuera considerado como "mera descripción", en otros como "indiciario de antijuridicidad", o bien "como *ratio escendi* de antijuridicidad", conceptos que ya fueron desarrollados en el primer capítulo de este trabajo.

Para el sistema causalista en que todo lo relativo a la acción, típica y antijurídica es terreno de lo objetivo del delito, fue resultando difícil de sostener, entre otras cosas por la aparición de los llamados "elementos subjetivos" del tipo y del injusto.

Así el finalismo planteó la tesis de que la "acción humana es, un acontecer final, no solamente causal o "ciego", sino que el hombre al actuar, se propone fines, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su actividad y dirigirla a la consecución de esos fines, su acción es "vidente".

Como consecuencia de ese planteamiento, el finalismo, ubicó el dolo y la culpa en el tipo. El contenido de la voluntad está en la acción, el dolo y la culpa se ubican en la conducta descrita en el tipo penal, aparecen así los tipos de dolo y culpa, y como el juicio de *antijuridicidad* incide sobre la acción (u omisión), se incluye en ellos el estudio de elementos, no sólo objetivos, sino subjetivos.

#### A) Tipo de dolo

El dolo se concibe como la voluntad dirigida en forma consciente a la ejecución del delito, su realización debe encuadrar en la definición legal y de ser es típica; si la ejecución no se logra, por causas ajenas a la voluntad del sujeto, podrá ser tentativa, pero en uno u otro caso, es típica.

Así, el finalismo concibe como objeto del dolo la realización del tipo, por eso Welzel habla de un dolo de tipo, sin distinguir elementos subjetivos y objetivos. Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito. El dolo exige el conocimiento de las circunstancias del hecho.

De esta manera, no debe considerarse una acción típica dolosa, aquella producida por el desencadenamiento de procesos causales que no son del contenido de la voluntad, ni resulten ser efectos concomitantes, sino por el contrario de circunstancias inesperadas que anulan el dolo.

#### B) Error de tipo

Las desviaciones irrelevantes del proceso causal en el desarrollo de la acción, dan lugar a los llamados errores accidentales, que no afectan la configuración del dolo.

Así los casos de *aberratio ictus* o *aberratio in personam*, el finalismo los considera accidentales o irrelevantes, que ocurren si el resultado ocasionado y el propuesto son equivalentes, en donde el dolo no sufre modificación; de este modo será irrelevante que "A" al proponerse matar a "B" dispare éste y falle, pero mate a "C", "A" será castigado

como responsable de homicidio doloso; en el supuesto de que el resultado ocasionado y el querido no sean equivalentes, se podrá dar el concurso de delito: tentativa del hecho doloso propuesto y culposo por lo que resultó producido.

La doctrina finalista reitera el anterior criterio cuando nos dice:

El error de tipo puede ser invencible o inevitable o vencible o evitable. El primero elimina la voluntad dolosa al no constituirse un fin típico; su consecuencia obligada es la atipicidad de la conducta. El error vencible también elimina la voluntad dolosa porque el sujeto no se plantea un fin típico, pero puede propiciar una voluntad culposa si la actuación del agente acusa una lesión al deber de cuidado señalado en el respectivo tipo culposo.<sup>144</sup>

Especial mención dentro de la teoría finalista del tipo, son los llamados "elementos subjetivos del tipo", que no se refieren al dolo (al contenido de la voluntad) y que Welzel agrupa en: intención, tendencia especial y momentos especiales de ánimo. La intención, da sentido a la realización dolosa del tipo, porque es una exigencia específica de la figura penal, independiente de la intención genérica presente en el dolo, como pudiera ser la *premeditación*, donde se exige, además del dolo *necaudi* (dolo de matar), la reflexión sobre el hecho punible. La tendencia especial de la acción, aparece caracterizando la conducta en ciertos delitos, como el comportamiento lascivo en el delito de atentados al pudor. Por último, en lo relativo a momentos especiales de ánimo, éstos son circunstancias muy particulares de consideraciones ético-sociales que aparecen en el tipo, como la brutal ferocidad, tormentos, etc., a que alude nuestra ley, en el caso del delito de homicidio o de lesiones.

### C) Tipo de culpa

El estudio de la culpa cobra cada vez más importancia, en efecto, si bien hace cien años era un tema casi descono-

<sup>144</sup> JORGE EFRÁIN MONTERROSO, "Culpa y omisión en la teoría del delito", Salvatierra, Edit. Porrúa, México, 1998, pág. 93.

cido en la literatura de derecho penal, esta situación ha cambiado radicalmente; la vida moderna cada vez más tecnificada y mecanizada obliga a todos a extremar cuidado y atención para no lesionar bienes jurídicos por imprudencia, impericia, falta de atención, etcétera.

A manera de ejemplo, podemos citar que estadísticamente, en los tiempos actuales se producen más muertos, heridos y daños patrimoniales, por el tránsito de vehículos, que los que se causan dolosamente, ello sin incluir los que se causan por el manejo de sustancias peligrosas, como el reciente caso del desastre ocurrido en Guadalajara, Jalisco (1993).

El propio Welzel apunta este problema, cuando señala que al delito culposo se le atribuye un papel de segundo orden en la dogmática y en la política criminal, situación que ya ha cambiado, a raíz de la tecnificación, en particular de la motorización.

En el sistema causalista la culpa está referida al resultado, evidenciando así su postura naturalística y positivista, punto de vista que recogen no pocos códigos penales, como el recientemente derogado artículo octavo, fracción II del código penal para el Distrito Federal que desde su expedición en 1931 decía:

*Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que causa igual daño que un delito intencional, donde destaca como elemento importante del delito culposo, el resultado producido.*

Para el finalismo la culpa tiene que definirse a partir de la acción, no del resultado, como lo hace la doctrina causalista. Lo fundamental en el tipo culposo es el "desvalor de la acción", no la causación del resultado; lo fundamental se encuentra en la divergencia entre la acción ejecutada y la que debió realizarse, en virtud del cuidado necesario.

Para poner de relieve el desvalor de la acción en el delito culposo, Welzel propone el siguiente ejemplo:

Los vehículos A y B chocan en una curva cerrada, porque A al tomarla se cerró sobre la izquierda, B, que venía en dirección

contraria, conducía correctamente... Si con motivo del choque A y B resultan lesionados, naturalmente cada uno de ellos ha causado por un acto de *voluntariedad* (conducir) la lesión del otro; pero sólo A ha causado antijurídicamente la lesión de B, y no también B la de A. Lo *esencial* del hecho culposo no reside en la mera causación de la lesión del otro, sino en la especial *modalidad* de las acciones ejecutadas por A y B... Con esto se demuestra que el elemento decisivo del injusto del hecho culposo reside en el desvalor de la acción, no meramente en el desvalor del resultado. En este punto fracasa la teoría causal de la acción al explicar los delitos culposos.<sup>145</sup>

Se critica al finalismo al afirmarse que esta teoría tampoco puede explicar satisfactoriamente los delitos culposos, sobre todo los llamados delitos de olvido, en donde el sujeto ni siquiera se representó la posibilidad de efectos concomitantes al realizar la conducta, misma que tenía otras finalidades, o bien que la conducta fue omitida.

¿Cómo explica la teoría de la acción final estos casos? Para Welzel, si bien, en un principio el finalismo no dio una explicación satisfactoria, una revisión de la teoría del tipo culposo, debe establecer que en el tipo del delito doloso la acción final está dirigida a la realización del delito; en el tipo de delito culposo, la acción final está encaminada a la realización de resultados lícitos, donde el sujeto confía en que consecuencias socialmente intolerables no se producirán, o bien ni siquiera piensa en que se producirán; así cuando el sujeto en su acción final se aparta del modelo de conducta deseable socialmente y exigida por la ley, sin que al apartarse se presente una causa de justificación o de inculpabilidad, debe responder de su acción final, la que debió estar orientada a evitar resultados intolerables socialmente.

Es pertinente señalar que en los delitos culposos, la acción del tipo no se encuentra descrita en forma determinada, en efecto, al señalarla que *actúa culposamente quien no observa el cuidado debido*, o como reza el actual artículo

<sup>145</sup> "Derecho penal alemán", *ob. cit.*, pág. 183.

noveno, segundo párrafo del código penal del Distrito Federal: *Obra imprudentemente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.* Resulta así, que este tipo es un tipo penal abierto, ya que toca al juez investigar si en el caso concreto se incumplió el deber de cuidado, que era exigible dadas las circunstancias y condiciones personales de quien ejecutó la acción final, no como en los tipos cerrados en donde la conducta típica está descrita con exactitud.

En el estudio que debe realizar el juez sobre el *deber de cuidado objetivo*, es pertinente que tome en cuenta: el reconocimiento razonable de peligros y la prudencia con que obró el sujeto frente a ellos.

Es digno de mencionar, que en el campo de los delitos culposos, se ha venido abriendo paso el llamado "principio de la confianza", que opera en las actividades o trabajos en que intervienen varias personas, como por ejemplo, en los equipos médico-quirúrgicos; o equipos técnicos que operan con mecanismos o productos peligrosos, etc., en donde puede suceder que uno de los miembros con su acción u omisión culposa, produzca un resultado lesivo, sólo será a éste a quien se responsabilice, no así a los demás miembros que obraron dentro de las normas permisibles o admisibles. De lo anterior deduce Welzel un argumento más que acredita que el injusto de los delitos, es un injusto personal, en estos casos, injusto de delito culposo.

## 5. CAUSAS DE ATIPICIDAD

Para el causalismo las causas de atipicidad se presentan cuando falta alguno de los elementos objetivos del tipo; para el finalismo cuando falta alguno de ellos, o bien alguno de los elementos subjetivos del tipo, entre ellos principalmente el dolo y la culpa.

En el sistema finalista, como ya lo hemos indicado, aparece la llamada teoría del error de tipo, o sea cuando se obra con desconocimiento o error sobre la existencia de

los elementos objetivos del tipo de injusto, excluyen el dolo; exclusión que se presenta si el error de tipo de invencible o insuperable; si es vencible, tomando la previsión o cuidado que es dable exigir, debió el sujeto superar su error, y al no hacerlo, queda subsistente la culpa.

## 6. ANTIJURIDICIDAD E INJUSTO

Podemos decir, que tanto, en el sistema causalista, como en el sistema finalista:

La tipicidad, la *antijuridicidad* y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito. La culpabilidad —la responsabilidad personal por el hecho antijurídico— presupone la *antijuridicidad* del hecho, del mismo modo que la *antijuridicidad*, a su vez, ha de estar concretada en tipos legales. La tipicidad, la *antijuridicidad* y la culpabilidad están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior.<sup>146</sup>

De este modo, en un orden de prelación lógica, habiéndose examinado el tipo y la tipicidad, corresponde el estudio a los aspectos relevantes de la *antijuridicidad* en los sistemas causalista y finalista.

Remitiéndonos a lo ya expuesto, y sólo como punto de partida, diremos que por *antijuridicidad* se entiende como la contradicción entre la conducta desplegada por el agente y el ordenamiento jurídico, sin que tal conducta esté amparada en alguna causa de justificación.

Por ello la *antijuridicidad* es un hecho de desvalor sobre una conducta típica.

El sistema causalista coloca a la *antijuridicidad* como aspecto objetivo del delito, situación que fue severamente cuestionada al surgir los llamados "elementos subjetivos del injusto", como ya se ha señalado. En efecto, al consignarse en el tipo elementos como: "con la intención de";

<sup>146</sup> HANZ WELZEL, "Derecho penal alemán", *ob. cit.*, pág. 73.

"con el propósito de"; "con el ánimo de"; "por medio de engaño"; "por medio de seducción"; "sin derecho"; "causa ajena, honesta"; etcétera, que en forma explícita o bien, en forma implícita, como el "ánimo de apropiación" en el delito de robo, o el "ánimo de ofender" en el delito de injurias, etc., la entraña de estos conceptos es subjetiva, o bien normativa, a los cuales no es posible penetrar en su contenido sin conocer el aspecto subjetivo, el dolo, del sujeto activo; o bien, conocer el aspecto normativo del concepto empleado por la ley, lo que desde luego rebasa el aspecto objetivo.

Ayer pues, con la aparición de los llamados "elementos subjetivos del injusto" la teoría causalista sufrió uno de los más importantes golpes, y la solución del sistema causalista de sostener esa rígida división de colocar en el plano de la *antijuridicidad* lo objetivo y a la culpabilidad lo subjetivo, fue abandonado por el finalismo y otras modernas teorías del delito.

La principal innovación del finalismo no es tanto la forma de comprender esta relación entre tipicidad y *antijuridicidad*, sino la consideración de que el objeto sobre el que recae el juicio de *antijuridicidad*, es decir, la conducta típica, está constituida por elementos objetivos y subjetivos, y entre éstos, como elemento subjetivo general de todos los tipos dolosos, está el dolo.<sup>147</sup>

Welzel define a la *antijuridicidad* como la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto. El injusto penal es la conducta antijurídica misma. La *antijuridicidad* es un predicado; lo injusto, un sustantivo. De ahí que lo injusto es siempre referido al autor de la conducta, por tanto, siempre será un *injusto personal*.

De esta manera, si el sujeto "A" dispara un arma de fuego, apuntándole a la cabeza a "B", y el proyectil produce la muerte de "B", tenemos que la descripción de esa conducta se refiere a una acción dolosa causal (acción

<sup>147</sup> JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENTÍEZ, "Teoría jurídica del delito", *op. cit.*, pág. 80.

finalista) de un resultado típico. La ley no prohíbe el resultado, es decir, la muerte, sino la *acción dolosa* que produce la muerte de una persona. La norma conmina a la no realización de esa acción dolosa, el resultado muerte sólo tiene sentido como consecuencia de esa acción dolosa.

La acción dolosa o culposa al ejecutarse va a ser desvalorada como injusta, y como injusto personal.

El desvalor del resultado no es, pues, un elemento independiente o autónomo en el plano de lo injusto, sino dependiente del desvalor de la acción, del que forma parte.<sup>148</sup>

El sistema causalista aferrado al concepto de una "acción causal ciega", donde el resultado era la base de la acción, y de una *antijuridicidad* objetiva no podía encontrar soluciones satisfactorias al problema de la tentativa, donde precisamente faltaba el resultado.

¿Cómo explicar que en la tentativa, el dolo sea un elemento del injusto típico, y sin embargo, deje de serlo, para pasar a ser un elemento del delito, si el delito se consuma? Es decir, para atribuir a un sujeto, no la lesión levisima que produjo sino la tentativa de homicidio, hay que referirse al dolo de su acción no al resultado.

Para el causalismo si la acción es ciega y en la tentativa el resultado no se produce, se presenta la necesidad de "probar" que esa acción ciega tenía una intención, un dolo, pero de aceptar el desvalor de esa acción, se tiene que aceptar que el dolo, aspecto subjetivo, se estudie a nivel del injusto, aspecto objetivo. Ahora bien, si la acción causal "ciega" produce el resultado, entonces el dolo se examinará a nivel de culpabilidad, aspecto subjetivo del delito. Esta contradicción la salva la teoría finalista cuando habla de una acción finalista típica, en donde el dolo se ubica en el tipo, y no en la culpabilidad, donde, como ya se ha señalado se examinará si el sujeto tuvo conciencia de la *antijuridicidad* de su conducta y de que le era exigible conducta diversa, pues de otra manera, como lo ilustra Welzel, el

<sup>148</sup> José Manuel Gómez Benítez, "Teoría jurídica del delito", *op. cit.*, pág. 82.

reproche va a quedar sujeto a la puntería del sujeto, a que dé o no en el blanco.

## 7. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN O EXCLUSIÓN DEL INJUSTO

Para la teoría causalista, la *antijuridicidad* se destruye, en el caso de que aparezcan las llamadas causas de justificación. La aparición de estas causas de justificación, se apoyan en el desvalor del resultado, se dirigen al aspecto objetivo, a constatar si se presentó en el caso concreto una real y objetiva situación de justificación.

Sin embargo, es común que en la legítima defensa, una de las principales causas de exclusión del injusto, el legislador señale como elemento de la misma "repeler una agresión siempre que exista necesidad racional de la defensa"; o bien, en el estado de necesidad como cuando habla de "obrar por la necesidad de salvaguardar"; observamos que para poder establecer si el sujeto en realidad está "repeliendo" u "obrando", sea en defensa, o en estado de necesidad, tenemos que referirnos a la finalidad de su acción, al aspecto subjetivo de su conducta, de ahí que para el sistema finalista al atender tanto desvalor de la acción, como desvalor del resultado, las causas que excluyen el injusto se deben estudiar tomando en cuenta los elementos subjetivos del sujeto que ejecuta la acción y no basta constatar la real y objetiva situación de justificación, de ahí, que si bien objetivamente se pueda hablar de que un sujeto *rechaza* o *repel*e una agresión, si su acción finalista no es de defensa, no se podrá integrar la legítima defensa.

De esta manera, para que se dé la exclusión del injusto, debe concurrir la valoración de los elementos objetivos, como subjetivos de la justificación de que se trate.

Resulta así, que la teoría finalista es más exigente que el sistema causalista, lo que, a nuestro juicio, es más acertado, porque el fundamento de la exclusión se debe encontrar, no sólo en el resultado objetivo, sino en el resultado producto de una acción finalista de defensa, a bienes jurídicamente protegidos.

## 8. CULPABILIDAD

La culpabilidad en la teoría causalista es el aspecto subjetivo del delito. En su fase inicial esta teoría se refería a la culpabilidad, como la relación psicológica entre el sujeto y su conducta, relación que podía ser a título de dolo o de culpa. Más tarde, dentro de la propia corriente causalista, se desarrolló la teoría normativa de la culpabilidad, que fundamenta el juicio de culpabilidad en el "reproche" al proceso psicológico, y es el "reproche" una valoración normativa.

Sobre estas ideas nos remitimos a lo expuesto en los capítulos anteriores.

Cabe abundar que el sistema finalista considera que a la culpabilidad le corresponde el papel más importante en la teoría del delito, el del *juicio de reproche* por la realización de una conducta típica y antijurídica, cuando el sujeto tuvo la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de motivarse o determinarse de acuerdo a esa comprensión (imputabilidad), además tuvo conciencia de la *antijuridicidad* de la conducta realizada, y por último, que al sujeto le era exigible dicha conducta y que pudiendo obrar de otro modo, no lo hace.

### A) *La imputabilidad*

La culpabilidad en la teoría finalista se apoya en un primer elemento, que es la imputabilidad del sujeto, o sea *la capacidad de poder actuar de otra manera*. La imputabilidad es un elemento de la culpabilidad, y no como piensa una importante corriente de penalistas causalistas, de que se trata de un presupuesto.

En el sistema finalista, el imputable sí puede obrar dolosa o culposamente, y su obrar puede ser injusto, pero no culpable, por estar imposibilitado de poder actuar de otra manera.

### B) *Conciencia de antijuridicidad*

El segundo elemento de la culpabilidad en el sistema finalista se encuentra en la posibilidad del conocimiento

de la *antijuridicidad* de la conducta, conocimiento que es potencial, es decir, no se requiere que el sujeto conozca la *antijuridicidad* de su conducta, sino que basta con que podía haberla conocido, y en eso se basa el reproche.

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

El reproche concebido de esta manera dio margen a la teoría del *error de prohibición*. Si el sujeto no podía conocer la *antijuridicidad* de su conducta se presentaba el caso de error de prohibición, que destruía la culpabilidad de su conducta, la que si bien podía ser típica dolosa e injusta, no resultaba culpable; ahora bien, si el sujeto podía haber evitado el error del conocimiento de la *antijuridicidad* de su conducta, ese error de prohibición, evitable o vencible, podía dar lugar a una culpabilidad disminuida.

Como se observa de lo expuesto a lo largo de este trabajo, el sistema finalista distingue entre error de tipo y error de prohibición, colocando en la primera categoría aquellos errores accidentales (irrelevantes), o bien esenciales, invencibles, o insuperables referidos a los elementos del tipo y que anulan la tipicidad de la conducta; en la segunda categoría, en los errores de prohibición, la conducta puede ser típica dolosa e injusta, pero siendo invencible la posibilidad del conocimiento antijurídico de su conducta resultaría inculpable esa conducta, o bien, si era vencible, puede dar lugar a una culpabilidad culposa.<sup>149</sup>

<sup>149</sup> El lector puede consultar, entre otros trabajos, sobre el tema del error de prohibición las siguientes publicaciones:

FRANCISCO MUÑOZ COMDE, "El error en derecho penal", Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

CARLOS A. TOZZINI, "Dolo, error y eximentes putativas", Edit. Depalma, Buenos Aires, 1964.

MIGUEL A. COSMOS GÓMEZ DE LINARES, "Presupuestos del error sobre la prohibición", Edit. Edersa, Madrid, 1987.

Para ilustrar lo anterior podíamos invocar el ejemplo que ya consignamos en este trabajo, es decir, estaríamos ante un error de tipo si un sujeto creyendo ejecutar un delito de robo, se apodera de una cosa que es de su propiedad, tal error destruye la tipicidad de su dolo, ya que el robo exige la apropiación de una cosa ajena, estaríamos en presencia de un error de tipo, y por ende la conducta sería atípica. En cambio, si el mismo sujeto, creyendo fundadamente que el objeto es de su propiedad, pero siendo ajeno, su apoderamiento resultaría típico e injusto, pero por error de prohibición, por imposibilidad del conocimiento de la antijuridicidad de su acto, sería inculpable.

### C) *La exigibilidad de otra conducta.*

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

La no exigibilidad de otra conducta, en algunos autores afiliados al sistema causalista es inaceptable por su "peligrosa vaguedad en el aspecto político criminal", pues podría abrir *ancho portillo al arbitrio judicial*; en tanto, en el aspecto técnico, le es reprochable su naturaleza ambigua "equidistante de la culpabilidad (subjctiva) y de la antijuridicidad material (objetiva), así lo expone Petrocelli. En México, el penalista Ignacio Villalobos repudia el principio de la no exigibilidad de otra conducta diciendo que con este concepto "se hace referencia sólo a consideraciones de nobleza o emotividad pero no de derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propia-

mente ni reconocido como de acuerdo con los fines del derecho y del orden social".<sup>150</sup>

La inexigibilidad nació con la teoría normativa de la culpabilidad, ya que en la postura psicologista de una mera relación psicológica entre autor y resultado era imposible aceptar este criterio.

El finalismo retomó el desarrollo de la "no exigibilidad", partiendo del supuesto que antes de considerarlo una fase negativa de la culpabilidad era preciso considerarlo en su aspecto positivo, de ahí que se colocó a la exigibilidad de otra conducta como tercer elemento de la culpabilidad, y a la no exigibilidad como su aspecto negativo, que de presentarse destruiría a la culpabilidad.

Se admite generalmente como causas de inexigibilidad o de exculpación al estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable, y algunos agregan el encubrimiento entre parientes o personas ligadas por afecto o agradecimiento.<sup>151</sup>

En resumen:

El cumplimiento de los mandatos normativos es un deber que se puede exigir, en principio a todos los ciudadanos... el ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia mínimos, que pueden ser cumplidos por cualquier persona. Se habla en estos casos de una exigibilidad objetiva, normal o general. Más allá de esta exigibilidad normal, el ordenamiento jurídico no puede imponer el cumplimiento de sus mandatos. Así, por ejemplo, en el estado de necesidad se exige como requisito que el resultado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.<sup>152</sup>

<sup>150</sup> "Derecho penal mexicano", Edic. Porrúa, México, 1960, pág. 421.

<sup>151</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Teoría general del delito", *ib. cit.*, pág. 163.

<sup>152</sup> Para JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENTEZ, en su obra "Teoría jurídica del delito", en su página 491, señala que la exigibilidad como condición de culpabilidad queda ubicada en la imputabilidad y en el conocimiento potencial de la antijuridicidad; para este autor, las llamadas causas de inexigibilidad son en realidad causas de justificación.

## 9. CAUSAS DE INculpABILIDAD

Las causas de inculpabilidad en el sistema causalista son aquellas que destruyen el dolo o la culpa, formas en que se puede manifestar la culpabilidad, presentándose de esta manera los casos de hecho invencible o insuperable, que dan lugar a los errores putativos.

Para el finalismo, las causas de inculpabilidad son aquellas que destruyen cualquiera de los elementos que integran la culpabilidad. En primer lugar aquellas causas que dan lugar a la inimputabilidad; en segundo término a los casos de error de prohibición que destruyen la conciencia de *antijuridicidad*; y en tercer lugar, a las causas de inexigibilidad de otra conducta.

En los capítulos precedentes ya se examinó con más detalle lo relativo a dichas causas de inculpabilidad, por lo que nos remitimos a lo expuesto en obvio de repeticiones.

## 10. CONSIDERACIÓN FINAL

La teoría del delito debe deducirse de la ley, o al menos ser compatible con ella. La teoría nutre a la ley, va abriendo nuevas sendas que permiten hacer válido el fin del derecho, la protección de la convivencia del ser humano en la comunidad, empleando para ello del principal medio que caracteriza al derecho penal, la pena, la que deberá aplicarse a quien adecúe su comportamiento exactamente al tipo previsto en la ley, en forma antijurídica y culpable.

No cabe duda que el año de 1998 debe ser recordado en nuestro país como uno de los más importantes en el campo de legislación ya que plasmó normas que han "dado un giro copernicano" a la teoría del delito, y nos referimos a las reformas constitucionales de los artículos 16, 19, 20, donde se destaca que ninguna orden de aprehensión se deberá librar si no existen pruebas que acrediten los *elementos del delito* se atribuye cometido por el presunto responsable, dejando atrás el criterio del Constituyente que sólo exigía indicios para poder librar una orden de apre-

hensión; asimismo se abandona el término "cuerpo del delito" a que aludía el precepto constitucional que señalaba tal requisito para dictar un auto de formal prisión o uno de sujeción a proceso, por la exigencia, más técnica y completa de la demostración de los elementos del delito.

Las reformas, adiciones y derogaciones a la parte general (teoría del delito), que se aprobaron en diciembre de 1993 para iniciar su vigencia en febrero de 1994, reflejan la importancia de los estudios de los penalistas mexicanos sobre los sistemas causalista y finalista.

La ley debe plasmar los conceptos que permitan resolver de la mejor manera posible las causas concretas que la delincuencia plantea a los tribunales, pero en esa búsqueda de las mejores definiciones que garanticen los derechos de los individuos y de la sociedad, tiene una honda importancia las discusiones de los sistemas penales que van proponiendo soluciones al mundo fáctico del delito.

El penalista Hans-Heinrich Jescheck, escribe al respecto:

No hay ninguna teoría del delito que pueda ser más que un proyecto pasajero. Cabe decir, sin embargo, que la moderna sistemática procedente del finalismo encierra un alto grado de fuerza convincente.<sup>103</sup>

Las reformas, adiciones y derogaciones, efectuados en 1993 y 1994, desde el nivel constitucional a las leyes federales y comunes en el ámbito penal, no tuvieron los efectos que se pensó iban a cumplirse en la lucha contra la delincuencia, ni lograron disminuir la cada vez más creciente inseguridad y nuevamente con base en el fallido efecto que se atribuyó a los cambios legislativos e incurriendo, a nuestro juicio, en la criticable práctica de que "basta cambiar la ley para cambiar la realidad", en 1999; una vez más se reformaron la Constitución y con ello a los códigos de la materia fueron nuevamente modificados.

Se criticó, injustamente, a las "teorías extranjeras" refiriéndose a la sistemática finalista, y la expresión "elementos

<sup>103</sup> "Tratado de derecho penal", parte general, Edit. Cormares, Granada, España, 4ª edición, 1993, pág. 105.

del tipo" contenidos en los artículos 16 y 19 de la Carta Magna, fueron substituidos, por el de "cuerpo del delito"

Sin embargo, este importante cambio legislativo acaecido en 1999, no debe postergar el estudio de las sistemáticas no sólo causalista y finalista, sino que el análisis de la teoría funcionalista cobra importancia, por razones y teóricas prácticas, pues a manera de ejemplo podemos citar que el Código Penal para el Estado de Coahuila, que inició su vigencia el primero de septiembre de 1999, el cual se declara, en su exposición de motivos, de tendencia finalista y funcionalista, por ello dedicamos el siguiente capítulo a la sistemática funcionalista.

## 1. Conceptos de la psicología funcionalista

Por psicología funcionalista se entiende a la que se ocupa de estudiar el comportamiento humano en el contexto de la vida real, en sus diversas manifestaciones, buscando comprender el mismo en las situaciones donde el individuo se desenvuelve como una totalidad integrada, que incluye todas las funciones, físicas y psicológicas.

El funcionalismo es un movimiento representado por psicólogos que se ocupan de la conducta humana en sus diversas manifestaciones, más relacionadas con el mundo real, más que con el estudio de la fisiología animal y humana, favoreciendo así el estudio de la psicología.

En el campo social, la teoría y los métodos de este tipo de teorías, han privilegiado el experimento al estado y al papel de las funciones sociales orientadas a la comprensión de la vida social humana, en términos de sus grados de complejidad más bien estudiando que "cómo" y "por qué".



## CAPÍTULO IV

### SISTEMA FUNCIONALISTA

SUMARIO: 1. Concepto de funcionalismo. 2. La sistemática funcionalista. 3. El problema de la pena como función primordial en el derecho penal: A) La teoría de la retribución; B) La teoría de la prevención general; C) La teoría de la prevención especial. 4. Función de la pena. 5. Relaciones de la política criminal y la teoría del delito en la sistemática funcionalista. 6. Teoría de la imputación objetiva. 7. La culpa en la sistemática funcionalista. 8. Crítica a la teoría de la imputación objetiva. 9. La culpabilidad en la sistemática funcionalista. 10. Medición de la pena. 11. La posición de Jakobs en la sistemática funcionalista. 12. La tendencia funcionalista del Código Penal de Coahuila.

#### 1. CONCEPTO DE FUNCIONALISMO

Por funcionalismo se entiende el conjunto de hechos fisiológicos o de otra índole que se producen o suceden en un organismo, un aparato o un sistema. En el campo social se refiere al estudio de las funciones dentro del sistema social concebido como una totalidad integrada, que desempeñan los individuos, grupos o instituciones.

El funcionalismo es un movimiento ampliamente difundido entre los especialistas de las ciencias sociales. En E.E.U.U. sus representantes más destacados son, entre otros, Malinowski en el campo de la antropología social y Merton y Parsons en el terreno de la sociología.

En el campo social, la teoría y los métodos de este tipo de sistema, dan primordial importancia al estudio y al papel de las funciones sociales orientadas a la conservación de la estructura social, e implica en mayor o menor grado, una concepción más bien estática que dinámica y general-

mente conservadora de la realidad social. Históricamente las raíces del funcionalismo se ubican en el contexto de las teorías darwinistas de la evolución de las especies, donde de acuerdo al desarrollo o atrofia de funciones de los seres vivos, variaba o cambiaba su estructura. Estas tesis se adoptaron a las ciencias sociales y las encontramos en la concepción organicista de la sociedad, en tratadistas como Spencer y Durkheim, sobre la estructura y función social.<sup>154</sup>

Actualmente podemos ver reflejada a esta postura funcionalista en las ideas del criminólogo Alessandro Baratta quien distingue entre sociología criminal y sociología jurídico-penal y así lo explica: "La sociología criminal estudia el comportamiento desviado con significación penal, su génesis y su función dentro de la estructura dada. La sociología jurídico-penal, en cambio, estudia propiamente los comportamientos que representan una *reacción* ante el comportamiento desviado, los factores condicionantes y los efectos de esta reacción, así como las *implicaciones funcionales* de la misma respecto de la estructura social global."<sup>155</sup>

A pesar de que podemos considerar que la sociología criminal y la sociología jurídico penal, como la plantea Baratta, se refieren a campos interrelacionados, la verdad es que para algunos criminólogos la dogmática del delito y las teorías sociológicas de la criminalidad viven un distanciamiento, pues opinan que mientras la criminología contemporánea ha avanzado, la ciencia jurídica se ha quedado en el atraso; y ello se puede observar en el escaso interés que muestran algunos penalistas en la relación de la política criminal y la criminología.

A manera de ejemplo: en el terreno criminológico se plantea la teoría del *labelling approach* (teoría del etiquetamiento) en donde las carreras criminales (etiquetados) según esta corriente, ponen en duda la resocialización del individuo pues la "intervención del sistema penal, y especial-

<sup>154</sup> *Diccionario enciclopédico Salvat*, tomo 12, Editorial Salvat, Barcelona, España, 1988, páginas 1686 y 1687. También aparece un movimiento funcionalista muy importante en la arquitectura.

<sup>155</sup> *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, Editorial Siglo XXI, 5ª edición, 1998, página 15.

mente las penas privativas de libertad, en lugar de ejercer un efecto reeducativo sobre el delincuente, determinan, en la mayor parte de los casos, una consolidación de la identidad de desviado del condenado y su ingreso en una verdadera y propia carrera criminal<sup>106</sup>.

El ejemplo anterior nos permite señalar que la conexión entre la teoría criminológica y el derecho penal, a través de la política criminal, parece ser una cuestión fuera de discusión, pero, a pesar de ello, frecuentemente los penalistas se dedican al estudio de sistemáticas de índole dogmática y poco toman en cuenta a la política criminal y con ella a las aportaciones de la criminología en el estudio de la problemática criminal.

La sistemática funcionalista penal pone énfasis en esta problemática y propone un estudio dogmático del delito estrechamente relacionado a la política criminal, donde la función de la pena y la función del derecho penal respondan a una praxis social que permita consolidar la estructura social.

Podemos decir, en forma muy escueta, que la estructura requiere de instituciones, de organismos, de regulaciones jurídicas, etc. que son las que operan, las que hacen *funcionar* a la propia estructura. La estructura es indisoluble de la función, la primera, puede decirse que da vida a la segunda, pero ésta puede desarrollar o atrofiar a la primera, según sea su eficacia o ineficacia en el seno de la sociedad. Expresado en otra forma; o las funciones responden a su estructura, o a sus cambios, o se tornan ineficaces, un lastre que puede provocar cambios bruscos en las funciones o en la propia estructura.

Permítasenos un símil: en una batalla la estrategia es el plan en su conjunto; las tácticas se refieren al desarrollo o ejecución de ese plan, el éxito de la batalla depende de las tácticas empleadas; el triunfo va a estar supeditado a una correcta estrategia y a la aplicación efectiva de las tácticas de la estrategia. Ahora bien, la estrategia comparémosla con la estructura y las tácticas con las funciones, estas últi-

<sup>106</sup> Baratta, Alessandro, *op. cit.*, página 89.

mas se llevan a cabo por las instituciones, organismos, regulaciones jurídicas, etc., y sus resultados, positivos o negativos, incidirán en la estructura.

## 2. LA SISTEMÁTICA FUNCIONALISTA

El derecho y sus instituciones, en particular el Derecho Penal y los organismos de procuración y administración de justicia, así como el aparato de seguridad pública, en relación a las ideas expuestas, son funciones que responden en mayor o menor medida a las exigencias de la estructura social.

Ahora bien, con frecuencia nos percatamos que en el campo del Derecho Penal se habla de crisis, de reformas, de nuevos modelos, en una palabra, se plantean cambios funcionales.

Generalmente los estudiosos de la materia punitiva no se proponen el cambio de la estructura social, se ocupan de la problemática de la función de las instituciones de procuración y administración de justicia, destacándose las reformas jurídico-penales que permitan enfrentar con más eficacia al fenómeno de la criminalidad; así por ejemplo, se proponen cambios en la legislación penal, pero sin una visión clara de la función que deben desempeñar, no existe percepción precisa del cometido que deban llevar a cabo; por ejemplo, se piensa combatir la delincuencia simplemente con elevar las penas a las conductas típicas, suponiendo que ello bastará para desalentar los hechos delictivos, sin atender a las raíces del problema. Exagerando, algún escritor sobre esta materia ha llegado a decir peyorativamente; "en México se piensa que basta cambiar la ley, para cambiar la realidad".

Ojalá esta breve y probablemente insuficiente explicación, nos permita señalar que en el campo del derecho penal, en particular en la teoría del delito, ha surgido una sistemática denominada *funcionalista*, que es una de sus principales corrientes, misma que se ocupa de la función que

la Política Criminal debe tener en el campo del derecho punitivo.

El destacado penalista germano Claus Roxin, a partir de la década de los sesenta del siglo XX, consideró que la explicación de la llamada "teoría finalista de la acción" propuesta por Hanz Welzel, si bien, superaba a la explicación del sistema causalista, tampoco era del todo satisfactoria, principalmente porque no resolvía la función que debía desempeñar la Política Criminal en el campo del derecho penal, en especial, de la teoría del delito.

Para Roxin la Política Criminal se encuentra muy cerca de las realidades que se presentan en el seno de la sociedad, particularmente de la criminalidad, y esta disciplina debe compaginar los hechos fácticos con la teoría del delito (que se materializa en conceptualizaciones como conducta típica, antijuricidad, culpabilidad, etc.). La política criminal, a su juicio, se encuentra en un punto medio entre teoría y práctica. La claridad que se tenga sobre la forma en que debe enfrentarse el delito a través de la ley es la esencia de la Política Criminal. El legislador es quien da cuerpo a la Política Criminal a él le toca asignar a las disposiciones penales la función que debe desempeñar; de la visión, claridad y precisión de las mismas, depende en buena medida el éxito de la función que se asigne a las normas y a la aplicación de las mismas.

Para el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, Miguel Bajo Fernández, la influencia político criminal en la dogmática actual está fuera de duda, pues las consideraciones político-criminales han obligado a reconsiderar el contenido de conceptos como el de culpabilidad y error, que han desatado polémicas acerca de la teoría de la pena, del tratamiento penitenciario, de la resocialización que han cuestionado el *ius puniendi* del Estado.<sup>127</sup>

<sup>127</sup> Opinión que aparece en el prólogo de la obra *Introducción a la política criminal*, de Heinz Zipf, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979.

### 3. EL PROBLEMA DE LA PENA COMO FUNCIÓN PRIMORDIAL EN EL DERECHO PENAL

Para la sistemática funcionalista es de capital importancia determinar qué función se le va a asignar a la pena como expresión fundamental de la sanción penal.

Para Claus Roxin, uno de los principales expositores de la sistemática funcionalista, la teoría general del delito debe ordenar los preceptos legales y los conceptos abstractos en su indudable conexión, esto es lo que llamamos *sistema* y agrega, que se debe a Liszt el desarrollo de la ciencia penal con las generalizaciones conceptuales del delito y la pena, apoyadas en la legislación penal.

Para Roxin debe superarse la idea que Liszt concibió de una separación entre la dogmática jurídico penal (en el sentido de la teoría del delito) como un campo separado de la política criminal, la que debía ocuparse de las consecuencias jurídicas como un espacio ajeno a la teoría del delito, inclusive afirmaba este ilustre tratadista a fines del siglo XIX "El derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal".<sup>128</sup>

De esta suerte la política criminal y el sistema jurídico penal lejos de transitar por distintos caminos lo deben hacer unidos, pues no se puede pensar en una teoría del delito que no tenga consecuencias jurídicas, que a su vez, deben originarse en criterios y directrices político-criminales. Característico del derecho penal es la sanción, la pena; consecuencia jurídica del delito. De ahí, que para la postura funcionalista, la dogmática penal debe estar orientada político-criminalmente por los principios rectores de una teoría de la pena.

En efecto, ya desde antaño se definió a la política criminal como "la ciencia de la legislación", la que tenía por objeto las reglas fundamentales que debían ser observadas por los legisladores en la creación y reforma de los códigos bajo criterios científicos, lógicos, de necesidad, de utilidad, de posibilidad, de oportunidad y conveniencia. El famoso jurista Jellinek sobre este tema escribió: "una hipótesis cuya

<sup>128</sup> Cita que aparece en la obra de Claus Roxin, *Política criminal y estructura del delito*, Editorial P.P.V., Barcelona, España, 1ª edición, 1992, página 27.

realización política es imposible, no entra en el dominio de la ciencia jurídica. En el campo jurídico-penal, menos que en ningún otro."

Así pues, la política criminal estudia la forma en que se debe proceder con aquellos que infringen la ley tal que dañan o ponen en peligro a sus semejantes o a la sociedad, de tal suerte, que la política criminal se ubica entre teoría y práctica. Como teoría busca desarrollar una estrategia en la lucha contra el delito, como práctica depende más de las realidades que de las conceptualizaciones teóricas.

De esta manera, toda reforma penal orientada a sus consecuencias, debe tomar en consideración los aspectos funcionales de las propias penas.

Más aún, la pena es un instrumento de control estatal y en la concepción que se tenga de la propia pena, es el reflejo de las ideas que desde el poder del Estado se tiene de la misma.

En efecto, cuando en el Estado, todavía no aparecían diferenciados los órganos jurisdiccionales competentes, imperaba la venganza privada, o bien la venganza divina. La garantía de un debido proceso basado en la imparcialidad y objetividad se da cuando aparece el Estado moderno y sobre todo el Estado democrático donde el ciudadano cuenta con un amplio catálogo de garantías formales y la pena por el delito cometido está determinada por órganos jurisdiccionales regulados por la ley. Así pues, "sólo en la medida en que un hecho sea subjetivamente imputable a un sujeto habrá lugar a la imposición de una pena. Naturalmente que esta limitación o privación de derechos fundamentales que la pena comporta, no puede ser nunca una aflicción gratuita. Está orientada a fines".<sup>129</sup>

Conviene en este punto, como lo señala Claux Roxin, explicar el papel que históricamente ha venido desempeñando la pena para encontrar el fundamento que tiene el Estado para punir conductas, pues según la función que se le asigne así será el fin que se le atribuya.

<sup>129</sup> Borja Mapelli, Caffarena y Juan Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1990, página 23.

Las teorías sobre el fin de la pena se han agrupado en una teoría denominada absoluta, o también conocida como de la *retribución* y teorías *relativas* consistentes en: teorías de la *prevención general* y de la *prevención especial*.

#### A) *La teoría de la retribución*

Considera que la pena tiene en sí misma su finalidad y en ella agota la función que debe desempeñar. Al autor de un mal (delincuente) se le impone en justa retribución un mal (la pena). La pena encuentra su justificación "en la realización de una idea: la justicia".<sup>160</sup>

Esta teoría encuentra sus raíces en el pensamiento filosófico de Hegel y Kant. Para Hegel el delito es una negación del Derecho y la pena es la expiación de esa negación, y con ello el restablecimiento del derecho lesionado. En Kant encontramos la idea que todo asesino debe ser ejecutado, para que sufra por el delito cometido, para que reciba justamente por el hecho cometido, y así debe ser, aun en el caso, de que una sociedad civil decida separarse y antes de dispersarse debe ejecutar a quien se halle condenado "para que no pese la culpa de la sangre sobre el pueblo que no insistió en el castigo".

A esta teoría retribucionista se le han formulado varias objeciones:<sup>161</sup>

a) Se critica a esta teoría en cuanto presupone la necesidad de aplicar la pena, pero no explica la necesidad de su aplicación. No explica el fundamento que el Estado tiene para esa "necesidad", da por descontado que debe aplicarse la pena. El legislador no se plantea por ejemplo, el límite del *ius puniendi* (derecho de castigar) y puede llegar a excesos que violenten principios, como el de intervención

<sup>160</sup> Roxin, Claus, *Política criminal y estructura del delito*, op. cit., página 10.

<sup>161</sup> En la exposición de motivos del Código Penal del Estado de Coahuila que inició su vigencia el 1º de septiembre de 1999 aparece un análisis de la fundamentación de la política criminológica que sigue este cuerpo de leyes, donde se estudian las teorías sobre los fines de la pena que recomendamos al lector.

mínima, de proporcionalidad, de humanidad, etc., que son característicos de un estado moderno democrático, respetuoso de los derechos individuales.

b) También se objeta a esta teoría que causar un mal (la pena) por un mal cometido (el delito), sin otra ulterior razón, como lo vemos en los más radicales partidarios de esta teoría, no resulta sino la expresión de un acto de "venganza".

c) En esta teoría no se plantea como fin primordial de la pena, la resocialización, sino el castigo mismo.

#### B) *La teoría de la prevención general*

Se apoya modernamente en las ideas de Anselmo Von Feurbach expuestas a principios del siglo XIX donde atribuye a la pena una función de intimidación de carácter general.

Se pretende que la amenaza que contiene la ley penal de "castigar" a quien la viole debe ser la apropiada para lograr que cualquier sujeto se intimide o no la infrinja.

Esta teoría también ha resultado objeto de críticas como las siguientes:

a) Parte del supuesto que el Estado al legislar en materia penal puede señalar las penas que considere "intimidatorias", situación que da por sentado ese "poder", pero no resuelve sobre el fundamento de esa facultad y de los límites del derecho a castigar.

b) Se objeta también a esta teoría, que no se ha podido probar el efecto intimidatorio y que no pocas veces el aumento de las penas, inclusive la inclusión de la pena de muerte, no repercute en la disminución de hechos delictuosos, y a veces hasta se presenta el fenómeno de un aumento de la criminalidad.

c) Se agrega que la prevención general parte de la consideración de dirigirse a todos pero resulta que son una minoría la que viola ley. Por ello Kant se pronunció en el sentido de que no es justo que se imponga un mal a alguien, para que otros se abstengan de cometer un mal.

### C) *La teoría de la prevención especial*

Se fundamenta en que la misión, la función de la pena, es para evitar que el autor de un delito en lo futuro no cometa otros.

Esta teoría se maneja en el terreno de la ejecución de la pena, en pretender corregir al corregible, intimidar al intimidable, y sustraer de la sociedad a quien resulte incorregible e intimidable.

Tampoco la teoría de la prevención especial escapa a diversas críticas, de ellas podemos destacar las siguientes:

a) Al igual que la prevención general no señala límites claros a la fundamentación del *ius puniendi*; es decir, los límites de las medidas correctivas no aparecen delineados con precisión, lo que puede ser peligroso, pues en el abuso de esas medidas se puede someter, en calidad de inadaptados, a enemigos políticos, o a otro tipo de individuos, como vagabundos, homosexuales farmacodependientes, prostitutas, etc. El riesgo de este tipo de prevención nos puede llevar a un Estado totalitario, como el de los regímenes nazista y fascista.

b) A veces se inclina en privilegiar la responsabilidad de autor, y con ello el criterio peligrosista parece ser el dominante, en lugar de tomar como punto de partida la culpabilidad por el hecho. Igualmente se presenta la tendencia de prolongar la pena con el propósito de lograr una efectiva "corrección" lo que puede orillar a un tratamiento indefinido, violatorio del principio de penas delimitadas.

## 4. FUNCIÓN DE LA PENA

Para Roxin fundamentar la pena en la forma en que fueron expuestos los criterios retribucionista, prevención general y prevención especial, no es lo adecuado y propone que la política criminal debe plantearse como una estrategia social en que la pena corresponda a la culpa del sujeto, en forma proporcional entre el hecho y la pena y que su

resocialización respete en forma destacada su dignidad humana y los derechos fundamentales que de ella emanen, en los límites del principio de culpabilidad.

"Una ejecución penal sin oferta de socialización e interés en el tratamiento... significa para nosotros en la realidad deshumanización y un paso atrás", son palabras del director de la División de Criminología del prestigiado Instituto Alemán Max Planck de Friburgo, que resume la posición funcionalista en torno al papel de la Política Criminal y el Derecho Penal.

Claus Roxin con claridad señala que su concepción es la siguiente: el "fin de la pena es exclusivamente la prevención y ciertamente tanto la prevención general como la especial. Al respecto la prevención general hay que entenderla no en primer lugar como prevención intimidatoria negativa, sino como prevención integradora positiva. Esto significa la pena no debe retraer a través de su dureza a los autores potenciales de la perpetración de delitos, sino que debe restaurar la paz jurídica, en cuanto da al pueblo la confianza, que su seguridad está salvaguardada".<sup>162</sup>

Ahora bien, la pena, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, avanza sobre la idea de que su función es resocializadora, por lo que en los delitos no graves debe de optarse por sanciones que no impliquen la prisión, y para los graves el delincuente debe ser enviado a establecimientos socialterapéuticos para que con ayuda psiquiátrica, psicológica, pedagógica, laboral, se le pueda reinsertar a la comunidad. A esta especial función de la Política Criminal, le concede Roxin, papel relevante, en relación al Derecho Penal.

Sin embargo, el propio Roxin acepta que el camino para afianzar la propuesta de una Política Criminal de carácter *preventivo resocializador* se ha visto obstaculizada por las exigencias económicas que requieren las instituciones que permitan el "tratamiento resocializador", además de posturas conservadoras que consideran que la pena debe recobrar su papel aflictivo, o de posiciones de izquierda

<sup>162</sup> Roxin, Claus, *op. cit.*, páginas 46 y 47.

que piensan que la pena no debe ser preocupación para la reintegración del delincuente, sino el cambio de las condiciones sociales que lo llevaron a delinquir. Para Roxin estas posiciones han impedido una Política Criminal adecuada, pues la pena con un mero carácter aflictivo, o sin una clara visión resocializadora, han demostrado su ineficacia.<sup>103</sup>

Agrega Roxin que la prevención especial está orientada a una socialización del autor del delito en donde se privilegie el tratamiento sicoterapéutico. Este tratadista rechaza la crítica de que un programa de derecho penal que se apoye en una política criminal de tratamiento no es financiable, pues argumenta que la mayoría de los delitos (el 85% en la República Federal Alemana) reciben pena pecuniaria, a los que hay que sumar las penas privativas de corta duración que requieren tratamiento, de esta manera sólo las penas de un año a cinco permiten una ejecución de tratamiento lo que reduce considerablemente el número de aquellos que requieren ayuda resocializadora y terapéutica. Además —agrega este penalista— de un sujeto resocializado debemos esperar que no reincida, lo que significa un argumento más a favor de esta posición.

Para la sistemática funcionalista el Derecho Penal encuentra su justificación en la protección de los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia en común y que aseguren condiciones que satisfaga una vida ordenada y pacífica, bienes que no sea posible proteger por otras instancias del derecho, por ejemplo administrativos, civiles, etc. La política criminal debe partir de la anterior premisa para cumplir a través de la función de la aplicación de la pena para lograr la resocialización.

De esta manera "las conminaciones penales se justifican, sólo y siempre por la necesidad de protección preventivo-general y subsidiaria, de bienes jurídicos y prestaciones que sean esenciales a la comunidad."<sup>104</sup>

<sup>103</sup> Roxin, Claus, *op. cit.*, página 27.

<sup>104</sup> Exposición de motivos del Código Penal de Coahuila, Edición del Gobierno del Estado de Coahuila, página 232.

##### 5. RELACIONES DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y LA TEORÍA DEL DELITO EN LA SISTEMÁTICA FUNCIONALISTA

El penalista alemán Claus Roxin considera que en la teoría del delito se han propuesto varias sistemáticas por ejemplo "como lo hizo la teoría" clásica de Liszt y Beling, la separación de los elementos objetivos de los subjetivos del hecho como criterio diferenciador sistemático y entender lo injusto como el lado objetivo del hecho, la culpabilidad como el lado subjetivo; entonces aparece el dolo como una característica central de la culpabilidad. Pero también es posible igualmente, como lo ha sostenido la influyente teoría de la acción final, convertir el fenómeno de la acción humana, como un proceso causal dirigido desde el fin, en fundamento de la teoría general del delito; entonces el dolo no pertenece a la culpabilidad, sino ya es un factor decisivo de la acción típica.<sup>162</sup>

Para la posición funcionalista el esfuerzo de perfeccionar sistemas o modelos sobre la teoría del delito sería preferible emplearlo en resolver los problemas criminológicos o sancionatorios, pues la teoría ha estado marginando a la praxis.

Los funcionalistas insisten en que los conceptos jurídicos de la parte general tienen que prever las consecuencias jurídicas de sus disposiciones, los que tienen que originarse en criterios directrices de política criminal.

Para explicar las relaciones que tiene la política criminal en el ámbito de la teoría del delito en la sistemática funcionalista, es decir, de la función de la pena en las categorías del tipo, antijuricidad y culpabilidad, Roxin nos dice: "La veo en diferentes aspectos de valoración: en el tipo el hecho se valora bajo el punto de vista de la necesidad penal abstracta; en el plano de la antijuricidad se resuelve la necesidad concreta de pena del hecho de acuerdo a la inclusión de todas las circunstancias de la situación dada; en el tercer nivel de la construcción del delito finalmente se trata de la necesidad concreta de pena de autor,

<sup>162</sup> Roxin, Claus, *op. cit.*, página 38.

esto es, de la cuestión de sí, él debe ser hecho responsable personalmente por el injusto realizado."<sup>166</sup>

Cabe apuntar que Enrique Bacigalupo, en este punto difiere de la idea de Roxin cuando señala: "En principio, no se trata —como opina Roxin— de que las categorías particulares del delito —tipicidad, antijuricidad, culpabilidad— se vean, se desarrollen y se sistematicen desde el principio desde un punto de vista político criminal. En el esquema presentado por Roxin, las categorías mismas del sistema dogmático quedan inexplicablemente fuera del ámbito determinado por la política criminal."<sup>167</sup>

Examinar con detalle la función de la pena en relación al tipo, la antijuricidad y culpabilidad es una tarea que excede los límites de este trabajo, sin embargo —a nuestro juicio— conviene mencionar algunos aspectos de esta sistemática en temas particulares de la teoría del delito, como por ejemplo el tratamiento que le dan estudio de la culpa y a la culpabilidad.

## 6. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La sistemática funcionalista ha propuesto como pieza fundamental en el tratamiento de la teoría del delito llamada teoría de la "imputación objetiva".

La imputación objetiva, doctrina que domina actualmente en la doctrina española, se encuentra en debate y realmente no es una única teoría de la imputación objetiva, pues cobra diversos matices según sea el tratamiento que le da cada autor.

Para que un resultado sea imputable a un sujeto debemos comprobar primero la existencia de un nexo causal efectivo entre la acción y el resultado, lo que podemos resolver conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones y segundo si objetivamente es posible imputar al sujeto el resultado producido.

<sup>166</sup> *Op. cit.*, página 61.

<sup>167</sup> *Estudios de derecho penal y política criminal*, 1ª edición, Editorial Cárdenas Editor, México, 1989, página 49.

Para Roxin la sistemática finalista no resolvió adecuadamente la problemática del nexo causal por considerar que arranca de un "subjetivismo", es decir de la finalidad que persigue la acción típica, cuando el problema causal debe examinarse a partir del tipo objetivo.

La teoría de la imputación objetiva toma en cuenta que un resultado causado por una acción humana (como lo explica la teoría de la equivalencia de las condiciones) solamente se puede imputar objetivamente a una persona cuando ésta haya creado un riesgo desaprobado, que a su vez, produzca un resultado típico.

De esta manera, la "imputación objetiva" para el sistema funcionalista propuesto para Roxin, se ubica como un problema causal que —a su juicio— se resuelve a nivel objetivo tomando en cuenta para ello su atribución a un sujeto, de esta suerte si el sujeto creó un riesgo jurídicamente relevante y con ella produjo el resultado señalado en el tipo, entonces le es atribuible ese resultado.

En consecuencia, la "imputación objetiva" se puede definir como "la creación de un riesgo jurídicamente relevante como el de su realización en el resultado".<sup>188</sup>

Evidentemente decidir que una conducta es típica culposa o típica dolosa, exige, de acuerdo a los funcionalistas, si objetivamente se le puede imputar al sujeto tal conducta típica, y eso se decide si existe o no la imputación objetiva, sea a título culposo o doloso.

En la imputación objetiva operan tres criterios generales:

a) Que la conducta del sujeto *haya creado o incrementado* un riesgo prohibido, no comprendido dentro del riesgo permitido; así por ejemplo si "A" conduce cuidadosamente el automóvil e inesperadamente cruza su camino "B" a quien atropella y mata, desde luego que "A" puso una condición, una causa, en el suceso y "B" muere a causa de ella, lo que se resuelve a nivel de la teoría de la equivalencia de las condiciones; pero como "A" ha observado las normas de debido

<sup>188</sup> Martínez Escamilla, Margarita, *La imputación Objetiva del Resultado*, Edít. Ederca, Madrid, 1992, pp. 44 y 45.

cuidado y aun cuando conducir un vehículo implica riesgos, éstos son socialmente útiles y aceptados y "A" no ha incrementado el *riesgo permitido*, por ello la muerte de "B" no le es imputable objetivamente.

b) El resultado debe producirse precisamente por el comportamiento del sujeto y no deberse a un riesgo diverso ajeno a su conducta. De este modo se resuelven casos como aquel en que "A" lesiona a "B", y "B" cuando se le conduce en una ambulancia al hospital, la ambulancia es embestida por otro vehículo y "B" muere. Objetivamente el riesgo de haber embestido a la ambulancia ya no le es imputable a "A", este incremento del riesgo ya no le corresponde, sólo el estrictamente derivado por la lesión.

c) Que el resultado esté comprendido dentro del fin de protección de la norma o del alcance del tipo penal, es decir, sólo le es imputable objetivamente un resultado a un sujeto, si ese resultado está considerado dentro del ámbito del bien jurídico tutelado por la norma. De este modo, por ejemplo, si "A" conduce una motocicleta y lleva a "B" como pasajero, lo cual está prohibido por el reglamento de tránsito, si después "C" conduciendo un automóvil en forma negligente o imprudentemente atropella a la motocicleta y "B" muere, la responsabilidad es exclusiva de "C", pues a pesar de que "A" infringió la prohibición de llevar pasajeros en la motocicleta regla establecida para la seguridad del propio motociclista, el atropello de "C" es un resultado ajeno a la protección de la norma de tránsito sobre la prohibición de 2 pasajeros en una motocicleta.

## 7. LA CULPA EN LA SISTEMÁTICA FUNCIONALISTA

La culpa la ubican a nivel del tipo y en ello coinciden con el sistema finalista. Consideran que una conducta culposa, en un caso concreto puede resultar justificada o exculpada, pero primero se decide si es culposa en el tipo. Sin embargo, Roxin considera que la fundamentación de la culpa que modernamente se acepta como "lesión del deber de cuidado" y en los conceptos de "previsibilidad" y "evi-

tabilidad" lo que —a su juicio— no es del todo correcto, puesta esta forma de comisión del delito es un clásico delito de los llamados tipos "abiertos", es decir, donde es imposible adicionar al tipo comportamientos específicos para las conductas culposas; así es imposible describir en detalle las conductas imprudentes, faltas de pericia o cuidado, etc., por lo que, su examen debe resolverse bajo el estudio de la *imputación objetiva*.

También se argumenta que el concepto "lesión del deber de cuidado" se refiere a un criterio de carácter general, pero aplicado a casos concretos puede llevar a equívocos, pues el autor de un delito culposo se le debe reprochar el haber *incurrido en un peligro* no permitido por la norma, no como a veces se considera, el de haber *omitido un deber de cuidado*.

En los casos anteriores, para Roxin, el sujeto crea un peligro no cubierto por la norma de prudencia o cuidado, de esta suerte, afirma este penalista, no se ordena un *trato cuidadoso* de sustancias peligrosas, de armas, etc., sino que se prohíbe el *trato descuidado*, no existe un *deber de obrar cuidadoso*, sino una prohibición de actuar *negligentemente*. También se argumenta en esta sistemática que la previsibilidad o la evitabilidad no son criterios suficientes para considerar que existió o no una conducta culposa, por ello si a pesar de que el sujeto previó o pudo evitar la acción culposa no lo hizo, pero al accionar no puso en peligro o riesgo el bien jurídico o no afectó el fin de protección de la norma; la conducta típica no es culposa; es decir, se puede actuar culposamente previendo un resultado dañoso y pudiéndolo evitar, y con ello producir un resultado dañoso, pero si al actuar no creó o incrementó el peligro o el riesgo permitido, ni se alteró el fin de protección de la norma, su actuar no resulta culposo, porque faltaría la *imputación objetiva*. De este modo, a manera de ejemplo, si alguien conduce un automóvil con velocidad excesiva, y un transeúnte corre contra el coche, de modo que resulta lesionado, pero también hubiera resultado lesionado aun conduciendo a velocidad permitida, la conducción a velocidad excesiva no incrementó o creó un riesgo y la culpa se

excluye por ausencia de la realización del peligro o por lesionar el fin de protección de la norma, elementos de la *imputación objetiva*.

Los funcionalistas sostienen que en la conducta culposa el criterio que debe imperar es la *producción de un peligro no permitido*, exigencia que es mayor que la "lesión del deber de cuidado" y admitiendo que es imposible una exposición de casuística de conductas culposas, sí se puede —a su juicio— establecer algunas directrices que ayuden a la resolución de los casos concretos sobre las cuales se pueda o no tipificar las conductas culposas, las que podemos resumir así:

a) El legislador prohíbe conductas que representan peligro abstracto, sobre todo en materia de tráfico. De esta manera un exceso prohibido de velocidad fundamenta, de acuerdo a la experiencia y la reflexión, el peligro de un accidente dentro del ámbito de lo posible, de lo previsible. Sin embargo, lo peligroso en abstracto, no siempre resulta peligroso en un acto concreto, de tal suerte que no todo aquel que sobrepasa imprudentemente un cruce y se produce un accidente, pero el accidente se debe sólo a la situación peligrosa originada por el segundo conductor no cabe establecer culpa del primer conductor porque éste no incrementó el riesgo o peligro que la norma quería evitar y por eso se excluye la culpa. Cabe mencionar que la actual jurisprudencia en México, al referirse a este problema, niega la aplicación del llamado principio de "imputación objetiva", pues señala que no se excluye la culpa en concurrencia de acciones culposas.<sup>169</sup>

b) También en el ámbito deportivo o en el campo de actividades técnicas, el que contraviene normas que las regulan puede suponerse, en abstracto, una conducta culposa, pero si el peligro desaprobado penalmente se aparta mini-

<sup>169</sup> CULPAS NO SE COMPENSAN. En los problemas penales no existe la compensación de culpas, y no por el hecho de que ambos manejadores hayan actuado imprudentemente se les va a excluir de responsabilidades a los dos o a uno de ellos puesto que el resultado es el producto de imprudencias. Tesis 533, Jurisprudencia 1917-1965, actualización I Sala, Mayo Ediciones, México.

mamente de la norma, o la seguridad se salvaguarda con otro modo, la culpa desaparece; por ejemplo las faltas leves a las reglas del deporte del fútbol por entradas enérgicas, hacen inexistente la culpa, además de que el fin de protección de la norma no las contempla, pues éstas (las lesiones que se causen con motivo de las entradas enérgicas) son asumidas por los propios jugadores, y sólo que antirreglamentariamente se produzcan lesiones quedan fuera del marco del riesgo permitido.

c) Otra de las directrices que aplica esta sistemática es el llamado "principio de confianza", que opera sobre todo en el tráfico de vehículos y que consiste en que ajustarse a las normas de tránsito permite "confiar" en que los otros conductores también lo harán, de esta suerte el que tiene preferencia de paso no requiere de disminuir su velocidad en los cruces, pues parte de la suposición de que su preferencia será respetada, si ocurre un choque sólo hay culpa del conductor que no respetó la preferencia. Obligar a quien tiene preferencia a disminuir su velocidad por un posible accidente iría contra el espíritu que anima el derecho de preferencia y se trata de la aceptación de "un riesgo permitido"; de esta suerte, un conductor que conduce con aliento alcohólico o en estado de embriaguez y circula por una vía de preferencia y otro conductor no le respeta su preferencia y produce un choque, por lo que respecta a las posibles lesiones y daños éstos quedan a cargo únicamente para el conductor que no respetó la preferencia en acatamiento al principio de confianza —al conductor ebrio por el hecho de conducir alcoholizado incurre en el Estado de Coahuila en el delito de conducir vehículos en estado indebido— artículo 286 del Código Penal, ilícito diverso.

También opera el "principio de confianza" cuando se actúa en conjunto o en equipo de trabajo, donde se supone que los miembros o trabajadores del equipo actúan apoyándose en la labor de sus colegas o compañeros y confiando en el correcto desempeño de cada uno en su cometido. Si uno de esos trabajadores actúa con descuido o con negligencia y afecta y produce daños a bienes jurídicos encomendados al equipo, o al grupo que labora en conjun-

to, sólo el que creó o incrementó el riesgo no permitido será quien actuó culposamente, los demás no, salvo el caso de algún otro miembro que tuviere obligaciones de supervisión y vigilancia y no las acatare, pues entonces también éste será responsable de incrementar el riesgo.

d) La determinación del peligro de acuerdo a la *figura del modelo diferenciada*. Concepto que hacen constituir en que si la actuación de la persona la hubiera *ajustado al modelo de la profesión, empleo u ocupación* a la que se dedica el sujeto, no se hubiera producido el peligro, o bien no hubiera sobrepasado el riesgo permitido. Así por ejemplo, si un albañil en su trabajo, en un andamio obra con cuidado, de acuerdo al modelo de un hombre prudente y cuidadoso en ese tipo de tareas, pero aún así produce un accidente, no obra culposamente; si por el contrario incurre en un riesgo mayor y se produce el accidente, entonces se cumple el tipo culposo, cuyo fin es la protección del bien jurídico.

e) La asunción de *culpabilidad por incumplimiento del deber de informarse*, que consiste en que el sujeto que va a ejecutar una conducta que exija conocimientos especializados, técnicos o de habilidades prácticas, para no poner en riesgo bienes jurídicos protegidos penalmente, debe contar con la información suficiente para no crear o incrementar riesgos, o bien abstenerse del comportamiento cuando de ellas se carezca, o sea insuficiente su especialización, técnica o habilidad. Si una persona conduce un vehículo sin contar con la pericia suficiente incrementa el riesgo para el tráfico y los daños que produzca son evidentemente culposos.

f) *La significación social de la conducta riesgosa* que se aplica en aquellos casos en que las directrices anteriormente mencionados no permitan resolver el caso concreto. De esta suerte quien ejecuta acciones que entrañen un peligro jurídicamente relevante y que dañen bienes tutelados por la norma penal habrá que examinar la "significación social" de ese comportamiento; así la conducción apresurada de un automóvil en el que se conduce a un lesionado rumbo a su atención médica, puede admitirse, sino sobrepasa un riesgo mayor, ponderando así el riesgo legalmente permiti-

do; caso distinto sería disparar alocadamente, donde el riesgo queda fuera de lo permisible socialmente y el daño que se produzca queda encuadrado en el tipo culposo.

De acuerdo a la posición funcionalista, las directrices expuestas tienen su fundamento en la *imputación objetiva*, es decir, si la conducta del sujeto no incrementa el riesgo o no sobrepasa el fin de protección de la norma, el comportamiento del sujeto no debe ser considerado a título culposo, el tipo de culpa no se presenta.<sup>170</sup>

## 8. CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

El concepto de la "imputación objetiva" es uno de los más debatidos en los últimos 20 años, así lo expresó el penalista germano Eberhard Strüensee en febrero de 1999 en la ciudad de México, con motivo de una exposición sobre el tema denominado "el futuro de la teoría de la imputación objetiva" agregando que a esta teoría no le concede futuro.

Este tratadista explica, que para los partidarios de esta teoría, la misma se ha convertido en tema dominante de la etapa del derecho penal postfinalista, pero esta teoría no ha tenido reconocimiento en los altos tribunales alemanes.

Plantea Strüensee que la posición funcionalista de Roxin, creador de esta teoría arranca de una crítica al presunto "subjetivismo" de la sistemática finalista del tipo y del ilícito y "propaga el grito de guerra: ¡Regresamos al tipo objetivo!";<sup>171</sup> sin embargo, aceptan como valedera una de las principales aportaciones del finalismo a la teoría del delito; el dolo, como elemento esencial del tipo, concebido como tipo complejo, donde el dolo es elemento subjetivo del

<sup>170</sup> Para el penalista alemán Günter Jakobs la teoría de la *imputación objetiva* no es únicamente una teoría, sino que se trata de distintas construcciones doctrinales que se han desarrollado bajo el nombre de esa teoría, según lo expone en su obra *la imputación objetiva en el Derecho penal*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1ª reimpresión, 1999.

<sup>171</sup> Strüensee, Eberhard, "Acerca de la legitimación de la 'imputación objetiva' como categoría complementaria del tipo objetivo", de la compilación *El derecho penal hoy en Homenaje al Prof. David Baigún*, Editorial del Pueblo, Argentina, Buenos Aires, 1995, página 251.

tipo, por ello de entrada existe una contradicción insalvable, el tipo no puede ser objetivo y así lo asienta Strüensse en un adagio latino *protestatio facto contraria non valet* (contra los hechos no valen los argumentos).

La teoría de la imputación planteó en forma destacada que el finalismo, a su juicio, no resolvía la problemática de los delitos culposos y consideró insuficiente como elementos del tipo culposo la "violación del deber de cuidado y la relación de antijuricidad, conceptos que propuso se cambiaran por los de creación de un peligro jurídicamente relevante", es decir, prohibido y la "realización de ese peligro", elementos estos de carácter objetivo que permiten atribuir al sujeto la imputación del resultado o la puesta en peligro.

La teoría de la imputación objetiva también se le trasladó al tipo doloso, y al respecto se invoca el famoso ejemplo de la "tormenta" que utiliza Roxin para justificar la teoría de la imputación objetiva en el tipo doloso. El ejemplo en cuestión consiste en que el sujeto "A" envía al sujeto "X" a un bosque, cuando se aproxima una tormenta, con la esperanza que un rayo lo fulmine. Si esto llega a ocurrir ¿podemos decir que estamos en presencia de un delito doloso?

Para Roxin, en el ejemplo, no cabría hablar de dolo porque el sujeto "A" no ha "creado" o "incrementado" el riesgo y el resultado dañoso representado por el sujeto no puede quedar comprendido dentro del tipo, éste, de suceder lo es por una casualidad.

Armin Kaufmann, agudo crítico de la teoría de la imputación objetiva lo refuta, considerando que no era necesario acudir a esta teoría para explicar la falta de dolo, pues con la teoría de la "causación adecuada" en donde sólo se debe responder a "determinadas expectativas normativamente fijadas sobre relaciones de cualidad"; dicho de otra manera, la normalidad estadística como elemento de la causación adecuada en el ejemplo en cita, no se cumple pues el sujeto "X" puede ir incontables veces al bosque en condiciones de tormenta y no caerle un rayo, pues estadísticamente podemos saber que la posibilidad de que un

rayo alcance a una persona puede ser de cientos o miles de casos en que no sea alcanzado, por lo que la teoría de la imputación objetiva no se justifica, pues bastaría la teoría de la causación adecuada que se apoya en criterios de estadística para determinar cuál puede ser causa adecuada a un resultado.

¿Qué pasa si el sujeto "A", del multicitado ejemplo, sabía que al lugar del bosque a donde envía al sujeto "X" caen con frecuencia rayos, y "X" ignorando esa situación va al bosque, y un rayo lo mata? La respuesta para Roxin es que en este caso el tipo doloso de homicidio se cumple, pues el autor ha "creado" un riesgo de muerte "estadísticamente relevante". El anterior ejemplo permite asegurar a los críticos de esta teoría que en el primero y en el segundo ejemplo, el sujeto se *representa* el posible resultado, es decir, *subjetivamente*, ha considerado la posibilidad de la muerte de "X", pero en el segundo caso, es el *conocimiento*, el *saber* de su parte, de que en ese sitio caían con frecuencia rayos lo que hace la diferencia. Sin embargo, esta solución también la encontramos satisfecha con la teoría de la causalidad adecuada (con la regulación estadística y el deber de cuidado).

Roxin reconoce que la teoría de la imputación objetiva se ve obligada a tomar en cuenta elementos subjetivos (que el sujeto se representaba el resultado, que lo sabía, etc.), y para responder a las críticas a su teoría propuso la existencia de factores subjetivos que "no son elementos del tipo sino sólo relevantes para el juicio de riesgo", argumento que no impide que la crítica quede en pie, la distinción entre elementos subjetivos que no pertenecen al tipo en el estudio del tipo doloso, que por esencia sí los contiene, lo menos que puede crear es dudas y confusión.

"No es difícil profetizar que la teoría de la imputación objetiva no logrará encontrar criterios plenos de sentido para determinar qué elementos subjetivos fundamentan a la imputación objetiva, y cuáles sólo pertenecen al tipo subjetivo. Con ello también el intento de integrar lo subjetivo en el tipo objetivo, y de este modo salvar dogmáticamente a la teoría de la imputación objetiva, en el cual se le construyen

muletas a partir de fragmentos del tipo subjetivo, debe ser visto como fracasado.<sup>172</sup>

Lo contrario, punir, aplicar penas a ese tipo de comportamientos en atención al mero resultado dañoso, sería retornar a la "sanción por el mero resultado" (*versari in re illicita*), inadmisibles en un moderno derecho penal, además política-criminalmente carecería de sentido aplicar penas en estos casos a sujetos que no requieren ser resocializados, ni de requerir tratamiento alguno psico-terapéutico, que constituyen el fin de la pena.

Podemos destacar dentro de la posición funcionalista, la función de la pena no tiene como principal beneficiario al propio delincuente, al resocializado, sino que el fin por excelencia de la pena, la función que debe cumplir la pena es *salvaguardar el orden jurídico*, como condición esencial para la vida en comunidad mediante la protección de bienes jurídicos.

## 9. LA CULPABILIDAD EN LA SISTEMÁTICA FUNCIONALISTA

El sistema funcionalista reconoce la herencia inmediata que ha recibido de la teoría finalista de la acción, y admite que la acción típica o es dolosa o bien culposa, y rechaza al igual que el finalismo, la división de elementos en objetivo y subjetivo que eran sustento del sistema causalista, y se acepta que acción (u omisión), tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se apoyan en aspectos objetivos y subjetivos, como ya se explicó en anteriores capítulos de esta obra.

Sin embargo, el funcionalismo difiere del finalismo en la forma de entender la teoría del delito, y es en la culpabilidad donde sus discrepancias son más acusadas.

En efecto, si para los funcionalistas la función que desempeña la pena en toda la sistemática es esencial para extender los fines y límites que persigue el Derecho Penal y en la culpabilidad se ha considerado radica la "medida de la pena", el estudio de la culpabilidad es obvio que sea tema central de sus preocupaciones.

<sup>172</sup> Struensee, Eberhard, *op. cit.*, páginas 271 y 272.

Recordando conceptos sobre este tema podemos mencionar que en Carrera la responsabilidad se fincaba al individuo con base en el "libre albedrío" (posibilidad de elegir entre el bien y el mal); o bien como lo expresó posteriormente Maggiore que la condición para poder poner una acción a cargo del sujeto se sustentaba en la "libertad" de elección.

Voces autorizadas criticaron que la culpabilidad se apoyara en la existencia del "libre albedrío", o "de libertad de elección", por ser indemostrable que el individuo al actuar u omitir tuviese esa supuesta "libertad".

El finalismo se propuso salvar este escollo y consideró que el fundamento de la capacidad de culpabilidad se encontraba en la "posibilidad de actuar de modo distinto" o más aún de "haber podido obrar en el sentido de la ley". A pesar de este esfuerzo, los funcionalistas consideran que este fundamento es una ficción imposible de verificar empíricamente en el caso concreto y por tanto científicamente insostenible, pues cabe suponer que el individuo pudo elegir actuar en diversos sentidos, no es posible probar que el sujeto pudo obrar de "modo distinto" o de "obrar en el sentido de la ley".

La culpabilidad debe fundarse, para la sistemática funcionalista, en la necesidad de imponer una pena cuando se "esté siempre en situación de demostrar que es necesaria para alcanzar una soportable convivencia social".<sup>173</sup>

El propio Roxin escribía desde 1973 que "En la actual ciencia del Derecho Penal se discute vivamente la cuestión de si la pena se puede justificar por la culpabilidad del delincuente. La tesis más radical, partidaria de suprimir por completo el concepto de pena, argumenta de un modo aparentemente concluyente: la culpabilidad supone que el delincuente hubiera podido actuar de un modo distinto a como lo ha hecho; pero una libertad de voluntad de esta clase no existe o, como todo el mundo reconoce, no se puede demostrar científicamente; aunque existiera en abstracto, no se podría demostrar en todo caso con seguridad

<sup>173</sup> Cita del autor E. Gimbernat Ordóiz, que aparece en la obra *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal* de Claus Roxin, Edit. Reus, Madrid, 1981, página 32.

si un delincuente concreto puede actuar de un modo distinto en el momento de cometer el delito".<sup>174</sup>

La culpabilidad según los funcionalistas venía cumpliendo dos funciones de carácter práctico. Una que justificaba la aplicación de la pena en sentido retribucionista, o sea la imposición de un mal adecuado a la causación del daño producido. Esta función —a juicio de esta sistemática— debe ser desechada pues porque no cumple con el propósito que debe tener la pena, o sea la resocialización del individuo.

La otra función de la culpabilidad consiste en que sirve de límite de la pena, y por ende límite al poder punitivo del Estado, es decir, al individuo no se le podrá imponer pena más allá del límite de su culpabilidad, y esta función —a su juicio— debe conservarse pues es garantía para el propio delincuente.

Según Roxin, considerando la primera función que venía desempeñando la culpabilidad propone utilizar el concepto de *responsabilidad* en lugar de culpabilidad cuando se refiere a fundamentar este elemento bajo la óptica de considerar que el sujeto "pudo actuar de otro modo"; y conservar el término *culpabilidad* cuando se trata de considerarlo "límite de la pena" y base de la resocialización y tratamiento del delincuente.

El penalista Muñoz Conde escribe que la posición de Roxin de conservar el término *culpabilidad* y de no decidirse plenamente por el de *responsabilidad* le ha ocasionado no pocas críticas al penalista germano, máxime que la categoría de "responsabilidad" ya había sido propuesta con anterioridad al propio Roxin. La crítica se centra en la indecisión de Roxin para desechar el concepto de culpabilidad y conservarlo con el contenido de la función de ser "medida de la pena".

Para el penalista Edmundo René Bodero C., la *necesidad de la pena* debe remplazar el principio de culpabilidad, sin embargo, acepta que esta posición no es compartida por otros juristas como Jorge Arenas Salazar que dice: "Sin re-

<sup>174</sup> *Culpabilidad y pena en el derecho penal, op. cit.*, página 41.

nunciar a ninguno de los elementos del delito de la actual dogmática jurídico-penal, se está abriendo paso la posibilidad de adicionar estos ingredientes con el de 'necesidad de la pena'. De manera que el juez deberá, después de comprobar que el acto es típico, antijurídico y culpable, entrar a considerar si desde los fines de la pena —y no habrá pena sin un fin— y en el caso concreto el individuo que ha violado la ley, necesita tratamiento penitenciario. Si la respuesta es negativa se abstendrá de imponer pena".<sup>175</sup>

De las ideas expuestas podemos concluir que el concepto culpabilidad se encuentra en medio de un debate intenso y que una posición que pudiéramos denominar ecléctica es la que nos proporciona Jorge Arenas Salazar.

#### 10. MEDICIÓN DE LA PENA

La medición de la pena se refiere a la problemática que se presenta en el caso concreto de aplicación de la ley penal, es decir, la pena como ya se ha dicho es la medida de la culpabilidad y no debe sobrepasar a ésta.

El principio de culpabilidad como *función* limitadora en la concepción funcionalista de Roxin, ha sido criticada porque se dice que "no se puede calcular con exactitud la pena correlativa a la culpabilidad. Roxin acepta que no es posible una "exacta" cuantificación de culpabilidad con una pena calculada, con rigor matemático, por ello no es obstáculo de que la *necesidad* de la pena para cumplir funciones de prevención especial y general son susceptibles de medirse; inclusive afirma este jurista, se ha desarrollado una "teoría de la determinación de la pena" que ha alcanzado el nivel de ciencia autónoma y que "puede determinar y sistematizar perfectamente con criterios racionales las circunstancias agravantes y atenuantes de un suceso (es decir, los factores que agravan o atenúan la culpabilidad). Si los tribunales todavía hoy muestran grandes vacilaciones al enjuiciar el grado de culpabilidad, no es porque este enjui-

<sup>175</sup> Cita que aparece en la revista *Criminología*, Año LXV, Nº 1, Ene-Abr. 1999, página 70.

ciamiento sea por principio imposible, sino por el tradicional abandono y la escasa elaboración científica que ha tenido una teoría racional de la determinación de la pena que trabaje con el principio de culpabilidad.<sup>176</sup>

## II. LA POSICIÓN DE JAKOBS EN LA SISTEMÁTICA FUNCIONALISTA

Para el penalista germano Günther Jakobs, catedrático de la Universidad de Bonn, la pena no tiene como función reparar bienes jurídicos, sino *confirmar la identidad normativa* de la sociedad. De esta manera el Derecho Penal reacciona frente a un hecho delictivo en cuanto que quebranta la norma, no en cuanto se presenta la lesión de un bien jurídico.

De esta manera, "el funcionalismo jurídico-penal (de Jakobs) se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad."<sup>177</sup>

Un sistema opera en la medida que sus funciones la mantienen. Por funciones podemos entender que se trata de aquellos mecanismos, instituciones, organismos o "prestaciones" que sostienen el sistema. Las funciones que interesan al Derecho Penal —según esta teoría— son todas aquellas que apoyan el sistema punitivo, pero no sólo la pena vista ésta en forma aislada, pues ello sería examinar la pena como un mal que se impone a otro mal (el hecho delictivo) y según la expresión de Hegel "la irracional secuencia de dos males", sino que la función de todo el derecho penal es comprender que el delito contradice la normal, el orden jurídico, y la pena es la respuesta de la propia norma, del propio orden jurídico, para lograr el restablecimiento de ese orden.

Para el penalista Jakobs el que la pena llegue a lograr que el individuo se solidarice con el ordenamiento jurídico

<sup>176</sup> *Culpabilidad y prevención en el derecho penal*, op. cit., páginas 50 y 51.

<sup>177</sup> Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría sobre un derecho penal funcional*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, página 15.

es un enfoque algo "descolocado" ya que la pena tiene como valor fundamental el de constituir el sosten del mismo orden jurídico, sea que el sujeto se solidarice o no con el sistema jurídico.

"Todas las instituciones dogmáticas de mención en el derecho penal moderno, desde la imputación objetiva hasta el concepto normativo de culpabilidad, desde la posibilidad de excluir la responsabilidad de fundamentar la responsabilidad por injerencia, etc., no podrían haberse desarrollado desde una perspectiva puramente interna al sistema jurídico que no tuviera en cuenta la *función de la normatividad jurídica*."<sup>178</sup>

En el funcionalismo al que nos referimos en estas líneas, el papel que juegan del Derecho Penal y Sociedad es de interdependencia. No se puede pedir que el Derecho Penal asuma nuevos problemas sociales hasta que el sistema jurídico alcance la madurez con referencia al propio sistema social; es decir, debe existir compatibilidad entre el desarrollo o evolución del sistema social y el sistema jurídico y de este último con el primero. Como lo expresa elegantemente Jakobs: "Ni el sistema social ni el sistema jurídico saltan por encima de su propia sombra". De esta manera el derecho penal no es siervo de la sociedad, es parte de la sociedad.

El propio Jakobs señala que la sistemática funcionalista que él propone ha sido objetada desde varios puntos de vista: 1. Desde la falta de un punto de partida crítico hacia el sistema social; 2. Por la falta de lo ontológico o la estructura lógico-material; 3. Porque falta el sujeto. El propio Jakobs contesta: "Las tres objeciones se formulan con razón. 1. Desde la perspectiva aquí defendida, se opta expresamente por intentar comprender lo que hay antes de pasar a la crítica; 2. Para ello, lo que se intenta comprender es la sociedad, es decir, un sistema de comunicación normativo, no el medio que lo circunda; 3. En consecuencia, lo subjetivo sólo tiene relevancia secundaria." Es decir, Jakobs pretende desvir-

<sup>178</sup> Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría sobre un derecho penal funcional*, op. cit., página 20.

tuar las críticas señalando que su teoría parte, como lo explica, de puntos de vista distintos.<sup>179</sup>

En palabras de este penalista un *derecho penal aterradorador* que disminuya la delincuencia y también los derechos de libertad y respeto a la persona responden a la función que así le asigna una sociedad, por ejemplo en el caso de una sociedad esclavista ésta se mantiene mediante *normas* las de esclavización, "pero la nueva circunstancia de que se trata de la protección de una *norma* no implica que se trate de una *norma jurídica* en sentido enfático", pues el esclavo como caso no se relaciona jurídicamente con un señor como persona, pues la norma debe vincular a ambas partes.

Al lado de la anterior argumentación, este penalista germano sostuvo que el funcionalismo jurídico-penal está en perfectas condiciones para distinguir entre normas "funcionales" y "normas intervencionistas", refiriéndose a que el derecho penal que extienda la protección punitiva a bienes jurídicos de la esfera del derecho privado daría lugar a la llamada "norma intervencionista".

Sin embargo, a nosotros nos parece poco claro distinguir entre "normas" y "normas en sentido enfático", así como hablar de "normas funcionales y normas intervencionistas" si objetivamente unas y otras responden a formulaciones jurídicas positivas, que si bien pueden dejar de responder a intereses sociales, no por ello dejan de tener la calidad de normas, además cuál es la línea divisoria que señala cuándo un bien jurídico corresponde a la esfera del derecho privado (civil, mercantil, etc.) y cuándo son de carácter penal, y más aún si el legislador asume bienes jurídicos civiles como penales, de acuerdo a esta argumentación, podríamos negar categoría de ser "norma" y tener atribuida una función.

En cuestiones particulares la posición funcionalista de Jakobs, al tratar el tema de la imputación objetiva nos dice: "El hecho de que el Derecho penal moderno haya desarrollado una teoría de la conducta típica (riesgo permitido, principio de confianza, actuación a propio riesgo y la pro-

<sup>179</sup> *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, op. cit., páginas 11 y 12.

hibición de regreso, respecto de la cual se desarrolla una discusión más terminológica que material) se inspira en un principio *social funcional*, o al menos, se acomoda a tal principio.<sup>180</sup>

La imputación objetiva penal, para este autor, no tiene la finalidad de que alguien cumplirá adecuadamente su rol social, sino que pretende el restablecimiento del orden normativo.

Puede, en forma muy esquemática decirse, que mientras Roxin pone énfasis en la *función de la pena* en la protección de bienes jurídicos y en la *resocialización y tratamiento psicoterapéutico* para el responsable del delito, Jakobs se preocupa de la *función del derecho penal* en el *restablecimiento del orden jurídico*.

## 12. LA TENDENCIA FUNCIONALISTA DEL CÓDIGO PENAL DE COAHUILA

El Código Penal del Estado de Coahuila que inició su vigencia el 1º de septiembre de 1999 declara en la exposición de motivos que una de las principales innovaciones de este cuerpo de leyes es la nueva estructura del delito de tendencia "finalista y funcionalista".

La exposición de motivos dedica un espacio considerable a la fundamentación política criminal del citado código sustantivo y en su exposición resalta la orientación funcionalista apoyada en el territorio doctrinal de Claus Roxin.

En la exposición de motivos se analiza el desarrollo histórico de las teorías que fundamentan la pena: retribucionistas, prevención especial y prevención general, concluyendo que todos presentan serias objeciones que no pueden fundamentar el *ius puniendi*. Se plantea que el derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: a) Amenazando con la pena; b) Imponiendo penas, y c) Ejecutando penas. El Estado en cada una de estas formas de manifestarse requiere de justificación; en efecto, la teoría preven-

<sup>180</sup> Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, op. cit., página 54.

tiva general se enfoca a la conminación penal; la posición retribucionista se enfoca a la sentencia; y la concepción preventivo especial atiende a la ejecución, a la resocialización del delincuente.

A) La fundamentación de la pena como amenaza o conminación, debe verse en función de que la sanción asegure condiciones de existencia vital de los miembros de la sociedad bajo sustentos éticos mínimos y de contenido humanista que se consagran en bienes jurídicos esenciales.

El derecho penal en esta fase preventivo general está condicionada por principios básico como son:

a) Su naturaleza subsidiaria que consiste en que sólo se pueden punir conductas que lesionen bienes jurídicos esenciales para una vida comunitaria ordenada y pacífica. En ese sentido debe orientarse una sana política criminal, y en este punto dicha exposición de motivos señala "las acciones de subsidiaridad pueden operar también dentro del propio derecho penal sustrayendo a las personas de la reacción más drástica de él; la pena de prisión preventiva, para colocar en su lugar medidas preventivas y sanciones distintas a la privación de la libertad".

El Código Penal que se comenta contempla la pena de prisión, la condena condicional con instrumentos como la reclusión intermitente, trabajos en favor de la comunidad, la multa, la reducción de la pena por concurrir circunstancias atenuantes y un nuevo sistema de faltas penales (sistema que permite considerar determinadas conductas previstas en la ley como delitos y sólo sujetas a multa, cuando la pena señalada no exceda de pena máxima de prisión de tres años).

b) Su límite condicionado al criterio de culpabilidad y a la entidad dañosa.

B) La fundamentación de la pena en su fase retributiva, entendida como la imposición de la pena al individuo, misma que requiere sea justa, compaginando para ello las necesidades de la comunidad y los derechos y autonomía de la personalidad del delincuente.

La pena en este sentido retributiva no debe verse como la "imposición de un mal a quien ha causado un mal", sino que debe atender a la "medida de culpabilidad" y no llegue más allá de la responsabilidad del culpable, que debe ser el límite de la potestad del Estado", de tal suerte que la pena se ajuste estrictamente a la medida de la culpabilidad.

Agrega la exposición de motivos sobre el particular: "La imposición de la pena sirve para la protección subsidiaria y preventiva; tanto general como individual de bienes jurídicos y de prestaciones estatales esenciales, mediante un procedimiento que salvaguarde la autonomía de la personalidad y que al dictar la pena se limite a la medida de culpabilidad."

c) La fundamentación de la pena en su aspecto de ejecución, o de prevención especial, tiene una función resocializadora, donde impere el respeto a la persona delincuente. No es válido, en aras de una resocialización castrar, practicar lobotomías, mutilar, torturar, vejear, humillar en aras de lograr una reeducación de la personalidad del delincuente.

En este último sentido la exposición de motivos que estudiamos señala: "Cualquier esfuerzo resocializador sólo puede ser una oferta al delincuente para que se ayude a sí mismo con el trabajo, la educación y la capacitación, pero tiene que ir a casa cuando cumpla el tiempo de la pena, aun cuando esa ayuda se omita o se rechace. Además, siempre habrá otros que volverán a tropezar por debilidad."

La pena de prisión debe ser dirigida a los delincuentes graves y en su reclusión en penitenciarías se deben cumplir los objetivos constitucionales señalados por su artículo 18: readaptar socialmente al delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. Objetivo que pensamos actualmente está lejos, a veces muy lejos de cumplirse en nuestros centros penitenciarios.

En el Código Penal de Coahuila, la influencia de la sistemática funcionalista, es indiscutible y sólo para corroborar y por considerar importante resaltar la visión funcionalista de este cuerpo de leyes, vamos a citar, en relación a libertad condicional lo que en la exposición de motivos aparece: "Es menos costoso social y económicamente un

delegado de libertad vigilada para cincuenta personas sujetas a libertad condicional y sometidos a tratamiento en libertad o a trabajos en favor de la comunidad, que el gasto de cincuenta espacios carcelario que ocupen durante años de encierro ocioso y criminógeno.”

El funcionalismo ha permitido fijar los ojos en la interdependencia que debe existir entre dogmática penal y política criminal, pero debemos avanzar más aún, e incluir a la criminología. Ningún juez, a futuro y mejor dicho al presente, puede concretarse al dominio de la teoría del delito, debe además tener clara la fundamentación político-criminal de la pena y a la vez el bagaje criminológico que nutre a la política criminal.

De la delimitación de la política criminal con la dogmática jurídico-penal, de una parte, y con la criminología, de otra parte, resulta la imagen total de la justicia criminal como un edificio que descansa sobre tres pilares: la criminología, que investiga el fenómeno criminal bajo todos sus aspectos, el Derecho Penal, que establece los preceptos positivos con que la sociedad afronta este fenómeno criminal y finalmente la política criminal, arte y ciencia al propio tiempo, cuya función práctica es, en último término, posibilitar la mejor estructura de estas reglas legales positivas y dar las correspondientes líneas de orientación, tanto al legislador que ha de dictar la ley como al juez que ha de aplicarla, o a la administración ejecutiva que ha de transponer a la realidad el pronunciamiento judicial.<sup>181</sup>

Por nuestra parte y a manera de colofón de este capítulo podemos decir que el sistema funcionalista permite avanzar, profundizar y poner de relieve un aspecto que el Derecho Penal y en particular la teoría del delito le ha dedicado menos esfuerzos como es el de la política criminal y concretamente a la función de la pena y al resaltarlo parece revivir la crítica añeja a los estudiosos del derecho penal, en el sentido de que de la dogmática penal se olvidaba de los sujetos del drama penal: la Sociedad, el delincuente y la víctima.

<sup>181</sup> Zipf, Heinz, *op. cit.*, página 15.

## CAPÍTULO V

### CONCLUSIONES

En forma resumida y abordando los principales puntos de divergencia entre el sistema causalista y el finalista, exponemos las siguientes conclusiones, que se apoyan en lo ya expuesto en este trabajo.

La necesidad de perfeccionar las leyes penales y su aplicación es ineludible, la política criminal debe estar constantemente atenta a todo aquello que garantice una mejor convivencia social, sin detrimento de los derechos fundamentales del individuo.

La profundización de los conceptos que conforman la teoría del delito es una consecuencia de esa necesidad, siempre perenne de sistematización que apoyada en el estudio de la ley proporcione los instrumentos valiosos para su conocimiento y aplicación.

No han faltado voces que consideran inútil y nociva la extrema tecnificación del estudio de la teoría del delito; tal parece que sólo unos cuantos (los iniciados en estos estudios), pueden ser capaces de comprender sus misterios, contra el principio de que las leyes, al estar dirigidas a todos, deben ser sencillas y comprensibles para el común denominador.

No cabe duda, que en parte, estas críticas son acertadas y por ello debemos procurar que las leyes penales, su interpretación y aplicación se vayan haciendo cada vez más sencillas y comprensibles.

Algunos destacados penalistas han afirmado que las disputas entre los causalistas y finalistas no tienen importancia, pues al fin y al cabo, unos y otros estudian al delito; aseguran que sus diferencias no son radicales, ambas estudian la acción, la tipicidad, la *antijuridicidad* y la culpabilidad. No participamos de este punto de vista; por el

contrario, pensamos que si fuera así este trabajo y el esfuerzo de tantos destacados penalistas sería inútil; consideremos que no es así, porque si nos echamos a cuestras el estudio y explicación (tal vez sin conseguirlo) de los sistemas causalista y finalista, es debido a que ambos sistemas han abordado desde sus respectivos puntos de vista, *la solución de problemas prácticos de lo que ocurre cada día en los tribunales*. El sistema como explicación coherente del estudio del delito y la ley, pretende ser instrumento valioso para quien al servirse de ella encuentre respuesta a múltiples problemas jurídico-penales de la vida cotidiana.

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

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

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

El sistema de la acción finalista rechaza esta concepción que considera refida con la propia realidad y con lo preceptuado por la ley. No es posible, a su juicio, separar la voluntad de ejecutar una acción, de su finalidad; la acción es "vidente". Lo importante no es el resultado, como lo destaca el causalismo, sino la propia acción.

El causalismo coloca en el plano objetivo a la acción, la tipicidad y la *antijuridicidad*; a la culpabilidad pertenece lo subjetivo. El finalismo plantea que tal división fuerza la realidad, pues quien ejecuta una conducta toma en cuenta

la finalidad de la misma y sus efectos concomitantes, pero esta finalidad está en su mente, en el campo subjetivo.

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

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

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

El finalismo ubica en la teoría del tipo el estudio de error de tipo, referido a los errores invencibles, vencibles o irrelevantes, en que la conducta dolosa puede incurrir respecto de los elementos del tipo. Así el error invencible destruiría el dolo de tipo, el vencible, podrá dar lugar a culpa y el irrelevante dejará intacto el dolo. También se debe

al finalismo la elaboración de la teoría del error de prohibición, que también puede ser invencible o vencible, el primero anula la culpabilidad del sujeto porque incurre en un error insuperable sobre la conciencia de la *antijuridicidad* de la conducta, el error vencible da lugar a una culpabilidad disminuida.

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

En el causalismo, el estudio de la *antijuridicidad* se ubica en un plano objetivo, sin embargo, el problema de los elementos subjetivos del injusto vuelve a plantear problemas que quedan insolubles. El finalismo al ubicar el dolo y otros aspectos subjetivos en el tipo, no se plantea esas incongruencias del sistema causalista.

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

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

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

En algunas ocasiones hemos externado que quien investido de la honorable condición de juez tiene que decidir la pena aplicable al sujeto acusado y graduarla conforme a su culpabilidad, *está jugando a ser Dios*, responsabilidad de

la mayor magnitud, de la que deberá dar cuenta, no sólo a la sociedad, sino a sí mismo, y si es creyente, al Altísimo. Al decidir sobre la responsabilidad le toca aplicar la pena, individualizar ésta con base en el reproche, y todo esto lo podía hacer cada vez mejor, mientras más penetre en el estudio de los temas de la teoría del delito.

Consecuencia de la diversa solución, que le asignan causalistas y finalistas a los elementos del delito, también es diversa solución a los aspectos negativos del delito, desde los casos de ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, y de inculpabilidad, que ya se fueron apuntando a lo largo de este trabajo.

La teoría finalista se ha venido abriendo campo en la teoría del delito. En México han predominado los penalistas afiliados al sistema causalista, de ellos recibimos en las aulas y en la vida profesional múltiples enseñanzas, y para todos ellos nuestros respetos, pero seguros estamos de que el sistema finalista se seguirá abriendo camino; más aún, ya otros sistemas, algunos inspirados o basados en el finalismo, aparecen planteando nuevas soluciones, como son la teoría de la acción social, y muy especialmente el sistema lógico matemático propuesto por distinguidos penalistas mexicanos.

A partir del 4 de septiembre de 1993 entró en vigor el decreto que reformó los artículos 16, 19, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y de dichas reformas es digno de resaltar en relación al presente estudio lo siguiente:

a) La orden de aprehensión, que de acuerdo al anterior texto, exigía que además de ser librada por autoridad judicial, estuviese precedida de *denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado por la ley con castigo de pena corporal y apoyado por declaración, bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hicieren probable la responsabilidad del acusado.*

En el texto vigente reformado la exigencia constitucional va mas allá, es decir, ya no es suficiente la declaración de persona digna de fe u otros datos que hagan probable

la responsabilidad del acusado, ahora deben *acreditarse los elementos que integran el tipo penal*.

La reforma constitucional nos conduce a la necesidad de plantear, ¿cuáles son esos elementos del tipo penal?, los vamos a contemplar bajo el prisma del sistema causalista y por ende sólo referirnos a los llamados elementos objetivos, dejando al margen el dolo o la culpa, o bien, a la manera del finalismo el tipo comprende precisamente el estudio del dolo o la culpa como elementos subjetivos del tipo.

De manera semejante debemos plantearnos la interrogante respecto al artículo 19, precepto que abandona el concepto de *cuerpo del delito* y adopta la exigencia de que se acrediten los *elementos del tipo penal* y la *probable responsabilidad del detenido* para poder dictar en su contra un auto de formal prisión.

A partir de las citadas reformas constitucionales, los juzgadores quedan obligados a precisar en sus resoluciones, relativas a órdenes de aprehensión, autos de formal prisión y sin duda sentencias, que quedaron probados los elementos del tipo penal que es objeto del procedimiento penal en cuestión.

Las tesis jurisprudenciales creadas al amparo de la anterior redacción del artículo 16 constitucional que señalaban que en materia de órdenes de aprehensión sólo se exigían datos o indicios que hicieren probable la responsabilidad del acusado, o bien, que apareciendo datos a favor y en contra del acusado, la orden decretada en esas condiciones resultaba constitucional, tales criterios, en vía de ejemplo ya no deben aplicarse, pues ahora se exige que deben acreditarse los elementos que integran el tipo penal.

La necesidad de penetrar en el sentido en que los preceptos constitucionales en vigor emplean el concepto *elementos que integran el tipo penal*, obliga a los juristas al estudio de temas como los abordados en este trabajo.

A su vez, los códigos penales y de procedimientos penales federales cuyas reformas entraron en vigor el primero de febrero de 1994, también hacen referencia constante

a los elementos del tipo penal, así por ejemplo el artículo 9º del código penal federal reza:

obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley

Este cuerpo de leyes en su artículo 15 al consignar las causas de exclusión del delito señala en su fracción II, que será causa de exclusión la falta de alguno de los elementos del tipo penal.

Al observar que este artículo incluye otras fracciones como el error invencible, tal parece que el código penal federal sigue en estos importantes puntos al sistema causalista.

Seguramente que las importantísimas reformas constitucionales y del orden penal federal van a plantear muchas interrogantes y seguramente darán campo de estudio a los penalistas sobre el tema de la teoría del delito y la esencia de los elementos del propio delito y de los elementos del tipo.

Permítasenos citar las palabras de Richard Busch, quien en su obra *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, escribe:

Las contradicciones internas y la confusión dogmática que motivaron la irrupción de la teoría normativa de la culpabilidad y de la teoría de los elementos subjetivos del injusto en el sistema jurídico penal clásico, deben ser, pues, rechazadas. Por esta razón necesitamos una causa nueva desde los cimientos... El concepto finalista de la acción hace posible... la construcción de un sistema jurídico penal, cuya articulación sea clara y sencilla, no sólo tiene valor didáctico. La teoría del delito basada en este sistema permite resolver en forma dogmáticamente clara y objetivamente concretas controversias hasta ahora no disminuidas, y los problemas que se planteen los aclara tanto. que en los casos concretos puede encontrarse la decisión correcta. Sólo con esto se muestra su superioridad frente al sistema jurídico penal tradicional. Además, la teoría

finalista de la acción ofrece el único fundamento para aquella concepción del injusto que incide en las raíces del derecho penal, como se ha advertido ampliamente (bajo dos contraposiciones: derecho penal del resultado o derecho penal de voluntad, lesión de un bien jurídico o transgresión de un deber), en la discusión científica de los últimos años.

El causalismo y el finalismo son parte de la evolución progresiva e infinita del derecho, son manifestaciones perfectibles de la obra humana, estos sistemas ya son escalones de otros. La meta, un derecho perfecto, que no por inalcanzable, deja de ser faro que ilumina el camino del hombre y del penalista en particular.

A la fecha en que inicialmente este trabajo fue publicado, mencionábamos que el día 4 de septiembre de 1993, entró en vigor el decreto que reformó los artículos 16, 19, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como se puede observar en la lectura de este capítulo; pues bien con fecha 8 de marzo de 1999 se publicó nuevamente otra reforma a los artículos 16 y 19 de la Carta Magna.

La iniciativa del Ejecutivo de la Nación que culminó en las recientes reformas, señalaba como puntos destacados en su exposición de motivos los siguientes:

a) En materia de procuración no se avanzó en la misma proporción que en el terreno de la administración de justicia, lo que exigía restablecer el equilibrio entre ambas.

b) La delincuencia ha aumentado a índices alarmantes debido al desempleo o subempleo por períodos de crisis, o la impunidad y al rezago del marco jurídico.

c) La delincuencia organizada se ha convertido en una grave amenaza que requiere para su combate de mejores herramientas jurídicas.

d) La reforma de 1993 al artículo 16 consideró teorías y escuelas de otras naciones que no corresponden al desarrollo del Derecho Penal Mexicano, al exigirse acreditar los *elementos del tipo penal* como uno de los requisitos para librar orden de aprehensión.

e) Después de 4 años de aplicarse la reforma de 1993 se ha observado que por tecnicismos legales, presuntos delinquentes evaden la acción de la justicia, y en 1997 de todas las averiguaciones consignadas a la autoridad judicial, sólo se obsequiaron el 20% de ellas, debido al *grado excesivo de exigencia probatoria* impuesta al Ministerio Público, lo que ha provocado mayor delincuencia e impunidad.

f) Se propone flexibilizar los requisitos del 16 constitucional y la reforma (o contrarreforma) propone que se exija que *existan datos que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal...*

g) Por cuanto hace al artículo 19 la reforma propone sobre el tema que "existan datos que acrediten la plena existencia de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal..."

La reforma aludida fue objeto de análisis en consulta con grupos sociales, y al parecer se mostró rechazo por parte del Foro Nacional considerando que la reforma sacrificaba la seguridad jurídica del ciudadano y favorecía el aparato de procuración de justicia que había demostrado ineficiencia en la integración de las averiguaciones.

En el proceso legislativo esta iniciativa fue modificada y la reforma quedó aprobada y publicada el 8 de marzo de 1999, y en lo que es el tema que nos ocupa su texto quedó de la siguiente forma:

ART. 16.—No podrá librarse orden de aprehensión... y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

ART. 19.—Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas... sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

La reforma suprimió en los artículos 16 y 19 el concepto de "elementos del tipo" y los sustituyó por el de "cuerpo del delito".

A nuestro juicio, la esencia del hecho delictivo a que aluden los preceptos constitucionales que venimos señalando corresponden a la materia penal, por lo que, parece más propio el manejo de "elementos del tipo" que el de "cuerpo del delito" de origen procesal; además desde el esquema causalista-naturalista de Liszt Beling el manejo de los elementos del tipo arranca de 1906 a la fecha y se hubiese logrado un efecto semejante a lo aprobado si se hubiese aceptado la iniciativa en sus términos, es decir, conservando el concepto de "elementos del tipo".

La reforma constitucional no precisa el contenido del concepto "cuerpo del delito". Será la legislación federal penal o la del orden común la que señale lo que debe entenderse por "cuerpo del delito", si bien la tradición apunta en el sentido de que su contenido son "los elementos objetivos, externos o materiales apreciables por sentidos" que se desprenden de la descripción típica"; pero puede suceder que la legislación le dé un contenido más amplio, y abarque a elementos no sólo objetivos, sino subjetivos y normativos, lo que nos llevaría a considerar una equiparación de los conceptos del "cuerpo del delito" y "elementos del tipo".

El dilema que se plantea en adoptar determinado contenido para el concepto "cuerpo del delito" radica, a nuestro modo de ver, entre la seguridad de la protección de la garantía de libertad para el individuo y la seguridad de la protección a la sociedad de las conductas que dañan o ponen en peligro bienes jurídicos. Es decir, si se opta por asignar al "cuerpo del delito" el tradicional contenido referido a "elementos objetivos o materiales" se pone en riesgo la garantía de libertad; si elegimos otorgar al "cuerpo del delito" la suma de elementos objetivos, subjetivos y normativos ello redundará en mayor seguridad jurídica a quien se le impute la comisión de un delito, para ello obligará a un mayor esfuerzo del aparato de procuración de justicia de

allegarse los elementos probatorios que acrediten los elementos del tipo.

El penalista Miguel Ángel Mancera Espinoza después de estudiar el tema que ahora nos ocupa se pregunta: ¿La reforma de 1999 es un avance o un retroceso? A su juicio si el "cuerpo del delito" se va a contemplar en la legislación secundaria como la necesidad de acreditar todos los elementos del tipo, no será realmente un retroceso; si se le va asignar el contenido de referirse únicamente a elementos materiales u objetivos, o sea, a un concepto de hace más de 100 años, advierte sobre la amenaza de un estado totalitario, y quien calle ante esta situación a su juicio, se convierte en "cómplice" y puede ser "víctima".

Mientras la ley se afine en la protección de la libertad del individuo tenemos que cerrar filas en ese sentido, pero para lograr ese objetivo se requiere de autoridades, abogados y ciudadanos más preparados. Para el foro profundizar en el estudio de las sistemáticas que se debaten en la actualidad es un reto, que nunca va a concluir, pues no podemos olvidar uno de los mandamientos del abogado "Estudia pues si dejas de estudiar cada día serás menos abogado".

Aceptar como contenido del "cuerpo del delito" únicamente a los elementos objetivos o materiales previstos en el tipo llevará a plantear los problemas de la tentativa, de los elementos subjetivos del tipo y del injusto, de la responsabilidad objetiva, etc. que el finalismo, o el modelo lógico, ya había superado. De ser así hemos retrocedido, si al "cuerpo del delito" le asignamos un contenido de elementos objetivos y subjetivos en realidad se conservará lo avanzado.

En la actualidad se vislumbran problemas en cuanto a la aplicación de la reforma de marzo de 1999. En efecto, para algunos tribunales federales, la solicitud de órdenes de aprehensión sólo requieren satisfacer los requisitos objetivos o materiales del tipo, previstos en el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales, no así los demás elementos que se refieren a aspectos subjetivos o normativos, entre ellos el dolo o la culpa; para otros tribunales mientras no se limite el contenido de los elementos del tipo, éste abarca a objetivos y subjetivos, los cuales deben ser satisfechos.

Puede suceder que a futuro las legislaciones federales y las comunes de los estados prevean diverso contenido al concepto "cuerpo del delito", o bien, no señalen ninguno, ello obligará a la larga a los tribunales colegiados, y en contradicción de tesis a la Suprema Corte de Justicia, a fijar criterios sobre este particular, criterio que pueden variar, dependiendo del contenido que las leyes penales o procesales penales federal o de los estados asignen al "cuerpo del delito".

No somos optimistas, todo apunta que se va a generalizar la aceptación de que el contenido del concepto "cuerpo del delito" se entienda únicamente conformado por elementos materiales u objetivos del tipo delictivo a que se refiere el caso concreto a estudio.

LIC. OCTAVIO ALBERTO ORELLANA WIARCO

Torreón, Coah., febrero del año 2000

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTAVILLA, ENRICO, "La culpa", Edit. Temis, Bogotá, 1956.
- ANTOLISEI, FRANCISCO, "El estudio analítico del delito", introducción del italiano por Ricardo Franco Guzmán, Edic. Anales de Jurisprudencia, México, 1954.
- BALLVE FALLISE, FAUSTINO, "Función de la tipicidad en la dogmática", México.
- BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 5ª edición, Ed. Siglo XXI, México, 1998.
- BECCARIA, CÉSAR, "Tratado de los delitos y de las penas", 3ª edición facsimilar, Edit. Porrúa, México, 1988.
- BETTICCI, GIUSEPPE, "El método de la consideración unitaria del delito", traducción del italiano por Luis Fernández Doblado, *Criminología*, México, año XXIII, núm. 6, junio de 1957.
- BUSCH, RICARDO, "Modernas transformaciones de la teoría del delito", Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1969.
- CARRERA, FRANCISCO, "Programa del curso de Derecho Criminal", Parte General, vol. I, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1971.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO, "Lineamientos de Derecho Penal", Edit. Porrúa, México.
- CEVALLOS, VICENZO, "El elemento subjetivo del delito. La culpabilidad", *Criminología*, México, núm. 1, enero de 1958.
- COBOS GÓMEZ DE LINARES, MIGUEL A., "Presupuestos de error sobre la producción", Edit. Ederse, Madrid, 1987.
- CÓRDOBA RODA, JUAN, "Culpabilidad y pena", Edit. Bosch, Barcelona, España, 1977.
- CHÁZARO G., MARÍA ISABEL, "Ensayo sobre la causalidad en la omisión", Veracruz, México, 1959.
- Criminología*, publicación de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año LXV, No. 1, México, D. F. Ene-Abr., 1999, que contiene los siguientes artículos de interés para los temas de esta obra, "El sistema penal: valoración y crítica, por el Dr. Edmundo René Bodero G." y "La crisis del sistema penal mexicano por Fernando García Cordero".
- FRANCISCO GUZMÁN, RICARDO, "Delito e injusto", México, 1950; "La culpabilidad y su aspecto negativo", *Criminología*, México, 1949.

- FONTÁN BALLESTRA, CARLOS, "Manual de Derecho Penal", Edit. Depalma, Buenos Aires, 1949.
- GALLAS, WILHELM, "La teoría del delito en su momentos actual", Edit. Bosch, Barcelona, España, 1959.
- GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL, "Teoría jurídica del delito", reimpresión, Edit. Civitas, Madrid, 1988.
- HASSEMER, WINFRED Y MUÑOZ COMDE, FRANCISCO, "Introducción a la Criminología y el Derecho Penal", Edit. Titant lo Blanch, Valencia, España, 1989.
- JAKOBS, GÜNTHER, "La imputación objetiva en Derecho penal", Edit. Civitas, Madrid, España, Reimpresión, 1999; y "Sociedad norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional", Edit. Civitas, Madrid, España, Edición, 1996.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH, "Tratado de Derecho Penal", Parte General, 4ª edición, Edit. Comares, Granada, España, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, "Tratado de Derecho Penal", 4ª edición, Edit. Losada, Buenos Aires, 1963; "La ley y el delito", 1ª edición, Edit. Hermes Sudamericana, México, 1986.
- JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, "La antijuridicidad", Imprenta Universitaria, México, 1952.
- LARDIZÁBAL Y URIBE, MANUEL DE, "Discurso sobre las penas", edición facsimilar de la 1ª edición, Madrid, 1782, Edit. Porrúa, México, 1982.
- LISZT, FRANZ VON, "Tratado de Derecho Penal", 2ª edición, Edit. Reus, Madrid, 1927.
- LÓPEZ PÉREZ, VALDIMIRO, "La culpa en la legislación papel mexicana", tesis profesional, México, 1957.
- MAGGIORE, GIUSEPPE, "Derecho Penal", Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1954.
- MAPPPELLI CAFFARENA BORJA Y TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 1ª edición, Ed. Civitas, Madrid, España, 1990.
- MÁRQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL, "El tipo penal", Edit. UNAM, México, 1986; "Derecho Penal", Parte General, 1ª edición, Edit. Trillas, 1986.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita *La imputación objetiva del resultado*, Edit. Edersa, Madrid, 1992, pp. 44 y 45.
- MEZGER, EDMUNDO, "Tratado de Derecho Penal", Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946; "Derecho Penal", Parte General, 2ª edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990.
- MONTERROSO SALMATIERRA, JORGE EFRAÍN, "Culpa y omisión en la teoría del delito", Edit. Porrúa, México, 1993.
- MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS, "Consideraciones dogmáticas y político criminales en torno a la culpabilidad". Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal, 1981; "Teoría general del

- delito"; "Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana", *Criminología*, año LVIII, núm. 3, México, 1992.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "Teoría general del delito", 2ª edición, Edit. Tirant Blanch, España, 1989; "Teoría general del delito", Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1990; "El error en Derecho Penal", Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO, "Fundamentos de los delitos de omisión", Edit. Depalma, Buenos Aires, 1984.
- OPELLANA WUARCO, OCTAVIO ALBERTO, "La preterintencionalidad", Tercera Especie de la Culpabilidad, México, 1959.
- PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, "La causalidad en el delito", Edit. Jus, México, 1977; "Manual de Derecho Penal Mexicano", Parte General, 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 1967.
- PESSINA, ENRIQUE, "Elementos de Derecho Penal", 4ª edición, Edit. Reus, Madrid.
- PECO, JOSÉ, "Proyecto de Código Penal", Exposición de Motivos, Buenos Aires, 1942.
- FORTE PETIT, CELESTINO, "Importancia de la dogmática jurídico penal", Edit. Gráfica Panamericana, México.
- REYES NAVARRO, ÁNGEL, "Ensayo sobre la preterintencionalidad", México, 1949.
- ROXIN, CLAUD, *Política criminal y estructura del delito*, 1ª edición, Ed. P.P.U., Barcelona, España, 1992.
- , "Problemas básicos del Derecho Penal", Contribución a la crítica de la teoría final de la acción, Edit. Romo, Madrid, 1976; "La culpabilidad y prevención en Derecho Penal", Edit. Reus, Madrid, 1981.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, LUIS, "Teoría del delito imprudente", Edit. Ministerio de Justicia, 1991.
- SOLER, SEBASTIÁN, "Derecho Penal Argentino", 1ª reimpresión, Edit. Tea, Buenos Aires, 1951.
- STRUENSKY, EBERHARD, "Acercas de la legitimación de la *imputación objetiva* como categoría complementaria del tipo objetivo", compilación de trabajos "El derecho penal de hoy", en Homenaje al Prof. David Baigún, Ed. del Pueblo, Argentina, Buenos Aires, 1995.
- TOZZINI, CARLOS A., "Dolo, error y eximentes putativas", Edit. Depalma, Buenos Aires, 1964.
- VELA TREVIÑO, SERGIO, "Antijuridicidad y justificación", 3ª edición, Edit. Trillas, México, 1990.
- VIDAURRI ARÉCHIGA, MANUEL, "Sobre la culpabilidad en el pensamiento de Claus Roxin", Edit. Facultad de la Universidad Panamericana, México, 1990.

- VILLALOBOS, IGNACIO, "La imputabilidad y su ausencia", *Criminología*, año XXVI, México, 1960; "Derecho Penal Mexicano", Edit. Porrúa, México, 1960.
- WELZEL, HANS, "Derecho Penal Alemán", 12ª edición, Edit. Jurídica de Chile, 1987; "La dogmática en el desarrollo penal", Edit. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1972; "Lo permanente y lo transitorio en la Ciencia del Derecho Penal", *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, Núm. 1, Enero-Junio, 1978.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, "Tratado de Derecho Penal, 1ª edición, Edit. Cárdenas Editores, México, 1988.
- ZIPP, HEINZ, *Introducción a la política criminal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Jaen, España, 1979.

## ÍNDICE

PRÓLOGO A LA OCTAVA EDICIÓN .....	IX
PRÓLOGO A LA NOVENA EDICIÓN .....	XI

### CAPÍTULO I

#### SISTEMA CAUSALISTA

1. INTRODUCCIÓN .....	1
2. ANTECEDENTES .....	2
3. LA ESCUELA CLÁSICA .....	3
4. LA ESCUELA POSITIVISTA .....	5
5. LAS TEORÍAS UNITARIA Y ANALÍTICA DEL DELITO ..	6
6. EL SISTEMA CAUSALISTA .....	9
7. ACCIÓN U OMISIÓN .....	10
a) <i>Manifestación de la voluntad</i> .....	11
b) <i>Resultado</i> .....	14
c) <i>Nexo causal</i> .....	14
8. AUSENCIA DEL ACTO O ACCIÓN .....	15
9. LA TIPICIDAD .....	16
10. LA ATIPICIDAD .....	23
11. LA ANTIJURIDICIDAD .....	24
12. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN .....	30
13. LA IMPUTABILIDAD .....	33
14. LA INIMPUTABILIDAD .....	38
15. LA CULPABILIDAD .....	39
16. EL DOLO .....	45
17. LA CULPA .....	54
18. LA PRETERINTENCIONALIDAD .....	62
19. LA INCULPABILIDAD .....	66
20. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD .....	72
21. LA FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	73

22. LA PUNIBILIDAD .....	74
23. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS .....	79

## CAPÍTULO II

### TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

1. FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA	81
2. IMPORTANCIA DE LA TEORÍA FINALISTA COMO LÍMITE DEL PODER DEL ESTADO .....	84
3. LA ACCIÓN FINALISTA .....	87
4. AUSENCIA DE ACCIÓN .....	95
5. ACCIÓN TÍPICA FINALISTA .....	96
6. CAUSAS DE ATIPICIDAD .....	102
7. ANTIJURIDICIDAD E INJUSTO .....	105
8. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN .....	110
9. LA CULPABILIDAD .....	111
10. CAUSAS DE INculpABILIDAD .....	126

## CAPÍTULO III

### FUNDAMENTOS DE LAS TEORÍAS CAUSALISTA Y FINALISTA

1. FUNDAMENTOS DE LAS TEORÍAS CAUSALISTA Y FINALISTA	133
2. CONDUCTA TÍPICA .....	136
A) <i>La acción</i> .....	136
B) <i>La omisión</i> .....	139
a) <i>La omisión propia</i> .....	139
b) <i>La omisión impropia</i> .....	141
C) <i>Nexo causal</i> .....	144
3. AUSENCIA DE CONDUCTA .....	146
4. TIPO Y TÍPICIDAD .....	147
a) <i>Tipo de dolo</i> .....	148
b) <i>Error de tipo</i> .....	148
c) <i>Tipo de culpa</i> .....	149
5. CAUSAS DE ATIPICIDAD .....	152
6. ANTIJURIDICIDAD E INJUSTO .....	153

ÍNDICE	217
7. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN O EXCLUSIÓN DEL INJUSTO .	156
8. CULPABILIDAD .....	157
a) <i>La imputabilidad</i> .....	157
b) <i>Conciencia de antijuricidad</i> .....	157
c) <i>La exigibilidad de otra conducta</i> .....	159
9. CAUSAS DE INculpABILIDAD .....	161
10. CONSIDERACIÓN FINAL .....	161

## CAPÍTULO IV

### SISTEMA FUNCIONALISTA

1. CONCEPTO DE FUNCIONALISMO .....	165
2. LA SISTEMÁTICA FUNCIONALISTA .....	168
3. EL PROBLEMA DE LA PENA COMO FUNCIÓN PRIMORDIAL EN EL DERECHO PENAL .....	170
A) <i>La Teoría de la retribución</i> .....	172
B) <i>La Teoría de la prevención general</i> .....	173
C) <i>La Teoría de la prevención especial</i> .....	174
4. FUNCIÓN DE LA PENA .....	174
5. RELACIONES DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y LA TEORÍA DEL DELITO EN LA SISTEMÁTICA FUNCIONALISTA ..	177
6. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA .....	178
7. LA CULPA EN LA SISTEMÁTICA FUNCIONALISTA ....	180
8. CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	185
9. LA CULPABILIDAD EN LA SISTEMÁTICA FUNCIONALISTA	188
10. MEDICIÓN DE LA PENA .....	191
11. LA POSICIÓN DE JAKOBS EN LA SISTEMÁTICA FUN- CIONALISTA .....	192
12. LA TENDENCIA FUNCIONALISTA DEL CÓDIGO PENAL DE COAHUILA .....	195

## CAPÍTULO V

CONCLUSIONES .....	199
BIBLIOGRAFÍA .....	211



SE TERMINÓ ESTA OBRA EL DÍA 5 DE NOVIEMBRE DE 2004 EN  
CASA ALDO MANUZIO

Tennessee núm. 6, Col. Nápoles - 03810 México, D. F.

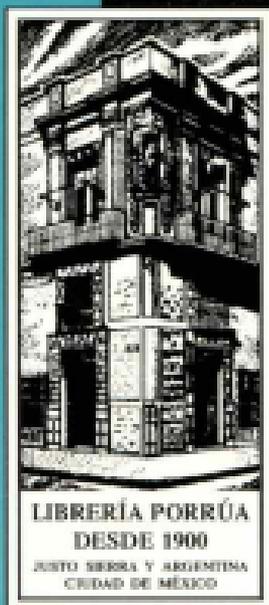


SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA  
DEL ESTADO DE TAMAULIPAS  
BIBLIOTECA  
"LIC. ANICETO VILLANUEVA MIZ."  
CD. VICTORIA, TAM.



GOVERNMENT OF CANADA  
BIBLIOTECA  
NATIONAL LIBRARY OF MEDICINE  
OTTAWA, CANADA

B-3



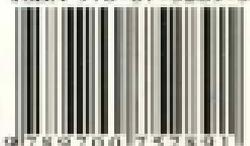
Con apoyo de las valiosas aportaciones de la teoría finalista de la acción, Claus Roxin propone la teoría sistemática funcionalista, la cual se ha difundido en nuestro país, por lo que es necesario conocer sus implicaciones teóricas y prácticas.

Preocupa a los funcionalistas la marginación que la dogmática jurídico penal hace de la política criminal, pese a que ambas encuentran en la función de la pena su razón de existir; la primera porque la culpabilidad es el concepto esencial de la teoría del delito y de la medida de la pena; la segunda, porque la culpabilidad debe su fundamentación en la necesidad de aplicar la pena para lograr la resocialización del individuo a través de un tratamiento psicoterapéutico y constituir un límite en su aplicación por el poder punitivo del Estado.

Es así como la pena y sus fines son la esencia tanto de la política criminal como de la dogmática jurídico penal, guardianes de los derechos del individuo y de la seguridad social.

*Decimocuarta edición*

ISBN 970-07-5289-5



9 789700 752891