

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DOCTORADO EN DERECHO**

TESIS

DOGMÁTICA PENAL Y LA REFORMA PENAL EN MÉXICO

**QUE EN OPCIÓN AL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO**

PRESENTA:

LIC. Y M.C.P. GUILLERMO GONZÁLEZ MOYAR

**DIRECTOR DE TESIS.
DR. ALFONSO VERDE CUENCA**

**CIUDAD UNIVERSITARIA
2006**

RESUMEN

En la presente tesis se pretende resaltar el gran papel que juega la dogmática penal en la configuración del delito y la trascendencia que representa el seguimiento de una determinada corriente doctrinal o metodológica, por tanto es incongruente adoptar diversas corrientes doctrinales que dificultarán el resultado de la reforma penal que ahora reclama nuestra sociedad.

En el Capítulo primero estudiamos la Teoría del delito la cual nace de la mano de la dogmática penal a finales del siglo XIX cuando aparece la obra de Franz Von Liszt “Tratado de Derecho Penal” en el año de 1881, lo que trae consigo el auge científico de la Teoría general del delito.

Se hace una breve exposición de las Escuelas penales para posteriormente admitir de manera sencilla las diversas orientaciones y sistemáticas que abordan su estudio.

Entramos también al concepto del delito y el consenso general de la mayoría de los tratadistas en Derecho penal es en el sentido de considerar al delito como escindible en cada elemento.

Analizamos en este capítulo lo referente a la dogmática penal por la relación que guarda con la teoría del delito y con la norma penal, y que Claus Roxin afirma se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales u opiniones de la doctrina científica del Derecho penal.

Con la dogmática penal aparecen las construcciones sistemáticas que le han dado la vuelta al mundo: causalismo, finalismo,

funcionalismo; las cuales precisaremos en capítulos posteriores con más profundidad.

Observamos también que la dogmática penal no puede permanecer estática en el devenir de las disposiciones jurídicas, la realidad social no puede estar atada a principios inmutables, la dogmática penal debe enfocar su estudio al contenido mutante de las propias normas jurídicas para así adecuarlas a la vida social. Finalizamos el capítulo con los comentarios que justifican la razón poderosa de la evolución doctrinal.

En el Capítulo Segundo realizamos un análisis de los conceptos básicos del sistema causalista, postulados y principios que sustenta la estructura del delito y el estudio sistemático de la integración del delito apoyado en la teoría analítica o atomizadora.

Quien introduce este sistema es Franz Von Liszt quien se basa en el concepto de acción como un fenómeno causal natural como punto de partida del delito. Este sistema analiza el delito a partir de la ley penal, lo que conocemos como dogmática penal. Von Liszt emplea el método naturalístico muy de boga a fines del siglo XIX.

El sistema causalista se caracteriza por ser un proceso causal carente de finalidad, es decir, se presenta ciego con respecto de lo perseguido por el sujeto. Confrontaremos los diversos conceptos del sistema causalista con el sistema finalista ya que nos lleva a resultados divergentes tanto en el plano teórico y práctico.

Examinamos la Teoría Finalista de la Acción en el Tercer Capítulo, para tal efecto se estudian sus fundamentos, integración y elementos del delito con base en el finalismo y postulados que sustenta.

Hans Welzel es el brillante jurista que da nacimiento a esta teoría también llamada “Teoría de la acción finalista”. Welzel sienta las primeras bases en 1928. Para la teoría finalista de la acción, la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista y no solamente causal. Así tenemos que la finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras la pura causalidad no está dirigida a ese objetivo, sino que es el resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes, por eso se dice que la finalidad es vidente y el causalismo es ciego.

En el Capítulo Cuarto se hace una revisión al Sistema Funcionalista en el terreno doctrinal del destacado autor Claus Roxin y cuya génesis es en el año de 1962, sin dejar el estudio de la Teoría de la Imputación Objetiva. Estudiamos las ideas de Günter Jakobs quien reestructuró esta teoría.

Escudriñamos en este capítulo que para Roxin es necesario superar la idea de Von Liszt de que el “Derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal”. Roxin representa la ruptura que existía entre política criminal y Derecho penal. 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.

Observamos que para la sistemática funcionalista es de capital importancia determinar que función se le va asignar a la pena como expresión fundamental de la sanción penal, de ahí que para la postura

funcionalista la dogmática penal debe estar orientada políticamente por los principios rectores de una teoría de la pena.

Analizamos el punto de vista de Günter Jakobs quien considera que el funcionalismo jurídico penal es aquella teoría según la cual el Derecho está orientado a garantizar la identidad normativa de la Constitución y la sociedad, cuyo objeto es resolver un problema del sistema social.

Resaltamos el criterio de Claus Roxin quien 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, en tanto que Jakobs se preocupa de la función del Derecho penal en el restablecimiento del orden jurídico.

En el Capítulo Quinto, “Funcionalismo y Proceso de Reforma Penal en México,” estudiamos que no obstante las diversas reformas que han imperado en los últimos 20 años en la Legislación Procesal Penal, incluidas las reformas de la Constitución Política, el Sistema penal y particularmente el Procesal penal no han tenido cambios de fondo que incidan en su actual estructura fundamental que impacte en su orientación filosófico-jurídico que deje satisfecha a una sociedad cada vez más demandante, por lo que son válidas las críticas en torno a su funcionalidad.

Con esta investigación se pretende demostrar que se requiere una dogmática penal específica que integre los elementos multifactoriales que den por resultado una gran transformación de nuestro Sistema Procesal Penal sobre todo en el ámbito legislativo para que el sistema de

justicia penal pueda ser realmente funcional y así ofrecer una respuesta adecuada a los reclamos de la sociedad.

Vemos en el funcionalismo la solución idónea para fincar las bases sobre las cuales se debe transformar a fondo e integralmente nuestro sistema penal adoptando para ello el sistema acusatorio y como eje central el proceso oral como pilares fundamentales para hacerlo más funcional, así podremos garantizar la presunción de inocencia, juicios rápidos y equilibrados, orales, transparentes y públicos.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
Resumen.....	1
Índice General.....	6
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO PRIMERO	
Teoría del Delito.....	14
1.1 Antecedentes históricos.....	14
1.2 Concepto teoría del delito.....	21
1.3 Dogmática penal.....	32
1.4 Comentarios.....	37
CAPÍTULO SEGUNDO	
Sistema causalista.....	50
2.1 Consideraciones previas.....	50
2.2 Fundamentos de la Doctrina causalista.....	54
2.3 Concepción del Delito en la Teoría causalista.....	56
2.4 Conducta y Tipicidad en la Doctrina causalista.....	58
2.5 Antijuridicidad en el causalismo.....	65
2.6 Culpabilidad e Imputabilidad en la Teoría causalista.....	73
2.6.1 Culpabilidad.....	73
2.6.2 Imputabilidad.....	77
2.6.3 Formas de la culpabilidad: dolo y culpa.....	82
2.6.4 Preterintencionalidad.....	95

2.7 Comentarios.....	97
----------------------	----

CAPÍTULO TERCERO

Sistema Finalista.....	102
-------------------------------	------------

3.1 Fundamentos del finalismo.....	102
3.2 Sistemática del Delito en la teoría finalista.....	110
3.2.1 Acción finalista.....	111
3.2.2 Acción típica finalista.....	114
3.2.3 Antijuridicidad e Injusto.....	117
3.2.4 Culpabilidad en la Teoría finalista.....	120
3.2.5 Tentativa.....	127
3.2.6 Autoría y Participación.....	128
3.3 Comentarios.....	128

CAPÍTULO CUARTO

Sistema Funcionalista.....	136
-----------------------------------	------------

4.1 Fundamento del funcionalismo moderado.....	136
4.2 Innovaciones del funcionalismo.....	143
4.2.1 Teoría de la Imputación objetiva.....	143
4.2.2 Culpabilidad en el funcionalismo.....	151
4.2.3 Necesidad de la pena en el funcionalismo.....	156

4.3 Funcionalismo radical. Fundamentos. Posición de Günter Jakobs.....	164
--	-----

CAPÍTULO QUINTO

Funcionalismo y Proceso de Reforma Penal en México.....173

5.1 Sistemática funcionalista en el proceso de reforma judicial en México.....	173
--	-----

5.2 Aplicación del funcionalismo en un sistema acusatorio.....	184
--	-----

5.3 El Juicio Oral penal.....	199
-------------------------------	-----

CONCLUSIONES.....	204
--------------------------	------------

PROPUESTAS.....	205
------------------------	------------

Bibliografía.....	212
--------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

El estudio que hoy se presenta denominado **“Dogmática Penal y la Reforma Penal en México”** tuvo como causa generadora el propósito de cumplir con el requisito impuesto por el Reglamento de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León en el sentido de elaborar una tesis que deberá ser defendida posteriormente ante el Comité correspondiente para aspirar al grado de Doctor en Derecho.

Al delimitar nuestro estudio, procedimos a hacerlo en tres ámbitos; espacio, tiempo y materia. En cuanto el espacio la determinación es casi obligada a nuestro territorio nacional aunque estudiando algunas cuestiones de nuestro tema en otros países, para complementar el trabajo y por la disposición metodológica relativa. En cuanto la delimitación temporal, podemos afirmar que lo estudiamos desde las incipientes sociedades de la prehistoria a las sociedades más complejas de nuestro mundo contemporáneo. En cuanto a la materia, nuestra delimitación se ubicó fundamentalmente en el área legislativa analizando y evaluando las normas relativas, pero sin soslayar en ningún caso el aspecto teórico, el académico, que es indispensable en un trabajo como éste.

El motivo de estudio del tema **“Dogmática Penal y la Reforma Penal en México”** obedece a diversas inquietudes generadas en nuestra

tarea cumplida dentro de la práctica de Abogado en el Derecho Penal a partir del año de 1990.

La importancia del tema es evidente, una correcta y adecuada dogmática jurídico penal, que incida en el plano teórico y práctico, que conlleve a todo un proceso de Reforma integral que ahora reclama nuestra sociedad.

El objetivo genérico que se persigue con este trabajo es fundamentalmente comprobar las hipótesis que abajo referimos y desde luego otorgar al lector las herramientas indispensables para una mejor comprensión del tema.

En el trabajo intentaremos acreditar que el adoptar diversas corrientes doctrinales con postulados distintos y de contenido diferente ocasiona confusión y repercute de manera negativa en los encargados de administrar y procurar justicia, y sobre todo para el destinatario final, la sociedad.

Las limitaciones que posee este trabajo son de diversa índole, en primer lugar debemos señalar, lógicamente el tiempo disponible para tareas distintas es muy poco y a los que nos enamoramos también de la academia y de la investigación, nos resulta difícil cumplir con las actividades un tanto distintas, que no contradictorias, de ser abogados e investigadores.

Sin embargo, el tema específico que escogimos desarrollar también posee limitaciones, siendo éstas en primer lugar la carencia marcada de bibliografía relacionada con el tema.

Las técnicas empleadas en nuestra encomienda fueron, por una parte, el de la investigación documental y también empleamos la investigación de campo.

Durante la investigación utilizamos varios métodos, entre ellos se encuentran los siguientes:

Exegético. Este método consiste en el análisis de diversos preceptos jurídicos del Código Penal Federal, Código Penal para el Estado de Nuevo León, Códigos Penales Italiano, Francés, Alemán, Colombiano, Español, Chileno, entre otros relativos a nuestro tema.

Deductivo. Consiste en el estudio de las normas que deben reformarse, para hacer más eficaz y eficiente el proceso de Reforma integral.

Inductivo. Consiste en el estudio de los conflictos surgidos con motivo de la aplicación de las normas relativas al proceso de Reforma.

Los problemas que presenta el estudio de la “Dogmática y la Reforma Penal en México” son los siguientes:

En forma genérica, podemos afirmar que el mayor problema que surge del tema sobre el que se trabaja es el relativo al grado de dificultad que existe para que nuestros legisladores tengan una visión clara de la función que deben desempeñar, en lo relativo a nuestra legislación penal sustantiva, adjetiva y sus reformas, para que el sistema de justicia penal pueda ser realmente más funcional. Necesitamos normas claras y sencillas, que tiendan a una justa resolución y equilibrio de los bienes jurídicos que están en controversia. Por ello para nuestra sociedad y, en

particular, para nuestros juristas es una llamada de atención el hecho que exista poca claridad y confusión frecuente en la redacción e interpretación de las normas legales que definen su estructura y contenido.

Nuestro Derecho Penal debe evolucionar, sin abandono de la técnica, con claridad, congruencia y sencillez en sus normas, vital para la seguridad jurídica, lo que conlleva a una sana interpretación judicial, así como su desarrollo, por ende una exacta aplicación de la ley, como lo marca nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 14, esto redundará en una justicia más racional, equitativa y transparente.

Las hipótesis que ofrecemos son las siguientes:

Primera Hipótesis:

Actualmente la disfunción que existe entre los conceptos teóricos y el contenido de las normas jurídicas es patente, desde el proceso legislativo hasta su aplicación concreta, lo que incide en el proceso de reforma penal en nuestro país.

Segunda Hipótesis:

Para que la norma jurídica cumpla con su función social debe obedecer a una dogmática específica que integre los elementos multifactoriales que justifican su génesis facilitando su interpretación y exacta aplicación.

Tercera Hipótesis:

Si no se atiende a una dogmática determinada e identificada por el intérprete de la norma, en función del fin perseguido por ésta, la reforma penal dificultará el resultado que ahora reclama nuestra sociedad.

CAPÍTULO PRIMERO

TEORÍA DEL DELITO

1.1 Antecedentes históricos

En épocas remotas de la antigüedad, cuando todavía no había ley, ni escrita ni oral, el delito ya existía, porque donde quiera que haya agrupación de hombres, aparece el acto delictivo.

2000 años A.C. ya aparece en Babilonia, en el período del rey Hammurabi, un cuerpo de leyes compilado e impreso en bloque de diorita que actualmente se conserva en el museo de Louvre, y que es tal vez el Código más antiguo que se conoce, y en el que se aprecia, en su parte superior la imagen de una deidad, se dice que Shamash, quien dicta las leyes a una figura, en un plano inferior, que representa a Hammurabi. En este famoso testimonio jurídico está consagrado el principio de la Ley del Tali3n (ojo por ojo, diente por diente).¹ La ley del tali3n es un ejemplo de responsabilidad objetiva, en donde lo importante es el resultado, el da3o causado, las situaciones subjetivas son secundarias, lo importante es el resultado da3oso, se atiende al evento lesivo no importa la intenci3n, es lo que se llam3o responsabilidad objetiva por el mero resultado.

Con posterioridad a la aparici3n del cristianismo, el delito es visto como una trasgresi3n a la Ley Moral, a la 3tica, siglos m3s tarde se llega a confundir con el pecado, pues siempre cae bajo alguna de las prohibiciones del Dec3logo de Mois3s.

¹ *Diccionario Enciclop3dico Quillet*. Ed. Quillet. Tomo IV. Argentina. 1968. P3g. 491.

Bajo el liberalismo precursor de la Revolución francesa, el concepto del delito cambia radicalmente y queda precisado en el Código de los delitos y de las penas, consecuentemente, el concepto de delito deja de estar vinculado con la Ética, la Moral, la Religión, el Derecho Natural o con los derechos que se consideran inherentes a la persona humana y de esta etapa en adelante, delictuoso es el acto que contraría a la ley, sea que consista en una acción o en una omisión.

En 1782 un ilustre mexicano radicado en España Don Manuel de Lardizábal y Uribe escribe en su obra “*Discurso sobre las penas*” “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.”²

Podemos decir que la etapa humanitaria se alimentó de el pensamiento filosófico del siglo en comento, en particular del “*Contrato Social*” de Juan Jacobo Rousseau.

Encontramos que el período humanitario trajo consigo la primera corriente moderna del Derecho Penal, y así nace la llamada Escuela Clásica. El apelativo clásico fue asignado a esta Escuela por los Positivistas y particularmente por Ferri, con un sentido peyorativo que no tiene en realidad la expresión clasicismo, y que es, más bien lo consagrado, lo ilustre. Ferri quiso significar con este título lo viejo, lo caduco.³ El máximo precursor de esta Escuela lo es sin lugar a dudas

² LARDIZÁBAL y Uribe Manuel. *Discurso sobre las Penas*. Edit. Porrúa. México. 1ª Edición. Madrid. 1982. Edición Facsimilar. Pág. III. Del Prólogo.

Francisco Carrara, quien expone sus ideas en su prestigiada obra Programa del Curso de Derecho Criminal, publicada en 1859, la cual resume el pensamiento de la Escuela Clásica. Para Carrara el delito es un ente jurídico porque el delito es una violación del derecho, que se debe punir. El individuo es responsable con base en el libre albedrío. El método aplicable a esta disciplina es el deductivo.

En contraposición a la Escuela Clásica, surge la Escuela Positiva, su creador fue César Lombroso, aquí el delito es conceptualizado como un fenómeno natural y social, de factores antropológicos, sociales y físicos, así lo manifiesta el más connotado positivista Enrique Ferri, en esta corriente positivista el delincuente debe ser sujeto a medidas de seguridad no a penas, se considera que el Derecho Penal debe tener una finalidad primordialmente de prevención, de defensa social. El método de la Escuela Positiva es ante todo un método inductivo experimental, toda vez que parte de la realidad del delincuente.⁴

La Dogmática Penal, o sea, el estudio del delito a partir de la ley penal en forma sistemática la debemos al Jurista Alemán Franz Von Liszt, en su obra *Tratado de Derecho Penal*, Orellana Wiarco menciona que 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 Penal, es

³JIMÉNEZ de Asúa Luis. *La Ley y el Delito*. 3ª. Edición. Buenos Aires. Sudamericana. 1958. Pág. 45-46.

⁴ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Curso de Derecho Penal*. Parte General. México. Porrúa. 1999. Pág. 64.

decir, el conocimiento del delito a través del dogma de la ley.⁵ El Tratado de Derecho penal de Liszt de 1881 gesta la revolución científica de la teoría general del delito.

Años después Hans Welzel, señalaba que el sistema Liszt-Beling o sistema causalista no resolvía en forma correcta los problemas teóricos y prácticos relacionados en el estudio del delito, y propone la llamada teoría de la acción finalista, Welzel es el indiscutible jurista que da nacimiento a esta teoría. La teoría de la acción finalista surgió para superar la teoría causal de la acción, dominante en la ciencia alemana del Derecho Penal desde principios del siglo.⁶

Welzel nos dice “el verdadero sentido de la teoría de 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.”⁷

Así mismo para Welzel “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 jurídicos.”⁸

Ya en la década de los sesenta del siglo XX el penalista germano Claus Roxin, consideró

“que la explicación de la llamada teoría finalista de la acción propuesta por Hans Welzel, si bien superaba a la explicación del sistema causalista, tampoco era del todo satisfactoria, porque no resolvía la función que debía desempeñar la Política Criminal en el campo del Derecho Penal, en especial, de la

⁵ ORELLANA Wiarco Alberto. Octavio. *Teoría del Delito*. 13ª. Edición. Porrúa. México. 2003. Pág. 9.

⁶ MUÑOZ Conde Francisco. *Teoría General del Delito*. Ed. Temis. Colombia. 1990. Pág. 13.

⁷ WELZEL Hans. *La Teoría de la Acción Finalista*. Ed. Depalma. Argentina .1951. Pág. 18.

⁸ WELZEL Hans. *Derecho Penal Alemán*. Edit. Jurídica de Chile 12ª. Edición. 1987. Pág. 15.

teoría del delito. Así pues 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.”⁹

Así tenemos que la dogmática del delito y la sistemática de sus caracteres se desarrollaron en tres momentos históricos:

a) El positivismo científico. Luis Jiménez de Asúa nos dice “que la acción es lo natural (incolora y sin sangre), el tipo aparece como meramente descriptivo, la antijuridicidad como valoración objetiva, y la culpabilidad como el nexo psicológico. No podemos menos que admirar esta artística construcción, en que cada elemento del delito ofrecía un papel tan definido como propio.”¹⁰

Podemos decir, que Binding representó esta doctrina, siendo sus edificadores Franz Von Liszt y Von Beling. Este positivismo del cual hablamos se basa en el positivismo legal, es decir, derecho de lo legislado.

b) Sistema Teleológico. Este sistema marca sus inicios posterior a la primera guerra mundial, marcó un cambio muy drástico en la estructura doctrinal para dicha época. Fue en 1926 a 1930, con Max Grünhut, Eric Wolf y Schwinge. Se fundamenta en el neokantismo, el delito adquiere principios valorativos, la acción no es considerada esencialmente natural, adquiere más que todo un toque normativo, la tipicidad es considerada como indicio de la antijuridicidad, la

⁹ Cfr. ORELLANA Wiarco A. Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 167.

¹⁰ JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Ed. Lozada. Argentina. 1963. Pág. 315.

culpabilidad también asume un contenido normativo, en este sistema se utiliza el método científico-espiritual del entendimiento, tomando en cuenta tanto los fines como los valores.

Aunado a lo anterior Luis Jiménez de Asúa asienta “no se trata del finalismo de Von Liszt, basado en Von Ihering, la pureza del método se superó con miras a una teoría social del Derecho, por Gustavo Radbruch, Wilhelm Safer y por Eric Wolf, a esta tendencia se le ha llamado intermedia.”¹¹

c) Teoría Finalista de la acción. Hans Welzel es el jurista que da nacimiento a esta teoría desde 1931. Plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal que se aparta de la sistemática de la dogmática causalista. “La teoría finalista de la acción surgió para superar a la teoría causal de la acción dominante en la ciencia alemana del Derecho Penal desde principios de siglo.”¹²

En años recientes, algunos tratadistas, han presentado en el estudio del delito y tratamiento del mismo, dos etapas más a las ya comentadas con antelación, una de ellas es la Teoría de la Imputación Objetiva y otra la Teoría Funcionalista.

En lo que se refiere a la Teoría de la Imputación Objetiva, algunos autores atribuyen su origen a la existencia diseminada de estudios relativos al delito.¹³

¹¹ Cfr. JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Op. Cit. Pág. 315.

¹² MUÑOZ Conde Francisco. *Teoría General del Delito*. Edit. Temis. Colombia. 1990. Pág. 13.

¹³ REYES Alvarado Yesid. *Imputación Objetiva*. Editorial Temis. 1ª. Edición. Colombia. 1994. Págs. 73 y 74.

“Esta teoría replantea el contenido estructural del delito que determina su existencia, tomando como punto de partida criterios generales para la determinación de la imputación del resultado. El primer nivel se refiere a la realización de un peligro no permitido, y un segundo nivel que se refiere a la pertenencia del resultado a la esfera de protección penal, comprendiendo el estudio del principio de autonomía de la víctima, la pertenencia a un ámbito de responsabilidad ajeno y la realización del plan.”¹⁴

Es conveniente señalar que estas dos posturas, algunos tratadistas las identifican como una sola tendencia, pero en mi opinión es mejor estudiarlas por separado, pues una sigue a la otra con algunos rasgos adicionales.

Con los estudios y pensamiento jurídico de Günther Jakobs y el concepto sociológico de Niklas Luhmann, surge el llamado funcionalismo, en este sentido tenemos que “la contradicción que realiza el Derecho Penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. Por consiguiente, el Derecho Penal confirma la identidad social. En consecuencia el delito no es tomado como principio de una evolución, ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino más bien como comunicación defectuosa, siendo cargado este defecto al autor como culpa suya.”¹⁵

¹⁴ Íbidem. Pág. 17 y ss.

¹⁵ MÁRQUEZ Piñero Rafael. *El Pensamiento Jurídico de Jakobs y la Teoría Sociológica de Luhmann*. Revista de la Facultad de Derecho. UNAM. Tomo XLIX. Número 225-226. México. Mayo Agosto 1999. Pág. 107.

Günther Jakobs “formula su pensamiento partiendo de la idea del funcionalismo jurídico-penal concebido como aquella teoría, conforme a la cual el Derecho Penal está encauzado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad.”¹⁶

En esta tesitura tenemos que el funcionalismo está enfocado a resolver el problema social, en una relación recíproca entre la sociedad y el propio Derecho penal.

1.2 Concepto teoría del delito

En este rubro no pretendo hacer un estudio integral de la teoría del delito, examinaremos solamente conceptos fundamentales para resaltar los instrumentos conceptuales en las diferentes construcciones sistemáticas que sirven de sustento en el desarrollo y tratamiento en el estudio del delito, mismas que analizaremos con profundidad en los posteriores capítulos del presente trabajo.

Hecha la aclaración correspondiente pasemos a examinar los diferentes conceptos que giran en relación a la teoría del delito.

Patognomónico de la teoría del delito es el conjunto de conceptos que se desarrollan en torno a la naturaleza, conformación, existencia, inexistencia o formas de aparición del delito, como realidad jurídica y social.

Raúl Eugenio Zaffaroni nos expresa “la teoría del delito atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico consistente en la

¹⁶ Cfr. MÁRQUEZ Piñero Rafael. *El Pensamiento Jurídico de Jakobs y la Teoría Sociológica de Luhmann*. Op. Cit. Pág. 105.

facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto.”¹⁷

En opinión de Celestino Porte Petit Candaudap

*“la teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, su aspecto negativo y las formas de manifestarse el mismo. Consecuentemente la teoría del delito debe de enfocarse hacia estos problemas: existencia del delito, su inexistencia y aparición.”*¹⁸

Para Enrique Bacigalupo

*“la teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley, agregando el autor en cita que la teoría del delito se estructura como un método de análisis de distintos niveles. Cada uno de estos niveles presupone el anterior y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirían la aplicación de una pena y comprobando positivamente si se dan las que condicionan esa aplicación.”*¹⁹

Hans Heinrich Jeschek sostiene

*“que la teoría del delito no estudia los elementos de cada uno de los tipos de delito, sino aquellos componentes del concepto de delito que son comunes a todo hecho punible.”*²⁰

Maggiore opina

“la teoría del delito es ciencia con los mismos títulos que la ciencia general del derecho, debe de tener una estructura sistemática y una organización lógica que respondan a criterios de rigurosa necesidad, determinar esa estructura, señalar la organización interna de la doctrina del delito, es la parte más

¹⁷ ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición. Cárdenas Editor y distribuidor. México. 1991. Pág. 333.

¹⁸ PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Editorial. Porrúa. 15ª Ed. México. 1993. Pág. 195.

¹⁹ BACIGALUPO Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Temis. Bogotá. 1989. Págs. 67 y 68.

²⁰ JESCHEK Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª. Edición. España. 1993. Pág. 263.

delicada de la ciencia del Derecho Penal y también a causa de esa delicadeza, la parte más controvertida.”²¹

Hay una serie de conceptos sobre la teoría del delito desde los causalistas clásicos, hasta los más modernos del funcionalismo radical. El concepto que nos parece más neutral es el siguiente “se llama teoría del delito a la parte de la Ciencia del Derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe de tener cualquier delito.”²²

La teoría del delito es la parte general del Derecho penal que se compone por un conjunto de estructuras que estudian el origen y la evolución de las tendencias dogmáticas, estudia los elementos que integran o desintegran el delito, es el puente que une el mundo fáctico y el mundo normativo y piedra angular de la ciencia penal.²³

“El más importante sector del Derecho penal que maneja el penalista, corresponde a la teoría del delito, en la cual se ha de elaborar el destino propio del derecho punitivo, pues es la columna vertebral de la que se desprenden todas las consecuencias que impactan en la vida social y sólo partiendo del delito es posible llevar a cabo una elaboración a fondo o una revisión de la ciencia punitiva.”²⁴

“La primera tarea a la que se enfrenta la teoría general del delito es proponer un concepto de delito que contenga las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como delito y en

²¹ MAGGIORE Giuseppe. *Derecho Penal*. Vol. I. 2ª. Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1989. Pág. 268.

²² Cfr. ZAFFARONI Eugenio Raúl. Ob.Cit. 1988. Pág. 333.

²³ JIMÉNEZ Martínez Javier. *Fundamentos de la teoría general del hecho punible*. Instituto Nacional de Ciencias penales. México. 2003 Pág. 43.

²⁴ GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Porrúa. México. 2003. P. 283.

consecuencia ser sancionado, con una pena. Todo intento de definir al delito al margen del Derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión o moral.”²⁵

Dicho lo anterior y en cuanto al concepto de delito, tenemos las siguientes opiniones al respecto:

Luis Jiménez de Asúa sostiene:

*“en el antiguo Derecho Romano, según Mommsen, el acto delictivo en general, tanto en el lenguaje común como en el propiamente jurídico, se designó una palabra que no era privativa de un delito concreto y que lo mismo abarcaba la esfera pública que la privada: noxa, que luego evolucionó hasta la forma noxia y que significa daño”.*²⁶

Jiménez de Asúa comenta:

*“el término delictum o delito, es el supino del verbo delinqui, delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar, abandono de una ley.”*²⁷ En cambio crimen *“proviene del griego, cerno, iudio en latín, que a pesar de ser en su origen término que significa las acciones menos reprobables, llega finalmente a designar los más graves delitos.”*²⁸

La opinión de Rafael Márquez Piñero es en el sentido de que

*“la palabra delito proviene del latín delicto o delictum, supino del verbo delinqui, delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar.”*²⁹

En la lengua castellana comenta Luis Jiménez de Asúa *“empleamos la expresión delito.”*³⁰

²⁵ MUÑOZ Conde Francisco. *Teoría general del delito*. Colombia. Temis. 1990. Pág.1.

²⁶ JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. *El Delito*. Editorial Losada. 5ª. Edición. Argentina. 1950. Pág. 21.

²⁷ *Ibidem*. Pág. 21.

²⁸ *Ibidem*. Pág. 21.

²⁹ MÁRQUEZ Piñero Rafael. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Trillas. 3ª. Edición. México. 1994. Pág. 131.

³⁰ Cfr. JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Op. Cit. Pág. 21.

Tratando de encuadrar un concepto uniforme de la idea de delito en el lenguaje encontramos diversas acepciones del mismo, tales como, infracción, conducta delictiva, acción punible, hecho penal, entre otras.

Así tenemos que Dorado Montero al ser citado por Luis Jiménez de Asúa sostiene

*“que no es posible dar una definición del delito en sí, que lo sea para todo el mundo y que abarque todos los hechos que merezcan calificación de delictivos por su propia naturaleza, puesto que el concepto del delito es relativo, como lo es el orden jurídico que, como atacado, se incluye en la definición de aquél. De aquí deduce Dorado Montero que todos los delitos son artificiales.”*³¹

El principal expositor de la Escuela Clásica el famoso maestro de Pisa, Francisco Carrara, nos define el delito como

*“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.”*³²

Francisco Carrara considera que el delito es

*“un ente jurídico porque consiste en la violación de una norma jurídica penal, que con esta verdad podemos distinguir los Códigos Penales de las tiranías, los Códigos Penales de la Justicia.”*³³

Celestino Porte Petit Candaudap, en el análisis que realiza a los principios rectores de la Escuela Clásica, señala que “el considerar al delito no como un simple hecho sino como un ente jurídico, es afirmar que para su existencia, se necesita que la conducta o hecho del agente

³¹ Cfr. JIMÉNEZ Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Op. Cit. Pág. 24.

³² CARRARA Francisco. *Programa del curso de Derecho Criminal*. Parte General. Vol. I. Temis. Colombia. 1971. Pág. 43.

³³ CARRARA Francisco. *Programa del curso de Derecho Criminal*. Editorial Depalma. Argentina. 1944. Pág. 53.

activo viole una norma, ya sea prohibitiva, o preceptiva, es decir, que prohíba, o bien, mande hacer. Por ello decía Carrara que definido el delito como un ente jurídico, quedaba establecido, de una vez para siempre, el límite perpetuo de lo prohibido, no pudiendo verse un delito sino en aquellas acciones que ofenden o amenaza los derechos de los coasociados.”³⁴

De lo anterior se desprende que como fundamento de la esencia del delito, tenemos precisamente al orden jurídico, instrumento necesario en toda sociedad, enfatizando con ello, la naturaleza jurídica del delito.

Rafael Garófalo,³⁵ nos define el delito natural como “la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de benevolencia o piedad y probidad o justicia en la medida media en que se encuentran en la sociedad civil por medio de acciones nocivas para la colectividad.”³⁶

Luis Jiménez de Asúa sostiene que “a pesar del esfuerzo de los criminólogos para hallar un delito natural, lo cierto es que la infracción punible fue siempre un hecho contrario al Derecho. Jiménez de Asúa nos comenta que el delito, incluso en los tiempos más remotos se valoró objetivamente con mero sentido de causa material, fue siempre lo antijurídico, y por eso un ente jurídico.”³⁷

³⁴ PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Porrúa. 15ª. Edición. México. 1993. Pág. 35.

³⁵ GARÓFALO Rafael. *Criminología. Estudio sobre el Delito y la Teoría de la Represión*. Trad. Pedro Dorado Montero. Ángel Editor. Facsimilar. México. 1998. Pág. 18 y ss.

³⁶ ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Vol. II. Cárdenas Editor y distribuidor 1ª. Edición. México. 1988. Pág. 76.

³⁷ Cfr. JIMÉNEZ Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Op. Cit. Pág. 26.

Eugenio Cuello Calón, nos proporciona la siguiente definición del delito “la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena.”³⁸

Ahora bien la teoría del delito nace de la mano de la dogmática penal y ésta tiene como principal objetivo el análisis y construcción del delito, a través de lo previsto en las normas jurídicas, desentrañando sus elementos, el número de ellos, el contenido, su alcance y las hipótesis en las que llega a desaparecer este fenómeno propio del Derecho penal, en este sentido, la finalidad primordial de la dogmática es construir desde la perspectiva de las disposiciones penales, el alcance del delito y su estructura, sin olvidar, su aspecto negativo y las formas de aparición del mismo con relación a otras figuras típicas. En consecuencia, la construcción de las instituciones a las que se refiere la dogmática, implican por supuesto, la construcción conceptual de la estructura del delito, partiendo de las normas positivas y vigentes.³⁹

Partiendo de esta base en la construcción del delito la doctrina para conocer la composición del delito, ha recurrido principalmente a dos concepciones:

- a) “La totalizadora o unitaria
- b) La analítica o atomizadora, llamada por Bettiol, método de la consideración analítica o parcial.”⁴⁰

Con relación a la concepción o teoría unitaria o totalizadora del delito, Celestino Porte Petit Candaudap nos dice “los unitarios

³⁸ CUELLO Calón Eugenio. *Derecho Penal*. Tomo I. Parte General. Volumen I. Editorial Bosch. España. 1975. P. 289.

³⁹ GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. P. 283.

⁴⁰ Cfr. PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 196.

consideran al delito como un bloque monolítico, presentándose, de acuerdo con Bettiol, como una entidad que no se deja escindir, dividir en elementos diversos, que no se deja, para usar una expresión vulgar, rebanar.”⁴¹

El pensamiento totalizador o unitario, considera al delito como un todo, como un bloque monolítico indivisible, porque su esencia no está en cada elemento, sino en el todo, los autores que defienden esta concepción, principalmente Antolisei y Carnelutti en Italia, y Dahm y Kemperman en Alemania (Escuela de Kiel), identifican al delito como una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea, es decir, la realidad del delito se encuentra intrínseca en su unidad y no se puede dividir.⁴²

Francisco Antolisei nos dice “el delito es un todo orgánico, es un bloque monolítico el que si bien es cierto puede presentar aspectos diversos, de ningún modo fraccionable.”⁴³

En relación a lo anterior Octavio Alberto Orellana Wiarco nos comenta “también se puede incluir en la posición unitaria o totalizadora a la llamada Escuela de Kiel que es la corriente 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.”⁴⁴

⁴¹ Cfr. PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 197.

⁴² LÓPEZ Betancourt Eduardo. *Teoría del Delito*. Porrúa. 12ª. Edición. México. 2004. Pág. 4.

⁴³ ANTOLISEI Francisco. *El Estudio Analítico del Delito*. Traducción del Italiano de Ricardo Franco Guzmán. Edic. de Anales de Jurisprudencia. México. 1954. Pág. 78.

⁴⁴ ORELLANA Wiarco Octavio Alberto. *Teoría del Delito. Sistema Causalista, Finalista y Funcionalista*. Editorial. Porrúa. México. 2003. Pág. 8.

Para Francisco Pavón Vasconcelos “la concepción totalizadora o unitaria ve en el delito un bloque monolítico imposible de escindir en elementos, el delito es un todo orgánico y como tal debe ser estudiado para comprender su verdadera esencia.”⁴⁵

En mi opinión personal esta tendencia de la teoría unitaria mira el delito en su intrínseca unidad, homogéneo e indivisible, que la propia naturaleza del delito no está en cada uno de sus componentes, ni tampoco en la suma de los mismos, sino en el todo. En este sentido esta teoría ya ha sido superada y en desuso, en el entorno de nuestros tratadistas en Derecho Penal.

En contraste a la tesis anteriormente comentada, entramos a revisar la concepción analítica o atomizadora que “estudia al delito en sus propios elementos pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito, de aquí que estoy de acuerdo con los argumentos esgrimidos por los defensores de esta concepción.”⁴⁶

En el estudio del delito, es importante comprender su estructura e integración, pues sólo así tendremos una visión profunda que nos permita su entendimiento y desarrollo.

Luis Jiménez de Asúa afirma “los que propugnamos semejante diferencia entre los elementos del acto punible, jamás hemos negado que el fenómeno delito viva existencia conjunta. Como el organismo

⁴⁵ PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. 7ª. Ed. México. 1985. Pág. 165.

⁴⁶ Cfr. PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 197.

fisiológico o patológico, es un todo que sólo puede comprenderse si se estudia o se aprecia en su total armonía o en su complejo doliente. Pero el Fisiólogo no sabrá cómo funcionan en conjunto huesos y músculos, vísceras y vasos, si no los estudió uno a uno en la disciplina que se llama Anatomía.”⁴⁷

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.⁴⁸

Jiménez de Asúa apoyado en Guillermo Sauer que estudia los aspectos positivos del delito a los que se opone sus correspondientes aspectos negativos nos presenta el siguiente esquema:⁴⁹

Aspecto positivo	Aspecto negativo
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) inculpabilidad
f) Condicionalidad objetiva	f) Falta de condición objetiva
g) Punibilidad	g) Excusas absolutorias

⁴⁷ JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. 3ª. Ed. Sudamérica. Buenos Aires. 1990. Pág. 208.

⁴⁸ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 8.

⁴⁹ JIMÉNEZ de Asúa Luis. *La Ley y el Delito*. Edit. Hermes. Sudamericana. 1ª. Edición. México. 1986. Pág. 209.

En este orden de ideas “el estudio de los delitos en especial, debe efectuarse aplicándose la teoría del delito a cada delito en particular, pues aquélla no puede vivir aislada, sino en función de cada tipo, pues de otra manera, no sería posible conocer la figura delictiva en toda su integridad como elemental exigencia dogmática. Es decir, analizando metódicamente y sistemáticamente el delito, en cada uno de sus elementos constitutivos y en todo lo concerniente a ellos, así como en su particular aspecto negativo y en sus formas de aparición, obtenemos una integral visión del delito, una total imagen de la figura delictiva en particular sin correr el riesgo de una contemplación fragmentada, desarticulada y personal.”⁵⁰

Así pues, sin lugar a dudas la teoría analítica o atomizadora, es la más idónea para el estudio adecuado del delito.

En la construcción conceptual de la estructura del delito con independencia de las llamadas escuelas penales, clásica, positiva, eclécticas hay cierta unanimidad entre los estudiosos de la ciencia penal en admitir por lo menos seis construcciones sistemáticas que son “causalismo clásico (naturalismo), causalismo neoclásico (neokantismo) total o irracional (Escuela de Kiel) finalismo, funcionalismo moderado y funcionalismo radical.”⁵¹

“Es innegable que el contenido de los elementos del delito, varía según la orientación doctrinal que nutra el espíritu del legislador al momento de elaborar la norma punitiva, lo que redundará en la diferenciación del número de elementos,

⁵⁰ PORTE Petit Candaudap Celestino. *Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal*. Porrúa. 6ª. Edición. México. 1980. Página introductoria XVIII.

⁵¹ Cfr. ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Manual de Derecho penal-parte general*. Op. Cit. Pág. 345-349.

sustancia y alcance que de los mismos se le asigne, repercutiendo sus efectos en la colectividad, en particular, en relación al ámbito de protección de los bienes jurídicos y al carácter de sujeto activo a quien se le pudiere atribuir este evento delictivo, por tanto, la orientación adecuada de las normas jurídicas, permitirá una mejor aplicación de los tipos y determinar el radio de acción normativa. Es por ello que en una visión objetiva de la tendencia doctrinal o metodológica que se adopte al crear los tipos penales, indudablemente redundará en los individuos a quienes se les dirige los deberes contenidos en las disposiciones penales.”⁵²

1.3 Dogmática penal

El dogma se ha entendido como el punto fundamental de doctrina, en religión o en filosofía. Conjunto de creencias o principios.⁵³

La expresión Dogmática Jurídica, designa la actividad que realizan los juristas cuando describen el Derecho. Actividad que los juristas habitualmente denominamos doctrina.⁵⁴

Yo estimo que el concepto más idóneo para el efecto del presente trabajo es el de dogmática jurídico penal, la cual consiste en la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales u opiniones de la doctrina en el campo del Derecho penal.⁵⁵

“Desde el punto de vista técnico, la dogmática jurídico-penal se presenta en una doble faceta. Como método de investigación (camino

⁵² Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática penal en la Legislación mexicana*. Op, Cit. Pág.287.

⁵³ GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. 1ª. Ed. Porrúa. 2003. Pág. 263.

⁵⁴ TAMAYO Y SALMORÁN Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*. 2ª.Ed. México. 2002. Pág. 263.

⁵⁵ ROXIN Claus. *Derecho Penal-parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. T.I 2ª. Ed. Trad. Diego Manuel Luzón Peña y otros autores. España. 1997. Pág. 192.

para construir un sistema) y como sistema penal (haz de conceptos como resultado de la aplicación del método dogmático).”⁵⁶

La dogmática jurídico-penal como método de investigación representa el método de investigación propio del jurista, que básicamente se caracteriza por la captación o constatación de datos suministrados por la realidad social, el análisis de los mismos y la construcción de una teoría sistemática que pretende lograr la verificación del funcionamiento del sistema cuyo presupuesto básico es la coherencia de las proposiciones aportadas, que deben ser no contradictorias y constituir un sistema reputado verdadero.⁵⁷

Eugenio Raúl Zaffaroni sostiene “en tanto que la dogmática sea un método puesto al servicio del positivismo jurídico, seguirá el destino de su amo. En tanto que el jurista dogmático olvide cuál es su función, renuncie al contenido teleológico (bien jurídico) que con el método se halla en la teoría del delito, su elaboración quedará retrotraída a la vieja *Begriffsjurisprudenz* y contribuirá al desprestigio científico del Derecho.

No obstante, esto no es un problema del método mismo, sino resultado de su imperfecta aplicación. Método significa camino, vía hacia algo y no es propiamente un método el que emplea quien ignora hacia donde va.”⁵⁸

De la aplicación del método dogmático jurídico penal han nacido las construcciones sistemáticas, por eso, vista la dogmática como un haz de conceptos, es el resultado de una elaboración conceptual sistemática, realizada por los juristas, que tiene como objeto de

⁵⁶ POLAINO Navarrete Miguel. *Derecho penal-parte general*. t. España. Bosch. 2000. Pág. 33-34.

⁵⁷ POLAINO Navarrete. *Derecho*. . . . T. II. Pág. 34.

⁵⁸ ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Teoría del delito*. Argentina. Ediar. 1973. Pág. 27.

conocimiento el Derecho positivo (las normas jurídicas) y que se obtiene mediante el empleo de procedimientos lógico-abstractos.⁵⁹

Mediante la descripción y la exposición de los principios fundamentales del Derecho positivo en su coordinación lógica y sistemática, proporciona un conocimiento racionalmente elaborado del Derecho penal y en rigor, sólo a ella corresponde propiamente el calificativo de ciencia y se pone de manifiesto cuando se estudia la teoría del delito y de la pena.⁶⁰

Es aquí donde observamos que aparecen las elaboraciones sistemáticas causalismo, finalismo etc. Que conocemos como Teoría del Delito. Cabe enfatizar que el objeto de la dogmática jurídico-penal es la interpretación del Derecho Penal positivo vigente, sin ella no existe, ni siquiera nace, ella es su garante, de ella se ha valido.⁶¹

La dogmática jurídico-penal tiene por objeto determinar lo que rige conforme al ordenamiento penal positivo “su misión es, pues, averiguar y determinar el contenido del Derecho penal. Por eso permite conocer y aplicar lo dispuesto en el Derecho penal vigente de modo riguroso y sistemático, favoreciendo la seguridad jurídica en este campo, función a las que algunos añaden la de sistematizar, estabilizar y operativizar los fines y objetivos del Derecho Penal (Hassemer) o la de reducir la complejidad de los problemas (Hassemer, Luhmann).”⁶²

⁵⁹ POLAINO Navarrete. Derecho... T. II. Pág.33-34

⁶⁰ COBO del Rosal. Manuel y Vives Antón. *Derecho Penal-parte general*. 5ª. Ed. España. 1999. Pág. 109.

⁶¹ BERDUGO Gómez de la Torre y Otros. *Lecciones de Derecho penal-parte general*. 2ª. Ed. España. 1999. Pág. 109.

⁶² LUZÓN Peña Diego Manuel. *Curso de Derecho penal-parte general*. 2ª. Ed. España. 1999. Pág. 93.

Enrique Gimbernat Ordeig afirma que “la dogmática nos debe de enseñar lo que es debido con base en el Derecho, debe averiguar qué es lo que dice el Derecho. La dogmática jurídico-penal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollado éste una dogmática, más imposible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico se desconoce su alcance y límite.”⁶³

Juan Fernández Carrasquilla señala las siguientes funciones de la dogmática jurídico-penal:

a) “Racionaliza la administración de justicia y la torna igualitaria, suministrándole además los criterios relevantes para la aplicación de la equidad.

⁶³ GIMBERNAT Ordeig Enrique. *Estudios de Derecho Penal*. España. Civitas. 1976. Pág. 78.

b) Proporciona a los ciudadanos seguridad jurídica, permitiéndoles distinguir de antemano claramente lo punible de lo que no lo es. Al hacer previsibles y coherentes las decisiones judiciales e inteligibles las leyes.

c) Partiendo del dogma de las normas positivas que componen un determinado ordenamiento nacional, construye inductiva y analíticamente un sistema racional, armónico y coherente del Derecho penal, librándolo del panlogismo y poniéndolo en contacto con la vida social e histórica a través de la teoría del bien jurídico y de la política criminal.

d) Aunque carece de definidas e intrínsecas afiliaciones ideológicas, se inclina decididamente hacia la protección de la seguridad jurídica de los ciudadanos.”⁶⁴

Hay quienes consideran al Derecho penal y a la dogmática jurídica como una ciencia teórica, dejándolo fuera de la realidad, incluso marcar una barrera limítrofe entre teoría y práctica, lo que sin lugar a dudas conlleva a un error y por consecuencia detiene el avance de la ciencia penal.

Sostengo que la teoría del Derecho penal así como también su praxis tienen una sola encomienda: resolver conflictos sociales. La dogmática jurídico-penal no puede ser indiferente y estática frente al avance de las disposiciones jurídicas, sería ir en contra de lo científico, la vida social no puede ser sometida a principios inmutables, ya que el

⁶⁴ FERNÁNDEZ Carrasquilla Juan. *Derecho penal fundamental*. T. I. 2ª. Ed. Colombia. Temis. 1989. Pág. 22.

estudio de la dogmática se inclina al contenido mutante de las propias normas jurídicas.

En el ámbito del Derecho penal, la dogmática adquiere gran trascendencia por el principio de estricta aplicación del Derecho que rige en esta materia, ampliamente conocido y que se resume en los apotegmas “*nullum crimen sine lege*” y “*nulla poena sine lege*” es decir, que no hay delito sin ley ni tampoco existe pena sin ley previa. La dogmática jurídico-penal se edifica según advertimos en tres momentos “la interpretación de la ley en busca de su voluntad, en la construcción de las instituciones jurídicas y en la sistematización y coordinación de todas ellas.”⁶⁵

1.4 Comentarios.

El Derecho Penal mexicano ha sido tocado en repetidas ocasiones, por quienes ignoran el carácter científico de la dogmática jurídico penal, así como también de los principios metodológicos y sistemáticos de la ciencia penal. Así Enrique Gimbernat Oredig expresa

*“porque la existencia del Derecho Penal es imprescindible y no depende para nada de la posibilidad de demostrar la libre decisión humana en el caso concreto, porque toda idea jurídica progresiva necesita una formulación legal que será tanto más perfecta y eficaz cuanto más alto sea el nivel científico-jurídico, porque una ciencia desarrollada del Derecho Penal es la que hace posible controlar los tipos penales, porque la pena es un medio necesario y terrible de política social, porque tenemos que vivir con el Derecho Penal, por todo ello la dogmática jurídico penal tiene un futuro.”*⁶⁶

⁶⁵ Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. Pág. 281.

⁶⁶ Cfr. GIMBERNAT Ordeig. *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 192.

El sistema penal mexicano ha vivido diferentes etapas, hay quienes le atribuyeron un positivismo, quienes lo identificaron con el causalismo, y con las reformas constitucionales de 1993 y de la legislación penal secundaria de 1994 se le identificó con el finalismo. Después de las reformas de 1999 hemos observado que se la identificado con las corrientes sistemáticas elaboradas por la ciencia penal alemana, esto motivado por dos categorías procesales que son más bien del Derecho Procesal Penal que de la sistemática penal, me refiero al cuerpo del delito y a la probable responsabilidad penal.

Considero que el legislador se equivocó con las citadas reformas al no seguir las ideas científicas de la teoría general del delito, se perdió en sus planteamientos, tal vez atendiendo a criterios políticos o a intereses de grupos que nada tuvieron que ver con el avance de la ciencia penal, vimos como el legislador tomó en cuenta algunos conceptos, pero se olvidó de otros, pretendiendo hacer del Derecho Penal un instrumento de opresión y persecución. Precisemos en apretado resumen cuál ha sido la ideología del sistema penal mexicano: el Código Penal de 1931 para el Distrito y Territorios Federales, no contiene exposición de motivos, existe un estudio elaborado por Alfonso Teja Zabre que entre otras cosas señala “ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable. La Escuela Positiva tiene valor científico como crítica y como método. La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no la proporciona la Escuela Positiva. Con recursos jurídicos y pragmáticos debe de buscarse la

solución. La nueva teoría se apoya en cierto modo, en el positivismo de la Escuela Italiana, acepta la doctrina de la responsabilidad legal o social.”⁶⁷

Los que intervinieron en la confección del Código del 31, según se dice, no quisieron vaciar en él sus preocupaciones de escuelas o doctrinas por estimar que los códigos no deben de servir para exponer los principios personales de sus autores, cosas para lo que son más indicados los libros y la cátedra, había entonces que refugiarse en una actitud pragmática y realizable.⁶⁸ Es decir toma de las elaboraciones teóricas de la Escuela Clásica y de la Positiva,⁶⁹ con más influencia de esta última,⁷⁰ lo que dio como resultado un código que Don Luis Jiménez de Asúa llamó de filiación político-criminal.⁷¹

En este sentido el criterio seguido por los ideólogos del Código Penal del 31, aparecen ya como es tradición en nuestro país las diversas opiniones doctrinarias del propio Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, José Ángel Ceniceros, Francisco González de la Vega y Ruiz Funes.⁷²

Raúl Plascencia Villanueva refiere que “desde el primer Código nacido en 1871, pasando por el de 1929, hasta el actual de 1931, se adoptaron postulados clásicos y neoclásicos, siendo ordenamiento que

⁶⁷ Cfr. Leyes Penales Mexicanas. T. III. México. *Instituto Nacional de Ciencias Penales*. 1979. Págs. 289-290.

⁶⁸ CENICEROS José Ángel. *Trayectoria del Derecho Penal contemporáneo*. La Reforma Penal en México. México. Biblioteca Criminalia. 1943. Pág. 245- 246.

⁶⁹ PORTE Petit Candaudap Celestino. *Evolución Legislativa Penal en México*. México. Editorial Jurídica Mexicana. 1965. Pág. 98.

⁷⁰ ZAFFARONI Eugenio Raúl. *La ideología de la Legislación Penal Mexicana*. En Revista Mexicana de Justicia Vol. III. Núm 2. abril-junio. 1985. Pág. 92.

⁷¹ JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Breve crítica del anteproyecto de código de defensa social del Estado de Veracruz Llave*. En Revista Jurídica Veracruzana. Vol. III. Pág. 396. Cit. Por Porte Petit. Evolución. Pág. 98. Nota. 79.

⁷² Da cuenta de todas estas opiniones el propio Porte Petit. Evolución....., Págs. 89-90.

por el momento mismo de su origen, ignoraba en toda medida las tendencias finalistas, circunstancias que reflejó en gran medida la corriente adoptada y defendida por los más de los autores mexicanos, los cuales en su mayoría siguen siendo fervientes defensores de la tradición clásica, neoclásica y causalista del Derecho Penal.”⁷³

El mismo Porte Petit después de una revisión minuciosa a este código afirma “no se puede llegar a una conclusión definitiva para afiliar dicho código, y más recientemente Bunster, lo ha secundado al reconocer que este cuerpo legislativo extraño es de difícil identificación científica originaria.”⁷⁴

De lo anterior se desprende que el sistema penal mexicano se encontraba “anquilosado y dormido”⁷⁵ cuando llegaron las reformas de 1993, hubo entonces un giro en la opinión doctrinaria al decir que el código hasta antes de la reforma había sido de corte causalista, y de aquí en adelante, se dijo pasamos a ser finalistas, esta es la razón quizá la más poderosa, que justifica hablar de esta evolución.⁷⁶

Al respecto Octavio Alberto Orellana Wiarco sostiene “no cabe duda que el año de 1993 debe de ser recordado en nuestro país como uno de los más importantes en el campo de la legislación ya que plasmó normas que han dado un giro copernicano a la teoría del delito, y nos

⁷³ PLASCENCIA Villanueva Raúl. *Teoría del Delito*. México. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1998. Pág. 12-13.

⁷⁴ BUNSTER Briceño Álvaro. *Dolo y Culpa en la responsabilidad penal*. En curso de Actualización en Materia Penal para Agentes del Ministerio Público de la Federación. Con motivo de las reformas Constitucionales y leyes secundarias. México Procuraduría general de la República. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2000. Pág. 69.

⁷⁵ DAZA Gómez Carlos Juan Manuel. *Evolución Doctrinal del Finalismo*. Revista de la Facultad de DerechoT. LXVI. Núm 209-210. Sep.-Dic. 1996. México. Pág. 67.

⁷⁶ NIEVES Luna Castro José. *El concepto de tipo penal en México*. México. Porrúa. 1999. Pág. 111.

referimos a las reformas de los artículos constitucionales 16, 19, 20, donde se destaca que ninguna orden de aprehensión se deberá librar si no existen pruebas que acrediten los elementos del delito que se atribuye cometido por el presunto responsable, dejando atrás el criterio del constituyente que sólo exigía indicios para poder librar una orden de aprehensión, asimismo se abandonaba el término cuerpo del delito, por la exigencia más técnica de los elementos del delito.”⁷⁷

Dichas reformas en comento aparecieron publicadas el 3 de septiembre de 1993 en el Diario Oficial de la Federación con los cambios comentados con antelación, y entraron en vigor el 4 de septiembre de ese mismo año.

Raúl Eugenio Zaffaroni nos comenta “con estas modificaciones a la Constitución General de la República se dio por terminado 63 años de armonía, los años de la ciencia penal mexicana en reposo de paz dogmática terminaron.”⁷⁸

Pero la dificultad técnica jurídica y lo novedoso de esas reformas propiciaron problemas sobre todo en la Procuraduría General de la República, debido a que no se señalaban con claridad los ingredientes de aquellos elementos del tipo penal, lo que trajo consigo que a finales del año de 1993 se elaborara un proyecto de reforma a la legislación penal sustantiva y adjetiva que culminó en un proyecto que se aprobó y se publicó en el Diario oficial de la federación el 10 de enero de 1994, y así aparecieron las reformas al entonces Código Penal para el Distrito

⁷⁷ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 161-162.

⁷⁸ Cit. Por MORENO Hernández Moisés. Palabras de inauguración del Seminario Internacional de actualización en Derecho Penal. En Revista de Política Criminal y Ciencias Penales. Num. 1. México. Ius Poenale. Cepolcrim. Agosto. 1999. Pág. 11.

Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia federal, así como también del Código Federal de Procedimientos Penales. Estas reformas precisaron por un lado el contenido de los elementos del tipo penal y por otro el contenido de la probable responsabilidad penal así como el método para el estudio y acreditación de uno y otro.

Así las cosas el problema no acabó, se torno más caótico, y estas reformas de 4 de septiembre de 1994 estuvieron vigentes hasta el 8 de marzo de 1999, cuando se dijo que por manifestación propia del legislador se había optado por el sistema finalista,⁷⁹ y en ese mismo orden se manifestó la doctrina.⁸⁰

Pero por frágiles argumentos y por presumir que se había pasado del Sistema Causalista al Sistema Finalista, bastó una sola noche de intenso romance legislativo, para que estos cambios se dieran, hubo incluso quien afirmó que el día 9 de enero nos acostamos causalistas y el 10 de enero de 1994 nos despertamos finalistas incluso hubo quién denominó en aquella ocasión al finalismo como la doctrina dominante en México.⁸¹ El profesor español Santiago Mir Puig nos dice

“el finalismo no es pues, solamente una doctrina de la acción, ni tampoco de la sistemática de los caracteres del delito. El finalismo es algo más: un reflejo en la dogmática jurídico-penal de una actitud epistemológica. Esto explica que no sea lícito afirmar, como a veces se ha hecho, que todo aquel que incluye el dolo en el tipo es, por eso solo, finalista, de la misma

⁷⁹ Así lo manifestó la Cámara de Senadores, en sus consideraciones señaló que las reformas de 1993. Fueron de corte finalista. [http:// www. Senado. gob. mx./com. Social/ Inc./ reforma.html](http://www.Senado.gob.mx/com.Social/Inc./reforma.html). 1998. Pág. 12.

⁸⁰ BERMÚDEZ Molina Eduardo entre otros. *Del cuerpo del Delito a los elementos del tipo penal*. México. Procuraduría General de la República. 1996. Pág. 68.

⁸¹ JIMÉNEZ Martínez Javier. *El peculado. Un delito grave*. Tesis para obtener el grado de doctor en Derecho. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1999. Pág. 52.y ss.

forma que, como es evidente, no basta reconocer el carácter final de la acción para poder recibir aquél calificativo.”⁸²

Javier Jiménez Martínez nos comenta

“esto implica que para identificar un sistema penal con otro, la adopción de un sistema con todas sus consecuencias, no basta con tomar algunos conceptos de manera aislada, sino que es necesario considerar sus fundamentos filosóficos y metodológicos, el pensamiento de sus autores y seguidores, sus conceptos fundamentales, la estructura sistemática y el modo de operar, éstos son a mi modo de ver los elementos que deben de tomarse en cuenta para identificar con mayor precisión nuestro sistema penal mexicano. En realidad los argumentos estuvieron desde el principio fuera de “rieles”, porque en lugar de sustentar los argumentos en la legislación penal sustantiva y de ahí extraer la construcción sistemática del delito, se comenzó por la adjetiva, ahí están y siguen estando los cabos sueltos, los elementos del tipo penal y el cuerpo del delito, se creyó entonces y se ha creído erróneamente que en estos dos conceptos procesales se encuentra la explicación sistemática de la teoría del delito.”⁸³

Juan Terradillos Basoco sostiene “el debate dogmático vino condicionado por preocupaciones, fundamentalmente procesales, en torno al alcance de los conceptos cuerpo del delito y tipo penal. La trascendencia de la cuestión incluso a nivel constitucional.⁸⁴

Como ya comentamos con antelación las dificultades del Ministerio Público de la Federación para ejercer la acción penal y obtener órdenes de aprehensión, motivó que con fecha de 9 de diciembre de 1997 el ejecutivo propusiera una contrarreforma constitucional a los

⁸² MIR Puig Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*-concepto y método. Barcelona. Bosch. 1976. Pág. 249.

⁸³ Cfr. JIMÉNEZ Martínez Javier. *Fundamentos de la teoría general del hecho punible*. Op. Cit. Pág. 186.

⁸⁴ TERRADILLOS Basoco Juan. *La culpabilidad*. México. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal A.C. (INDEPAC), 2002. Pág. 31.

artículos 16, y 19 de la carta magna, en donde con algunas modificaciones,⁸⁵ hechas por el senado de la república como cámara de origen fue aprobada, y avalada por la de diputados que entonces se constituyó en revisora. Esta reforma constitucional que retoma de nueva cuenta la categoría procesal de cuerpo del delito fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999. Como lógica consecuencia se reformaron también los Códigos Federal de Procedimientos Penales y su análogo del Distrito federal. Publicados en el Diario Oficial de la Federación el 18 de mayo de 1999.

Aunado a lo anterior las posiciones doctrinarias desde las citadas reformas de 1999 aún siguen vigentes, así hay quien le atribuye al sistema penal mexicano un causalismo clásico, neoclásico, autoritarismo, finalismo, incluso funcionalismo moderado y hasta funcionalismo radical.

Olga Islas de González Mariscal nos comenta

“que hubo un retroceso en el Sistema de Derecho Penal en las reformas constitucionales y legales de 1999 ni duda cabe,⁸⁶ como lo pone de relieve Ricardo Ojeda Gándara al decir “esta última

⁸⁵ El ejecutivo señalaba en el tercer párrafo del artículo 16 que para librar una orden de aprehensión existan datos que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal del delito que se trate y la probable responsabilidad del indiciado. Vid. La iniciativa de decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20, 22, y 123 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos firmado por el Dr. Ernesto Zedillo Ponce de León Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. 9 de Dic. De 1997. Pág. 13. Cuestión que el senado de la República modificó en los siguientes términos “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del indiciado.[http/ www Senado.gob. mx.com](http://www.Senado.gob.mx.com). Inc./ reforma. Html. 1998. Pág.13.

⁸⁶ ISLAS de González Mariscal Olga. Comentarios a la iniciativa de decreto que reforma los artículos 16, 19, 20, 22, 23, y 123 de la Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. En Criminalia año LXIV. Núm. 1. enero-abril. 1998. México. Porrúa. Pág. 43.

reforma la de 1999 constituye un grave retroceso dogmático ya que nos regresamos hasta el año de 1906 cuando, bajo el esquema de Liszt y Beling, el tipo contenía puros elementos objetivos, y peor aún, porque en esa época no se conocían los normativos ni los subjetivos, lo que justificaba su proceder, pero ahora, a pesar de ser conocidos, inexplicablemente se les pretende ignorar.”⁸⁷

De acuerdo con esto podemos decir que nuestro actual sistema se encuentra impregnado de causalismo clásico.

Una segunda postura la proporciona, entre otros, Jorge Ojeda Velásquez. Sustenta su opinión en el tratamiento del error establecido en la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal Federal y señala que se volvió al sistema causalista-normativista, es evidente que hay que reformar también este artículo del Código Penal Federal para quitarle los últimos vestigios del finalismo, a fin de que estén en sintonía las tres legislaciones.⁸⁸

La multicitada exposición de motivos del 9 de diciembre de 1997 como ya vimos con antelación señala entre otros conceptos

“el sentimiento social es que vivimos en una profunda inseguridad, las reformas de 1993 consideraron posiciones y teorías que han tenido éxito en otras naciones, sin embargo, queda claro que no correspondieron plenamente al desarrollo del Derecho Penal mexicano, por tecnicismos legales, presuntos delincuentes evaden la acción de la justicia, el grado de exigencia probatoria impuesta al ministerio público evita el enjuiciamiento de presuntos responsables, con estas opiniones de la exposición de motivos nos puede hacer pensar en el

⁸⁷ *La dogmática Jurídico penal y las resoluciones judiciales*. Tesis para obtener el grado de maestro en Derecho. México. UNAM.2000. Pág. 186.

⁸⁸ OJEDA Velásquez Jorge. Forma de acreditar el cuerpo del delito y la probable Responsabilidad para el ejercicio de la acción penal, el libramiento de la orden de aprehensión O de comparecencia y auto de plazo constitucional. Curso de actualización en Materia Penal Para Agentes del Ministerio Público de la Federación. Instituto Nacional de Ciencias Penales 2001.

irracionalismo, mismo que se denunció en su momento, expresa Moisés Moreno Hernández “un sistema penal así definitivamente no puede merecer el calificativo de sistema penal democrático, como lo exige el Estado Democrático de derecho, sino más bien de sistema penal autoritario o totalitario, en el que los intereses de la sociedad viven bajo la amenaza penal, bajo el terror penal, como única forma de imponer una convivencia social ordenada, so pretexto de que todo ello es su mejor protección y por tanto que las medidas son totalmente justificables.”⁸⁹

Aquí quiero señalar que por ningún motivo y bajo ninguna circunstancia debemos permitir que se pretenda introducir en nuestro sistema penal el irracionalismo.

Enrique Díaz Aranda afirma

“una tercera opinión es sustentada por la ubicación del dolo y la culpa en el tipo, al señalar que nuestro sistema de hoy es finalista porque el legislador de 1999 no siguió los postulados del causalismo, de haberlo hecho tendría que haber ordenado el análisis del dolo en la culpabilidad, por ello se puede afirmar que en la reforma de 27 de abril de 1999 al artículo 168 del Código de Procedimientos Penales, el legislador volvió a adoptar la estructura del análisis del sistema final de acción.”⁹⁰

Siguiendo con las ideologías se dice que el sistema penal mexicano puede ser de corte funcionalista cuando se afirma que también ha quedado aclarado por qué la estructura de análisis ofrecida por la teoría final de la acción es seguida por el funcionalismo. De lo cual se

⁸⁹ MORENO Hernández Moisés. *Análisis a la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal*. Criminalia Año LXIV. Núm. Enero-abril. 1998. México. Porrúa. Pág. 90-91.

⁹⁰ DÍAZ Aranda Enrique. *Dolo*. México. Porrúa. 2000, Pág. 224-225.

concluye que la estructura ordenada en el multicitado art. 168 puede ser denominada como funcionalista.⁹¹

En cuanto al funcionalismo radical y tomando conceptos aislados, Jakobs aboga por un Derecho Penal de Ciudadanos y un Derecho Penal de enemigos, que en nuestro país tiene que ver con la Ley Federal contra la delincuencia organizada, que algunos lo han llamado Derecho Penal de excepción,⁹² o Derecho Penal paralelo,⁹³ porque esta ley no se aplica al delincuente común (ciudadano), sino a los miembros de la delincuencia organizada (enemigos), como se señala en el artículo tercero de la citada ley.

Finalmente la impresión que deja la lectura de estos cambios es que el legislador no consigue entenderse consigo mismo y al menos hasta ahora no se sabe bien a bien a dónde quiere llegar.⁹⁴

Toda esta confusión la han puesto los ideólogos de las iniciativas, legisladores y asesores, teóricos y prácticos, salvo casos excepcionales, el profesor Ignacio Burgoa los llama simuladores de la ciencia penal. Al decir de Javier Jiménez Martínez, el legislador lo que hizo fue tomar un poco de aquí y de allá, lo que encontró en su paso, en su peregrinar, cuyo reflejo se convirtió una vez más en una tragedia legislativa en donde además que preocuparse por el combate de la criminalidad se antepusieron los intereses políticos de sus impulsores,

⁹¹ Cfr. DÍAZ Aranda Enrique. *Dolo*. Op. Cit. Pág. 225.

⁹² PLASCENCIA Villanueva Raúl. *Teoría del Delito*. México. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas 1998. Pág. 275.

⁹³ ISLAS de González Mariscal Olga. Comentarios a la iniciativa de decreto que reforma los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Criminalia. Año. LXIV: enero- abril. 1998. México. Porrúa. Pág. 43.

⁹⁴ RUIZ Harrell Rafael. *Código penal histórico*. México. Instituto Nacional de Ciencias penales. 2002. Pág. 7.

cuyo resultado fue la obtención de una legislación penal expansionista, defectuosa, fragmentada y extraviada.⁹⁵ Eduardo Novoa Monreal nos dice “el resultado son leyes en que están ausentes todo plan y método, cuyas normas no armonizan, sino que pugnan entre sí o con otros preceptos, originando toda clase de dudas en su aplicación, carentes de una mínima vertebración y no pocas veces defectuosa hasta en su redacción formal. Su mismo contenido y finalidad son ambiguos, desde que corresponden muchas veces a la conciliación de criterios e ideologías enteramente divergentes dentro de quienes participaron en su elaboración.”⁹⁶

Orellana Wiarco comenta “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 eficiencia 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 deben 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 lo económico y lo social. Exagerando, algún escritor sobre esta materia ha llegado a

⁹⁵ Cfr. JIMÉNEZ Martínez Javier. *Fundamentos Op. Cit.* Pág. 204.

⁹⁶ NOVOA Monreal Eduardo. *El Derecho como obstáculo al cambio social*. 13ª. Edición México. Siglo XXI. Editores. 1999. Pág. 26.

decir peyorativamente, en México se piensa que basta cambiar la ley para cambiar la realidad.”⁹⁷

Sirvan estos comentarios para ilustrar el gran papel que juega la dogmática penal en la configuración del delito y la trascendencia que representa el seguimiento de una determinada tendencia doctrinal o metodológica en la configuración del mismo, y así evitar incongruencias y confusiones cuando se pretenden adoptar diversas corrientes doctrinales con postulados distintos y contenido diferente.

⁹⁷ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 168.

CAPÍTULO SEGUNDO

SISTEMA CAUSALISTA

2.1 Consideraciones previas.

La teoría del delito que Jeschek.⁹⁸ bautizara como causalismo clásico, y que Mariano Jiménez Huerta.⁹⁹ llamó flor de un día, también suele denominarse naturalista o tradicional,¹⁰⁰ pero para evitar confusiones nos vamos a referir al causalismo clásico.

Lo clásico dice Hassemer “expresa que el objeto designado no está en la tradición de la filosofía política de la Ilustración, ni en el Derecho penal, ni en ningún otro lugar, se agota el término clásico en un determinado tiempo o en referencia a un número limitado de objetos. Lo clásico es también un ideal, una aspiración por la cual medir a dónde debemos dirigirnos, cuáles son los pasos que hay que dar para seguir el buen camino y evitar el malo, y cuáles son los que hay que desandar antes de llegar a las proximidades de la meta. Lo clásico, como cualquier otra realización de una idea, no es un tiempo real o un conjunto efectivo de objetos que pueda quedar limitado históricamente. El Derecho Penal clásico, surgió de la muerte del Derecho Natural, bien porque se consideró que éste no existía o no era reconocible, bien porque se le veía como una expresión vacía de contenido.”¹⁰¹

⁹⁸ MIR Puig Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal-concepto y método*. Barcelona. Bosch 1978. Pág. 226.

⁹⁹ JIMÉNEZ Huerta Mariano. *Panorama del Delito. Nullum Crimen Sine Conducta*. México. Imprenta Universitaria. 1950. Pág. 92-93.

¹⁰⁰ NOVOA Monreal Eduardo. *Causalismo y Finalismo en Derecho Penal*. 2ª. Ed. Bogotá. Temis. 1982. Pág. 5. Nota. 8.

¹⁰¹ HASSEMER Winfried. *Persona. Mundo y responsabilidad-bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Tirant lo Blanch. 1999. Pág. 43.

En opinión de Welzel.¹⁰² y Bernd Schünemann,¹⁰³ esta tendencia sistemática se inicia en el año de 1881 con la aparición del tratado de Derecho penal de Franz Von Liszt, y culmina en 1900, aunque hay quien dice que su culminación fue en el año de 1915, o bien tomando como referencia el Tratado de Derecho Penal de Edmundo Mezger, señala que culmina en 1931.¹⁰⁴

Se señala que el causalismo clásico fundamenta sus postulados en el positivismo científico,¹⁰⁵ fundado desde entonces por Comte. Bentham y J. St. Mill y alcanzando su máxima expresión con Hans Kelsen y la Escuela de Viena,¹⁰⁶ ya en el terreno de la dogmática jurídico-penal lo sustentan con algunas diferencias Arturo Rocco, Karl Binding y Franz Von Liszt,¹⁰⁷ de ahí se han derivado principalmente dos corrientes metodológicas con matices diferentes sobre las que sentó sus bases el causalismo clásico, el positivismo jurídico y el positivismo formalista.

El Positivismo jurídico está representado por Arturo Rocco y Karl Binding, para quienes el objeto de análisis no es otra cosa que el Derecho positivo.¹⁰⁸

El Positivismo formalista, su máximo exponente es Franz Von Liszt, respondía más bien al esquema del positivismo jurídico,

¹⁰² WELZEL Hans. *Derecho Penal Alemán*. 4ª. Edición. Traduc. Juan Bustos Ramírez. Chile. Editorial jurídica De Chile. 1993. Pág. 47.

¹⁰³ SCHÜNEMANN Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Traduc. de Jesús María Silva Sánchez. Madrid. Tecnos. 1984. Pág. 43-47.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ Mourullo Gonzalo. *Derecho Penal-parte general*. España. Civitas. Pág. 197.

¹⁰⁵ JESCHEK Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traduc. Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. España. Bosch. 1978. Pág. 275.

¹⁰⁶ CURY Ursúa Enrique. *Derecho Penal Parte General*. T I. 2ª. Editorial Jurídica de Chile. 1992. P. 114.

¹⁰⁷ SILVA Sánchez Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona. Bosch. 1992. Pág. 51-53.

¹⁰⁸ *Íbidem*. Pág. 51-54.

partiendo del Derecho Vigente y procediendo al análisis y sistematización de las diferentes proposiciones y de los conceptos que las integran, por eso comprende delito y pena como generalización conceptual técnico jurídico, desarrollando en un sistema cerrado los preceptos concretos de la ley, estaba sustancialmente influido por el naturalismo propio de la historia del pensamiento de comienzos del siglo XIX.¹⁰⁹

El principal exponente que introduce este sistema Jurídico, es el ilustre Jurista Alemán Franz Von Liszt, quien se basa en el concepto de acción, como un fenómeno causal natural, como punto de partida del delito.¹¹⁰

Este sistema analiza el delito a partir de la ley penal, lo que conocemos como dogmática penal. Von Liszt hace acopio de los principios de la Escuela Clásica y de la Escuela Positiva, y estructura su sistema empleando el método naturalístico, muy de boga a finales del siglo XIX. Esto motivó un incremento en el estudio del delito, así como su análisis el cual lo orientó al contenido del Código Penal Alemán de 1871, de donde se desprendió su estructura.¹¹¹

Von Liszt realizó un examen sistemático no sólo del delito, sino además de todo el Derecho Penal, con una base naturalista, causalista, tomando en cuenta el acto o acción humana, de donde su teoría recibe la denominación de causalista.

¹⁰⁹ ROXIN Claus. *Derecho Penal- Parte General*. T.I. 2ª. Ed. Traduc. Diego Manuel Luzón Peña y otros. Madrid. Civitas. 1997. Pág. 200.

¹¹⁰ VON Liszt Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Reus. 2ª. Edición . Madrid. 1927.

¹¹¹ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 9.

Octavio Alberto Orellana Wiarco nos comenta: “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.”¹¹²

Al respecto debemos comentar que la acción del hombre origina la causa que provoca el efecto material en el mundo exterior, dando origen al resultado que se produce en el mundo material. Así observamos la idea característica del sistema la causa produce un efecto.

“Von Liszt afirma que la acción humana debe de ser voluntaria, referida al movimiento corporal en la acción, o a la falta del mismo, donde sólo existe una relación de causalidad entre ese movimiento o inactividad, corporal voluntario y el resultado material producido. El movimiento corporal en este sistema se caracteriza por ser un proceso causal carente de finalidad, se presenta ciego respecto de lo perseguido por el sujeto.

La voluntad tiene dos caracteres esenciales, uno de naturaleza interna, caracterizado por el contenido de la voluntad y otro externo, que se refiere a la manifestación de la voluntad.”¹¹³

Como se puede advertir del estudio causal del delito, la acción, la voluntad, el resultado, la relación de causalidad, y el carácter ciego de la acción misma son fundamentales en el sistema causalista.

¹¹² Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 9 y 10.

¹¹³ Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. Pág. 32-33.

2.2 Fundamentos de la doctrina causalista.

La formación del concepto de causalidad se origina tendiendo como base una doble percepción, caracterizada por una sucesión temporal de dos procesos, no afirma meramente que un proceso sigue al otro, sino que es causado por él. El primer proceso es para nosotros una causa, el segundo un efecto.¹¹⁴

“El principio de causalidad, que forma parte de la explicación de la teoría especial del conocimiento, Johannes Hessen, sostiene que el principio de causalidad está en conexión estrechísima con el concepto de causalidad. Se refiere a la validez, o más exactamente, a la esfera de validez de este concepto. Cabe preguntar si debemos suponer una causa donde quiera que tenga lugar un cambio. El principio de causalidad significa la afirmación de esta pregunta. Todo cambio, todo proceso tiene una causa, éste es el contenido del principio de causalidad.”¹¹⁵

Von Liszt utiliza el método naturalístico para la explicación del delito, así pues el naturalismo “es la posición filosófica cuyo principio fundamental es la proposición de que el mundo natural es toda la realidad. Naturaleza y mundo natural son ciertamente términos ambiguos, pero hay una cosa, al menos, que queda clara al restringir así la realidad, el naturalismo quiere dar a entender que sólo existe un sistema o nivel de realidad, que este sistema es la totalidad de objetos y acontecimiento en el espacio y el tiempo, y que el modo de comportarse

¹¹⁴ HESSEN Johannes. *Teoría del Conocimiento*. Traducción de José Gaos. Editorial. Losada. 1ª. Edición. Argentina . 1997. Pág. 150.

¹¹⁵ *Ibidem*. Pág. 152.

de este sistema está determinado por su propio carácter y es reductible a un conjunto de leyes causales.”¹¹⁶

Arturo García Jiménez comenta que la nueva concepción del Derecho Penal y del delito se va nutriendo de las diversas ideas proporcionadas por pensadores que encabezaron el movimiento humanista, fundándose en particular en el pensamiento filosófico de Juan Jacobo Rousseau expuesto en su obra el Contrato Social.¹¹⁷

Juan Jacobo Rousseau justifica “la necesidad del pacto social al decir que, supongo que los hombres llegados al punto en que los obstáculos que impiden su conservación en el estado natural, superan las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en él. Entonces este estado primitivo no puede subsistir, y el género humano perecería si no cambia su manera de ser. Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental cuya solución da el Contrato Social.”¹¹⁸

En este sentido Luis Jiménez de Asúa al recordar la Teoría de el Contrato Social, sostiene que cada individuo debe de ser puesto en la necesidad de arriesgar tanta parte de sus derechos y libertad. Sepan todos: el daño que tú produzcas a otro, no caerá sobre otros, sino sobre ti mismo.¹¹⁹

¹¹⁶ D. RUNES Dagobert. *Diccionario de Filosofía*. Traducción. Ana Doménech. Y otros. Editorial. Grijalbo. 1ª. Edición. México. 1981. Pág. 260.

¹¹⁷ Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. Pág. 59.

¹¹⁸ ROUSSEAU Jacobo Juan. *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*. Editorial Porrúa. 11ª. Ed. México. 1998. Pág. 9.

¹¹⁹ JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. *Filosofía y Ley Penal*. Editorial Losada. 5ª. Edición. Argentina. 1992. Pág. 37.

2.3 Concepción del delito en la teoría causalista.

Según hemos venido afirmando con la estructura del delito, se logró explicar con los principios de causa y efecto, en este sentido los seguidores de la corriente causalista tienen una concepción del delito con base en la teoría analítica o atomizadora que con antelación ya explicamos, cuando abordamos el estudio de la teoría en comento.

En cuanto al carácter causal de cada uno de los elementos que integran el delito, se ha abordado su estudio aplicando los principios de causa y efecto y al respecto Octavio Alberto Orellana Wiarco sostiene que “la explicación naturalista 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.”¹²⁰

El citado autor expone “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.”¹²¹

“Franz Von Liszt señala la acción humana como elemento inicial del delito debe ser voluntaria, pero 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.

En el movimiento corporal voluntario, explica el citado autor, resulta un proceso causal, en donde no interesa el sentido o fin de la acción, agregando que, la voluntad tiene dos caracteres uno interno,

¹²⁰ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 10.

¹²¹ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 10.

contenido de la voluntad, y otro externo, la manifestación de la voluntad. Por esta razón, sigue explicando el autor en comentario, 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.”¹²²

En este orden de ideas se vislumbra que la mayoría de los tratadistas están de acuerdo que la voluntad es un elemento esencial para la integración de la conducta, así como también la producción de resultado material en algunos de ellos, por lo que la vinculación entre conducta y resultado material es mediante la relación causal o nexo causal.

En lo que se refiere a la integración del delito con base en sus elementos, es, según vimos de acuerdo a la concepción analítica o atomizadora del delito, que permite dividir cada uno de sus elementos que lo integran, sin perder de vista el principio de unidad que le da esencia, pues cada uno de ellos se encuentra en vinculación indisoluble, con la posibilidad de estudiarlos profundamente, a fin de desentrañar su contenido, caracteres y existencia, precisando con lo anterior, aquellas hipótesis en las que se desvanece presentándose el aspecto negativo de alguno o algunos de sus elementos.

Celestino Porte Petit Candaudap sostiene “como es sabido no existe una terminología unánime, se dice aspectos, caracteres, requisitos, elementos, explica que el término elemento, proviene del latín *elementum*, que significa fundamento, todo principio físico que entra en la composición de un cuerpo sirviéndole de base, al mismo tiempo que concurre formarlo, por esta razón, se propone en forma unánime el

¹²² VON Liszt Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 297.

vocablo elementos para referirse a todo aquello que configura el delito.”¹²³

2.4 Conducta y tipicidad en la doctrina causalista.

Según vimos con antelación en el desarrollo de la teoría atomizadora, que la conducta o hecho dentro de la prelación lógica ocupan el primer lugar en los que descansan los restantes elementos del delito, así pues la conducta o el hecho, según el caso vienen a constituir el elemento esencial general material, de todo delito.

Celestino Porte Petit Candaudap, sostiene “nosotros pensamos que no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento material del delito, según la descripción del tipo, dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material. Nadie puede negar que al delito lo integran una conducta o un hecho humano.”¹²⁴

Algunos autores se refieren al elemento material del delito, utilizando diferentes términos tales como acción, acto, acaecimiento, mutación en el mundo exterior, hecho o bien conducta.

En este sentido considero y comparto la idea con Celestino Porte Petit Candaudap, que las expresiones conducta o hecho son preferibles y al respecto el citado autor nos refiere “el término conducta es adecuado para abarcar la acción y omisión, pero nada más. Es decir dentro de la conducta no puede quedar incluido el hecho, este se forma con la

¹²³ Cfr. PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 215.

¹²⁴ Cfr. PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 229.

conurrencia de la conducta (acción u omisión), del resultado material y de la relación de causalidad. La conducta sirve para designar el elemento material del delito, cuando el tipo exige como núcleo una mera conducta.”¹²⁵

Consideramos como ya se explicó, que al definir la conducta se deben abarcar las formas de la conducta “acción (hacer) y omisión (no hacer), la omisión puede ser omisión simple y omisión impropia o comisión por omisión. Ahora bien, bajo una concepción concreta en el plano causalista, Porte Petit Candaudap, nos define la conducta como un hacer voluntario o en un no hacer voluntario (culpa), dirigidos a la producción de un resultado material típico o extratípico. La conducta debe entenderse como el ejercicio de un comportamiento que tiende a un fin. Por tanto, la voluntad del objetivo es claramente la base de la teoría finalista de la acción.”¹²⁶

Luis Jiménez de Asúa afirma que por hecho debe entenderse “la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que, por no hacer lo que se espera deja inerte ese mundo externo, cuya mutación se aguarda. Y que los elementos del mismo son conducta, resultado y nexos de causalidad.”¹²⁷

La conducta se integra con dos elementos “uno físico, que consiste en el movimiento corporal o en la inactividad del sujeto frente a la acción esperada por el Derecho, y otro elemento psíquico consistente

¹²⁵ Cfr. PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General*. Op. Cit. Pág. 233.

¹²⁶ Cfr. PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 234.

¹²⁷ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 184-185.

en la voluntad de realizar la acción o la omisión, o bien la voluntad de no inhibir el movimiento corporal o la inactividad.”¹²⁸

En lo que se refiere a la acción como ya lo expusimos con antelación es una de las formas de la conducta que se traduce en un hacer, y de la que se han omitido numerosas opiniones sobre el concepto de acción, al respecto Celestino Porte Petit Candaudap nos refiere que la acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello que da lugar a un tipo de prohibición. Del anterior concepto en el sistema causalista se desprenden los elementos que integran la acción: manifestación de la voluntad, resultado y relación de causalidad.¹²⁹

Como podemos observar, en dicho sistema causalista lo importante para que exista la conducta es la voluntad, aquí no tiene relevancia en este sistema la finalidad del sujeto, ya que la causa de la conducta es la voluntad, en esta tesitura vemos que la sistemática causalista se rige por los principios de causa y efecto.

En lo concerniente a la omisión Porte Petit Candaudap, nos refiere que consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición.¹³⁰

Para Francisco Pavón Vasconcelos el resultado en su más amplia acepción consiste “en el obrar u omitir del hombre que produce un conjunto de efectos en el mundo naturalístico.”¹³¹

¹²⁸ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 195-196.

¹²⁹ Cfr. PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 235-236.

¹³⁰ Cfr. PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos*. Op. Cit. Pág. 239.

¹³¹ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 205.

Debemos recordar que el hecho se integra con la conducta, el resultado y un nexo de causalidad, la ausencia de cualquiera de dichos elementos impide el nacimiento del hecho, resultando indispensable el nexo causal para poder atribuir un resultado a la conducta de un hombre, nexo causal es la relación existente entre la conducta y el resultado.¹³²

Liszt fundador del sistema causalista plantea como solución al nexo causal la teoría de la equivalencia de las condiciones y así nos dice “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 casualidad). 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. Naturalmente que, de este modo, sólo consideramos el resultado en forma concreta, todas las condiciones del resultado son, por consiguiente del mismo valor.”¹³³

En lo que se refiere al segundo elemento del delito, tipicidad, necesitamos realizar un análisis previo del tipo para así poder precisar su concepto y contenido. En esta tesitura para Celestino Porte Petit Candaudap, el tipo constituye un presupuesto general del delito, dando lugar a la fórmula *nullum crimen sine typo*.¹³⁴

Este principio lo vemos plasmado en el artículo 14 de la Constitución Política Mexicana: en los juicios del orden criminal queda

¹³² Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 211.

¹³³ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 15.

¹³⁴ Cfr. PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 335.

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.

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.”¹³⁵

Tipo en sentido amplio, se considera al delito mismo, a la suma de todos sus elementos constitutivos. Mezger alude a la palabra tipo, como “el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica.”¹³⁶

La Suprema Corte de Justicia de la Nación nos dice, que “el tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena.”¹³⁷

Para Francisco Pavón Vasconcelos el tipo legal consiste en la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma un resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal.¹³⁸ La doctrina del delito tipo fue formulada por Ernesto Beling en el año de 1906. En cuanto a la evolución del concepto

¹³⁵ MÁRQUEZ Piñero Rafael. *El Tipo Penal*. Edit. UNAM. México. 1986. Pág. 165.

¹³⁶ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 265.

¹³⁷ *Semanario Judicial de la Federación*. CXIX. Pág. 2887. Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*. XVI. Pág. 257. Sexta Época. Segunda Parte.

¹³⁸ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 271.

del tipo desde el plano del causalismo y con los estudios formulados por Beling, surge: primera fase llamada por Jiménez de Asúa, fase de la Independencia o de la pura coordinación, en esta fase en la obra de Beling el tipo cumple una función de mera descripción y se separa completamente de los elementos antijuridicidad y culpabilidad, por tanto tipicidad y antijuridicidad son elementos independientes del delito, aún cuando su concurrencia sea necesaria para su integración. La segunda fase señalada en la doctrina como fase del carácter indiciario o de la *ratio cognoscendi*, en esta fase el tipo ya no es una mera descripción, para Max Ernesto Mayer, el tipo cumple una función más importante, pues tiene valor indiciario de la antijuridicidad de la conducta o del hecho constituyendo el fundamento para conocerla. La tercera fase teoría de la identidad o de la superación, en ella el tipo es la *ratio essendi* de la antijuridicidad, el representante de esta posición Edmundo Mezger expresa “el que actúa típicamente, actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. El tipo jurídico penal que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción: es fundamento real y de la validez (*ratio essendi*) de la antijuridicidad. La antijuridicidad como *ratio essendi* del tipo, invierte la estimación del papel guardado entre el tipo y lo injusto en la estructura del delito.”¹³⁹ Celestino Porte Petit Candaudap, cita la fase del tipo como elemento de concreción y de conocimiento, concreción cuando existiendo la norma anteriormente, la tipicidad delimita y encuadra la

¹³⁹ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 272-273-274.

conducta antijurídica, y de conocimiento cuando coincidiendo temporalmente un acto la aparición de la antijuridicidad y el tipo este último es indispensable al conocimiento de la primera. El autor en cita refiere también la fase destructiva, que aparece cuando el nacional-socialismo arroja la careta, y la reforma penal nacionalista se basa en el postulado que debe de pensarse la voluntad y no la acción.¹⁴⁰

Los elementos del tipo según Francisco Pavón Vasconcelos son “elementos objetivos, por tales debemos de entender aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal. Elementos normativos, son presupuestos del injusto típico, que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho. Elementos subjetivos, por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita.”¹⁴¹

En lo que se refiere a la ausencia de tipo, esta constituye el aspecto negativo del tipo. Hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en la norma penal, el *dogma nullum crimen sine tipo*, constituye la más elevada garantía del Derecho Penal liberal, al no poderse sancionar una conducta o hecho, en tanto no estén descritos por la norma penal. Debemos considerar que el delito putativo es un caso de ausencia de tipo.¹⁴²

Para conceptuar la tipicidad en el sistema causalista, se han desarrollado una serie de criterios en cuanto a su alcance y contenido, así

¹⁴⁰ Cfr. PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 339.

¹⁴¹ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 275 y ss.

¹⁴² Cfr. PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos*. Op. Cit. Pág. 365. -366.

pues se ha sostenido que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal, según describe Fernando Castellanos Tena.¹⁴³

Celestino Porte Petit Candaudap, comenta

“la tipicidad es la adecuación a lo descrito por el tipo penal, explicando que no debemos sólo centrar nuestra atención a la contenida en el tipo para conceptuar a la tipicidad, pues el tipo no sólo es la conducta requerida por el legislador, sino que además como contenido del tipo penal se encuentran muchos otros elementos que lo conforman y que resulta el contenido necesario para la tutela y protección del bien jurídico.”¹⁴⁴

Luis Jiménez de Asúa, sostiene que la tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción.¹⁴⁵

Por su parte, Mariano Jiménez Huerta sostiene que adecuación típica significa pues encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias.¹⁴⁶

Raúl Carrancá y Trujillo, afirma que la tipicidad es el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal.¹⁴⁷

2.5 Antijuridicidad en el causalismo

El estudio de la antijuridicidad en la doctrina causalista ha sido muy debatida, ya que existen diversas opiniones y puntos de vista distintos entre los Juspenalistas respecto de la función que desarrolla en la estructura y en particular en la teoría del delito.

¹⁴³ CASTELLANOS Tena Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Editorial Porrúa. 2ª. Edición. México. 1981. Pág. 120.

¹⁴⁴ Cfr. PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos*. Op. Cit. Pág. 331.

¹⁴⁵ Cfr. JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. III. Op. Cit. Pág. 653.

¹⁴⁶ JIMÉNEZ Huerta Mariano. *La Tipicidad*. Editorial. Porrúa. 2ª. Edición. México. 1975. Pág. 207.

¹⁴⁷ CARRANCÁ y Trujillo Raúl. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo I. Editorial Porrúa. 2ª. Edición. México. 1970. Pág. 214.

Francisco Pavón Vasconcelos nos comenta que en el lenguaje jurídico penal los términos antijurídico, injusto e ilícito han venido siendo empleados indistintamente, dándoseles idéntica significación conceptual. Guillermo Sauer destacó el mayor contenido de lo injusto con relación a lo antijurídico y Carlos Binding, afirma la identidad de *unrecht* (injusto) con el no derecho, mientras lo antijurídico es una expresión que implica contradicción al Derecho.¹⁴⁸

Para Luis Jiménez de Asúa, resulta preferible antijuridicidad e injusto. En cuanto al término que debemos de emplear con relación a este elemento del delito el citado autor Jiménez de Asúa nos dice

*“nosotros pensamos que ha de elegirse como más exacta la palabra antijuridicidad y no la de antijuricidad. Se trata de un vocablo que se deriva del adjetivo jurídico. Por otra parte, así como de la voz latina amabilis (amable) se obtiene la derivada amabilitas (amabilidad) sin suprimir ninguna sílaba. Así también de la palabra latina juridicus (jurídico) se obtiene la palabra juridicitas (juridicidad) igualmente sin contracción ninguna. La palabra antijuridicidad quedaría justificada si el adjetivo fuera en cambio Jurico. Creemos por consiguiente más aceptable, el neologismo antijuridicidad por su exactitud y propiedad.”*¹⁴⁹

Luis Jiménez de Asúa, respecto de la antijuridicidad sostiene

*“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.”*¹⁵⁰

¹⁴⁸ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 291.

¹⁴⁹ Cfr. PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 374.

¹⁵⁰ JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Edit. Losada. Argentina. 4ª Edición. 1963. Pág. 958.

Por otra parte, Alexander Graf Zu Donha sostiene

“la antijuridicidad es una nota que penetra en todas las partes de la entidad criminal calificando a todas ellas, de tal manera que se adiciona como un predicado al resto de los elementos que concurren a integrar el delito, lo que permite explicar que la voluntad se le identifique como voluntad antijurídica y se pueda hablar de conducta antijurídica, resultado antijurídico, medios antijurídicos, es decir, se le localiza como denominador común en la estructura del delito y no es posible identificar su propia sustancia.”¹⁵¹

En general, los doctrinarios se muestran conformes en que la antijuridicidad es un disvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del Derecho. Pavón Vasconcelos concibe lo antijurídico como un juicio valorativo de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado.¹⁵²

Para el fundador del sistema causalista Franz Von Liszt “el acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial).”¹⁵³

Max Ernesto Mayer en 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

¹⁵¹ GRAF Zu Donha Alexander. *La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de Fontán Balestra Carlos. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1958. Pág. 43.

¹⁵² Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 303.

¹⁵³ VON Liszt Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. 2ª. Edición. Edit. Reus. Madrid. 1972. Pág. 324.

que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado.”¹⁵⁴

Al respecto el penalista mexicano Sergio Vela Treviño define la antijuridicidad como “el resultado 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.”¹⁵⁵

Para Rafael Márquez Piñero

“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.”¹⁵⁶

En este sentido consideramos que una gran parte de nuestros tratadistas consideran que la antijuridicidad es el delito en sí mismo considerado, no es un componente, no es un elemento constitutivo del ilícito, sino es mucho más que eso, es su razón de ser la naturaleza intrínseca, en sí del delito. Opinión que sostiene Eugenio Cuello Calón, al decir que la antijuridicidad es el aspecto más relevante del delito, de tal importancia, que para algunos no es un mero carácter, o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza.¹⁵⁷

Aunadas a todas las opiniones vertidas por tan connotados juristas, no podemos omitir que el causalismo le brindó a este elemento

¹⁵⁴ JIMÉNEZ de Asúa Luis. *La Ley y el Delito*. Op. Cit. Pág. 275. 276.

¹⁵⁵ VELA Treviño Sergio. *Antijuridicidad y Justificación*. Edit. Trillas. México. 3ª. Edición. 1990. Pág. 130.

¹⁵⁶ MÁRQUEZ Piñero Rafael. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Trillas. 1ª. Edición. 1986. Pág. 193.

¹⁵⁷ CUELLO Calón Eugenio. *Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Ariel. 12ª. Edición. Barcelona. 1956. Pág. 335.

una relevante importancia, ya que su existencia se fundamentaba previa presencia de la tipicidad, es decir, era necesario que la conducta o hecho debieran ser típicos, entonces surge la necesidad de examinar la antijuridicidad de los mismos, como una consecuencia del elemento subsecuente, teniendo que emplear los principios de causa y efecto en su realidad concreta.

Cuando revisamos el concepto del delito en el capítulo anterior, adoptamos la postura que el delito es la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible; de igual manera compartimos la idea con el criterio de la concepción analítica o atomizadora, ya que sin desconocer la unidad del delito estimamos su examen a través de sus elementos constitutivos, así pues vemos en el injusto un elemento integrante del mismo. Tal es el criterio sustentado por muy destacados juspenalistas, entre los cuales podemos mencionar a Luis Jiménez de Asúa, Mariano Jiménez Huerta, José Arturo Rodríguez Muñoz, entre los españoles; Sebastián Soler y Ricardo C. Nuñez, entre los Argentinos; y a Celestino Porte Petit Candaudap, Raúl Carrancá y Trujillo, Ignacio Villalobos, Fernando Castellanos Tena, Ricardo Franco Guzmán, entre los nuestros.¹⁵⁸

Franz Von Liszt desarrolló una estructura dualista de la antijuridicidad en la cual se establece una diferencia esencial entre lo antijurídico formal y lo antijurídico material. Para el destacado jurista la acción es contraria al Derecho, desde un punto de vista formal, en cuanto constituye una trasgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico, desde un punto de

¹⁵⁸ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 293.

vista material la acción es antijurídica cuando resulta contraria a la sociedad.¹⁵⁹

Arturo García Jiménez nos dice

“en la doctrina causalista se desarrolló la antijuridicidad formal, se ha dicho que una conducta o hecho son formalmente antijurídicos, cuando violan una norma penal prohibitiva o preceptiva. Actualizándose con ello el aforismo nullum crimen sine lege que representa la base de la misma. También en la doctrina causalista se desarrolló el concepto de antijuridicidad material, fundándose para ello, en la distinción de dos criterios que consideran encontrar la esencia de la misma en zonas distintas, por un lado, aquél que lo ubica en el campo jurídico y, por otro lado, aquél que refiere que la esencia se ubica fuera del área jurídica, o sea, que la antijuridicidad material es extrajurídica.”¹⁶⁰

Francisco Pavón Vasconcelos, rechaza la concepción dualista de la antijuridicidad y fundamenta el juicio valorativo, en que hicimos consistir lo injusto en la oposición del hecho típico con las normas de cultura reconocidas por el Estado, dejando aclarada su aceptación por la teoría de Max Ernesto Mayer, la cual queda completada por el concepto de Jiménez de Asúa que ve, en el bien jurídico, el objeto de la protección, identificado con aquellos intereses superiores dignos de ser tutelados.¹⁶¹

En el sistema causalista se distinguen la antijuridicidad objetiva y subjetiva, importante los elementos subjetivos o internos de la figura delictiva ya que en el sistema causalista se le dio un enfoque distinto a las tendencias que aparecieron posteriormente.

¹⁵⁹ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 303.

¹⁶⁰ Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. Pág. 92 y 93.

¹⁶¹ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 314.

Por otra parte se consideró que la antijuridicidad es objetiva cuando una conducta o hecho violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento subjetivo, la culpabilidad. La circunstancia de que la antijuridicidad tenga naturaleza objetiva, significa que constituye una valoración de la fase externa de la conducta o del hecho.¹⁶²

Arturo García Jiménez comenta “el alcance y contenido de esta especie de antijuridicidad, entraña la valoración de la conducta desprovista de cualquier elemento interno o subjetivo que pueda tener el sujeto al momento de ejecutarla, así como las condiciones personales del mismo, es decir, la valoración de la misma se funda en aspectos externos del sujeto, sin que para su estimación se atienda a las condiciones psicológicas o emocionales del individuo ejecutor de la acción o de la omisión.”

“ Sigue comentando el citado autor, se aprecia con lo anterior que la conducta independientemente de si el sujeto posee la capacidad de culpabilidad, es decir, que si el activo de la acción, al momento de ejecutarla carece de dicha capacidad por encontrarse en un estado inimputable, es intrascendente dicho estado personal para la existencia de la antijuridicidad, por su carácter objetivo, de lo anterior el causalismo sostuvo que los inimputables pueden actuar antijurídicamente, pues la culpabilidad o la capacidad para ella, corresponde a otro elemento del

¹⁶² VON Liszt Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Editorial Reus. Traducción de Luis Jiménez de Asúa. 20ª. Edición en español. España. 1999. Pág. 337.

delito que en nada influye para la existencia de aquélla, considerando como antijurídico el actuar del sujeto.”¹⁶³

Celestino Porte Petit Candaudap, sostiene que la teoría de la antijuridicidad objetiva es a nuestro juicio la única que tiene validez, pues la antijuridicidad es independiente, autónoma de la culpabilidad. Para que exista delito, es indispensable la culpabilidad, pero ésta no lo es para la existencia de la antijuridicidad. De aquí que esta última, de acuerdo con la prelación lógica de las notas características del delito, es presupuesto de la culpabilidad, sin que a su vez, la culpabilidad, lo sea de la antijuridicidad. Una conducta no puede ser culpable si no es antijurídica, pero puede ser antijurídica sin ser culpable, dándose en este último caso una hipótesis de inculpabilidad.¹⁶⁴

En lo que concierne a la

*“antijuridicidad subjetiva, esta consiste en que la conducta o hecho son antijurídicos no sólo cuando violan una norma penal, sino además cuando concurren elementos subjetivos, por lo que la valoración comprende la fase interna de la conducta o hecho no siendo suficiente el ámbito externo de la misma. Con este criterio el actuar del sujeto sólo será antijurídico en la medida en que posea capacidad de culpabilidad, es decir, cuando dirige su conducta precisamente con conocimiento y en forma voluntaria a la trasgresión de la norma penal, por ello su capacidad de comprender el carácter antijurídico de su actuar es indispensable para la existencia de la antijuridicidad.”*¹⁶⁵

Para Octavio Alberto Orellana Wiarco “en el análisis de la antijuridicidad, el tema elementos subjetivos del injusto es tal vez donde

¹⁶³ Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. Pág. 95 y 96.

¹⁶⁴ Cfr. PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 487.

¹⁶⁵ Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. Pág. 96.

se han presentado las discusiones más enconadas en el campo del causalismo y en el finalismo, los autores causalistas afirman que esos elementos subjetivos, son diferentes del dolo, son especiales tendencias, motivos que el legislador exige además del dolo. Así por ejemplo, en 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. Para el sistema finalista éste es uno de los puntos de quiebra del sistema causalista, ya que tales elementos son una confirmación más de que el tipo de injusto puede comprender los elementos subjetivos, entre ellos el dolo. 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, en el campo de lo objetivo no encuentran solución.¹⁶⁶

2.6 Culpabilidad e imputabilidad en la teoría causalista.

2.6.1 Culpabilidad.

Con antelación ya dijimos que el delito es la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible, de tal manera que la culpabilidad es un elemento constitutivo del delito, ya Beling elaboró el principio *nulla poena sine culpa*.

¹⁶⁶ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 28 y 29.

En amplio sentido la culpabilidad ha sido estimada como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, comprendiendo por ello a la imputabilidad.¹⁶⁷

Para Hans Welzel culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica de desvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable.¹⁶⁸ Así pues desde el punto de vista la libertad de voluntad y la capacidad de imputación, en suma, la imputabilidad, constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues el reproche supone necesariamente libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad.¹⁶⁹

Eduardo López Betancourt nos comenta:

“el concepto de la culpabilidad, dependerá de la teoría que se adopte, pues no será igual el de un psicologista, el de un normativista o el de un finalista. Así el primero diría, la culpabilidad consiste en el nexa psicológico que une al sujeto, con la conducta o el resultado material, y el segundo, en el nexa psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material, reprochable, y el tercero, afirmarí, que la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta, sin considerar el dolo como elemento de la culpabilidad, sino de la conducta.”¹⁷⁰

La culpabilidad es por lo tanto, responsabilidad, apartándose consecuentemente de los normativistas que mantienen el dolo y la culpa en la culpabilidad, constituyendo como se afirma por un sector un *mixtum compositum*, de cosas, como afirma Baumann, no pueden mezclarse.¹⁷¹

¹⁶⁷ JIMÉNEZ de Asúa Luis. *La Ley y el Delito*. Editorial Temis. 2ª. Edición. 1954. Pág. 379.

¹⁶⁸ WELZEL Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Depalma. Editor. Buenos Aires. 1956. Pág. 149.

¹⁶⁹ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 362.

¹⁷⁰ Cfr. LÓPEZ Betancourt Eduardo. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 213.

¹⁷¹ BAUMANN. *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1973. Pág. 209.

Maggiore define a la culpabilidad como la desobediencia consciente y voluntaria y de la que uno está obligado a responder a alguna ley.¹⁷²

Luis Jiménez de Asúa la define como “el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.”¹⁷³

Para Zaffaroni “la culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a un autor, la que sólo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición interna a la norma violada, disposición que es fundamento de la culpabilidad.”¹⁷⁴

Mezger supone “la culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor, por el hecho punible que ha cometido.”¹⁷⁵

En la doctrina encontramos que tratando de estructurar el concepto de la culpabilidad, hay dos posiciones la teoría Psicologista y la Normativista.

Teoría psicológica “para esta teoría la culpabilidad consiste, como lo declara Antolisei, en el nexa psíquico entre el agente y el acto exterior, o como anota Carlos Fontán Balestra, en la relación psicológica del autor con su hecho: su posición psicológica frente a él. Así entendida la culpabilidad, tanto el dolo como la culpa son formas de vinculación,

¹⁷² MAGGIORE Giuseppe. *El Derecho Penal. El Delito*. I. 2ª. Edición. Temis. Bogotá. 1989. Pág. 451.

¹⁷³ JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Principios de Derecho Penal*. La Ley y el Delito. Ed. Sudamericana. Buenos Aires. 1990. Pág. 352.

¹⁷⁴ ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo IV. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1988. Pág. 12.

¹⁷⁵ MEZGER Edmundo. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1985. Pág. 189.

admitidas por la ley, entre el autor y el hecho ilícito, constituyendo la imputabilidad el presupuesto de aquélla.”

Para Giuseppe Bettioli, quien es citado por Eduardo López Betancourt, sostiene: “el vínculo psicológico que une un evento a un sujeto agente, puede ser de este modo doloso o culposo, doloso cuando éste ha sido previsto y querido, culposo cuando el evento, no querido, fue previsto o era por lo menos previsible, la concepción psicológica de la culpabilidad se basa pues, sobre un vínculo de carácter subjetivo que une al hecho con su autor en los límites respectivos del dolo o de la culpa.”¹⁷⁶

“En síntesis para esta teoría la culpabilidad es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa.”¹⁷⁷

En esta teoría lo relevante es la relación subjetiva entre el autor y su hecho, lo cual le da una connotación de carácter psicológico. Por último el contenido esencial de la culpabilidad en la doctrina psicologista causalista está dado por sus dos especies el dolo y la culpa.

Teoría normativa. Octavio Alberto Orellana Wiarco nos dice “que dentro del sistema causalista, esta teoría 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 o relación psicológica, es decir, a una valoración normativa (reproche) de esa relación psicológica.”¹⁷⁸

¹⁷⁶ LÓPEZ Betancourt Eduardo. *Imputabilidad y Culpabilidad*. 1ª. Edición. Porrúa. México. 1993. P. 33.

¹⁷⁷ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 364.

¹⁷⁸ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 41-42.

Juan Córdoba Roda sostiene

“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 de 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 su causa de minoría de edad, de enajenación permanente o transitoria, o sordomudez, b) la presencia alternativa de dolo o culpa entendida esta como imprudencia, c) la ausencia de causas de no exigibilidad de una 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.”¹⁷⁹

Por otro lado los elementos de culpabilidad en la teoría normativa dentro del concepto de culpabilidad son “la imputabilidad, las formas de la culpabilidad, dolo y culpa, y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad. En lo concerniente al contenido de la culpabilidad lo determinan el acto de voluntad, los motivos del autor y las referencias de la acción a la total personalidad del autor.”¹⁸⁰

2.6.2 Imputabilidad.

En lo que se refiere a la Imputabilidad “esta ha sido considerada como un presupuesto general del delito, como un elemento integral del mismo, o bien como el presupuesto de la culpabilidad. La imputabilidad es la capacidad de entender y de querer, para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, expresa Fernando Castellanos, debe tener capacidad de determinarse en función de lo que conoce, luego la

¹⁷⁹ CÓRDOBA Roda Juan. *Culpabilidad y Pena*. Edit. Bosch. España. 1977. Pág. 16-17.

¹⁸⁰ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 369.

aptitud intelectual y volitiva constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.”¹⁸¹

En la imputabilidad tenemos que hay dos tendencias filosóficas:

- a) el libre albedrío
- b) el determinismo

Aristóteles sostiene “sólo se comete delito o se hace un acto justo cuando se obra voluntariamente, lo mismo en uno que en otro caso, pero cuando se obra sin querer, no es justo ni injusto a no ser indirectamente, porque al obrar así sólo, se ha sido justo o injusto por accidente. Lo que hay de voluntario o involuntario en la acción es lo que constituye la inequidad o la justicia.”¹⁸²

Sergio Vela Treviño comenta “el acto voluntario, es aquel cuyo principio está en el agente mismo, quien conoce los pormenores de todas las condiciones que su acción encierra, mientras que el acto involuntario se realiza obligado por fuerza mayor o impedido por la ignorancia. No se trata, en el caso de actos involuntarios, de que han sido realizados a instancias de la fuerza física ejercida sobre el agente, sino que debe entenderse que interviene la fuerza mayor cuando la causa del comportamiento es exterior y de tal naturaleza, que el ser que obra y sufre no contribuye en nada a esta causa.”¹⁸³

En este mismo orden de ideas, tanto de lo expuesto por Aristóteles como de los comentarios del autor en cita, el hombre llega a

¹⁸¹ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 372.

¹⁸² *Moral a Nicómaco*. Editorial Porrúa. 1987. Pág. 209.

¹⁸³ VELA Treviño Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad*. Editorial Trillas. 1ª. Edición. México. 1973. Pág. 7.

ser responsable de las consecuencias de sus actos porque es libre, es decir, porque tiene voluntad para decidir y para elegir el comportamiento que prefiere según sus propias condiciones personales y especiales del momento, ejecutando su conducta sin estar bajo una necesidad de hacerlo en un sentido determinado, es decir, en una especial forma precisa y determinada. Por tal motivo “del libre albedrío resulta la imputabilidad que fundamenta la responsabilidad moral.”¹⁸⁴

Santo Tomás de Aquino, quien entre otras cosas sostiene que la libre autodeterminación de que goza el hombre después del suficiente conocimiento, es el fundamento sobre el que se construye la imputabilidad, de esa autodeterminación nacerán las acciones u omisiones y ellas sólo en cuanto proceden de nuestra libre voluntad, pueden sernos imputadas para mérito o para culpa, para alabanza o para censura.¹⁸⁵

La idea fundamental de este filósofo se resume en la afirmación que entonces se imputa el acto al agente cuando dicho acto está en su potestad, de tal modo que tenga dominio sobre él.¹⁸⁶

Contrario al libre albedrío surge la corriente determinista o determinismo, reproducida por John Stuart Mill, esta corriente del pensamiento tiene como fundamento la negación de la libertad humana que en ámbito del derecho penal su influencia fue muy importante.¹⁸⁷

Al respecto en lo que concierne al determinismo Francesco Carrara, sostiene que el hombre que delinque está necesariamente

¹⁸⁴ Íbidem. Pág. 7.

¹⁸⁵ Summa Teológica. Editorial Porrúa. *Colección Sepan Cuantos*. México. Pág. 21.

¹⁸⁶ Íbidem. Pág. 21.

¹⁸⁷ Cfr GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. Pág. 100.

sometido a un determinismo que le imponen las desgraciadas condiciones de su organismo y el conjunto de causas circundantes que impelen al delito en medio de las cuales se encuentra abandonado.¹⁸⁸

Esta corriente determinista afirma Sergio Vela Treviño, inspiró las concepciones positivistas que existen en el derecho penal y podemos decir, que el positivismo tiene un doble aspecto determinista “a) La conducta del hombre tiene que ocurrir porque así está determinada, y b) Incumbe a la sociedad defenderse de esas conductas que la dañan, surge así el concepto de lo que Ferri denominó responsabilidad social.”¹⁸⁹

Para Enrique Ferri, todo ser viviente lucha por su propia existencia y todo acto que ofende en él las condiciones naturales de la existencia, individual o social, determina de su parte una reacción directa o indirectamente defensiva, ya sea que pueda servir para evitar desde las consecuencias dañosas de ese ataque, o reprimiendo al autor y tratando de evitar la repetición futura.¹⁹⁰

Arturo García Jiménez comenta

“la influencia de Enrico Ferri, en la escuela positiva fue tan importante, que ha sido considerado uno de los evangelistas, se desprende que el determinismo en su máxima expresión está dado en dos vertientes, por un lado, el mecanismo que determina al individuo a ser un ente perjudicial para la sociedad y, por el otro, el determinismo de esta última de defenderse. La anterior es la más adecuada y propia interpretación del determinismo y su influencia en el Derecho penal, por ello, es impensable que

¹⁸⁸ CARRARA Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Editorial Temis. Colombia. 1956. Parágrafo 35.

¹⁸⁹ Cfr. VELA Treviño Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad* Op. Cit. Pág. 9.

¹⁹⁰ FONTAN Balestra Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Abeledo Perrot. 2ª. Edición. Argentina. 1995. Pág. 330.

bajo el pretexto del determinismo se justifique la existencia del delito sin fincar la debida responsabilidad y la correspondiente sanción, es decir, que la inexistencia de la libertad individual no se traduce en que el hombre se vuelva irresponsable de sus actos, sino tan sólo que para exigir responsabilidad es necesario encontrar un fundamento diferente al de la libertad.”¹⁹¹

Se desprende de las tendencias doctrinarias que la imputabilidad del hombre va aparejada con el concepto libertad y su alcance, ya que en el libre albedrío la considera vital y sobre la cual se debe de fincar la misma, en cambio en el determinismo, resulta negativa e inexistente tal libertad, aun así ambas circundan tal concepto.

García Jiménez nos ofrece un concepto de libertad que para los efectos de la imputabilidad, es la facultad del hombre para actuar conforme a su voluntad, entendiendo por voluntad, en este tema la capacidad de autodeterminación, conforme con el sentido, constituyendo un presupuesto de la imputabilidad, ya que únicamente quienes satisfagan el principio de autodeterminación podrán mantener el sentido de comprensión que son los elementos que constituyen la imputabilidad.¹⁹²

Aunado a lo anterior Sergio Vela Treviño afirma

“la imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, tendiendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuridicidad de su conducta.”¹⁹³

De la anterior definición vemos como el contenido de la imputabilidad queda resumida en sus dos aspectos fundamentales según

¹⁹¹ Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Op.Cit. Pág. 101.

¹⁹² Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. Pág. 105-106.

¹⁹³ VELA Treviño Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad*. Op. Cit. Pág. 18-19.

vimos con antelación al abordar el tema la capacidad de querer (autodeterminación del sujeto) y la capacidad de entender (conciencia de la antijuridicidad).

Francisco Pavón Vasconcelos, comenta que Mayer ha definido la imputabilidad como “la posibilidad, condicionada por la salud y madurez espirituales del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar a ese conocimiento.”¹⁹⁴

2.6.3 Formas de la culpabilidad: dolo y culpa.

Sin lugar a dudas para la gran mayoría de los doctrinarios, juspenalistas, tratadistas “el dolo es la más importante de las formas de culpabilidad.”¹⁹⁵ En esta tesitura cabe hacer mención que el concepto del dolo es uno de los más 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 antijuridicidad, algunos en la conciencia de la antisocialidad y hay quienes, en la conciencia del quebrantamiento del deber.¹⁹⁶

El problema de establecer un concepto general de dolo tiene como problema fundamental su ámbito de validez conceptual, es decir, dicho concepto debe ser válido tanto para un supuesto de dolo directo de

¹⁹⁴ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 374-375.

¹⁹⁵ VON Liszt Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II Op. Cit. Pág. 397.

¹⁹⁶ PECO José. *Proyecto de Código Penal*. Exposición de Motivos. Buenos Aires. Pág. 50.

primer grado como uno de dolo directo de segundo grado y, he aquí el mayor problema, para un dolo eventual.¹⁹⁷

En opinión de Claus Roxin “la realización del plan constituye la esencia del dolo, un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva.”¹⁹⁸

Siendo definido el dolo por Claus Roxin como “la decisión en contra del bien jurídico tutelado”¹⁹⁹

“Carrara, máximo representante de la Escuela Clásica, define al dolo como la intención más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe es contrario a la ley. Para los positivistas el dolo requiere para su existencia de: voluntad, intención y fin.”²⁰⁰

Para Cuello Calón “dolo es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso.”²⁰¹

Eduardo López Betancourt nos define el dolo, como el conocimiento de la realización de circunstancias que pertenecen al tipo, y voluntad o aceptación de realización del mismo.²⁰²

Luis Jiménez de Asúa, sostiene

“dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con la conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y

¹⁹⁷ JESCHEK Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. España. Edit. Comares. 1993. Pág. 264.

¹⁹⁸ ROXIN Claus. *Derecho Penal Parte General*. Traduc. de la 2ª. Edición Alemana. Traduc. Diego- Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Madrid. Edit. Civitas. 1997. Pág. 416-417.

¹⁹⁹ ROXIN Claus. *Zur abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. en Strafrechtliche Grundlageprobleme*. Berlín. 1973. Pág. 222. y ss.

²⁰⁰ Cfr. LÓPEZ Betancourt Eduardo. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 218.

²⁰¹ CUELLO Calón Eugenio. *Derecho Penal*. 9ª. Edición. Editora Nacional. México. 1961. Pág. 441.

²⁰² Cfr. LÓPEZ Betancourt Eduardo. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 218-219.

del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.”²⁰³

Para Hassemer “el dolo es decisión a favor del injusto”²⁰⁴

Existen diversas teorías en la doctrina que fundamentan el concepto del dolo “ a) Teoría de la voluntad. Esta teoría es la primera que se planteó, siendo Carrara quién le dio expresión, aunque se refirió a la intención como el principal ingrediente que acompaña al acto delictivo. Esta teoría se centra en la relación directa entre lo querido por el sujeto y el resultado delictivo, en otras palabras, lo importante es que el sujeto quiera el resultado y dirija su voluntad a la consecución de ese evento.”²⁰⁵

Fontán Balestra encuentra que ésta se conforma de la siguiente manera “quien realiza el acto debe de 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.”²⁰⁶ De lo señalado se desprende que este autor asume el sistema causalista, ya que distingue entre la voluntad dirigida a querer la conducta, y la voluntad de querer el resultado, lo primordial de este planteamiento como ya lo indicamos con antelación aparece en los conceptos del dolo de Carmignani y de Carrara, así pues que Carmignani al unir un acto interno (intención) con un externo (acción) dando carácter

²⁰³ JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires. 1956. Pág. 417.

²⁰⁴ HASSEMER Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. Pág. 931. 916-917.

²⁰⁵ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 45-46.

²⁰⁶ FONTÁN Balestra Carlos. *Manual de Derecho Penal*. Edit. Depalma. Buenos Aires. 1949. Pág. 247.

de condición a éste, confunde la noción de delito con la de dolo, y Carrara por otro lado no incluye el *animus nocendi*, “la falta de *animus nocendi* puede excluir el dolo solamente cuando se convierte en la opinión razonable de no violar la ley. Debe de distinguirse exactamente el ánimo de dañar de la intención de dañar. El primero consiste en la previsión del perjuicio, el segundo en la voluntad dirigida a producirlo. La segunda no será siempre esencial para constituir el dolo, lo es siempre indispensable la primera.”²⁰⁷

Vemos como Carrara cae en el error de definir el dolo como la intención, de tal suerte que deja fuera del concepto al dolo eventual, en el que no existe propiamente intención.

A mayor abundamiento al definirse el dolo como una conciencia, se define el predicado en lugar de definir el sujeto, Luis Jiménez de Asúa sostiene “recordando a Carrara, que la esencia del dolo no puede estar más que en la voluntad de la cual es una fase. El dolo se estudia por el criminalista en cuanto puede ser causa de la acción. Pero la causa de la acción no puede encontrarse en la mera conciencia. El impulso para el acto es necesario que parta de la fuerza volitiva. De nada vale objetar que la voluntad sin conciencia no puede llamarse dolosa, puesto que se responde que en modo alguno la conciencia sin voluntad podría tampoco llamarse dolosa”²⁰⁸

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 “1. El agente debe haber tenido la posibilidad de conocer la

²⁰⁷ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 389.

²⁰⁸ JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Culpabilidad. Editorial Lozada. 5ª. Edición. Argentina. 1950. Pág. 391.

existencia de un deber, 2. Debe haber tenido la conciencia de que su proceder no podía menos que violar el deber, 3. 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.”²⁰⁹

b) Teoría de la representación. Para el autor Arturo García Jiménez, esta tendencia se atribuye a Reinhard Frank quien le dio además de su contenido su propia denominación, que no es impropio puesto que esta doctrina se caracteriza por ver la esencia del dolo en el elemento de la representación (elemento intelectual), en el conocimiento y previsión del autor, en esta teoría existe dolo cuando hay voluntad de la acción y previsión del resultado, es decir, con el dolo no sólo se responde de los resultados queridos como fin de la conducta, sino de los ulteriores que se revelan en la conciencia del agente como unidos de un modo inevitable al acto querido, basta pues, con que sean representados para que se estimen como queridos juntamente con aquel resultado.²¹⁰

Luis Jiménez de Asúa sostiene

“el sujeto debe haber querido la acción y de manera previa, ser consciente del resultado. Cuando concurren ambos elementos no se precisa una aprobación especial del resultado. Por ende, la previsión de éste y la voluntad de producirlo se equiparan. Ahora bien, no toda previsión de un resultado dañoso, opuesto a los intereses del Estado,

²⁰⁹ PESSINA Enrique. *Elementos de Derecho Penal*. Madrid. Edit. Reus. 4ª. Edición. Pág. 229.

²¹⁰ Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. Pág. 119.

puede condicionar la culpabilidad penal, sino tan sólo aquella previsión que, según las circunstancias y las referencias del agente, habría debido traer como consecuencia de la obligación de abstenerse de la acción.”²¹¹

La teoría de la representación consiste en el conocimiento que el sujeto tiene tanto del hecho como de su significación, el cual agota la noción del dolo sin importar la dirección del querer.²¹²

c) La teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada. Francisco Pavón Vasconcelos nos dice “una postura ecléctica adopta esta teoría para la cual no basta a integrar el dolo ni la voluntad ni la sola representación, siendo ambas indispensables, en consecuencia de acuerdo con ella, actúa dolosamente quien no sólo ha representado el hecho y su significación sino además encamina su voluntad, directa o indirectamente, a la causación del resultado, para Maggiore el que obra dolosamente prevé y quiere el delito en la totalidad de sus elementos.”²¹³

Es evidente que la teoría ecléctica es la que más explica el concepto del dolo, así lo señalan los connotados juristas, Jiménez de Asúa, Maggiore, Fontán Balestra, Porte Petit, entre otros, por ello la teoría más completa, a juicio de Maggiore, debe de conciliar, en la noción del dolo, la representación (previsión) y la voluntad.

Luis Jiménez de Asúa 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

²¹¹ Cfr. JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. La Culpabilidad. Op. Cit. Pág. 399.

²¹² Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 390.

²¹³ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 390.

*nuestro Juicio, deben unirse la teoría de la voluntad y la representación para que el elemento afectivo del dolo quede perfecto.*²¹⁴

Vemos como el consenso entre los tratadistas, es en el sentido de adoptar la postura ecléctica en donde el dolo esta estructurado por tres elementos de la representación, de la voluntad, de la conciencia de la antijuridicidad.

Debemos recordar que la voluntad constituye el coeficiente psíquico, el cual consiste en querer realizar la acción o la omisión, o bien la voluntad de no inhibir el movimiento corporal o la inactividad. La voluntad en el dolo es querer también el resultado. La voluntad por sí misma no puede quedar agotar el contenido del dolo, hácese imprescindible igualmente el conocimiento de las circunstancias del hecho y su significación, tal conocimiento debe de abarcar la relación de causalidad, cuando ésta forma parte del hecho particularmente tipificado, la tipicidad del mismo, entendida de manera profana, y su carácter antijurídico.²¹⁵

Ricardo Franco Guzmán, al prever un acto se está 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.²¹⁶

Por último, el sistema causalista ubica al dolo en el campo de la culpabilidad, en tanto el sistema finalista como lo veremos más adelante lo ubica en la tipicidad.

²¹⁴JIMÉNEZ de Asúa Luis. *La Ley y el Delito*. 1ª. Edición. Edit. Hermes Sudamericana. México. 1986. Pág. 363.

²¹⁵ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 392.

²¹⁶ FRANCO Guzmán Ricardo. *La culpabilidad y su aspecto negativo*. Criminalia. México. 1949. Tesis profesional. Pág. 48.

Para Octavio Alberto Orellana Wiarco, la culpa en el sistema causalista, es la segunda e inferior especie de la culpabilidad, el citado autor nos dice que el concepto de culpa ha sido más debatido que el del dolo, inclusive no faltaron penalistas como Binding, que designaron a la culpa como la hijastra del derecho penal, por ser un tema despreciado y desdeñado durante siglos.²¹⁷

Eugenio Cuello Calón expresa “existe culpa cuando obrando sin intención y sin diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.”²¹⁸

Para Mezger, actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado.²¹⁹

En nuestro sistema jurídico la Suprema Corte de la Nación establece “la esencia de la culpa radica en obrar sin poner en juego las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para evitar que se cause daño de cualquier especie.”²²⁰ “Comete un delito imprudente, quien en los casos previstos por la ley, cause un resultado típicamente antijurídico, sin dolo, pero como consecuencia de un descuido por el evitable.”²²¹

El aspecto fundamental que presentan los delitos culposos es la violación del deber de cuidado, respecto del cual afirma Creus “se viola

²¹⁷ Cfr. ORELLANA Wiarco Octavio Alberto. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 54.

²¹⁸ CUELLO Calón Eugenio. *Derecho Penal*. Tomo I. 18ª. Edición . Ed. Bosch. Casa Editorial. S.A. Barcelona. 1980. Pág. 466.

²¹⁹ MEZGER Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. 2ª. Edición. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1949. Pág. 171.

²²⁰ *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo LVIII. Sexta época. Segunda Parte, Pág. 24-25.

²²¹ *Semanario Judicial de la Federación*. Vol. 83. Segunda Parte. Séptima época. Pág. 30-31.

el mandato procedente del ordenamiento jurídico, pero sin querer hacerlo por medio de la forma de ataque prevista en el tipo, ese mandato es el que determina el deber de cuidado, obligando a adoptar conductas cuidadosas o inversamente, prohibiendo conductas que pueden ser peligrosas para el bien jurídico”.²²²

Con similar criterio sostiene Eugenio R. Zaffaroni que el deber de cuidado es “un componente normativo del tipo objetivo culposo que es hoy ampliamente reconocido como prioritario y decisivo por casi toda la doctrina”²²³

En este orden de ideas por iniciativa de decreto en el año 2005, se reforma el Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León modificándose el artículo 28: el arbitrio y la libre interpretación de lo que se considera la inobservancia del deber de cuidado presente en la conducta de una persona que comete un delito por culpa, da en la práctica muy variadas resoluciones que pueden favorecer o desfavorecer a quien es sometido a un enjuiciamiento penal, por citar algunos ejemplos, el estado de ebriedad algunos jueces lo encuadran en la negligencia, mientras otros sostienen que es falta de cuidado; en cuanto a exceso de velocidad, estiman que es imprevisión, y otros que es falta de reflexión o de cuidado. Por lo tanto, se propone eliminar las especies de deber de cuidado que se señalan en este artículo, con el fin de evitar problemas por la falta de uniformidad de criterio para la determinación de cual se aplica en cada caso específico. Se sugiere

²²² CREUS Carlos. *Derecho Penal parte general*. Astrea. Buenos Aires. 1988. Pág. 208.

²²³ ZAFFARONI Eugenio R. *Manual de Derecho Penal*. Parte general. 5ª ed. Ediar. Buenos Aires. 1987. Pág. 431.

señalar únicamente deber de cuidado como género, que abarca todas las formas de culpa que se mencionan actualmente en el artículo.

Francisco Pavón Vasconcelos, define la culpa como aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitables si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejable por los usos y costumbres.²²⁴

Luis Jiménez de Asúa, nos dice

*“en un sentido 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.”*²²⁵

De la anterior definición, podemos observar que el individuo en la esfera social debe de conducirse con la debida prudencia y diligencia para evitar daños a terceros, sea a las personas o en sus bienes, ya lo decía Carrara el individuo tiene derecho a ser defendido no sólo contra los malvados, sino también contra los imprudentes.

No debemos de olvidar que la culpa tiene su propia identidad frente al dolo y el caso fortuito, inclusive respecto a la ubicación que conserva en la integración del delito.²²⁶

La experiencia diaria nos demuestra cómo en ocasiones la conducta humana, no proyectada voluntariamente a la producción de un daño, lo origina causalmente. En tales situaciones se afirma la existencia de culpa cuando la actitud del sujeto, enjuiciada a través del imperativo de los deberes impuestos por la ley, es reprochable a virtud de la inobservancia

²²⁴ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 411.

²²⁵ Cfr. JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Op. Cit. Pág. 680.

²²⁶ ALTAVILLA Enrico. *La Culpa. Del Delito Culposo*. Sus repercusiones civiles. Su análisis Psicológico. Editorial Temis. Reimpresión de la 4ª. Edición. Colombia. 1999. Pág. 19 y ss.

de la prudencia, atención, pericia, reglas, órdenes, disciplinas, necesarias para evitar la producción de resultados previstos en la ley como delictuosos.²²⁷

Señalado lo anterior es necesario el examen de algunas de las teorías sobre la culpa, y al respecto cabe hacer mención

“teoría de la previsibilidad, al decir Pavón Vasconcelos en esta teoría destacan Carrara y Brusa, para Carrara la culpa radica en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho, explicando Carrara afirma que la culpa es un defecto de la voluntad. Para Brusa le añade la prevenibilidad, estimando a la culpa como la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un evento penalmente antijurídico, posible, previsible y prevenible.”²²⁸

Para Franz Von Liszt el concepto de culpa requiere “falta de precaución, falta de previsión y falta de sentido.”²²⁹

En la mayoría de las teorías que estudian la naturaleza de la culpa, 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.”²³⁰

Al respecto Octavio Alberto Orellana Wiarco, nos dice “la previsibilidad, por lo tanto es un fenómeno intelectual, no volitivo. La prevenibilidad, en cambio, consiste en la posibilidad de evitar el evento,

²²⁷ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 405.

²²⁸ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 406.

²²⁹ VON Liszt Franz. *Tratado de Derecho Penal*. T.II Edición Madrid. Trad. Luis Jiménez de Asúa
Pág. 431- 432.

²³⁰ ALTAVILLA Enrico. *La Culpa*. Edit. Temis. Bogotá. 1956. Pág. 3.

es decir, en tratar de prevenir el resultado previsto. La prevenibilidad por consiguiente es un fenómeno volitivo.”²³¹

En lo que se refiere a la teoría de la imprudencia o negligencia. Ignacio Villalobos expresa “se dice que una persona tiene culpa cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación antijurídica típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo.”²³²

“En la teoría de la causalidad eficiente, Sttopato la elabora, aquí se pone voluntariamente la actividad como causa, al escoger el hombre en forma libre los medios de acción, de manera que responderá del resultado por haber sido su causa voluntaria eficiente. Otro criterio es que hace posible la incriminación por culpa, cuando se obra con medios no conformes al derecho.

En la teoría del error evitable. Kostlin considera existente ésta en aquello en lo cual el agente no ha evitado el error, que, por dicha razón, es puesto como principio del evento dañoso. En el no evitar estará la esencia de la falta y en el contenido negativo de la voluntad la diferencia del dolo.”²³³

Octavio Alberto Orellana Wiarco sostiene que el sistema causalista considera como elementos de la culpa, los siguientes “a) La voluntariedad del acto inicial, es decir, debe de quererse la conducta, sea ésta comisiva u omisiva. b) Un resultado dañoso tipificado en la ley, para

²³¹ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 59.

²³² Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 408.

²³³ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 409.

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. 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 de 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.”²³⁴

Francisco Pavón Vasconcelos, sostiene como elementos de la culpa “a) Una conducta voluntaria (acción u omisión). b) Un resultado típico y antijurídico. c) Nexo causal entre la conducta y el resultado. d) Naturaleza previsible y evitable del evento. e) Ausencia de voluntad del resultado. f) Violación de los deberes de cuidado.”²³⁵

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, y en este sentido Orellana Wiarco, nos dice que 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.”*²³⁶

Orellana Wiarco comenta que la culpa se ha clasificado de diferentes formas, desde la clasificación romana en culpa lata, leve y levísima, hasta la aceptada por la doctrina y la legislación, como grados de la

²³⁴ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 59-60.

²³⁵ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 411-412.

²³⁶ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 60.

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 el evento, pero mientras en la primera el sujeto se representa la posibilidad del evento, en la segunda no se lo representa.²³⁷

En lo que se refiere al dolo eventual, Eugenio Cuello Calón destaca que hay aceptación del resultado antijurídico, en tanto en la culpa consciente se obra con la esperanza, o mejor aún, se confía en que el resultado no habrá de producirse, es decir en el dolo eventual hay aceptación del resultado previsto como posible o probable, o sea voluntad, aunque no querer directo, en tanto en la culpa consciente no hay voluntad respecto al resultado que no se quiere ni se acepta a pesar de haber sido representado.²³⁸

2.6.4 Preterintencionalidad.

Octavio Alberto Orellana Wiarco nos comenta que la preterintencionalidad, es admitida por algunos penalistas del sistema causalista como la tercera especie de la culpabilidad, pero este concepto es todavía más debatido que el dolo y la culpa. Para el citado autor la noción de preterintencionalidad se refiere al caso en que el daño que se produce sobrepasa a la intención del agente.²³⁹

Francisco Pavón Vasconcelos nos dice que el criterio más comúnmente aceptado como expresa Ángel Reyes Navarro, el delito

²³⁷ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 60.

²³⁸ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 414.

²³⁹ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 62.

preterintencional se configura cuando el daño causado es mayor de aquel que tenía intención de causar el agente, o dicho en otras palabras, cuando el resultado ha sobrepasado a la intención del autor.²⁴⁰

Las teorías que explican a la preterintencionalidad Orellana Wiarco las agrupa 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.”²⁴¹

“En cuanto a la primera teoría Carrara nos dice al hablar de homicidio, una tercera figura de homicidio, distinta del dolo y la culpa, que es totalmente creación de la equidad práctica, esto es el homicidio preterintencional, este 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.”²⁴²

En la segunda teoría 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.²⁴³

Orellana Wiarco comenta que los autores que aceptan la tercera teoría, 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

²⁴⁰ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 422.

²⁴¹ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 62.

²⁴² Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 63.

²⁴³ SOLER Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Primera Reimpresión. Edit, Tea. Buenos Aires. Tomo I. 1951. Pág. 334. y ss.

más grave, o habiéndose previsto se tenía la esperanza de que no aconteciera. No sigue comentando el citado autor que para Florián la mixtura de dolo y culpa no es posible admitirla ya que se quiere o no se quiere.²⁴⁴ Pavón Vasconcelos señala como casos de preterintencionalidad “a) Los delitos preterintencionales. b) Los delitos calificados por el resultado. c) *El versari in re ilícita*.”²⁴⁵

En lo que se refiere a los delitos preterintencionales ya los comentamos con antelación, en el sentido de que el agente al realizar dolosamente un hecho delictivo, produce otro más grave no abarcado por su intención, los delitos calificados por el resultado, son aquellas situaciones captadas por la ley, de conductas dolosas que producen resultados más graves que los previstos y queridos, en los que la pena se aplica en función del principio meramente causal entre tales conductas y los eventos producidos, con independencia del fin perseguido por el autor. El *versari in re ilícita*, de tiempo atrás se viene discutiendo si pertenece a la culpa la necesaria ilicitud de la acción, el sujeto ejecuta una acción ilícita responde de los resultados de ella a título de dolo, excluyendo la culpa.²⁴⁶

2.7 Comentarios.

La finalidad de este capítulo fue solamente el de examinar los puntos básicos de esta teoría o sistema causalista, sin entrar a fondo en el desarrollo y aportaciones que han enriquecido esta posición, pues desbordaría en mucho el propósito de esta investigación. No obstante es

²⁴⁴ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 64.

²⁴⁵ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit. Pág. 421.

²⁴⁶ Cfr. PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Op. Cit, Pág. 427.

necesario confrontar estos conceptos básicos, con el sistema denominado finalista que abordaremos en el siguiente capítulo, ya que los criterios de ambos sistemas nos llevan a resultados divergentes no sólo en el plano teórico sino también en el práctico.

Ya comentamos que el sistema jurídico llamado causalista se lo debemos al brillante Jurista Alemán Franz Von Liszt, estudia la estructura del delito, y nace así la dogmática jurídico penal, aplicando el método naturalístico muy de boga a fines del siglo XIX.

Vimos que la explicación naturalística del acto o acción humana se basa en relaciones de procesos causales, que la acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo exterior, y que dicha acción humana debe de ser voluntaria, y que tal voluntariedad debe estar referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material, y donde existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el resultado material, resulta así un proceso causal ciego donde no interesa el sentido o fin de la acción, aquí no debemos perder de vista que la finalidad es ciega, en tanto en el denominado sistema finalista, la finalidad es vidente como ya lo explicaremos más adelante.

En la teoría causalista el estudio del acto o acción lo que le 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.

Los causalistas están en un desacierto, ya que encuentran a la acción u omisión de naturaleza causal, como ya explicamos a través del movimiento corporal provocado por la voluntad del sujeto, con la

existencia de un nexo psicológico, que vincula al sujeto, como ya vimos, carente de un fin reconociéndole un carácter objetivo. Esto hizo que el causalismo estimara que la intención o finalidad del sujeto sea considerada como elemento del dolo, y este es de naturaleza subjetiva, por lo que conducta y dolo los ubicaron en dos vertientes diferentes, la conducta en el plano objetivo del delito y al dolo en el plano subjetivo donde también ubican a la culpabilidad.

Ahora bien otro desacierto en lo que se refiere a los elementos del delito, es que los causalistas sostienen que los elementos objetivos del delito son la conducta en sus dos modalidades, la tipicidad, y la antijuridicidad, y en el plano subjetivo del delito, contemplaron a la imputabilidad y a la culpabilidad, ocasionando una división en la unidad del delito, lo que ocasionó confusiones en lo concerniente a la autoría y participación del delito, así como en la configuración de la tentativa.

Otro error del causalismo, además de estimar a la acción naturalísticamente, es que el tipo fue considerado en sentido estricto, como una mera descripción de los elementos exteriores de la acción, así pues definido como una mera descripción objetiva sin valoración normativa alguna.

La corriente filosófica del causalismo señaló que su base radicaba en la tendencia naturalista y formalista, contrario al criterio teleológico referido a los valores. Así estimaron a la antijuridicidad como un concepto formal, ajena a toda desvaloración de la conducta, con lo que se coincide en que la conducta causal es ciega y carente de finalidad. La imputabilidad la entendieron como un presupuesto de la culpabilidad, la culpabilidad fue vista como un elemento subjetivo, aquí se plantea el

contenido de la voluntad, por ello el dolo y la culpa aparecen como formas de ésta.

Por otro lado en el causalismo la tentativa, y la consumación, así como la autoría y la participación, unidad y pluralidad de delitos, fueron examinadas y sistematizadas en la segunda esfera de la teoría del delito. Esto ocasionó confusiones ya que la prelación lógica de los elementos del delito no se lograba explicar.

Así por ejemplo al desconocer la intención del sujeto como contenido de la voluntad, el causalismo no logró descifrar el aspecto metodológico de la problemática de la tentativa, es decir, en su integración si requería conocer la intención del sujeto respecto de la lesión del bien jurídico, en este sentido deja desprovista la conducta de finalidad en la integración del delito, pero si la incluía en la integración de la tentativa, lo que una vez más traía consigo un rompimiento con la prelación lógica de los elementos del delito.

En el causalismo no se explica claramente la diferencia del autor material y del cómplice, ya que se suprimió el contenido de la voluntad, siendo indispensable para diferenciar los grados de participación en el delito.

Definitivamente el causalismo se fundamentó en el positivismo pues como ya vimos, analiza el fenómeno jurídico penal de la acción delictiva, como un hecho de orden natural, libre de sentido y finalidad. Considerando sólo los elementos externos u objetivos, estimando a la voluntad del sujeto como causa generadora de la acción.

Finalmente sin ninguna duda, debemos al causalismo el estudio sistemático de la integración del delito, apoyado según vimos de la teoría

analítica o atomizadora. Fue muy exhaustivo el estudio que se realizó de la conducta y la voluntad por el principal exponente de esta corriente causalista Franz Von Liszt, ello permitió que este elemento fundamental en la integración del delito, se le diera la importancia que hasta hoy mantiene.

El descubrimiento de cada uno de los elementos del delito, el conocimiento de la integración del delito, la identificación de cada elemento del delito, así como también la abundante doctrina que nos aportó el causalismo es innegable.

CAPÍTULO TERCERO

SISTEMA FINALISTA

3.1 Fundamentos del finalismo.

La teoría finalista de la acción también conocida como “doctrina final del injusto”²⁴⁷ nace como una reacción contra el naturalismo y el neokantismo, pero sobre todo pretende restablecer la función ético-social del Derecho penal y superar las tendencias naturalistas utilitarias en la ciencia del Derecho penal de aquella época.²⁴⁸

Hans Welzel es el brillante jurista que da nacimiento a esta teoría, también 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.²⁴⁹

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.²⁵⁰ Desde 1928 Welzel sienta las primeras bases para la teoría de la acción finalista que se interrumpe por el arribo del nacional socialismo en 1933,²⁵¹ en donde los profesores más destacados de Alemania obligados a acatar las doctrinas penales que imponían los criminalistas del Tercer Reich y sin valor para oponerse, se ven en el duro y humillante trance de rectificar cuanto habían dicho antes.²⁵²

²⁴⁷ STRUENSSE Eberhard. *Temas sobre teoría del delito*. Trad. De Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 1999. Pág. 83.

²⁴⁸ WELZEL Hans. *La teoría de la acción finalista*. Trad. De Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Argentina. Depalma. 1951. Pág. 18.

²⁴⁹ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito*. Op. Cit. Pág. 81.

²⁵⁰ MUÑOZ Conde Francisco. *Teoría general del delito*. Edit. Temis. Bogotá. 1990. Pág. 13.

²⁵¹ MIR Puig Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal concepto y método*. España. Bosch. 1976. Pág. 245.

²⁵² JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Argentina. Losada. 1985. Pág. 769.

Welzel, sin color político al igual que su teoría, tendría que esperar de manera paciente hasta la culminación de la Segunda Guerra Mundial y hacer su arribo hasta el año de 1945.²⁵³ Welzel reconoce que pone la primera piedra de la teoría final de acción en 1928 y Daza dice que el finalismo se inicia en los años treinta,²⁵⁴ Schünemann refiere que su vigencia es de 1945 a 1960.²⁵⁵

La teoría final de la acción ha tenido que enfrentar errores y se ha tambaleado una y otra vez por los problemas que aún sigue sin resolver. Los argumentos no fueron tan contundentes como los que le hiciera el propio Claus Roxin desde 1962, al referirse al concepto ontológico de acción que sirvió a Welzel en el año de 1962,²⁵⁶ respecto del concepto de acción en los términos siguientes “el concepto final de la acción no sólo no viene ontológicamente dado, sino que es un producto jurídico-normativo por excelencia,”²⁵⁷ polémica que aún con las defensas que opusiera el propio Welzel vino a consumarse de manera favorable para Roxin el 13 de mayo de 1970, al pronunciar en Berlín, su conferencia Política criminal y sistema de Derecho penal, ahí el profesor Roxin, en clara referencia a la teoría finalista de la acción señala. Por un lado ha creado un sistema que ciertamente se diferencia de la tripartición clásica causal-positivista, pero que no concede un espacio independiente a las finalidades político criminales de la dogmática.²⁵⁸ Es Roxin como dice

²⁵³ Cfr. JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Op. Cit. Pág. 70.

²⁵⁴ DAZA Gómez Carlos Juan Manuel. *Evolución doctrinal del finalismo*. Revista de la Facultad de Derecho. T. LXVI. Núm. 209-210. Sep-Dic- 1996. México. Pág. 66.

²⁵⁵ SCHÜNEMANN Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*. En Schünemannn Compilador. *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*. Traduc. de Jesús- María Silva. Madrid. España. Tecnos. 1984. Pág. 43.

²⁵⁶ GIMBERNAT Ordeig Enrique. *Delitos cualificados por el resultado*. España. Reus. 1966. Pág. 111.

²⁵⁷ *Ibidem*. Pág. 111. 112.

²⁵⁸ ROXIN Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Traduc. de Francisco Muñoz Conde.

Carlos Parma quien golpea de manera mortal a Welzel al lanzarle el dardo envenenado que clava en su corazón aún estando en vida.²⁵⁹ Con base en lo anterior observamos que la vigencia del finalismo va de 1945 a 1962 y que hoy en día quedan vestigios sistemáticos que la ciencia penal no se olvidará de ellos.

Aún y como ya mencionamos con antelación que Hans Welzel da nacimiento a la teoría finalista de la acción, en los años 50 comenzó la disputa sobre su paternidad, que en su momento el propio Welzel tuvo que aclarar, y así tenemos que Guillermo Sauer comenta “una opinión señala que la doctrina finalista de la acción no es ni siquiera original, una evolución del concepto formal de la acción hacia el material y teleológico la contiene ya el concepto sumamente generalizado de la acción voluntaria, de la tendencia al fin (Jhering), del obrar (Stammler), de la acción final (Schwinge).”²⁶⁰

No debemos olvidar que antes que Welzel, el finalismo hizo sus primeras apariciones con Hellmut Von Weber y Alexander Graf Zu Dohna, por eso son considerados como precursores de la teoría final de la acción al incorporar el contenido de la voluntad al tipo, dejando a la culpabilidad solamente en reprochabilidad e incorporando el dolo y la culpa al tipo como estructuras típicas diferentes.²⁶¹

Según Eduardo Novoa Monreal antes que Welzel está Soler, puesto que la primera edición de su Derecho penal Argentino aparecido

Bosch. Barcelona. 1972. Pág. 37-38.

²⁵⁹ PARMA Carlos. *Culpabilidad-lineamientos para su estudio*. Argentina. 1997. Pág. 89.

²⁶⁰ SAUER Guillermo. *Derecho Penal parte general*. Trad. De Juan del Rosal y José Cerezo Mir. Barcelona. Bosch. 1956. Pág. 46.

²⁶¹ ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal Parte General*. México. Cárdenas Editor y distribuidor 1998. Pág. 349.

en 1940, ya refleja atisbos de esta tesis (se refiere a la teoría final de la acción de Welzel) mucho antes que las ideas de Welzel, cuya obra fue conocida en países de habla hispana en 1944.²⁶²

Mi humilde opinión, es que el maestro Novoa Monreal, se refiere a los tiempos en que cobra auge en Hispanoamérica la obra de Welzel, quien sin lugar a dudas, y me refiero a Hans Welzel, es quien origina la estructura científica de la teoría de la acción finalista en Derecho Penal; por lo que consideramos a Welzel como el padre filosófico y científico de los finalistas.

*“Juan Fernández Carrasquilla, un conspicuo finalista se ha empeñado en negar la existencia de las variantes del finalismo, si se intentan unificar los criterios encontrados en la doctrina, se identifican al menos 6 variantes o calificativos: finalismo ortodoxo, finalismo heterodoxo, finalismo radical, finalismo formal, finalismo material y finalismo valorativo.”*²⁶³

En cuanto al método la teoría final de la acción se materializa hasta el año de 1945. Las bases metodológicas las fijó Welzel como ya lo señalamos en 1928 y 1930, como una reacción frente al relativismo gnoseológico del neokantismo y al subjetivismo que imperaba en aquella época. Su objetivo era sustituir el relativismo valorativo por la afirmación de verdaderas eternas y de estructuras lógico objetivas.²⁶⁴

Podemos mencionar que los autores atribuyen a la doctrina de la acción finalista las siguientes posiciones metodológicas “ontológico;”²⁶⁵ “fenomenológico.”²⁶⁶

²⁶² NOVOA Monreal Eduardo. *Causalismo y Finalismo en Derecho Penal*. 2ª. Ed. Bogotá. Temis. 1982. Pág. 45.

²⁶³ FERNÁNDEZ Carrasquilla Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Colombia. Temis. 1989. Pág. 303.

²⁶⁴ SILVA Sánchez Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona. Edit. Bosch. 1992. Pág. 61.

²⁶⁵ Íbidem. Pág. 57. 62.

²⁶⁶ CÓRDOBA Roda Juan. *Una nueva concepción del delito*. La doctrina finalista. España. Ariel. 1963.

Deductivo axiomático;²⁶⁷ analítico;²⁶⁸ y iusnaturalista.²⁶⁹ Ahora bien es el propio Welzel que reconoce que el método ontológico es uno de los aspectos esenciales de la teoría finalista de la acción.²⁷⁰

Miguel Polaino Navarrete destaca al menos dos presupuestos científicos que constituyen la base fundamental sobre la que se conforma la teoría final de la acción “el método ontológico y las estructuras lógico objetivas.”²⁷¹ “En términos generales, ontológico u ontología es aquella parte de la metafísica que trata del ser general y de sus propiedades trascendentales.”²⁷²

El modo de proceder del método ontológico según Welzel “el ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar, vinculando a las mismas consecuencias jurídicas, pero no puede modificar los elementos mismos, se les recoge en los tipos. Puede designarlos con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elemento individual, material, que constituye la base de toda valoración jurídica posible. Los tipos pueden solo reflejar este material ontológico, previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los reflejos lingüísticos y conceptuales puede ser sólo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante de la estructura esencial, ontológica, del elemento material del

P. 59.

²⁶⁷ Cfr. ROXIN Claus. *Política Criminal y Sistema*. Op. Cit. Pág. 37.

²⁶⁸ POLAINO Navarrete Miguel. *Derecho Penal. Parte General*. España. Bosch. 1990. Pág. 3345.

²⁶⁹ LUZÓN Peña Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición. España. Universitat. 1999. Pág. 236.

²⁷⁰ WELZEL Hans. *El nuevo Sistema del Derecho Penal*. Una introducción a la doctrina finalista. Traduc. de José Cerezo Mir. España. Ariel. 1964.

²⁷¹ POLAINO Navarrete Miguel. *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*. México. Porrúa. 2001. Pág. 236.

²⁷² *Diccionario de la Lengua Española*. T. IV. España. Espasa. Calpe. 1970. Pág. 949.

mismo. De ello se deduce para la metodología, que la ciencia del Derecho Penal tiene que partir siempre, sin duda del tipo, pero tiene que trascender luego al tipo y descender a la esfera ontológica previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones.”²⁷³

En lo que concierne a las teorías lógico-objetivas, son las piedras angulares del finalismo desde el punto de vista del método. Son las llamadas estructuras lógico objetivas, ónticas-lógicas, lógico-materiales, lógico reales o lo que es lo mismo naturaleza de las cosas.²⁷⁴

Las teorías lógico-objetivas son categorías del ser que el legislador ha de respetar. Las normas penales no pueden ir en contra de las limitaciones derivadas de la propia naturaleza de las cosas, de suerte que no podrá ordenar o prohibir meros procesos causales, sino sólo actos finales controlables por la voluntad finalista personal; son estructuras de la materia de la regulación jurídica destacadas por la lógica concreta, que se orienta directamente en la realidad, objeto de conocimiento.²⁷⁵

Las teorías lógico-objetivas dice Enrique Gimbernát Ordeig

*“son verdades eternas que ningún legislador del mundo difícilar y que, en caso de ignorarlas, conducen a una regulación falsa. Al legislador, las estructuras objetivas del ser vienen previamente dadas, no es él, el que las crea y por ello no las puede modificar o derogar, está vinculado a ellas.”*²⁷⁶

Las teorías lógico-objetivas son aquellos conceptos que sirven a Welzel y que utiliza como piedra angular en la construcción de

²⁷³ WELZEL Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 491.

²⁷⁴ GIMBERNAT Ordeig Enrique. *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*. España. Tecnos. 1999. Pág. 99.

²⁷⁵ Cfr. WELZEL Hans. *El Nuevo Sistema*. Op. Cit. Pág. 14. Nota 2.

²⁷⁶ Cfr. GIMBERNAT Ordeig Enrique. *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*. Op.Cit. P. 99-100.

su sistema, Welzel obtiene dos estructuras lógico-objetivas que sirven de cimiento a toda su teoría “la acción final y el poder actuar de otro modo, éstas son las dos famosas teorías lógico-objetivas de Welzel.”²⁷⁷ Según Welzel la acción final es un concepto prejurídico, una estructura lógico-objetiva como lo pone de manifiesto Mir Puig al decir

*“la dogmática jurídico-penal se ocupa de la misma acción humana que las ciencias naturales, pero se interesa por un aspecto distinto de ella, mientras que las ciencias naturales importa a la acción humana como fenómeno sujeto a las leyes causales, como hecho natural, la ciencia jurídico-penal aborda a la acción en su especificidad espiritual, esto es, como definida por la idea de finalidad conforme a sentido, por la conciencia de sentido. La acción es causal y es final siempre.”*²⁷⁸

Raúl Eugenio Zaffaroni señala las formas de operar en la dogmática penal de las teorías lógico-objetivas “partiendo de que ni el conocimiento ni el método crean al objeto, tampoco lo crea el juicio de valor, y ni siquiera lo modifica, la valoración debe de respetar la estructura del ser del objeto que valora, pues el desconocimiento de esta estructura hará que la valoración recaiga sobre un objeto distinto o en el vacío, conforme a ello, se llaman estructuras lógico-objetivas a las que vinculan al legislador con el objeto que desvalora, puede relacionarlo, pero no puede alterar su ser.”²⁷⁹

El citado autor Zaffaroni nos refiere que si el legislador ignora o desconoce las estructuras lógico-objetivas al momento de crear el derecho positivo, acarrea las siguientes consecuencias “en la

²⁷⁷ JIMÉNEZ Martínez Javier. *Fundamentos de la Teoría General del Hecho Punible*. Instituto Nacional De Ciencias Penales. México. 2003. Pág.128-129.

²⁷⁸ MIR Puig Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal concepto y método*. España. Bosch. 1976. Pág. 253-254.

²⁷⁹ ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Teoría del Delito*. Argentina. Ediar. 1973. Pág. 37.

generalidad de los casos la legislación será imperfecta, fragmentaria, con lagunas, pero no por ello dejará de ser válida, si el legislador desconoce la estructura que lo vincula al hombre como persona, o sea como ente responsable, ese desconocimiento invalida la norma.²⁸⁰

La influencia fenomenológica, es decir el método que utiliza el padre del finalismo consiste en descubrir la condición misma de las cosas, es describir y presentar convenientemente. Su lema era “vuelta a las cosas mismas, oposición a las fórmulas estereotipadas e intento de volver a lo natural y positivo, a lo objetivo y real.”²⁸¹

Octavio Alberto Orellana Wiarco nos comenta que 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 el terreno mismo del derecho penal, como pilar de su propia teoría.²⁸²

Para Hans Welzel “la misión del Derecho penal, consiste en la protección de valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inducción la protección de los bienes jurídico- particulares.”²⁸³

Para Welzel 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.²⁸⁴

“La teoría finalista deriva de las ideas expuestas, la afirmación de que el legislador al crear los tipos penales debe de estar sujeto a las estructuras permanentes de la teoría del delito y que no debe de violentar

²⁸⁰ Cfr. ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 37.

²⁸¹ SANABRIA Rubén. *Lógica*. 22ª. Edición. México. Porrúa. 2000. Pág.52.

²⁸² Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 82.

²⁸³ WELZEL Hans. *Derecho Penal Alemán*. Edit. Jurídica de Chile. 12ª. Edición. 1987. Pág. 15.

²⁸⁴ WELZEL Hans. *La teoría de la acción finalista*. Edit. Depalma. Buenos Aires. 1951. Pág. 18.

esas estructuras sin caer en evidentes contradicciones consigo mismo. De este modo el legislador debe de partir de los conceptos de acción, de antijuridicidad y culpabilidad, como estructuras 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 de 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.²⁸⁵

3.2 Sistemática del delito en la teoría finalista.

En la construcción sistemática del delito en la nueva doctrina final de acción retomó el esquema general del delito que prevaleció en el causalismo.²⁸⁶ Así tenemos que se habla de acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, pero observamos que tales conceptos son vistos con un esquema distinto, que trae consigo soluciones que el causalismo técnica y prácticamente no encontró, y en este contexto las principales transformaciones a toda la estructura del delito se reflejó en los siguientes conceptos: el concepto de injusto personal, la diferenciación entre tipo objetivo y uno subjetivo, la culpabilidad vacía, la tentativa y autoría y participación.²⁸⁷

²⁸⁵ Cfr. ORELLANA Wiarco Octavio Alberto. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 84.

²⁸⁶ Cfr. SANABRIA Rubén. *Lógica*. Op. Cit. Pág. 52.

²⁸⁷ Cfr. JIMÉNEZ García Javier. *Fundamentos de la Teoría general del Hecho punible*. Op. Cit. Pág.

3.2.1 Acción Finalista

Orellana Wiarco nos dice “el concepto de acción de la teoría causalista, consiste en 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.”²⁸⁸

Ahora bien para la teoría finalista de la acción, la acción humana es el ejercicio de la actividad 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 el resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso gráficamente hablando la finalidad es “vidente” la causalidad es “ciega”.²⁸⁹

Para la “teoría finalista la acción pasa por dos fases: fase interna y fase externa. En la primera fase o interna encontramos: el objetivo que se pretende alcanzar o proposición de fines, los medios que se emplean para su realización, 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. En la segunda fase o

²⁸⁸ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 88.

²⁸⁹ Cfr. WELZEL Hans. *La teoría de la acción finalista*. Op. Cit. Pág. 19-20.

externa encontramos: la puesta en marcha, la ejecución de los medios para cristalizar el objetivo principal, el resultado previsto y el o los resultados concomitantes y el nexo causal.”²⁹⁰

En este sentido Francisco Muñoz Conde nos dice “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 ese fin selecciona los medios, viajar en coche, tren, avión etc. Esta selección sólo puede hacerse a partir de un fin, es decir sólo cuando el autor este seguro de que es lo que quiere, puede plantearse el problema como lo quiere. En esta fase interna también tiene que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone. Una vez que los admite como de segura o probable producción también estos efectos concomitantes pertenecen a la acción. 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 su plan, el proceso causal, dominado por la finalidad y procura alcanzar la meta propuesta.”²⁹¹ “La valoración penal puede recaer sobre cualquier de estas fases de la acción, una vez que ésta 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 realizarlos. Así por ejemplo, cuando el autor conduce un coche a más velocidad de la permitida, puede pretender un fin loable, es decir llegar a tiempo a su

²⁹⁰ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 88-89.

²⁹¹ MUÑOZ Conde Francisco. *Teoría General del Delito*. 2ª Edición. Edit. Tirant Blanch. España. 1989. Pág. 11 y 12.

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.”²⁹²

Al respecto Orellana Wiarco nos dice “en efecto el hombre realiza continuamente acciones finalistas, pero la inmensa mayoría no tiene ninguna connotación jurídico-penal, el cabalgar, manejar un automóvil, caminar etc. Al Derecho penal lo que le interesa son aquellas acciones finalistas que están dirigidas a la realización de resultados socialmente negativos a acciones calificadas de antijurídicas consagradas en los tipos penales. Entonces una vez que el hombre se traza un objetivo, emplea los medios para lograr éste, inclusive toma en cuenta las consecuencias necesarias que se vinculan 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 finalísticamente, el dolo se encuentra forzosamente en su acción, y ésta no puede ser un mero proceso causal como en la teoría causalista, en pocas palabras en la teoría de la acción finalista encontramos al dolo y la culpa ubicados ya no en la culpabilidad, sino a nivel de la acción típica.”²⁹³

²⁹² Íbidem. Pág. 12.

²⁹³ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 91- 92.

A la teoría finalista de la acción se le cuestionó los casos del dolo eventual o en los delitos culposos se pudiera hablar de acción, pero como ya explicamos estos cuestionamientos se van por tierra, ya que el hombre se propone una acción, que produce efectos concomitantes, ejecuta una acción con una finalidad. “En la teoría finalista el concepto de acción abarca también a la omisión.”²⁹⁴ En el causalismo todo lo objetivo se refiere a la acción y a la antijuridicidad, y lo subjetivo a la culpabilidad, lo cual es tajantemente abortado por la teoría finalista.

En lo que se refiere a la ausencia de la acción la teoría finalista acepta como casos de ausencia de conducta a la fuerza física exterior irresistible, a los movimientos reflejos, a los estados de inconciencia, sueño, sonambulismo, hipnosis, y en el caso de las acciones libres en su causa, en que lo relevante penalmente es el actuar finalista precedente, tema muy debatido y en que por ejemplo Zaffaroni no concuerda.²⁹⁵

3.2.2 Acción típica finalista

En el capítulo anterior comentamos que Ernesto Beling en 1906, crea la teoría del tipo y la tipicidad y así tenemos el principio *nullum crimen sine lege*. Ahora bien Orellana Wiarco nos comenta que el tipo pasa a desempeñar una triple función que son reconocidas por el sistema causalista y el finalista siendo estas “una función sancionadora, represiva, de las conductas que se ubiquen dentro el tipo. Una función de garantía, pues solo las conductas típicas, podrán llegar a ser sancionadas.

²⁹⁴ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 93.

²⁹⁵ ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. 1ª. Edición. Edit. Cárdenas. México. 1988. Pág. 445.

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.”²⁹⁶

“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 previstas en la ley, el legislador no puede prescindir del contenido de la voluntad, así cuando dice “al que engañando, al que se apodere, está considerando acciones con un sentido finalístico.”²⁹⁷

Así pues la acción y la tipicidad están ligadas estrechamente, 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.²⁹⁸

Con el tiempo el sistema causalista insistiendo en que el tipo estaba ubicado como fase objetiva del delito, al igual que la acción se encontró con los elementos subjetivos y normativos del tipo, por ejemplo si examinamos el tipo de robo el 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 en la ley pueda disponer de

²⁹⁶ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 96.

²⁹⁷ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 96.

²⁹⁸ BUSCH Richard. *Modernas transformaciones de la teoría del delito*. Edit. Temis. Colombia. 1969. Pág. 19.

la cosa, elementos normativos, los elementos ajeno y sin derecho no son objetivos no pueden ser percibidos por los sentidos y de ahí fue como nacieron los elementos subjetivos del tipo. Quiebre fundamental de la teoría causalista, pues se rompió el esquema de la acción, la tipicidad y la antijuridicidad eran la fase objetiva del delito y la culpabilidad la subjetiva.²⁹⁹

Sin el afán de ser repetitivos considero ver otros puntos de vista y así tenemos que con la teoría final de la acción, el tipo subjetivo se convierte en la hija predilecta de la tipicidad, como reconoce Schünemann “el tipo que configuraba la materia de la prohibición, no podía permanecer por más tiempo reducido a la descripción de un proceso objetivo (del mundo exterior), sino que había que aprehender también la estructura final de la acción humana, elemento específico de la tipicidad. Así se produjo el reconocimiento de la existencia de un tipo subjetivo, que aparecía junto al tipo objetivo. De ello resultaba, por otra parte, que los delitos dolosos y los imprudentes se distinguían ya en el plano de la tipicidad.”³⁰⁰

Javier Jiménez Martínez nos dice

*“derivado de la distinción entre tipo objetivo y un tipo subjetivo, este último se compondría ya por los siguientes elementos: el dolo, la culpa y elementos subjetivos especiales.”*³⁰¹

“Partiendo de que si la acción es final y el legislador sólo puede prohibir u ordenar acciones finales, la finalidad deberá formar parte del objeto de la prohibición o mandato jurídico penal, esto es, del tipo de injusto, por

²⁹⁹ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 98.

³⁰⁰ Cfr. SCHÜNEMANN Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 55.

³⁰¹ Cfr. JIMÉNEZ Martínez Javier. *Fundamentos de la teoría general del Hecho Punible*. Op. Cit. Pág. 135.

eso la necesidad de colocación sistemática del dolo, la culpa y los elementos subjetivos específicos del injusto en el tipo se deriva de la estructura lógica objetiva de la finalidad del actuar humano.”³⁰²

Con este traslado la finalidad se ha enclavado en la acción y el dolo en el tipo, así las cosas el dolo y la culpa emigran de la culpabilidad para radicar ahora en el tipo como su aspecto subjetivo, aunque hoy se admite de forma mayoritaria que este cambio sistemático es independiente de la suscripción de un concepto final de la acción.³⁰³

En lo que se refiere a la atipicidad ya lo vimos en el capítulo precedente, solamente la observación de que el sistema causalista señala casi las mismas causas de atipicidad por la falta de elementos objetivos, a que se refiere el sistema finalista, pero 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.³⁰⁴

3.2.3 Antijuridicidad e injusto

“Orellana Wiarco comenta que 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. El citado autor maneja dos conceptos en la antijuridicidad: el formal como contradicción entre la conducta y el derecho y el material que se concibe como lesión a intereses sociales

³⁰² MIR Puig Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal concepto y método*. Op. Cit, Pág. 256.

³⁰³ MOLINA Fernández Fernando. *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*. España. Bosch. 2001. Pág. 458.

³⁰⁴ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito*. Op. Cit. Pág. 103.

(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.”³⁰⁵

Para Francisco Muñoz Conde 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.³⁰⁶

Hans Welzel sostiene que la antijuridicidad es 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.³⁰⁷

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.

Orellana Wiarco comenta que “otro tópico del tema de la antijuridicidad se refiere a la posición de los teóricos causalistas cuando

³⁰⁵ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 105.

³⁰⁶ MUÑOZ Conde Francisco. *Teoría general del Delito*. Op. Cit. Pág. 83.

³⁰⁷ WELZEL Hans. *Derecho Penal Alemán*. Op. Cit. Pág. 78.

señalan que a lo injusto pertenecen exclusivamente caracteres externos u objetivos; se adhieren a la teoría objetiva de la antijuridicidad donde se prescinde de todo elemento subjetivo. Para la teoría causalista la antijuridicidad toma en cuenta sólo elementos objetivos, pues los subjetivos son terreno de la culpabilidad, 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, así en los casos de tentativa ésta era imposible de determinar sólo por los elementos objetivos, donde por naturaleza misma de la tentativa el resultado no se produce, por lo que a nivel objetivo no se podía constatar 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 la acción típica corresponde el dolo a la voluntad finalista, y no como lo explica la teoría causalista que se apoya en el resultado.³⁰⁸

Orellana Wiarco sostiene que 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.³⁰⁹

³⁰⁸ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 107-108.

³⁰⁹ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 110.

En lo que toca a las causas de justificación ya las vimos en el capítulo anterior, Welzel menciona la legítima defensa, el estado de necesidad el consentimiento del ofendido, en términos generales los aspectos son muy semejantes en la teoría finalista y causalista.

Si bien el finalismo parte de la originaria estructuración de la teoría causal, su principal aportación consiste en el desarrollo de un nuevo concepto de injusto para la configuración dogmática del delito: el injusto personal.³¹⁰

3.2.4 Culpabilidad en la teoría finalista.

Con el despojo del dolo y la culpa por el tipo, la culpabilidad se desocupa, queda vacía, ya no alberga en su seno la disposición anímica del sujeto y su actitud personal frente a la acción típica y antijurídica que fueron el objeto central de la valoración conforme a la doctrina clásica, sus consecuencias son:³¹¹

El vacío producido de esa manera es remplazada por la noción de un poder en lugar de ello, vale decir, la posibilidad del sujeto de acatar la norma. De esta manera la pareja de contrarios “objetivo subjetivo” (defectuosa y superada según Welzel), es sustituido por los contrarios “deber ser-poder” como base de la teoría de lo injusto y de la culpabilidad. Al ser liberada la conciencia de la antijuridicidad de la acción, se queda en la culpabilidad y pasa a integrar en forma autónoma su estructura, algunos la denominan cognoscibilidad de la prohibición. La estructura ontológica de la culpabilidad que permite el juicio de

³¹⁰ POLAINO Navarrete Miguel. *Derecho Penal parte general*. España. Bosch. 2000. Pág. 244-245.

³¹¹ BUSTOS Ramírez Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá. Temis. 1986. Pág. 184.

reproche parte de la idea de ser humano como persona responsable esto es, capaz de obligarse, de actuar conforme a las normas jurídicas.

En este contexto y luego de haber trasladado la voluntad de realizar al tipo, parece obvio que para la culpabilidad, como reprochabilidad del hecho, basta con un conocimiento potencial de la prohibición. Así, cabe distinguir dentro del nivel sistemático de la culpabilidad los elementos de la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.³¹²

Javier Jiménez Martínez nos dice

*“la culpabilidad se compondrá para esta teoría con los siguientes elementos: capacidad de culpabilidad, posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad.”*³¹³ (elementos de la culpabilidad).

Hans Heinrich Jescheck ha sostenido que culpabilidad significa entonces que deben valorarse negativamente los principios orientadores por los que el autor se ha dejado llevar en la formación de la voluntad, y que cabe por ello reprocharle personalmente el hecho, o dicho más brevemente “culpabilidad es reprochabilidad de la formación de voluntad”³¹⁴

El concepto de culpabilidad se manifiesta, según el contexto en que se utilice, en el principio de culpabilidad, la culpabilidad en la fundamentación de la pena y la culpabilidad en la medida de la pena.³¹⁵

³¹² NOVOA Monreal Eduardo. *Causalismo y Finalismo en Derecho Penal*. 2ª. Ed. Colombia. Temis. 1982. Pág. 121.

³¹³ JIMÉNEZ Martínez Javier. *Fundamentos de la teoría general del Hecho Punible*. Op. Cit. Pág.138.

³¹⁴ JESCHECK Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Traduc. de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares granada. 4ª. Ed. España. 1993.

³¹⁵ *Íbidem*. Pág. 364.

Hans Heinrich Jeschek sostiene que el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión del hombre, pues sólo cuando existe básicamente la capacidad de dejarse determinar por las normas jurídicas puede el autor ser hecho responsable de haber llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar los impulsos criminales.³¹⁶

Con mayor claridad Hans Heinrich afirma que

*“la posibilidad de determinación de la actuación descansa en la capacidad del hombre para controlar los impulsos que inciden sobre él y dirigir sus decisiones conforme a sentido, valores y normas.”*³¹⁷

Por otra parte Octavio Alberto Orellana Wiarco nos dice “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 a 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.”³¹⁸

El penalista alemán Claus Roxin 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).³¹⁹

³¹⁶ Íbidem. Pág. 367.

³¹⁷ Íbidem. Pág. 369.

³¹⁸ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 111.

³¹⁹ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 112.

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 incierta como lo es las 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.³²⁰

La culpabilidad para Roxin cumple finalidades de prevención general y especial, pero no de carácter retributivo, en cuanto a la finalidad de la culpabilidad como límite de la pena Roxin sostiene “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 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

³²⁰ VIDAURRI Aréchiga Manuel. *Sobre la culpabilidad en el pensamiento de Claus Roxin*. Revista ARS-IURIS. De la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. México. 1990. número 4. Pág. 150.

imprudencia simple, impidiendo así que se sacrifique la libertad del individuo en interés de la intimidación general.”³²¹

La culpabilidad de autor, se refiere a la postura del positivismo del concepto de peligrosidad, del que deriva la llamada culpabilidad de autor, este punto de vista conduce al abuso del poder punitivo del Estado, pues la historia y Latinoamérica en particular, demuestran cuan 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.³²²

En este orden de ideas es oportuno destacar que la dogmática va indisolublemente unida a la praxis y como antecedente encontramos: amparo directo penal número 489/2005 del primer tribunal colegiado en materia penal del cuarto circuito Monterrey, Nuevo León, el cual estima que la pena o sanción debe graduarse bajo el criterio de la culpabilidad del acto concreto por el cual se juzga al sentenciado, más no por lo que éste representa por su pasado-peligrosidad o lo que pudiere representar para el futuro temibilidad. Sobre este tema este tribunal colegiado sustentó la tesis número TC0408029.9PE1 que dice “individualización de la pena o sanción. A partir de la reforma al artículo 47 fracción V del código penal del estado de Nuevo León del 28 de julio del 2004 los antecedentes penales no deben considerarse para graduarla con base en los criterios de peligrosidad o temibilidad sino bajo el de culpabilidad.”

En lo que se refiere a la culpabilidad por el hecho o el acto, ésta se apoya fundamentalmente en la conducta delictiva para formular el

³²¹ ROXIN Claus. *La culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Edit. Reus. Madrid. 1981. Pág. 46.

³²² 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.

juicio de culpabilidad, la culpabilidad por el acto se refiere al hecho concreto imputado el cual debe de quedar encuadrado en el tipo, así la culpabilidad del individuo está limitada a la pena consignada en la ley, de esta manera opera el principio *nullum crimen, sine lege, sine poena*.³²³ El fundamento de la reprochabilidad sin duda es 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 y la segunda que niega esa posibilidad de libertad y propugna su determinismo.³²⁴ Welzel acepta el postulado de la teoría normativa de la culpabilidad como reprochabilidad, 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 afirma “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.”³²⁵

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

³²³ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 114.

³²⁴ MORENO Hernández Moisés. *Consideraciones dogmáticas y político criminales en torno a la culpabilidad*. Criminalia año LVIII México 1992. Pág. 129.

³²⁵ WELZEL Hans. *Derecho Penal Alemán*. Op. Cit. Pág. 209.

la atribución de una acción a un sujeto y en consecuencia la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida.”³²⁶

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. En el finalismo es más profundo se exige la comprensión y determinación del carácter ilícito, se exige más que un simple querer y entender.³²⁷

Con antelación mencionamos que la antijuridicidad del hecho necesita de la prelación lógica de capacidad de culpabilidad, es decir que el sujeto sea imputable, que se presenten tanto el momento intelectual, como el volitivo. Para el sistema finalista se plantea el estudio de la culpabilidad, pero a nivel del hecho singular, como también ya señalamos con anterioridad, el sistema causalista considera al sujeto imputable a nivel de la culpabilidad, debe constar si actuó dolosa o culposamente, ya que ubica al dolo y 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 el conocimiento de la antijuridicidad al momento de realizar la conducta típica, de ahí que el sujeto al obrar dolosa, pero bajo el error 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 criminales nocet*.³²⁸ Así el causalismo plantea el problema del error mismo que clasifica en error de hecho y de derecho, y a su vez el error de hecho lo subdividen en error accidental y

³²⁶ MUÑOZ Conde Francisco. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 133.

³²⁷ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito*. Op. Cit. Pág. 120.

³²⁸ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 121.

esencial que también analizamos en capítulos anteriores. Por su parte el sistema finalista distingue entre error de tipo y error de prohibición.

En lo que se refiere a las causas de inculpabilidad en alguna medida ya las hemos tocado y a riesgo de no ser reiterativo mencionare las más relevantes:³²⁹ a) Por falta de capacidad de culpabilidad (intelectual y volitivo) como consecuencia la falta de uno de estos dos momentos o ambos trae como efecto la inimputabilidad del sujeto y por ende de su culpabilidad. Welzel refiere con base en la legislación penal alemana las siguientes: la minoría de edad hasta los 14 años, la capacidad eventual de culpabilidad para quienes hayan cumplido de los 14 años a los 18 años de edad, los sujetos con capacidad eventual de culpabilidad, es el caso del sordomudo que a causa de su dolencia es retardado mental, la incapacidad de culpabilidad en estados anormales mentales como: perturbación de la conciencia, desmayos, delirios de fiebre, hipnosis, perturbación patológica mental (psicosis) debilidades mentales, *la actio libera in causa*, Welzel las considera como una excepción al principio de incapacidad de culpabilidad, el sujeto al realizar la conducta típica es inimputable, se le considera imputable porque previamente se colocó en ese estado, o en forma dolosa o culposa. b) Por desconocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido. c) Por inexigibilidad de otra conducta (estado de necesidad).

3.2.5 Tentativa.

Es aquí en donde la posición originaria de Welzel fracasa porque la actividad finalista en la que estriba el concepto de delito era predicable

³²⁹ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 127.

tanto si se consuma la acción (A dispara a B produciendo su muerte), como si la ejecución del delito queda en grado de tentativa (A dispara con intención de matarlo a B, hiriéndolo eventualmente) se consume o no la ejecución del delito, concurre la dirección finalista de la acción homicida.³³⁰

Así tenemos que se castiga de igual manera y con la misma sanción la tentativa y la consumación.

3.2.6 Autoría y participación.

El único criterio compatible con la naturaleza de las cosas para delimitar el autor del cómplice es el dominio del hecho.³³¹

El profesor Roxin comenta “Welzel ha sido quien por primera vez ha intentado llevar a la práctica un concepto ontológico de autor en estado puro señalando que las diferencias determinantes para la distinción entre autoría y participación se encuentra en las diferencias ontológicas y de categoría entre las respectivas acciones, de manera que en el ámbito de la teoría de la participación no es posible pasar de largo ante los planteamientos ontológicos.”³³²

3.3 Comentarios.

No cabe duda que tanto el sistema causalista y el sistema finalista son dos corrientes que dentro de la teoría del delito, han dominado desde fines del siglo pasado hasta nuestros días.

³³⁰ POLAINO Navarrete Miguel. *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*. Op. Cit. Pág. 247.

³³¹ GIMBERNAT Ordeig Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Op. Cit. Pág. 100.

³³² Autoría y dominio del hecho en derecho penal 7ª. Ed. Traduc. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid. Marcial Pons. 2000. Pág. 34-35.

Como se desprende de ambos capítulos que hemos visto tanto el sistema causalista como el finalista manejan los mismos conceptos de acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, pero les dan diferente connotación por la diferente fundamentación filosófica jurídica que los inspiró, y a la distinta función jurídica que se les asigna.

La génesis 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.”*³³³

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 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

³³³ WILHELM D. Gallas. *La teoría del delito en su momento actual*. Edit. Bosch. España. 1959. Pág. 5

apenas el problema sobre el contenido de 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 pluralidad de delitos, son resumidas como formas de aparición del delito, como variaciones de la forma fundamental, caracterizada por la acción de ejecución y resultado.”³³⁴

Es muy notorio que el sistema causalista se sustenta en la filosofía positivista, y ve a la acción como un hecho de orden natural, libre de sentido y valor (causalidad ciega). El sistema finalista ya apuntamos que se inspiró en la filosofía Kantiana, que a su vez es el fundamento de la escuela llamada filosofía de valores desarrollada en Alemania y 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.³³⁵

En el sistema finalista no se está de acuerdo con el concepto de acción como proceso causal ciego, y sostiene que la acción es una actividad final, que no está valga la redundancia, dirigida a procesos causales ciegos, sino a procesos causales dirigidos por la voluntad del hombre, hay una finalidad. En la teoría finalista el legislador debe respetar las estructuras mismas del ser, debe de apoyarse en lo que

³³⁴ MORENO Hernández Moisés. *Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana*. Año LVIII. Núm. 3. México. 1992. Pág. 38.

³³⁵ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito*. Op. Cit. Pág. 135.

ontológicamente es la acción. Welzel en este sentido 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 la 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.”³³⁶

En el finalismo la acción está dirigida en forma consciente a un fin, la acción finalista dirige la relación causal, por ello decimos que la acción finalista es vidente, y la acción causalista es ciega ya que el carácter causal no está dirigido a un fin. El sistema causal fija su atención en el resultado, 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 queda 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.”³³⁷

En lo que se refiere a la omisión Franz Von Liszt definía

³³⁶ Cita que aparece en la obra “*Problemas básicos del derecho penal*” Claus Roxin. Edit. Reus. Madrid. 1976. Pág. 87.

³³⁷ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 138.

*“la omisión consiste en no impedir voluntariamente el resultado, agregando que la manifestación de voluntad consistía en no haberse realizado. El maestro español Jiménez de Asúa señala que debe distinguirse entre simple omisión y la omisión impropia o denominada comisión por omisión.”*³³⁸

En el sistema causalista vemos a la omisión circunscrita a relaciones causales, sigue siendo un proceso causal ciego, en cambio en 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.³³⁹

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.”*³⁴⁰

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.³⁴¹ Luis Jiménez de Asúa considera que Mezger tiene razón cuando dice “la decisión de si un delito ha de estimarse de naturaleza directamente

³³⁸ Cfr. JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Op. Cit. Pág. 389.

³³⁹ WELZEL Hans. *Derecho Penal Alemán*. Op. Cit. Pág. 276.

³⁴⁰ WELZEL Hans. *Derecho Penal Alemán*. Op. Cit. Pág. 292.

³⁴¹ NOVOA Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*. Montreal. Edit Depalma. Buenos Aires. 1984. Pág. 54.

comisiva o de si es de los llamados de comisión por omisión, depende de momentos subjetivos (anímicos) del agente.”³⁴²

Así para el finalismo la solución al problema de los delitos de omisión o comisión por omisión, se sitúa en la tipicidad. Welzel padre del finalismo afirma “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.”³⁴³

En lo que se refiere al tipo el sistema causalista lo integra en los elementos del delito, como una descripción legal de una conducta delictuosa, pero se le consideró integrado en este sistema sólo por elementos objetivos, desprovistos de valoración, como una mera descripción, indiciario de antijuridicidad, o como ratio escendi de la antijuridicidad, pero esto fue difícil de sostener por la aparición de los 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. Así 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

³⁴² JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Op. Cit. Pág. 406.

³⁴³ WELZEL Hans. *Derecho Penal Alemán*. Op. Cit. Pág. 289.

incide sobre la acción u omisión, se incluye en ellos el estudio de elementos, no sólo objetivos, sino subjetivos.³⁴⁴

En la antijuridicidad tanto en el sistema causalista como en el 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.”³⁴⁵

Como ya lo señalamos el sistema causalista coloca a la antijuridicidad como aspecto objetivo del delito, lo que marcó el quiebre de dicho sistema al surgir los elementos subjetivos del injusto.

La culpabilidad en la teoría causalista, es el aspecto subjetivo del delito, en el sistema finalista se considera que 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.³⁴⁶

³⁴⁴ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit., Pág. 148.

³⁴⁵ WELZEL Hans. *Derecho Penal Alemán*. Op. Cit. Pág. 73.

³⁴⁶ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág.157.

Es indudable que en el sistema de la acción final, se lograron profundos aciertos respecto a la estructuración del delito, que llenara los vacíos existentes, y enmendar las fallas del sistema causalista. No obstante los errores que también se le atribuyen al finalismo dieron paso para que la doctrina de la acción final fuera abandonada por Alemania, dando cabida a otras corrientes del pensamiento en el derecho penal.³⁴⁷

Por otra parte el Derecho penal mexicano ha sido tocado en repetidas ocasiones, por quienes ignoran el carácter científico de la dogmática jurídico penal, así como también de los principios metodológicos y sistemáticos de la ciencia penal. Así Enrique Gimbernat Oredig expresa “porque la existencia del Derecho Penal es imprescindible y no depende para nada de la posibilidad de demostrar la libre decisión humana en el caso concreto, porque toda idea jurídica progresiva necesita una formulación legal que será tanto más perfecta y eficaz cuanto más alto sea el nivel científico-jurídico, porque una ciencia desarrollada del Derecho Penal es la que hace posible controlar los tipos penales, porque la pena es un medio necesario y terrible de política social, porque tenemos que vivir con el Derecho Penal, por todo ello la dogmática jurídico penal tiene un futuro.”³⁴⁸

³⁴⁷ GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. Pág. 217.

³⁴⁸ Cfr. GIMBERNAT Ordeig. *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 192.

CAPÍTULO CUARTO

SISTEMA FUNCIONALISTA

4.1 Fundamentos del funcionalismo moderado.

La estructura dogmática cuyo máximo representante es Claus Roxin se conoce como funcionalismo,³⁴⁹ también llamado racional-final o teleológico-funcional,³⁵⁰ moderado,³⁵¹ o moderno.³⁵²

Enrique Díaz Aranda refiere que es más adecuado utilizar el término funcionalismo, por ser este sustantivo el más idóneo en el idioma español para denominar a un sistema de Derecho Penal eficazmente estructurado sobre las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena.³⁵³

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.³⁵⁴

³⁴⁹ El calificativo de funcionalista se debe a que atiende a la protección más efectiva posible, y de la sociedad. Roxin Claus. *La evolución de la política criminal. El Derecho Penal y el procesal penal*. Traduc. De Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. España. Tirant. Lo Blanch. 2000. Pág. 31. 32.

³⁵⁰ El cuño se debe a que atiende a finalidades valorativas. Roxin Claus. *Derecho Penal Parte General Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. T.1. 2ª. Edición. Traduc. De Diego Manuel Luzón Peña y otros. Madrid. Civitas. 1997. Pág. 207. 217.

³⁵¹ Porque orienta las categorías del sistema del Derecho Penal a las finalidades de política criminal que son variadas y diversas entre sí y pueden limitarse recíprocamente. García Pablos de Molina Antonio. *Derecho Penal Introducción*. España. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 2000. Pág. 498. 499.

³⁵² *Ibidem*. Pág. 497.

³⁵³ DÍAZ Aranda Enrique. Dolo. Op. Cit. Pág. 79.

³⁵⁴ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito*. Op. Cit. Pág. 165.

El funcionalismo se encuentra muy difundido en los Estados Unidos entre los especialistas de las ciencias sociales, y es aquí donde Claus Roxin encuentra su principal inspiración de su teoría, precisamente en la sociología norteamericana de Robert Merton y Talcott Parsons.³⁵⁵ El autor Orellana Wiarco menciona que Malinowski en el campo de la antropología social, Merton y Parsons en el terreno de la sociología son los representantes más destacados de este movimiento del funcionalismo.³⁵⁶

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.³⁵⁷

El funcionalismo retoma los principios del pensamiento neohegeliano y neokantiano los cuales habían quedado interrumpidos en el período de entreguerras, especialmente por el nazismo,³⁵⁸ y los desarrolla sistemáticamente bajo las bases de la moderna teoría de los fines de la pena, la cual se enmarca a su vez dentro de los principios rectores de un Estado Social y Democrático de Derecho.³⁵⁹

³⁵⁵ JIMÉNEZ Martínez Javier. *Fundamentos de la teoría general del hecho punible*. Op. Cit. Pág. 147.

³⁵⁶ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito*. Op. Cit. Pág. 165.

³⁵⁷ *Diccionario enciclopédico Salvat*. Tomo 12. Editorial Salvat. Barcelona. 1988. Pág. 1686-1687.

³⁵⁸ MÁRQUEZ Piñero Rafael. *La estética en la teoría finalista*. Pág. 102.106.

³⁵⁹ ROXIN Claus. *Derecho Penal parte general*. 2ª. Edición alemana. Traduc. Diego Manuel Luzón Peña. Editorial. Civitas.1997. Pág. 203. 204.

La idea de estructurar las categorías sustentadoras del Derecho penal bajo aspectos político-criminales permite hacer fructíferos para la dogmática-penal postulados socio-políticos, así como también hallazgos empíricos y datos criminológicos especiales. Si se procede de esta manera, el sistema jurídico-penal deja de ser sólo un todo ordenado conceptualmente de conocimientos con validez general y se abre al desarrollo social, desarrollo con el cual también tiene que ver la criminología al explicar y controlar la delincuencia.³⁶⁰

En el año de 1984 Bernd Schünemann señalaba que el funcionalismo estaba a punto de lograr un desarrollo impetuoso quizá en 1990, sin embargo, Roxin polemiza por primera vez con Welzel en el año de 1962 respecto del concepto acción.³⁶¹ Es a partir prácticamente de los sesentas del siglo XX cuando Claus Roxin consideró que la explicación de la llamada teoría finalista de la acción propuesta por Hans 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.³⁶²

Esta polémica se vino a consumir cuando el 13 de mayo de 1970 pronunció en Berlín su conferencia “Política criminal y sistema de Derecho penal.”³⁶³ Actualmente el propio Roxin señala que su sistema se

³⁶⁰ ROXIN Claus. *Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de Derecho penal.* En Dogmática penal y política criminal Traduc. Manuel A. Abanto. Vásquez. Perú. Edit. Idemsa. 1998. Pág. 25-44

³⁶¹ GIMBERNAT Ordeig Enrique. *Delitos cualificados por el resultado.* Madrid. Reus. 1966. Pág. 111-112.

³⁶² Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito.* Op. Cit. Pág. 169.

³⁶³ Cuyo resumen puede leerse en su obra. *Política criminal y sistema del Derecho Penal.* Traduc. De Francisco Muñoz Conde. España. Bosch. 1972.

ha convertido, sólo con algunas variantes, en la sistemática dominante en Alemania.³⁶⁴

De lo antes expuesto podemos señalar que la génesis del funcionalismo es en el año de 1962. Ahora bien no queremos decir que ésta sea la única teoría que impera en el Derecho Penal Alemán.

En cuanto a los fundamentos sistemáticos Claus Roxin refiere que la teoría general del delito debe de 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.³⁶⁵

Para Roxin es necesario superar la idea que Liszt concibió de una separación entre la dogmática jurídico penal, 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.”³⁶⁶ Así pues el funcionalismo de Roxin no es un fenómeno nuevo ya que por un lado representa la ruptura que existía entre Política criminal y Derecho penal que Von Liszt nunca pudo pasar,³⁶⁷ y por otro, enlaza con los fundamentos metodológicos del neokantismo³⁶⁸ y del finalismo, refiere Silva Sánchez.³⁶⁹

³⁶⁴ ROXIN Claus. *La evolución de la política criminal. El Derecho Penal y el Procesal Penal*. Traduc. De Carmen Gómez Rivero. Op. Cit. Pág. 45

³⁶⁵ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito*. Op. Cit. Pág. 170.

³⁶⁶ ROXIN Claus. *Política criminal y estructura del delito*. Editorial P.P.V. España. 1ª. Edición. 1992. Pág. 27.

³⁶⁷ VIVES Antón Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. España. Tirant lo Blanch. 1996. Pág. 438. Malo Camacho Gustavo. *Derecho Penal Mexicano*. México. Porrúa. 1997. Pág. 140.

³⁶⁸ SILVA Sánchez Jesús María. *Política criminal en la Dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*. En *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro homenaje a Claus

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. Así tenemos que la estructura requiere de instituciones, de organismos, de regulaciones jurídicas, 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 de 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.³⁷⁰

La Política Criminal viene a ser el contenido sistemático de principios garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena y de sus formas de ejecución.³⁷¹

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.³⁷²

Roxin. España. Bosch.1997.

³⁶⁹ SILVA Sánchez Jesús María. (Introducción). En Schünemann Bernd. (compilador). *El sistema moderno del Derecho penal cuestiones fundamentales*. Traduc. Jesús María Silva Sánchez España. Tecnos.1984. Pág. 19.

³⁷⁰ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito*. Op. Cit. Pág. 167.

³⁷¹ GONZÁLEZ Quintanilla José Arturo. *Derecho Penal Mexicano*. Porrúa. 4ª. Edición. México. 1997. P. 43.

³⁷² Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito*. Op. Cit. Pág. 169.

Miguel Bajo Fernández, sostiene que 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 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.³⁷³

En lo que se refiere al método, el positivismo formalista, axiología o escuela de los valores, intuicionismo y ontologismo caracterizaron desde el punto de vista del método los sistemas anteriores. Roxin, por el contrario procede a una amplia normativización de todas las categorías del sistema, convencido de que sólo esta vía y no la vinculación ontológica del finalismo permiten coordinar la dogmática y la política criminal, salvando con ello al sistema.³⁷⁴ Para cumplir con el cometido de normativizar todas las categorías sistemáticas del delito Roxin parte del método de síntesis.³⁷⁵

En este contexto desde el punto de vista del método lo que hace diferente al sistema que propone Roxin de los anteriores clásico, neoclásico, irracional, y finalista, es que aquellos parten de los postulados filosóficos anclados en descifrar los problemas del ser y del deber ser; por el contrario, Roxin parte de su preocupación práctica, sirviéndose de la política criminal como clave de todo su sistema,³⁷⁶ y es esta preocupación práctica la que le hace suponer que su pensamiento se

³⁷³ Opinión que aparece en el prólogo de la obra *Introducción a la política criminal de Heinz Zipf*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1979.

³⁷⁴ GARCÍA Pablos de Molina Antonio. *Derecho penal introducción*. España. Universidad Complutense Madrid. 2000. Pág. 498.

³⁷⁵ Cfr. ROXIN Claus. *Derecho Penal parte general*. Op. Cit. Pág. 227-230.

³⁷⁶ ROXIN Claus. *Política Criminal y estructura del delito*. Traduc. Juan Bustos Ramírez. España. 1992. Pág. 42-43

encuentra próximo a los principios de la tópica,³⁷⁷ lo que implica observar el sistema a partir de los problemas, contrario a la dogmática jurídico-penal que parte del sistema al problema. Roxin dice que un moderno sistema de Derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea atendiendo a finalidades valorativas. Pues si la solución sistemática correcta aparece como resultado de una valoración previa, estará garantizada de antemano la concordancia entre la consecuencia (congruencia) sistemática y la corrección material pretendida, cuya falta ha dado lugar a tantas dificultades.³⁷⁸

Las categorías sistemáticas del delito, afirma Roxin, son las mismas que en su momento propuso el finalismo, pues se debe partir de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como elementos del delito; sin embargo las diferencias radican en la estructura, los contenidos y el modo de operar del sistema penal.³⁷⁹ Señala Roxin que las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo pueden ser de tipo político-criminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. Desde ese punto de vista, las categorías básicas del sistema tradicional tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se presentan como instrumentos de valoración político-criminal, por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema-teleológico-político criminal tampoco es más que un ulterior desarrollo de la síntesis neoclásico-finalista y no se desvincula del contexto de la tradición histórica dogmática.³⁸⁰ Sin

³⁷⁷ GARCÍA Pablos de Molina Antonio. *Derecho penal introducción*. Op. Cit. Pág. 497.

³⁷⁸ Cfr. ROXIN Claus. *Derecho Penal parte general*. Op. Cit. Pág. 217-218.

³⁷⁹ Cfr. ROXIN Claus. *Política Criminal*. Op. Cit. Pág. 40.

³⁸⁰ Cfr. ROXIN Claus. *Derecho Penal parte general*. Op. Cit. Pág. 217-218-227.

embargo el propio Roxin advierte “que tipo y antijuridicidad han de quedar separadas sistemáticamente, pero que, no obstante, ambos se pueden reunir componiendo un tipo global en el aspecto del injusto. El que con independencia de ello haya autonomía del tipo y de la antijuridicidad, cada uno de ellos como una categoría propia del delito, no se deriva de su cualidad de partes en tanto en cuanto no independientes del injusto, sino del hecho de que son divergentes, desde otros puntos de vista valorativo.”³⁸¹ En este orden de ideas, el delito se estructura siguiendo a Roxin de manera bipartita porque estructura el delito con dos elementos: injusto y responsabilidad.³⁸² Injusto: acción, tipo penal y antijuridicidad. Responsabilidad penal: culpabilidad y necesidad de pena.

4.2 Innovaciones del funcionalismo.

Dos son las innovaciones centrales del funcionalismo para dar un cambio casi copernicano a la teoría del delito “la teoría de la imputación al tipo objetivo y la ampliación de la culpabilidad a la categoría de responsabilidad, la cual se compone de la culpabilidad y la necesidad de imposición de la pena.”³⁸³

4.2.1 Teoría de la imputación objetiva.

La imputación objetiva, tendencia que domina actualmente en la doctrina española, se puede definir como la creación de un riesgo jurídicamente relevante como el de su realización en el resultado.³⁸⁴

³⁸¹ Cfr. ROXIN Claus. *Derecho Penal parte general*. Op. Cit. Pág. 288.

³⁸² Cfr. ROXIN Claus. *Derecho penal parte general*. Op. Cit. Pág. 284. nota 34.

³⁸³ Cfr. DÍAZ Aranda Enrique. *Dolo*. Op. Cit. Pág. 80.

³⁸⁴ MARTÍNEZ Escamilla Margarita. *La imputación Objetiva del Resultado*. Ed. Edersa. Madrid. 1992. P.44-45.

En este sentido se tendrá por acción relevante para el Derecho penal todo lo que se puede atribuir al sujeto como centro anímico-espiritual de acción, es decir, una manifestación de la voluntad materializada en una conducta que contraviene a una expectativa social.³⁸⁵

El contenido de la teoría de la imputación objetiva responde a los grandes anhelos de la ciencia penal que consiste en poder determinar con precisión cuándo la lesión de un bien jurídico debe de ser considerada como la obra de un autor determinado, y cuando dicha afectación es solamente el producto de la simple causalidad, por lo que en la búsqueda de una respuesta a tales interrogantes se ha recurrido a la elaboración de modelos de imputación.³⁸⁶

En el siglo XIX Hegel señaló que sólo puede llamarse imputación en sentido estricto “a aquello que en una conducta puede ser reconocida como mía, de tal forma, propuso distinguir entre dos clases diversas de consecuencias que una conducta genera, pues mientras algunas de ellas son parte de la configuración misma de la acción, a ella le pertenecen, son su alma y sin ella nada representa, existen otras consecuencias que no le pertenecen a la conducta sino a la modificación que en el mundo exterior pueden serme imputadas, mientras las consecuencias que se derivan no de mi conducta sino de la ya producida modificación en el mundo exterior no me deben de ser imputadas.”³⁸⁷

No obstante algunos autores encuentran que el apoyo filosófico de la teoría de la imputación objetiva no tiene sólido fundamento en la

³⁸⁵ Cfr. DÍAZ Aranda Enrique. *Dolo*. Op. Cit. Pág. 82.

³⁸⁶ Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. Pág. 223.

³⁸⁷ REYES Alvarado Yesid. *Imputación Objetiva*. Editorial Temis. 1ª. Edición. Colombia. 1994. P.4-5.

filosofía hegeliana, tal es el caso de Armin Kaufmann; sin embargo, la afirmación Hegeliana de que una persona le puede ser imputado aquello que constituya su obra y no aquello que sea resultado de la simple causalidad, de la mala suerte, o el destino, tiene reconocimiento unánime de la doctrina.³⁸⁸

Con los principios señalados anteriormente surgió la discusión en torno a la ponderación de los desvalores de acción y de resultado, se presentó un enfrentamiento entre los partidarios de una subjetivización total del injusto con acento exclusivo en el desvalor de acción y quienes pretenden ponderar para el Derecho penal el desvalor del resultado.³⁸⁹

En este sentido Yesid Reyes Alvarado sostiene

“cuando se hace referencia a una imputación del resultado, se está entonces prolongando la inútil polémica sobre a cuál de los desvalores, de acción o de resultado, se debe de otorgar preeminencia, y además se está desconociendo que en sus orígenes la imputación objetiva no fue simplemente un mecanismo para atribuir resultados, sino que fue bosquejada por Hegel como un instrumento para determinar cuándo podía ser considerada como la obra de alguien.”³⁹⁰

Claus Roxin señala que la imputación al tipo objetivo sólo es un problema de la parte general cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor. En los delitos de mera actividad, como el allanamiento de morada o el falso testimonio, la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la parte especial. En cambio, en los delitos de resultado hay que decidir conforme

³⁸⁸ Íbidem. Pág. 5-6.

³⁸⁹ Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. Pág. 226.

³⁹⁰ Cfr. REYES Alvarado Yesid. *Imputación Objetiva*. Op. Cit. Pág. 73.

a reglas generales si la lesión del objeto de la acción se le puede imputar como obra suya al inculpado, pues bien, tal imputación objetiva es de antemano imposible en los delitos comisivos si el autor no ha causado el resultado.³⁹¹

En síntesis, la teoría de la imputación objetiva no hace relación tan solo a la atribución de resultados ni alude tan sólo a la relación existente entre una acción natural y su resultado, ni es una asistemática agrupación de criterios. De acuerdo con una visión correcta, debe decirse que un resultado podrá serle objetivamente imputado a un individuo, cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en un resultado de manera que la imputación objetiva posee dos elementos que son el de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el de la realización de dicho riesgo en el resultado, entendido este último no en un sentido puramente naturalístico sino como quebrantamiento de las normas.³⁹²

Claus Roxin sostiene que un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.³⁹³

En contraposición a la consideración que precede, un sector de la doctrina ha sostenido en contra de la imputación objetiva, que ella recurre en ciertos eventos al empleo del dolo como mecanismo de solución de los problemas, o incluso que ella necesita indefectiblemente

³⁹¹ ROXIN Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Traduc. De la 2ª. Edición. Por Diego Manuel Luzón y otros. Editorial Civitas. España. 1997. Pág. 345.

³⁹² Cfr. REYES Alvarado Yesid. *Imputación objetiva*. Op. Cit. Pág.74-75.

³⁹³ Cfr. ROXIN Claus. *Derecho penal-parte general* Op. Cit. Pág. 414-415.

una cierta consideración de la intencionalidad de la conducta, con la cual debería admitirse que en realidad se trata de una teoría que al mezclar elementos subjetivos y objetivos, no hace honor a su nombre, con base en ello se pregunta críticamente ¿qué es lo objetivo de la imputación objetiva?³⁹⁴

“En la configuración del delito en la imputación objetiva algunos tratadistas sostienen que la imputación objetiva puede ser aplicada tanto a los delitos culposos como a los dolosos, sin embargo, el mecanismo para su aplicabilidad es distinta según se trate de alguna de esa clase o de otra, con lo que se permite confirmar la necesidad de la bifurcación de la teoría del delito a través de la duplicidad de la imputación objetiva. Esta separación de la teoría según se trate de delitos dolosos o culposos afecta no sólo el principio de unidad que debe poseer el sistema penal, sino que hace depender la imputación objetiva de la previa existencia de la imputación subjetiva, es decir, para determinar si una conducta es o no objetivamente imputable a un sujeto, debe conocerse previamente si dicho sujeto actuó en forma dolosa o culposa, pues en cada caso las reglas de imputación son diversas. Sólo que, cuando esté establecido que desde el punto de vista jurídico el sujeto actuó dolosa o culposamente, queda tácitamente admitido que su conducta es objetivamente imputable.”³⁹⁵

Claus Roxin con relación al dolo señala que su integración es con el saber y querer, que implican conocimiento y voluntad, es decir, como sus requisitos están el intelectual que comprende el saber volitivo

³⁹⁴ Cfr. REYES Alvarado Yesid. *Imputación objetiva*. Op. Cit. Pág. 75-76.

³⁹⁵ Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. Pág. 230.

que entraña el querer, por lo tanto la realización del plan constituye la esencia del dolo “un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva.”³⁹⁶

“En síntesis, en un sistema penal unitario como el aquí defendido, la teoría de la imputación objetiva, como determinadora del injusto del comportamiento es aplicable a todos los tipos de la parte especial, esto es tanto a los delitos de resultado como a los de peligro, por igual a los ilícitos dolosos y culposos así como a las acciones y omisiones y también debe de ser referida tanto a los delitos consumados como a los tentados, puesto que para saber si una conducta es reprochable penalmente a título de tentativa, es indispensable que con ella se haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual posteriormente resulte concretado en el resultado, debe aquí nuevamente preciararse, que los resultados a que hacemos referencia dentro del mismo sistema penal no son meras consecuencias naturalísticas sino lesiones a las reglas de la vida de relación social (quebrantamiento de la validez de las normas), de manera que tanto los delitos consumados como en las tentativas, debe existir un resultado jurídico-penal, pues de lo contrario el comportamiento no podrá ser reprochado. ¿Cuáles son los resultados que desde el punto de vista de la tentativa interesan al sistema penal? o aún más claro, cuando una conducta es reprochable a título de tentativa es algo que excede los límites de este trabajo pero que de todas maneras supone tanto la

³⁹⁶ Cfr. ROXIN Claus. *Derecho Penal Parte General*. Op. Cit. Pág. 416-417.

determinación de un riesgo desaprobado como la realización de ese riesgo en el resultado.³⁹⁷

Es innegable que la conducta humana se encuentra presente en la configuración del delito en base a esta teoría así se afirma que en la perspectiva de la imputación objetiva, puede concluirse que, para el derecho Penal, es acción toda causación imputable. De esta manera, el concepto jurídico penal de acción surge cuando existe una conducta injusta y culpable, es decir, cuando respecto de ella se han agotado positivamente los juicios tanto de una imputación objetiva como de una imputación subjetiva. Sin lugar a dudas estamos frente a una nueva concepción del sistema penal desarrollada en derredor de una teoría de la imputación que implica no sólo el abandono del planteamiento causalista, sino además la superación total de la teoría final del injusto.³⁹⁸

En la teoría de la imputación objetiva no hay lugar para una distinción entre los delitos de acción y los de omisión, puesto que, lo que le incumbe al Derecho penal como conducta es aquella actuación con la cual una persona se aparta de las expectativas de comportamiento social, generando con ello una defraudación, de esta manera, ni en el plano naturalístico existen las omisiones, ni resulta de utilidad dentro del derecho penal el mantenimiento de la distinción entre acciones y omisiones, pues la posición del garante, que tradicionalmente ha servido para caracterizar al delito omisivo frente a la acción, debe de ser aplicable a toda conducta ilícita.³⁹⁹

³⁹⁷ Cfr. REYES Alvarado Yesid. *Imputación Objetiva*. Op. Cit. Pág. 81.

³⁹⁸ Cfr. REYES Alvarado Yesid. *Imputación Objetiva*. Op. Cit. Pág. 71-72.

³⁹⁹ Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática penal en la Legislación mexicana*. Op.Cit. Pág. 233.

Orellana Wiarco nos refiere que 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 quién 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 cuidado y aún cuando conducir un vehículo implica riesgos estos 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 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 este comprendido dentro del fin de protección de la norma o del alcance del tipo penal, es decir, solo 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 por 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 dos pasajeros en una motocicleta.”⁴⁰⁰

4.2.2 Culpabilidad en el funcionalismo.

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 es culposa, y rechaza al igual que el finalismo, la división de elementos en objetivo y subjetivo que eran el sustento del sistema causalista, y se acepta que acción u omisión, tipicidad antijuridicidad y culpabilidad se apoyan en aspectos objetivos y subjetivos. 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.⁴⁰¹

La culpabilidad debe de 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.⁴⁰²

Ya desde 1973 Claus Roxin escribía “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

⁴⁰⁰ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito*. Op. Cit. Pág. 179-180.

⁴⁰¹ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito*. Op. Cit. Pág. 188.

⁴⁰² Cita del autor E. Gimbernat Ordeig. Aparece en la obra *Culpabilidad y prevención en Derecho penal* de Claus Roxin. Edit. Reus. Madrid. 1981. Pág. 32.

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 si un delincuente concreto pudo actuar de un modo distinto en el momento de cometer el delito.”⁴⁰³ Y así tenemos que para los funcionalistas la culpabilidad cumple dos funciones: justifica la aplicación de la pena en sentido retribucionista y como límite de la pena.

Claus Roxin opina

*“la responsabilidad designa tras la antijuridicidad, una valoración ulterior y que por regla general da lugar a la punibilidad, en el marco de la estructura del delito. Mientras que con el predicado de la antijuridicidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe el orden del deber juridicopenal y que está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto. Quien cumple los requisitos que hacen aparecer como responsable una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho penal a una pena. Los presupuestos de la responsabilidad juridicopenal son, entre otros, la culpabilidad.”*⁴⁰⁴

Son pues dos los elementos que conforman a la categoría de la responsabilidad en el sistema funcionalista “culpabilidad y necesidad de la pena.”⁴⁰⁵

⁴⁰³ ROXIN Claus. *La culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Edit. Reus. Madrid. 1981. P. 41.

⁴⁰⁴ Cfr. ROXIN Claus. *Derecho Penal parte General*. Op. Cit. Pág. 791-807.

⁴⁰⁵ Cfr. DÍAZ Aranda Enrique. *Dolo*. Op. Cit. Pág. 107.

Desde el enfoque de esta teoría “todo aquel riesgo que permanece aún con el cumplimiento de las normas de cuidado que deben de acompañar la ejecución de toda actividad peligrosa socialmente admitida, recibe la denominación de riesgo permitido.”⁴⁰⁶

Con lo anterior se advierte la necesaria preexistencia de la creación del riesgo no permitido para los efectos de la procedencia de la imputación, inclusive, es tan indispensable que Claus Roxin en su obra desarrolla múltiples hipótesis en las que dicha imputación no tiene cabida y que se refiere precisamente a la exclusión de la imputación en caso de “disminución del riesgo, falta de creación del peligro y en los casos del riesgo permitido.”⁴⁰⁷

Además de lo anterior para que un riesgo, sostiene Yesid Reyes Alvarado pueda ser considerado como permitido no basta tan sólo que la actividad de la cual emana represente considerables beneficios sociales frente a un mínimo de peligrosidad sino que es indispensable la absoluta indeterminación de las potenciales víctimas de ese riesgo residual, por ello, en el hipotético evento de que anticipadamente pudieran ser individualizadas las víctimas de una actividad peligrosa ella debería ser prohibida porque su desarrollo no puede prevalecer frente a la inminente lesión de un individuo.⁴⁰⁸

Con las ideas expuestas se desprende que son dos los elementos que conforman el riesgo permitido “por un lado los beneficios sociales que llegan a representar las actividades aún cuando peligrosas cumplen con determinadas normas de conducta previamente establecidas, por el otro,

⁴⁰⁶ Cfr. REYES Alvarado Yesid. *Imputación Objetiva*. Op. Cit. Pág. 92.

⁴⁰⁷ Cfr. ROXIN Claus. *Derecho Penal Parte General*. Op. Cit. Págs. 365-377.

⁴⁰⁸ Cfr. REYES Alvarado Yesid. *Imputación Objetiva*. Op. Cit. Pág. 92.

la indeterminación de posibles sujetos pasivos a quienes puede llegar a perjudicar los riesgos inherentes a las actividades peligrosas.”⁴⁰⁹

En cuanto al riesgo permitido como piedra angular de la imputación objetiva Claus Roxin Opina “aquí se va entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo.”⁴¹⁰

Por otro lado, otro elemento que tiene un papel esencial en la configuración de esta teoría, es la determinación del riesgo jurídicamente desaprobado, por ello, tomando como punto de partida las diversas ideas expuestas con antelación podría decirse que “ jurídicamente desaprobados son todos aquellos riesgos que provienen de conductas desarrolladas por fuera de los límites del riesgo permitido, afirmación que sin embargo dejaría sin dilucidar cuáles son los factores que permiten calificar a un riesgo como jurídicamente desaprobado.”⁴¹¹

Junto a los conceptos doctrinarios y teóricos Günther Jakobs expone las instituciones dogmáticas a través de las cuales pretende articular la teoría de la imputación objetiva. Ubica la imputación de comportamientos, proponiendo cuatro instituciones “riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y competencia de la víctima.”⁴¹² Se inspira en un principio social funcional o al menos se acomoda a tal principio.⁴¹³

⁴⁰⁹ Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. Pág. 239.

⁴¹⁰ Cfr. ROXIN Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Op. Cit. Pág. 371.

⁴¹¹ REYES Alvarado Yesid. *Imputación Objetiva*. Op. Cit. Pág. 106.

⁴¹² Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática penal en la Legislación mexicana*. Op. Cit. Pág. 252.

⁴¹³ JAKOBS Günter. *Sociedad norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Editorial.

“La cuestión cuya autonomía conceptual resulta más dudosa es el principio de confianza, pues tan sólo constituye una concreción de lo que generalmente puede reputarse como riesgo permitido es decir, se trata de determinar cuando existe en ocasión del desarrollo una actividad generadora de un cierto riesgo permitido. La obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en dicha actividad y cuando se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos, por ello se puede pensar que la aplicación de los supuestos del principio de confianza no dejan de formar parte del grupo de casos en los que el riesgo permitido requiere una adaptación a las circunstancias concretas, cosa que también sucede en otros muchos sectores del riesgo permitido. Por otro lado, la institución del comportamiento de la víctima cuyos rasgos esenciales este autor las limita a esbozar en su obra pues sólo presenta algunos rasgos dispersos y sin mucha coherencia, aunque se le reconoce que en las restantes instituciones tienen rasgos más perfilados y que son propuestas como elementos de la imputación del comportamiento: el riesgo permitido y la prohibición de regreso.”⁴¹⁴

El citado autor nos refiere que la prohibición de regreso opera cuando el sujeto que realiza la actividad que facilita el comportamiento delictivo no tiene que aceptar como algo común el delito cometido, desde esta óptica la prohibición de regreso configura el ámbito de intervención

Civitas. Madrid. 1996. Pág. 54.

⁴¹⁴ Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. Pág. 252.

no delictiva en el suceso y determina el campo de la no participación punible.⁴¹⁵

4.2.3 Necesidad de la pena en el funcionalismo.

La pena según el Diccionario Etimológico de la Lengua Española es aflicción, dolor, dificultad, castigo impuesto por una autoridad: latín poena, pena. Del griego poine, multa, castigo, pago. De la misma familia “impune, penal, penoso”.⁴¹⁶

Platón fundaba la pena en el principio de la expiación en nombre e interés de la comunidad o República. La retribución era considerada una necesaria consecuencia del delito (véase el diálogo de Gorgias). La pena induce al delincuente a no volver a delinquir y sirve también para rehabilitar al reo, purificando su alma. En este sentido, la pena, platónicamente hablando, es una medicina del alma.⁴¹⁷

Aristóteles centra su atención en el fin utilitario de la pena. Los buenos cumplen los preceptos, mientras los malos, ávidos de voluptuosidad, los infringen, por eso deben ser castigados, como el asno, con el dolor, el cual debe llegar a ser contrario en su grado máximo, a la voluptuosidad deseada. La multitud obedece más bien a la necesidad advierte el filósofo de Estagira, que a la razón, antes a las penas, que a lo bello y honesto. (Ética Nicomaquea, Política).⁴¹⁸

⁴¹⁵ Cfr. GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática penal en la Legislación Mexicana*. Op. Cit. Pág. 253.

⁴¹⁶ *Diccionario Etimológico de la Lengua Española*. Gómez Silva. Guido. Editorial. Fondo de Cultura Económica. Quinta reimpresión. México. 1996. Pág. 525.

⁴¹⁷ BASAVE Fernández de Valle Agustín. *Meditación sobre la pena de muerte*. F.C.E.1ª. Ed. 1998. P. 75.

⁴¹⁸ *Íbidem*. Pág. 75.

El derecho de castigar entre los romanos, se justifica por la ejemplaridad intimidante de las penas. Ese pragmatismo jurídico, que orienta el principio de intimidación y de ejemplaridad, está presente en Cicerón, Ulpiano y Marciano.⁴¹⁹

Eugenio Cuello Calón señala

*“la pena es la privación o restricción de bienes jurídicos, impuesta conforme la ley por los órganos jurisdiccionales competentes al culpable de una infracción penal.”*⁴²⁰

Los fines y funciones de la pena están íntimamente relacionados con la concepción natural y social de los valores, lo que ha permitido la variación en el tipo de las penas que se aplican y este tipo está también directamente relacionado con las fases evolutivas de la sociedad, que igualmente coinciden con las así señaladas del Derecho penal. George Picca comenta cómo en los tiempos actuales, la evolución social se da a una velocidad impresionante, y el Derecho que tiende por su propia naturaleza a ser estable para otorgar la necesaria seguridad jurídica, debe cambiar también para adaptarse a esta evolución social con la mayor celeridad que su naturaleza le permita, so pena de quedar obsoleto e inadecuado para resolver los problemas que se le presentan.⁴²¹

En el Derecho Positivo es precisamente la pena, la coerción penal, el castigo, la sanción penal, una característica de la norma penal que constituye, al decir de Nozik; un Estado de Derecho estrictamente liberal, la protección contra el delito.⁴²²

⁴¹⁹ Íbidem. Pág. 75.

⁴²⁰ CUELLO Calón Eugenio. *La Moderna Penología*. Barcelona. Editorial. Bosch. 1958. Pág. 16.

⁴²¹ PICCA George. *La Criminología. Fondo de Cultura Económica*. México. 1987. Pág. 437.

⁴²² BUSTOS Ramírez Juan. *Introducción al Derecho penal*. Temis. Bogotá. 186. Pág. 70.

Franz Von Liszt en su Programa Universitario de Marburgo en 1882, reproduce una obra bajo el título *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (la idea de fin en el Derecho Penal) en donde el ilustre maestro nos dice que la ética a su entender no justifica ni fundamenta la pena. Sólo el fin puede justificarla y la pena justa será la que mejor proteja los bienes jurídicos. Para Von Liszt la pena justa es la pena necesaria.⁴²³

La conveniencia de explicar el papel histórico que ha venido desempeñando la pena es con el objeto de 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.

En este orden de ideas las teorías de la pena presentan siempre dos extremos, el de la teoría absoluta también conocida como de la retribución, y el de las teorías relativas, consistentes en: teorías de la prevención general y de la prevención especial.

La teoría de la retribución o absoluta, considera que la pena tiene en sí misma su finalidad y en ella agota la función que debe de 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”.⁴²⁴ Esta teoría encuentra sus raíces en el pensamiento filosófico de Hegel y Kant. Así para Hegel la pena es la negación del Derecho y sólo cumple un papel restaurador o retributivo, y en tanto sea el *quantum* o intensidad de la negación del Derecho, así será el *quantum* o intensidad de la nueva negación que es la pena.

⁴²³ VON Liszt Franz. *La idea de Fin en el Derecho Penal*. 1ª Ed. UNAM. I.D.I.J. México. 1994. Pág. 42.

⁴²⁴ ROXIN Claus. *Política Criminal y Estructura del delito*. 1ª. Ed. Ed. P.P.U. España. 1992. Pág. 10.

Ningún otro factor influye sobre ella. Para Kant, la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, éste es su único fundamento.⁴²⁵

A las teorías absolutas se opusieron las teorías relativas, aquí la pena se concibe como un medio para la obtención de ulteriores objetivos.⁴²⁶ La pena deberá enmendar al delincuente para que en el futuro no vuelva a delinquir o bien impedirle una actividad delictiva, como menciona Antón Oneca en su discurso sobre “la prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena.”⁴²⁷

La teoría de la prevención general se apoya modernamente en las ideas de Anselmo Von Feuerbach, expuestas a principios de 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.

La teoría de la prevención especial se fundamenta en que la misión 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.⁴²⁸

José Rico M. señala que las teorías mixtas tratan de hermanar los dos puntos de vista de las teorías absolutas y relativas, asociando la

⁴²⁵ Citado por Raúl Eugenio Zaffaroni. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Cárdenas. México. 1984. Pág. 71.

⁴²⁶ ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Ediar. Buenos Aires. 1977. Pág. 47.

⁴²⁷ Cfr. BUSTOS Ramírez Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 73

⁴²⁸ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito*. Op. Cit. Pág. 174.

justicia absoluta con el fin socialmente útil y el concepto de retribución con el fin utilitario.⁴²⁹

Las teorías mixtas casi siempre parten de las teorías absolutas y tratan de cubrir sus fallas acudiendo a las teorías relativas, son las más difundidas usualmente en la actualidad, por un lado sostienen que la retribución es impracticable en todas sus consecuencias, y por otro, no se animan a adherirse a la prevención especial. Una de sus manifestaciones es el lema seguido por la jurisprudencia alemana: prevención general mediante la retribución justa.

La pena entendida como coerción penal o como reacción social jurídicamente organizada es un mal infringido a causa de un hecho culpable que ha sido precisado en la ley como consecuencia de ese hecho.⁴³⁰

En la concepción moderna al decir de Carlos García Valdés, la pena además de estar regida por algunos principios como los de intervención mínima, de igualdad, de humanidad, de proporcionalidad, de certeza, entre otros, tiene dos características fundamentales “que se encuentre establecida por la ley y que tenga como presupuesto la culpabilidad del sujeto.”⁴³¹

La teoría suele distinguir entre justificación y fin de la pena,⁴³² cuando se habla de justificación de la pena se alude a su necesidad para

⁴²⁹ RICO M José. *Las sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea*. 2ª. Ed. Siglo XXI. México 1982. Pág. 10-11.

⁴³⁰ KAUFMANN Hilde. *La función del concepto de la pena en la ejecución del futuro*. Buenos aires. 1975. Pág. 21.

⁴³¹ GARCÍA Valdés Carlos. *Teoría de la pena*. 3ª. Ed. Tecnos. Madrid. 1987. Pág. 13.

⁴³² Algunos autores como Mir Puig no establecen una delimitación precisa ente justificación y fin de la pena. Vid. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Barcelona. 1976. Pág.90.91.

el mantenimiento del orden jurídico como condición básica para la convivencia en comunidad.⁴³³

Se afirma por Maurach que una comunidad que renuncie a su imperio penal renunciaría a sí misma.⁴³⁴ De suicidio habla Antolisei.⁴³⁵

La justificación de la pena con base en su necesidad importa una restricción indispensable de la reacción punitiva, la intervención del Derecho penal sólo puede tener lugar frente a infracciones jurídicas insoportables, debiendo aparecer la pena como el único medio para defender suficientemente el orden social como recurso ante una mayor necesidad de protección de la sociedad.⁴³⁶

Para la sistemática funcionalista es de capital importancia determinar qué función se le va asignar a la pena como expresión fundamental de la sanción penal, 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. De esta manera toda reforma penal orientada a sus consecuencias, debe de 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 Estado se tiene de la misma.⁴³⁷

⁴³³ JESCHEK H. H. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Traduc. Manzanares Samaniego. 1993. Pág. 56.

⁴³⁴ MAURACH R. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción y notas de Derecho Penal. J. Córdoba Roda. 1962. Pág. 63.

⁴³⁵ ANTOLISEI F. *Manuale Di Diritto Penal* PG. 1975. Pág. 554. 555.

⁴³⁶ ROXIN Claus. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Traducción de Muñoz Conde y Luzón Peña Sevilla. 1981. Pág. 32.

⁴³⁷ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito*. Pág. 170-171.

Así pues, al decir de Caffarena

*“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.”*⁴³⁸

Indudablemente la mayor aportación de la teoría funcional es la dirección política criminal que ha dado a la pena, la cual marca la directriz de la interpretación dogmática-jurídica y no al revés como se venía realizando. Es decir, si antes importaba más el análisis de los elementos del delito y la determinación de la pena era cuestión secundaria, ahora se debe tener en cuenta primero cuáles son los fines de la pena para determinar si la interpretación dogmática que se realiza es acorde en sus resultados con dichos fines.⁴³⁹

No obstante, los replanteamientos del funcionalismo han conducido a concebir los fines de la pena como un criterio de determinación junto con la culpabilidad. Por ello se habla ya de responsabilidad, y no sólo de culpabilidad.⁴⁴⁰

Con el funcionalismo la culpabilidad sigue siendo la medida de la pena hacia arriba (no puede pasar del máximo de su culpabilidad) pero deja de ser determinante hacia abajo, es decir una conducta puede ser típica, antijurídica, culpable y sin embargo no ser punible cuando los fines de la pena así lo indican, quedando excluida, por tanto, la

⁴³⁸ BORJA Mapelli Caffarena y Otro. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Editorial. Civitas. España. 1990. Pág. 23.

⁴³⁹ Cfr. DÍAZ Aranda Enrique. *Dolo*. Op. Cit. Pág. 107.

⁴⁴⁰ Cfr. ROXIN Claus. *Derecho Penal Parte General*. Op. Cit. Pág.788 y sig.

responsabilidad como categoría del delito, y reducir al máximo la imposición de la pena de prisión, en consecuencia se deben de preferir otros medios para prevenir conductas antes de echar mano del Derecho penal, por ejemplo medidas de política social, sanciones civiles o administrativas, obedeciendo al principio de intervención mínima o de *última ratio*.⁴⁴¹

Para Roxin fundamentar la pena en la forma en que fueron expuestos con antelación los criterios retribucionista, prevención general y prevención especial, no es lo adecuado y propone que la política criminal debe de 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.⁴⁴²

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 que la pena no debe retraer a través de su dureza 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.”*⁴⁴³

Para la sistemática funcionalista el Derecho Penal encuentra su justificación en la protección de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia y que aseguren condiciones que satisfaga una vida ordenada

⁴⁴¹ Cfr. DÍAZ Aranda Enrique. *Dolo*. Op. Cit. Págs. 108 y 109.

⁴⁴² Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito*. Op. Cit. Pág. 174.

⁴⁴³ Cfr. ROXIN Claus. *Política criminal y estructura del delito*. Op. Cit. Pág. 46.47.

y pacífica, bienes que no sea posible proteger por otras instancias del derecho, por ejemplo administrativos, civiles, etc., la política criminal debe de partir de la anterior premisa para cumplir a través de la función de la aplicación de la pena para lograr su resocialización. De esta manera “las conminaciones penales se justifican, solo y siempre por la necesidad de protección preventivo-general y subsidiaria, de bienes jurídicos y prestaciones que sean esenciales a la comunidad.”⁴⁴⁴

4.3 Funcionalismo radical. Fundamentos. Posición de Günter Jakobs.

A esta teoría suele identificársele como funcionalismo radical,⁴⁴⁵ funcionalismo teórico-sistemática,⁴⁴⁶ funcionalismo sociológico,⁴⁴⁷ funcionalismo monista-normativista,⁴⁴⁸ funcionalismo estratégico.⁴⁴⁹

La teoría defendida por Günter Jakobs aparece en los años ochenta del siglo pasado.⁴⁵⁰ En opinión de Carlos Suárez González para abordar el estudio de la teoría del delito conforme a la tendencia radical de Jakobs, debe de atenderse a dos momentos “el primero que tiene vigencia hasta 1995 que se identifica como funcionalismo del ser, y el segundo

⁴⁴⁴ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito*. Op. Cit. Pág. 176.

⁴⁴⁵ ROXIN Claus. *La evolución de la política criminal. El Derecho Penal y el Procesal Penal*. Traduc. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. España. Tirant. Lo Blanch. 2000. Pág. 52.

⁴⁴⁶ Íbidem. Pág. 37.

⁴⁴⁷ SILVA Sánchez Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. España. Bosch. 1992. P. 70.

⁴⁴⁸ SCHÜNEMANN Bernd. *Consideraciones Críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-alemana* Traduc. De Manuel Cancio Melía. Bogotá. Centro de Investigación de Derecho penal Y Filosofía Del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 1996. Pág. 42-46.

⁴⁴⁹ VIVES Antón Tomás. *Fundamentos del sistema penal*. España. Tirant lo Blanch. 1996. 2002. Pág. 436.

⁴⁵⁰ ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Política y Dogmática jurídico penal*. México. Instituto Nacional de Ciencias penales 2002. Pág. 41.

que va de 1995 a la fecha, también conocido como funcionalismo del deber ser.”⁴⁵¹

Roxin advierte que esta teoría está encabezada por Günter Jakobs, seguido por sus discípulos Derkesen y Lesch,⁴⁵² en México se ha señalado al profesor Rafael Márquez Piñero quien acepta la postura filosófico-jurídica de Jakobs en su totalidad, siendo el mayor difusor de esta tendencia doctrinaria.⁴⁵³

Con el objeto de explicar el funcionalismo de Jakobs es menester precisar los siguientes conceptos “funcionalismo, para Jakobs funcionalismo jurídico-penal es aquella teoría según la cual el Derecho está orientado a garantizar la identidad normativa de la Constitución y la sociedad, cuyo objeto es resolver un problema del sistema social.”⁴⁵⁴

La sociedad, según Jakobs, es la construcción de un contexto de comunicación.⁴⁵⁵ En este contexto la mera reunión de individuos no configura una sociedad, una sociedad comienza, más bien, con la vigencia de la primera norma que obliga a las personas a adoptar una conducta determinada.⁴⁵⁶

“Norma”, dice Jakobs que las normas rigen cuando le dan a la sociedad su conformación real, lo que significa “cuando determinan lo que, en la comunicación de las personas, puede ser tomado como punto

⁴⁵¹ SUÁREZ González Carlos. *Cátedra del 22 de enero del 2001*. En ocasión de los VIII cursos de Postgrado de Derecho penal parte general. Universidad de Salamanca. España.

⁴⁵² ROXIN Claus y otros. *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*. Traduc. De María Teresa Castiñeira Palou. En sobre el Estado de la teoría del delito Madrid. Civitas. 2000. Pág. 174.

⁴⁵³ DAZA Gómez Carlos Juan Manuel. *El funcionalismo hoy en revista de la Facultad de Derecho t. XLIX*. núms. 227-228. sep-dic- 1999. México. UNAM. Pág. 104. Nota 28.

⁴⁵⁴ JAKOBS Günter. *Sociedad norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Traduc. Manuel Cancio Melía y Bernardo Feijoo Sánchez. España. 2000. Pág. 9-20.

⁴⁵⁵ *Íbidem*. Pág. 26.

⁴⁵⁶ JAKOBS Günter. *Conocimiento y desconocimiento de la norma*. Traduc. De Marcelo A. Sancinetti. En problemas capitales del Derecho penal Moderno. Argentina. Hammurabi. 1998. Pág. 57.

de referencia para aunar conductas y aquello que no puede ser tomado como tal.⁴⁵⁷

La declaración de que una sociedad es real equivale a que las normas que la constituyen se hallan en vigencia y que para que exista esta vigencia se requieren al menos dos condiciones:⁴⁵⁸ primero la norma tiene que ser conocida e igualmente tiene que ser conocido cuando se da el caso regulado y segundo las personas tiene que estar dispuestas a acatar la norma.

“Persona” a diferencia del individuo,⁴⁵⁹ es un concepto autorreferente, autopoietico y autofuncional, integrante y constitutivo de la sociedad (a través de la comunicación) y que se define por la función que el sujeto desempeña en la sociedad, esto es, por el rol social que le es encomendado y que asume en la vida de interrelación, por ello, persona es quien en el seno de un grupo social debe cumplir una tarea.⁴⁶⁰ Expresa Jakobs “el concepto de persona se refiere a la representación que halla el autor dentro de la comunicación. Es un igual, es decir, no es un ser natural, sino un partícipe competente de la comunicación, y ello no para sí, sino como portador de un rol, del rol de un ciudadano que ha de prestar fidelidad al Derecho.”⁴⁶¹

Jakobs, propone una teoría de prevención integración,⁴⁶² según esto, la pena está al servicio del ejercicio de la fidelidad al Derecho, esto

⁴⁵⁷ Íbidem. Pág. 57.

⁴⁵⁸ Íbidem. Pág. 58.

⁴⁵⁹ POLAINO Navarrete Miguel. *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*. México. Porrúa. 2001. Pág. 34-35.

⁴⁶⁰ Íbidem. Pág. 34.

⁴⁶¹ JAKOBS Günter. *Fundamentos del Derecho Penal*. Traduc. De Manuel Cancio Melía y Enrique Peñaranda Ramos. Argentina. Ad Hoc. 1996. Prólogo.

⁴⁶² GARCÍA Pablos de Molina Antonio. *Derecho Penal Introducción*. España. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la U. C. de Madrid. 2000. Pág. 500.

es, a lo que hoy se llama, prevención general positiva, y la elaboración conceptual penal se realiza conforme a exigencias preventivo generales.⁴⁶³

La pena no repara bienes sino confirma la identidad normativa de la sociedad,⁴⁶⁴ es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada,⁴⁶⁵ por eso, siguiendo a Luhmann, dice que hay que definir a la pena positivamente. El objetivo principal de la pena es reafirmar la vigencia de la norma.⁴⁶⁶

La pena no constituye retribución de un mal con un mal, no es disuasión, es decir, prevención negativa. Su función primaria es, en cambio, la prevención positiva. La pena es prevención-integración en el sentido que su función primaria es ejercitar el reconocimiento de la vigencia de la norma y fidelidad frente al Derecho por parte de los miembros de la sociedad.⁴⁶⁷

Para Günter 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

⁴⁶³ Cfr. ROXIN Claus. *La evolución de la política criminal. El Derecho penal y el Procesal penal*. Op. Cit. P.51.

⁴⁶⁴ Cfr. JAKOBS Günter. *Sociedad. Norma y Persona*..... Op. Cit. Pág. 11.

⁴⁶⁵ JAKOBS Günter. *Derecho Penal parte general fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª. Ed. Traduc. De Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid. Marcial Pons. 1997. P. 9.

⁴⁶⁶ *Ibidem*. Pág. 13.

⁴⁶⁷ BARATTA Alessandro. *Integración-prevención una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática*. Traduc. De Emilio García Méndez y Emiro sandoval Huertas. En *Doctrina Penal* año 8. Núm. 29. enero-dic. Argentina. 1985. Pág. 5-11.

reacciona frente a un hecho delictivo en cuanto quebranta la norma, no en cuanto se presenta la lesión de un bien jurídico.⁴⁶⁸

De esta manera el funcionalismo jurídico-penal de Jakobs se conoce como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad.⁴⁶⁹

En síntesis, la pena es una respuesta a la norma quebrantada y el reconocimiento que al criminal se le hace como persona en Derecho; con eso se le reconoce como parte integrante de la sociedad, (para no expulsarlo). En el cumplimiento de la pena se le sigue tratando a la persona como persona y no como animal.⁴⁷⁰

La función de la pena es prevención general mediante ejercicio del reconocimiento de la norma.⁴⁷¹ Lo ilícito es un mal y el deber de soportar el costo de este mal que incumbe al autor es también un mal. Sin embargo no es posible definir la pena como la aplicación de un mal por el mal cometido

“sería irrazonable pretender un mal simplemente porque ya existe otro mal, esta secuencia de los males sólo considera su carácter superficial”. La pena debe ser definida positivamente “es demostración de la validez de la norma a cargo de quien era competente para su cumplimiento. De esta manera salta a la vista un mal, pero la pena no cumple su función a través de este efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada.”⁴⁷²

⁴⁶⁸ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del delito*. Op. Cit. Pág. 192.

⁴⁶⁹ JAKOBS Günter. *Sociedad norma y persona en una teoría sobre un Derecho penal funcional*. Editorial Civitas. Madrid. 1996. Pág. 15.

⁴⁷⁰ Cfr. SUÁREZ González Carlos. *Cátedra*.

⁴⁷¹ BACIGALUPO Enrique. *Principios de Derecho Penal Parte general*. 5ª. Ed. España. 1998. Pág. 16.

⁴⁷² *Íbidem*. Pág. 18.

A diferencia de las teorías esbozadas con antelación, no es que Jakobs prescindiera de la teoría del bien jurídico,⁴⁷³ pero tampoco cualquier objeto de regulación de una norma es un bien jurídico, sino sólo aquel que ha de desempeñar alguna función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano, por eso dice que bien jurídico son unidades funcionales valiosas.⁴⁷⁴ Por eso la función del Derecho penal consiste no en impedir la lesión de bienes jurídicos,⁴⁷⁵ porque desde el momento en que se realiza un comportamiento ya se ha ofendido el bien jurídico y el Derecho penal siempre llega tarde, no puede evitar que se afecte ese bien, lo que el Derecho protege es la vigencia efectiva de la norma,⁴⁷⁶ el Derecho garantiza el orden externo entre diferentes personas.⁴⁷⁷

Bien jurídico penal en el ámbito de los delitos contra la propiedad, según este modelo, no es la cosa ajena o la relación de propietario con su cosa como unidad funcional de acciones y satisfacción de necesidades, o para la consecución de sus fines, sino la validez del contenido de la norma de que debe protegerse la propiedad, correlativamente, en el ámbito de los delitos de lesiones, bien jurídico penal. Es la validez del contenido de la norma que hay que respetar, la integridad corporal ajena, etc.; en resumen, bien jurídico penal es la vinculatoriedad práctica de la norma.⁴⁷⁸

⁴⁷³ CUELLO Contreras Joaquín. *El Derecho Penal Español. Curso de iniciación parte general*. 2ª. Edición. Madrid. Civitas. 1996. Pág. 80.

⁴⁷⁴ Cfr. JAKOBS Günter. *Derecho Penal Parte general*. Op. cit. Pág.52.

⁴⁷⁵ GONZÁLEZ Salas Raúl. *La teoría del bien jurídico en el Derecho penal*. 2ª. Edición. México. Oxford. 2001. Págs. 52-53.

⁴⁷⁶ Cfr. JAKOBS Günter. *Fundamentos del Derecho Penal*. Op. Cit. Pág. 36.

⁴⁷⁷ JAKOBS Günter. *Suicidio Eutanasia y Derecho penal*. Traduc. Francisco Muñoz Conde. Y Otro. España. Tirant lo Blanch. 1999. Pág. 70.

⁴⁷⁸ JAKOBS Günter. *Derecho Penal Parte general*. Op. Cit. Pág.46-47.

El bien jurídico dice Zaffaroni empalidece frente a la general función de fortalecimiento de la confianza en el sistema, que tiende a convertirse en el único bien jurídico, también cercano a la usanza del vejo hegelianismo en que todos los bienes jurídicos parecían disolverse en el Estado.⁴⁷⁹

Por otro lado Jakobs, suele distinguir entre un Derecho penal del ciudadano y un Derecho penal del enemigo. El primero es el Derecho penal ordinario que se aplica a todo ciudadano común y corriente y el segundo es el Derecho penal que se aplica a determinados sujetos especiales; es el Derecho que trata a los criminales como enemigos del Estado. El Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho penal de ciudadanos.⁴⁸⁰

En lo que se refiere a los orígenes de la teoría de Jakobs lo que hemos visto es que se encuentra influenciada por las ideas de Niklas Luhmann, y además toma de las fuentes construidas por Hegel y Welzel.

“La especial y original metodología de la concepción sistemática de Jakobs estriba en el hecho de que formula la dogmática jurídico-penal en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales (sobre todo de Luhmann),⁴⁸¹ por ello se dice que aplica al Derecho penal vigente el procedimiento metodológico y el instrumental conceptual de la

⁴⁷⁹ Cfr. ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Política y Dogmática Jurídico penal*. Op. Cit. Pág. 41.

⁴⁸⁰ Cfr. JAKOBS Günter. *Fundamentos del Derecho penal*. Op. Cit. Pág. 238.

⁴⁸¹ Cfr. ROXIN Claus. *Derecho penal Parte general*. Op. Cit. Pág. 204-205.

teoría social sistemática de Luhmann, cuyos contenidos son deducibles de la ley y de la Constitución.”⁴⁸²

“Para Jakobs sólo son decisivas las necesidades sistemáticas orientadas al principio supremo de la función del Derecho penal (la prevención integración)”.⁴⁸³ Esto es que todo su sistema se orienta a los fines de la pena, de ahí que todas las categorías del delito deben interpretarse en clave de fin de la pena como prevención general positiva, que tiene por objeto garantizar la vigencia de la norma.

Las críticas más acentuadas al sistema metodológico de Jakobs, entre otras son las siguientes “en la elaboración de Jakobs está ausente la tendencia político criminal y en su lugar aparece la descripción sistemática de las respectivas relaciones.”⁴⁸⁴ Señala el mismo Roxin que al tener a la teoría sistemática de Luhmann como fundamento para el sistema jurídico-penal, es estéril en cuanto al contenido.⁴⁸⁵ El error metodológico radica en la total ausencia de valoración político criminal y su total normativismo.⁴⁸⁶

Según Burgstaller, el sistema de Jakobs no sirve para la solución de problemas concretos debido a su alto grado de abstracción.⁴⁸⁷

Siguiendo a Claus Roxin y Silva Sánchez, existen diferencias y semejanzas entre el sistema teleológico y el radical: semejanzas “tanto Roxin como Jakobs rechazan el punto de partida ontológico del

⁴⁸² Cfr. ROXIN Claus. *La evolución de la política criminal, Derecho penal y Procesal penal*. Op. Cit. P.104-05.

⁴⁸³ Cfr. GARCÍA Pablos de Molina Antonio. *Derecho penal Introducción*. Op. Cit. Pág. 499.

⁴⁸⁴ Cfr. ROXIN Claus. *La evolución de la política criminal*. Op. Cit. Pág. 52-58.

⁴⁸⁵ Cfr. ROXIN Claus. *La evolución de la política criminal*. Op. Cit. Pág. 54.

⁴⁸⁶ SCHÜNEMANN Bernd. *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*. Traduc. De Jesús María Silva Sánchez. Pág. 170.

⁴⁸⁷ Cfr. ROXIN Claus. *La evolución de la Política criminal*. Op. Cit. Pág. 69.

finalismo. Al igual que Roxin, Jakobs parte de la elaboración normativa de las categorías dogmáticas como tarea del Derecho penal. Diferencias: mientras que para Roxin es irrenunciable la función político criminal asignada a cada categoría dogmática, en Jakobs están ausentes elementos de política criminal debido a que limita la tarea de las categorías dogmáticas a la estabilización del sistema. Roxin utiliza elementos empíricos tanto en la culpabilidad como en las formas de intervención, Jakobs renuncia por completo a valoraciones empíricas y en su lugar atiende a las necesidades del sistema social. Si bien es cierto que en el terreno de la pena tanto Roxin como Jakobs se valen de la prevención general, la verdad es que la prevención de Roxin cumple tres finalidades: un efecto didáctico, un efecto de confianza y un efecto de satisfacción. En cambio el concepto de Jakobs es más restringido, en él son más decisivas las necesidades sistemáticas orientadas al principio supremo de la función del Derecho penal (la prevención integración). La pena como prevención general positiva, tiene por objeto garantizar la vigencia de la norma y nada más.”⁴⁸⁸

Orellana Wiarco en forma muy esquemática nos dice

*“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.”*⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ Cfr. JIMÉNEZ Martínez Javier. *Fundamentos de la teoría general del hecho punible*. Op. Cit. Pág. 175.

⁴⁸⁹ Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 195.

CAPÍTULO QUINTO

FUNCIONALISMO Y PROCESO DE REFORMA PENAL EN MÉXICO

5.1 Sistemática funcionalista en el proceso de reforma judicial en México.

Durante las dos décadas anteriores, los países de América Latina se han visto forzados a reorientar sus políticas económicas hacia mercados cada vez más abiertos e integrados y muchos de ellos han retornado a la democracia después de un período de gobierno militar o como el caso de México después de décadas de gobierno unipartidista. En este contexto la Reforma Judicial y el Estado de Derecho se consideran como elementos indispensables para consolidar la liberación económica y la democratización política. En consecuencia muchos países latinoamericanos han iniciado un proceso de transformación de sus sistemas judiciales.⁴⁹⁰

El funcionalismo pone énfasis en el conjunto de hechos fisiológicos o de otra índole que se producen o suceden en un organismo, un aparato o un sistema. En el tema que nos ocupa se refiere al estudio de las funciones dentro del sistema judicial concebido como una totalidad integrada que desempeñan, individuos, grupos o instituciones.

La sistemática funcionalista en relación a la reforma judicial señala aquellas funciones orientadas a la transformación y modernización de instituciones judiciales y esto conlleva en forma obligada cambios en los aspectos materiales o culturales de éstas.

⁴⁹⁰ CAROTHERS Thomas. *The Rule of Law Revival. Foreign Affairs*. Vol. 77. núm. 2. marzo-abril. 1998. Pág. 95-106.

Es por ello que el término de reforma judicial usualmente alude a cualesquiera de las siguientes funciones “la primera incluye aquellos procesos que llevarán a la eventual transformación de la estructura de los tribunales, es decir número de jueces, localización, gobierno, presupuesto; una segunda enfocada a los diferentes cursos de acción que estas instituciones pueden tomar para cumplir sus labores, manejo de casos, capacitación, administración del tribunal; y una tercera en la que se refiere a las leyes procesales.”⁴⁹¹

El funcionalismo en la praxis social permite consolidar la estructura social. Así tenemos que la estructura requiere de instituciones, organismos, regulaciones jurídicas, 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 de 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.⁴⁹²

Hugo Concha y José Antonio Caballero sostienen un modelo en el que señalan que

“para poder analizar un proceso de reforma judicial, es necesario distinguir entre los objetivos que se buscan alcanzar (eficacia, independencia, y accesibilidad) y las variables (estructurales, operativas procedimentales y subjetivas) involucradas en el logro de dichos objetivos.

⁴⁹¹ Revista Reforma Judicial. Enero-Junio. 2003. Número I. Pág. 61-62.

⁴⁹² Cfr. ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Teoría del Delito*. Op. Cit. Pág. 167.

En otras palabras, la complejidad del concepto requiere una clara distinción entre los objetivos o metas de la institución y las variables empíricas que contribuyen a materializar cada uno de ellos. De esta manera el concepto de reforma judicial puede ser efectivo y significativo en el análisis empírico, siempre y cuando sea empleado en conjunción con un modelo teórico o metodológico que incluya no sólo las metas que se buscan alcanzar, sino también las variables que la integran. Mientras que las primeras implican algunos elementos teóricos, normalmente utilizados en análisis deductivos, las segundas se enfocan en factores empíricos que son parte de un análisis inductivo. En consecuencia, la herramienta ideal para el estudio de un proceso institucional de cambio como lo es la reforma judicial es un modelo de análisis mixto, tanto inductivo como deductivo."⁴⁹³

Se ha dicho que la eficiencia, la independencia y el acceso representan los tres componentes que constituyen un poder judicial sano. En consecuencia pueden ser vistos como variables clave que en conjunto determinan si un programa de reforma tiene éxito o no.⁴⁹⁴

El principio de eficiencia asegura el método en que los jueces llevan a cabo sus tareas. A estos funcionarios se les exige que completen sus labores de acuerdo a los límites de tiempo y las condiciones establecidas por la ley.⁴⁹⁵

Sólo si la justicia se lleva a cabo de acuerdo con las exigencias de rapidez y cumpliendo con las condiciones del debido proceso es posible decir que se ha llevado a cabo un juicio justo.⁴⁹⁶

⁴⁹³ Los Elementos de una Reforma Judicial. *Una Propuesta Multidisciplinaria para el Estudio de los Tribunales Estatales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2003.

⁴⁹⁴ Revista Reforma Judicial. Julio-Diciembre. 2003. Número 2. Pág. 257.

⁴⁹⁵ FIX Fierro Héctor. *La eficiencia de la justicia una aproximación y una propuesta*. UNAM. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1995.

⁴⁹⁶ SARRE Miguel y Figueroa Fernando. *Perspectives on the Right to a Fair Trial in México*. Civil. Justice in Crisis. Oxford. University Press. 1999.

La independencia establece una frontera necesaria entre la actividad judicial y cualquier otra actividad gubernamental o actor político, para crear las condiciones que hacen esta actividad imparcial o neutral. Tanto en su faceta externa, en el sentido de que no esta subordinado a ningún otro poder o fuerza social y en su faceta interna en el hecho que los jueces son autónomos.⁴⁹⁷

Para Pastor Santos

“la accesibilidad a la justicia se refiere a que las instituciones judiciales deben ser accesibles a toda la sociedad y no ser sólo alcanzable a grupos privilegiados.”⁴⁹⁸

Desde 1994 todos los tribunales estatales mexicanos han experimentado una serie de transformaciones que han afectado una gama amplia de aspectos estructurales y operacionales, que se ha vuelto muy difícil entender la situación de cada tribunal en específico más aún desarrollar la perspectiva necesaria para comparar el proceso a nivel nacional.⁴⁹⁹

Héctor Fix Fierro comenta que la eficiencia en la judicatura puede considerarse como una búsqueda para lograr el mejor desempeño con los menores costos posibles. Una gran variedad de medidas que están diseñadas para obtener el difícil equilibrio entre desempeño y costo entran en este principio.⁵⁰⁰

Algunos autores comentan que la reforma judicial que tiene su génesis hace dos lustros, en los tribunales mexicanos, el tema

⁴⁹⁷ COSSÍO Díaz José Ramón. *Jurisdicción Federal y carrera judicial en México*. México.

UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1996.

⁴⁹⁸ Revista Reforma Judicial. Enero- Junio. 2003. Número I. Pág. 66.

⁴⁹⁹ CONCHA Cantú Hugo y Caballero Juárez José Antonio. *La reforma judicial en las entidades federativas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas 2002. Pág. 235-290.

⁵⁰⁰ FIX Fierro Héctor. Op. Cit. Nota 2.

relacionado con la eficiencia fue el que mayor atención ocupó entre los funcionarios judiciales. Por lo tanto el rezago de expedientes está vinculado a esta cuestión.

Algunas estrategias han sido diseñadas para mejorar la eficiencia entre las que podemos mencionar las siguientes:⁵⁰¹

- Mecanismos de nombramiento que produzcan jueces más capaces.
- Aumento de personal.
- Incremento de presupuesto.
- Establecimiento y mejoramiento de controles administrativos en el manejo de recursos.
- Reformas legislativas para simplificar los procedimientos judiciales.
- Esfuerzos importantes y públicos para reducir el rezago judicial.
- Revisión del debido proceso legal enfatizando el cumplimiento de términos.
- Mejor distribución y manejo de expedientes.
- Uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.
- Remodelación y ampliación de las instalaciones.
- Implementación de mejoras del equipamiento.
- Desarrollo del servicio civil de carrera.
- Introducción de programas de capacitación permanente.
- Establecimiento de políticas de recursos humanos, selección contratación y formación.
- Mayor atención al perfil necesario de los juzgadores.

⁵⁰¹ Revista Reforma Judicial. Enero-Junio 2003. Número I. Pág. 71-72

Es necesario que los tribunales sean imparciales, por lo que el principio de independencia es trascendente, mencionaré algunas estrategias para lograr este principio:⁵⁰²

- Producir jueces más independientes.
- Aumentos presupuestales más autónomos.
- Establecimiento de mecanismos de auto-gobierno para separar labores administrativas de las judiciales.
- Establecimiento y mejoramiento de controles disciplinarios.
- Establecimiento de sistemas para mejorar la carga de trabajo.
- Participación activa en el Congreso en la elaboración de leyes que afectan la judicatura.
- Establecimiento de la carrera judicial.
- Mejoramiento de las condiciones salariales.
- Establecimiento de inamovilidad judicial.
- Programas de capacitación continua.
- Mejores condiciones de retiro.
- Mejores condiciones de trabajo para respaldar la autoestima.

En lo que se refiere al principio de accesibilidad es el que menos atención se le ha brindado en los procesos de reforma judicial en los tribunales estatales mexicanos. Si se considera que el sistema de justicia es un sistema por el que personas pueden hacer valer sus derechos y resuelven sus disputas bajo los auspicios generales del Estado, entonces el principio de accesibilidad debe de garantizar que el

⁵⁰² Revista Reforma Judicial. Enero-Junio 2003. Número I. Pág. 75.

sistema sea igualmente accesible a cualquier individuo en la sociedad y que sus resultados sean individualmente justos.⁵⁰³

Con el fin de mejorar el acceso a la justicia la actividad de los tribunales estatales mexicanos se incluye:⁵⁰⁴

- Mejorar la distribución geográfica de los tribunales.
- Mejorar las defensorías y asesorías legales.
- Aumentar la capacidad de enfrentar las demandas de justicia existentes y tener una mayor cobertura.
- Programas de comunicación orientados a informar a la gente sobre el papel de la judicatura.
- Cumplimiento del debido proceso especialmente en lo referente a los términos.
- Promoción por parte de los tribunales sobre los medios alternativos de solución de controversias.
- Mejoramiento del manejo de los tribunales para hacer los procedimientos más fáciles y rápidos.
- Programas diseñados para facilitar el acceso a comunidades indígenas.
- Mejores instalaciones Públicas.

Veamos ahora una apretada explicación de la reforma judicial de 1994 así como también un breve resumen de los factores que contribuyeron a ella. En nuestro País el Poder Judicial ha sido desatendido en la política pública tan es así que más que un tercer poder,

⁵⁰³CAPELLETI Mauro y Otro. *General Report. Access to Justice. A World Survey. I Book.* Milán. Dott. A Giuffrè Editore. 1978. Pág. 6.

⁵⁰⁴Revista. Reforma Judicial. Enero-Junio. 2003. Número I. Pág. 77.

ha sido visto como un poder de tercera, esto tal vez por no actuar en relación de paridad con el ejecutivo y el legislativo, al ocupar un tercer sitio desde el punto de vista de autoridad institucional, prestigio social y recursos económicos. “Los factores históricos, las realidades políticas y los constreñimientos operativos contribuyeron a la debilidad relativa del Poder Judicial en México hasta tiempos recientes.”⁵⁰⁵

Así las cosas el descuido oficial de la administración de justicia inicia cambios en los años ochentas, y en el período del ex presidente Miguel de la Madrid (1982-1988) se produjo una reforma constitucional que confirió mayores facultades a la Suprema Corte y al Poder Judicial de la Federación. Durante el sexenio en comento, se ofrece el siguiente testimonio “fue norma de mi gobierno el respeto a la integridad e independencia del Poder Judicial. En los primeros días de mi mandato, visité la Suprema Corte de Justicia para informar a ese Poder de mis intenciones de contribuir a fortalecerlo e implanté la costumbre de asistir a escuchar el informe anual de labores del Presidente de la Suprema Corte, durante mi gobierno respeté las facultades presupuestarias del Poder Judicial de la Federación y se elevaron de manera substancial sus percepciones y los recursos para mejorar sus instalaciones.”⁵⁰⁶

Como podemos observar ya sea que por convicción o por razones políticas del ex presidente De la Madrid, fue el detonante principal por lo que se incrementaron los recursos del Poder judicial. “Es un hecho que el gobierno del presidente Miguel de la Madrid no sólo

⁵⁰⁵FIX Fierro Héctor. *Poder Judicial en González. María del Refugio y López Ayllón Sergio*. Transiciones y diseños institucionales México. UNAM. 1999.

⁵⁰⁶ De la Madrid Miguel. *El ejercicio de las facultades presidenciales en México*. México. Porrúa. UNAM. 1998. Pág. 24-25.

puso en marcha la liberalización económica, sino que llevó adelante una política bastante sistemática de reforma jurídica y judicial.”⁵⁰⁷

Los acontecimientos que marcaron la historia del país en el año de 1994 fueron sin duda que el primero de enero de este año entraba en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el movimiento guerrillero indígena encabezado por el Subcomandante Marcos en el Estado de Chiapas declaró la guerra al gobierno mexicano. El 23 de marzo Luis Donaldo Colosio candidato presidencial del PRI fue brutal y cobardemente asesinado en la ciudad de Tijuana. Además de otros episodios violentos como el secuestro de un prominente banquero, todo lo anterior trajo consigo que se cuestionara la seguridad pública y la eficiencia del sistema de justicia, lo que se convirtió en temas importantes de las plataformas electorales de los partidos ese año.

“El 5 de diciembre de 1994 a escasos días de haber tomado posesión de su cargo el presidente Ernesto Zedillo, en cumplimiento de una promesa de campaña, en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, en el que delineó 10 propuestas para un nuevo sistema de seguridad y justicia, seis de ellas se referían al control de la delincuencia y al sistema de justicia penal. Envío al Senado de la República una iniciativa de reforma a varios artículos de la Constitución federal en relación al sistema de justicia. Además de innovaciones importantes en el ámbito de procuración de justicia y la seguridad pública, cambios significativos a la estructura y funciones del poder judicial de la federación, se definía una nueva composición para la Suprema Corte, al tiempo que se ampliaba su

⁵⁰⁷SÁENZ Arroyo José. *La renovación nacional a través del Derecho*. La obra legislativa de Miguel de la Madrid. México. Porrúa. 1988. Pág. 137-296.

competencia en cuestiones de constitucionalidad, se establecía el Consejo de la Judicatura Federal como órgano de gobierno y administración del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte y se instituía una carrera judicial formal.”⁵⁰⁸ El decreto de reforma se publicó el 31 de Diciembre de 1994 para entrar en vigor en la mayoría de sus disposiciones al día siguiente.

Es conveniente destacar que antes de las reformas constitucionales de diciembre de 1994 no había en México, ni en los círculos académicos ni profesionales, ni en la opinión pública una discusión amplia y profunda de la reforma judicial. “Es cierto que la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en 1990 contribuyó a atraer la atención pública hacia los graves problemas que aquejaban, sobre todo al sistema de justicia penal, así en sus primeros años la CNDH hizo numerosas recomendaciones que más tarde se convirtieron en reformas legislativas y en medidas de política pública.”⁵⁰⁹

La propuesta más controvertida en la iniciativa del Presidente Zedillo lo fue sin duda la disposición transitoria que enviaba al retiro forzoso y anticipado a los 26 ministros de la Suprema Corte, lo que a la postre ocasionó que se llamara al presidente Zedillo “Fujimori Azteca” ya que dicha propuesta de retiro de los ministros equivalía a un golpe de Estado técnico contra uno de los poderes.⁵¹⁰

En 1996 hubo cambios importantes en la reforma electoral y en el Poder Judicial de la Federación, el Tribunal Federal Electoral se

⁵⁰⁸ Revista Reforma Judicial. Julio- Diciembre 2003. Número 2. Pág. 259.

⁵⁰⁹MADRAZO Jorge. *Derechos Humanos. El nuevo enfoque mexicano*. México. Fondo de Cultura Económica. 1993. Pág. 85. y ss.

⁵¹⁰RIVAPALACIO Raymundo. *El Fujimori Azteca*. Reforma. 12 de diciembre de 1994.

incorpora a dicho Poder y se le otorga a la Suprema Corte la facultad de examinar la constitucionalidad de las leyes federales y locales. En 1999 el Consejo de la Judicatura por una reforma constitucional pierde autonomía y se somete al control de la Suprema Corte, de tal suerte que en la actualidad la Corte designa a cuatro de los siete integrantes del consejo y tiene la facultad de revisar las resoluciones más importantes de este, además se le confirió a la Corte la facultad de resolver sólo los asuntos que considere de importancia y relevancia, reenviando los demás a los tribunales colegiados de circuito.⁵¹¹

Para Hugo Concha y José Antonio Caballero autores de un estudio reciente a partir de la reforma judicial federal de 1994 señalan

“si bien es cierto la reforma judicial federal no impuso cambios obligatorios en los poderes judiciales locales, si abrió la puerta para que éstos iniciaran transformaciones propias, tanto en el plano constitucional como en el legislativo, inspirándose en las transformaciones introducidas a nivel federal, las entidades federativas de todo el país empezaron a sufrir una serie de presiones tanto del interior de sus localidades como del exterior, para transformar el funcionamiento de sus instituciones judiciales. Aún cuando la reforma federal de 1994 no constituyó un modelo de cambio único para todo el país, sin duda fue el detonante que expuso la evidente necesidad de reconstituir el papel de estas instituciones.”⁵¹²

Así a partir de 1995, 15 entidades federativas han establecido consejos de la judicatura y la carrera judicial con interesantes modalidades propias. Asimismo varios estados han comenzado a experimentar con el establecimiento de una jurisdicción constitucional a

⁵¹¹CARPIZO Jorge. *Otra Reforma Constitucional*. La subordinación del Consejo de la Judicatura Federal. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. México. Núm. 2. 2000.

⁵¹²CONCHA Cantú Hugo y Caballero Juárez José Antonio. Op. Cit. Pág.12. Nota. 12.

cargo del respectivo Tribunal Superior, lo que implicará resolver complejos problemas de coexistencia y concurrencia con las competencias de control constitucional asignadas actualmente a la Suprema Corte.⁵¹³

Como podemos observar el proceso de reforma judicial en los estados tiene su génesis en 1995 y todavía se encuentra en proceso de desarrollo, en una sociedad más compleja y plural que se siente dispuesta a plantear mayores demandas y expectativas de nuestro sistema jurídico.

Ciertamente nos falta mucho por hacer sobre todo en los renglones que ya explicamos en lo referente a la eficiencia, independencia y accesibilidad, así como también en la rendición de cuentas y transparencia, enseñanza del derecho incluyendo la formación judicial, profesión jurídica, reforma procesal incluyendo medios alternativos, dicho lo anterior, el proceso de reforma continuará a su propio ritmo y según su propia lógica.

5.2 Aplicación del funcionalismo en un sistema acusatorio.

En los últimos cuatro lustros y particularmente en los inicios de este siglo XXI México se desenvuelve en una transición democrática que nos debe de llevar paulatinamente en años venideros a una democracia plena que responda a las expectativas sociales, políticas, tecnológicas, económicas y culturales que el país requiere en busca del bien común y en la consolidación de un verdadero y democrático Estado de Derecho.

Desde el año de 1994 algunos autores como José Martínez Gracia, Jorge Carpizo entre otros, se han pronunciado en el sentido de proponer

⁵¹³ Véase FERRER Mac Gregor Eduardo. *La nueva sala constitucional en el estado de Veracruz*. 2003.

una nueva Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, más apegada a la realidad actual en que vivimos, toda vez que la actual Constitución de 1917 ha sido superada por mucho por una sociedad más demandante, compleja y plural, una sociedad inmersa en avances tecnológicos, globalización económica, desarrollo cultural, crecimiento de la población, población indígena etc.

Desde tal panorama nuestra actual Constitución Federal es ya disfuncional y presenta debilidades muy evidentes, por lo que comparto la opinión de crear una nueva Constitución que cabalmente cumpla con las expectativas de lograr la consolidación de una democracia plena y un Estado de Derecho.

Dejo solamente como una propuesta el tema de una nueva Constitución, en el que de forma conjunta académicos, políticos, legisladores, juristas, estudiosos del derecho, la sociedad en general, aportemos un granito de arena para llevar a cabo tan importante proyecto y que nuestro país en mi opinión requiere.

Por lo pronto es necesaria una amplia reforma a fondo e integral de todo nuestro Sistema Penal y Procesal Penal de corte funcionalista. En nuestro país y en este sentido la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y precisamente en su artículo 17 señala: ninguna persona podrá hacerse Justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera

pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

De este precepto Constitucional se desprende un mandato en lo que se refiere a la impartición de justicia de nuestro país, además de que nadie puede hacerse justicia por su propia mano para reclamar o hacer efectivos sus derechos, además que toda persona tiene derecho a la jurisdicción, esto es que se le abra un espacio jurisdiccional, con un acceso efectivo, para hacer valer los derechos ante un tribunal.

Vemos como en este artículo 17 Constitucional se estatuye que la impartición de justicia en los tribunales es mediante resoluciones las cuales deben de reunir los siguientes requisitos: prontas, completas e imparciales. En relación con este precepto constitucional tenemos que el artículo 102 constitucional nos dice que el Ministerio Público de la Federación debe de vigilar que los juicios sigan con toda regularidad para que la administración de la justicia sea pronta y expedita.

También la fracción VIII del artículo 20 constitucional establece que el juzgamiento en los procesos del orden penal se debe obtener su juzgamiento total antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediera de ese tiempo salvo que se solicite mayor plazo.

Es oportuno recordar como dato histórico el proyecto de Don Venustiano Carranza aprobado por el Constituyente de 1916-1917 que marcó el fin del sistema inquisitivo utilizado en los procedimientos penales, dando inicio al sistema acusatorio, ya en la Constitución de 1917 observamos como divide la administración de justicia: procuración e impartición de justicia, la procuración de justicia es decir la investigación de los delitos por parte del Ministerio Público, el que una vez que hay elementos para comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad en alguna o algunas personas, el Ministerio público tiene la facultad de ejercitar la acción penal, la cual siempre es pública, y consigna la averiguación a un juez el cual llevará la causa, a este sistema se le llama acusatorio.

El sistema inquisitivo se caracterizo por ser escrito con una ausencia total de publicidad, transparencia y violatorio de los derechos humanos, así el sistema acusatorio que Europa y después América hizo suyo, divide a los órganos públicos que ya comentamos: quien procura la justicia y quien la imparte, esto es brevemente el origen de nuestro sistema de jurisdicción actual.

Es por ello que el nuevo procedimiento requiere de publicidad, así el sistema adoptado por el acusatorio es el de juicio o proceso oral que en su momento estudiaremos un poco más adelante.

La Constitución de 1917 no fue más allá de poner fin al sistema de procesamiento por escrito lleno de lentitud e injusticias, consagrando desde entonces el juicio o proceso oral que es público, transparente, abierto, rápido, concentrado y obliga a la imparcialidad.

De lo anteriormente expuesto es conveniente la propuesta de seguir implementando e impulsando el juicio o proceso oral en los diferentes Estados de la República, con el beneficio que esto conlleva para abatir la lentitud y el rezago existente.

El proceso de metamorfosis de nuestro Sistema Procesal Penal en México en las últimas dos décadas ha originado que dicho sistema no haya podido cumplir con los objetivos para los cuales fue diseñado. La realidad en la praxis demuestra una caótica funcionalidad del Sistema Penal y Procesal Penal, por lo que no podemos negar la actual crisis de la justicia penal con sus efectos negativos como el abuso del poder y violación de los derechos de los ciudadanos.

Ahora bien son muy diversas las razones de la crisis y por ende la carencia de funcionalidad por la que atraviesa el sistema de justicia algunas son de origen intrínseco, y otras de carácter extrínseco.⁵¹⁴

Entre las primeras podemos destacar: 1.-Leyes inadecuadas a las circunstancias actuales tanto sustantivas como procesales, así como también carencia de una política criminal integral orientada en criterios uniformes y coherentes, basada primordialmente en la moderna teoría de los fines de la pena. 2.- Persistencia de vicios inquisitivos en el enjuiciamiento penal. 3.- Un amplio programa de prevención general del delito de corte funcionalista en la que se tomen medidas de carácter no penal y en el que se tome en cuenta la idea de la prevención general.

La falta de funcionalidad del sistema penal también tiene sus razones extrínsecas: 1.- falta de recursos financieros adecuados para

⁵¹⁴GARCÍA Ramírez Sergio. *Intervención en el Segundo Congreso Nacional de Doctores en Derecho*. 11 de noviembre de 1983. Revista Mexicana de Justicia. Núm. 4 Vol. 1. Octubre- Dic 1983. Pág. 281. y ss.

programas de seguridad pública y programas de justicia. 2.- falta de credibilidad en las acciones político-criminales. 3.- poca participación de la sociedad en general. 4.- medios de comunicación inciden en forma negativa ya que algunas veces muestran la forma en que se cometen los delitos. 5.- delincuencia organizada.

Además de lo anterior el cúmulo de transformaciones de las últimas dos décadas en el ámbito de la legislación penal y procesal penal ha ocasionado el alejamiento de las directrices del Estado democrático de derecho y propiciando cada vez más un sistema autoritario con el pretexto de combatir la cada vez más creciente y violenta delincuencia; lo que confirma la poca o nula funcionalidad de nuestro sistema de justicia penal.

La difícil situación en la que se encuentra el sistema de justicia penal tiene que ver con el sistema procesal penal que rige actualmente en México y por lo tanto con la legislación procesal penal que le sirve de marco normativo, ya que de acuerdo a los contenidos de la legislación procesal penal se derivan las funciones que se otorgan a los diversos órganos procesales, sus criterios y alcances. El actual sistema procesal penal mantiene rasgos patognomónicos del sistema acusatorio y del inquisitivo es decir se trata de un sistema mixto, plagado de obsoletas e incongruentes normas y viciadas prácticas procesales que traen como consecuencia complejidad y lentitud de los procedimientos. La tendencia actual según explicaremos y para lograr un sistema procesal más funcional es el de corte acusatorio, y como eje central el juicio oral.

Para Moisés Moreno Hernández

“se debe de insistir en la necesidad de revisar y transformar el sistema procesal, afirmándose que el que más se acomoda al tipo de sistema penal que debe de regir en el estado mexicano, como estado democrático de derecho lo es el sistema acusatorio por lo que de optarse por dicho sistema debe de quedar claramente precisado en la legislación procesal.”⁵¹⁵

Así podremos garantizar la presunción de inocencia, juicios rápidos y equilibrados, orales, transparentes y públicos.

Para la teoría funcionalista en el terreno doctrinal de Claus Roxin la política criminal es la clave de todo el sistema y observa el sistema a partir de sus problemas, contrario a la dogmática jurídico-penal que parte del sistema al problema, señala Roxin que las finalidades rectoras que constituyen el sistema de derecho penal sólo pueden ser de tipo político-criminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. Así 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 de compaginar los hechos fácticos con la teoría del delito.

En la presente investigación hemos señalado algunos puntos de vista de las reformas procesales que se han llevado a cabo en las últimas dos décadas, sin el afán de ser repetitivo veamos ahora algunas de esas reformas pero para destacar sus aspectos político-criminales y sus tendencias actuales, no haremos un análisis de cada uno de los cambios del CPP, sólo se resaltarán lo conducente a la orientación política, y así poder constatar si dichas reformas han implicado un avance o un

⁵¹⁵ MORENO Hernández Moisés. *Retos del sistema procesal penal en México*. INACIPE. Núm. 8. 2004.

retroceso y a partir de ello observar cuáles son las tendencias y perspectivas actuales del sistema procesal en México.

Las reformas procesales de 1983/84 marcaron la pauta para que el Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal fuera reformado en diversas de sus disposiciones, en relación a los requisitos para el ejercicio de la acción penal, la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, esto en concordancia a lo establecido por los preceptos 16 y 19 de nuestra Constitución política. En dicho Código se destaca la modificación que se hizo al artículo 122, en lo que se refiere al cuerpo del delito y la probable responsabilidad al señalar “el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal. La regulación anterior había provocado cuestionamientos y críticas en torno al cuerpo del delito en el sentido de que sólo hacía referencia a los elementos objetivos o externos del delito, tal y como vemos ahora en la reforma de 1999. No obstante que existen diversos tipos penales que también hacen referencia a elementos subjetivos (ánimos, propósitos etc.) o elementos normativos que no quedaban incluidos en dicha regulación. Es por ello que en la reforma de 1983 se establece una equiparación entre las categorías cuerpo del delito y tipo penal, al establecerse que para acreditar el cuerpo del delito habría que acreditar los elementos de la descripción legal. Sin embargo se pudo observar que la opinión dominante en la doctrina y la jurisprudencia no aplicó los criterios más desarrollados, sino que siguió manejando mayoritariamente los criterios tradicionales, que entienden que el tipo penal se estructura fundamentalmente de elementos objetivos o externos

que se pueden constatar con los sentidos, y que excepcionalmente, cuando el tipo penal así lo exija expresamente, habrá que considerar los elementos subjetivos (diferentes al dolo) y los normativos, por lo que el análisis del dolo y la culpa siguió realizándose sólo en el nivel de la culpabilidad, y por tanto la responsabilidad penal.”⁵¹⁶

En 1986 hubo reformas al Código Federal de Procedimientos Penales, en lo que se refiere a la orden de aprehensión y el auto de formal prisión en el sentido de precisar los requisitos de la orden de aprehensión, particularmente a la probable responsabilidad, y así el artículo 168 del Código en comento fue modificado al señalar “la presunta responsabilidad del inculpado se tendrá por comprobada cuando de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hechos constitutivos del delito demostrado.”⁵¹⁷

La preocupación de esta reforma fue precisar lo que se debe de entender por responsabilidad que para los efectos de la orden de aprehensión o del auto de formal prisión sólo debe ser según esa reforma presunta o más correctamente probable. Y se adoptó el criterio que seguramente el constituyente de 1917 dio origen a los artículos 16 y 19 Constitucionales de que la responsabilidad implica que el inculpado tuvo participación en la realización de un hecho penalmente relevante, que por supuesto nada tiene aun que ver con la culpabilidad del sujeto. Este contenido que sin duda parecía adecuado no llegó a cuajar y posteriormente se volvió a modificar.⁵¹⁸

⁵¹⁶ UROSA Ramírez Gerardo. *El cuerpo del delito la reforma penal en México*. Tesis de grado. México. INACIPE. 2001.

⁵¹⁷ Serie Legislación Mexicana comentada. TII. México. PGR: INACIPE. 3ª.ed. 1988. P.361 y ss.

⁵¹⁸ GONZÁLEZ R. Samuel y otros. *El sistema de justicia penal y su reforma*. 1ª. Ed. México. Distribuciones Fontamara. 2005. Pág. 532.

Hacia 1993/1994 y a raíz de que produjeron algunos hechos de relevante importancia como el homicidio del cardenal Posadas en mayo de 1993, la creciente presencia de la delincuencia organizada en específico el narcotráfico, fue la chispa que originó que durante los meses de septiembre de 1993 y enero de 1994 se publicaran importantes reformas en materia penal, tanto a la Constitución Política como a la legislación secundaria y así surgieron las reformas a los artículos 16, 19, 20, 107 y 119 de la Constitución Política, con el fin de dar una respuesta eficaz a las cambiantes exigencias sociales de combatir la delincuencia y dar mayor seguridad pública.

En opinión de Moisés Moreno Hernández

“estas últimas reformas penales que introdujeron algunas novedades y criterios político-criminales importantes para el sistema de justicia penal mexicano, si bien parecen haber contado con una firme decisión política, en realidad no fueron producto de inquietudes recientes o de ideas que a alguien se le hubiese ocurrido de pronto. Se trató, más bien de la resultante de un desarrollo teórico de la idea de que el derecho penal tenía que adecuarse a los lineamientos constitucionales y a los contenidos de instrumentos suscritos por México y de ese modo ajustarse a las exigencias de un sistema penal de un Estado democrático de derecho, pero además el derecho penal tenía que constituir una respuesta adecuada ante los cambios sociales y convertirse en un instrumento al servicio del hombre.”⁵¹⁹

La contrarreforma de 1999 tiene una determinada orientación político-criminal, por ser expresión del poder penal del Estado, y es claro

⁵¹⁹MORENO Hernández Moisés. *Necesidad de la reforma en México y criterios para la misma*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Núm. 2. Marzo-abril. P. 80.

que la orientación prevaleciente en ella se apartó de la tendencia que ha caracterizado a las reformas de 1984 y de 1994, por lo que en cierta medida se apartó de los lineamientos filosófico-políticos de la Constitución de 1917, conforme a los cuales la legislación penal mexicana debe revestir características propias de un sistema penal de corte democrático, como lo exige el Estado democrático de derecho. En otras palabras las reformas de 1999, lejos de observar los lineamientos constitucionales empezaron a desdibujar aquellos rasgos característicos de las reformas de 1984 y 1994. Es evidente que con esos nuevos contenidos introducidos en 1999 en la legislación penal mexicana coexisten criterios que responden tanto a exigencias de corte democrático como de corte autoritario.⁵²⁰

De lo anteriormente expuesto referente a la orientación político-criminal de las reformas mencionadas, hay que reconocer que la tendencia actual es en el sentido de que existen tendencias de un sistema penal autoritario y de un sistema penal democrático. (sistema mixto)

Es evidente que no obstante las diversas reformas que han imperado en los últimos 20 años en la legislación procesal penal, incluidas las reformas de la Constitución Política, el sistema procesal penal no ha tenido cambios de fondo que incidan en su actual estructura fundamental que impacte en su orientación filosófico-jurídica que deje satisfecha a una sociedad cada vez más demandante, por lo que son válidas las críticas en torno a su funcionalidad.

Vemos en la aplicación del funcionalismo la solución idónea para fincar las bases sobre las cuales se debe de transformar a fondo e

⁵²⁰Cfr. GONZÁLEZ R. Samuel y otros. *El sistema de justicia penal y su reforma*. Op.Cit. Pág. 545-546.

integralmente nuestro sistema penal y procesal penal adoptando para ello el sistema acusatorio y el proceso oral como pilares fundamentales para hacerlo más funcional.

¿Cómo podemos lograr este gran reto de transformar el sistema procesal penal?: debemos fijar nuestra atención en el ámbito legislativo ya que es precisamente el órgano legislativo quien debe de regir el sistema penal en México pues del *ius puniendi* legislativo depende de que se cuente o no con un marco normativo que sirva de base a un sistema penal de corte democrático o de uno de corte autoritario, de la función legislativa depende también que se consagre en la ley la forma acusatoria o inquisitoria del procedimiento. Por lo tanto se requiere mayor profesionalismo en la función legislativa así como en el legislador para que cuente con las bases teóricas idóneas para adoptar una decisión político-criminal coherente debiéndose apoyar en las aportaciones de la dogmática penal, de la criminología, de la teoría de la política criminal entre otras más disciplinas que se ocupan de las cuestiones delictivas y penales que sirvan de soporte para la transformación del sistema procesal penal.

“En otras palabras la reforma más importante que debe emprenderse en el ámbito legislativo para que el sistema de justicia penal pueda ser realmente más funcional y garantizar una respuesta adecuada a los reclamos de la sociedad, es la que tiene que ver con el sistema procesal, ya que de dicho sistema se deriva la función que corresponde desarrollar tanto al Ministerio Público como al órgano judicial, y sobre todo la forma en que cada uno debe desarrollar dicha función. Lo que indica que la transformación del sistema procesal penal debe implicar la

elaboración de un nuevo Código de Procedimientos Penales donde se diseñe y desarrolle el sistema procesal acusatorio. Atendiendo a las directrices constitucionales y a las tendencias político-criminales de la legislación comparada, es claro que el sistema procesal penal a seguir deberá ajustarse a las exigencias de un Estado democrático de derecho, por lo tanto debe sustentarse en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos y debe reconocer límites a la potestad punitiva del Estado.”⁵²¹

Dicho lo anterior, el sistema procesal acusatorio es el que mejor responde a los objetivos de la justicia material pues nos permite diferenciar las diferentes partes procesales: acusador, defensor y juzgador, procurando un mayor equilibrio entre las partes ser más público, oral y más inmediato, y garantiza más los derechos de las víctimas.

El sistema acusatorio procura que el proceso sea más ágil y permite que responda con mayor fidelidad a la idea de justicia pronta y expedita,⁵²² garantiza la imparcialidad del juzgador que tiene que ver con la independencia judicial, y permite una apreciación más libre de las pruebas introducidas en el proceso por las partes.

Las tendencias actuales del proceso penal moderno consideran que el prototipo del sistema ideal debe serlo el sistema acusatorio sin juez de instrucción pues en el se preserva el pleno respeto y la operatividad de todas las garantías constitucionales, Además de acuerdo con él el proceso debe de ser verdaderamente público y oral en todas sus

⁵²¹ Cfr. GONZÁLEZ R. Samuel y otros. *El sistema de justicia penal y su reforma*. Op. Cit. Pág. 551-552.

⁵²² Así lo exige el artículo 17 Constitucional.

fases para que sea más democrático y humano, para que el derecho de defensa se ejerza con toda amplitud y haya un mejor conocimiento de la verdad por parte de los que en él intervienen, permite una mayor celeridad del proceso y se evita la duplicación innecesaria en la práctica de las pruebas pues debe de respetarse la efectividad y la eficiencia del proceso.⁵²³

Si bien el sistema acusatorio no está expresa y claramente consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este es el sistema procesal que se compagina con la ideología constitucional, pues del contenido de diversas disposiciones se desprende que ese es el tipo de sistema procesal que ella reconoce y debe de aplicarse.⁵²⁴

El 29 de marzo de 2004 el Presidente Vicente Fox dio a conocer una amplia iniciativa de Reforma al Sistema de Seguridad Pública y de Justicia Penal. El día primero de abril de ese año llegó a la cámara de senadores, dicha iniciativa sustentada en tres pilares: a) reestructurar orgánicamente las instituciones de seguridad pública; b) Transformar el procedimiento penal; y c) profesionalizar la defensa penal. Sobresaliendo reformas constitucionales y legales diversas que buscan transformar el sistema procesal penal es decir, a la forma de funcionar del procedimiento penal y donde se destaca la elaboración de un Código Federal de Procedimientos Penales, que acorde con las reformas que se proponen a la Constitución, transforme estructuralmente el procedimiento penal, simplifique la averiguación previa, establezca el

⁵²³ Cfr. GONZÁLEZ R. Samuel y otros.

⁵²⁴ Véase los contenidos de los Artículos 39, 40, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, y 23 de la Constitución.

proceso penal acusatorio, oral y público y los mecanismos jurídicos para garantizar los derechos de las víctimas u ofendidos del delito, así como instrumentar medidas alternativas para la solución de los conflictos.

La tendencia propuesta va encaminada como política criminal hacia el sistema acusatorio. Esta tendencia ha quedado en nuestro estado con la reforma en la que queda establecido dicho sistema.

En complemento a la propuesta sugerimos:

- Si deseamos alcanzar una verdadera justicia es necesario sustentar las bases que guíen la nueva legislación procesal penal en concordancia con la Constitución y con los instrumentos internacionales suscritos por México.
- Analizar los diferentes puntos de vista que sean más acordes a nuestra realidad socio-cultural y Jurídica, en lo referente a la política criminal que priva en el plano internacional.
- Lograr determinar la etiología de la lentitud y falta de funcionalidad del procedimiento penal.
- Implementar expresamente el sistema procesal acusatorio, y el juicio oral.
- Controlar la actuación del Ministerio Público según los artículos 21 y 102 Constitucionales, acotando sus facultades como órgano persecutor y así evitar decisiones arbitrarias.
- Darle más intervención a la víctima del delito en todo el procedimiento.
- Garantizar en todas las etapas del proceso los derechos humanos.
- Especificar el modelo a seguir en torno al juicio oral.

- Contar con una Institución del Ministerio Público más eficiente en la investigación de los delitos.
- Una política criminal integral coherente debidamente planificada y basada en criterios uniformes.
- Establecer procesos de certificación y control sobre la labor de los abogados particulares, a cargo del Consejo de la Judicatura Federal.
- Evitar el abuso de la prisión preventiva, buscando otras alternativas esto en torno a la libertad provisional bajo caución.
- Un procedimiento que permita proteger al inocente y tratar correctamente al culpable.

5.3 El juicio oral penal.

Oral viene del latín *oris* que significa boca, es la expresión humana mediante la boca o la palabra, a diferencia de la expresión realizada por la escritura, la comunicación verbal es la forma más natural de transmitir el conocimiento, de exteriorizar nuestros pensamientos, deseos, anhelos, inquietudes, preocupaciones y compartirlas con los demás. Es ante todo a través de la palabra como el hombre se expresa con sus semejantes o como difiere de ellos. La oralidad trasciende al campo jurídico en sus diversas disciplinas, siendo una de ellas el Derecho Procesal Penal. Es en éste en el que adquiere su efectiva materialización al interior del proceso, como instrumento de comunicación entre los diferentes actores que allí intervienen, y hacia el exterior como comunicación con el resto de

sujetos que de una u otra forma, se hacen presentes en los diferentes actos de juzgamiento susceptibles de publicidad.⁵²⁵

Como principio procesal, la oralidad es el más importante del sistema acusatorio.⁵²⁶ Francesco Carnelutti, ilustre procesalista, que junto con Chiovenda y Calamandrei comenta

*“acción y jurisdicción para alcanzar la composición justa de la litis, operan sobre las pruebas y las normas mediante la interpretación. Y el medio de la interpretación es la palabra. Volvamos al valor de la palabra en el proceso.”*⁵²⁷

Los principios propios del sistema acusatorio los encontramos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en nuestra Constitución Estatal, en los tratados Internacionales suscritos por México, concretamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en el artículo 553 del Código de Procedimientos Penales Vigente en el Estado.

Entre los principios más importantes podemos mencionar: prevalencia del derecho sustancial sobre el formal o procedimental; separación de funciones; diferenciación entre la investigación y la acción penal; oralidad; disposición de la acción penal; criterio de oportunidad; concentración de la prueba; identidad física del juez; continuidad; publicidad; presunción de inocencia; igualdad; y efectividad.

⁵²⁵ Técnicas del Juicio oral en El Sistema Penal de Nuevo León. Consejo de la Judicatura del Estado de N.L. 2004. Pág. 37.

⁵²⁶ Ver principios que se relacionan con la oralidad. En lecturas complementarias. Comisión interinstitucional para el impulso de la oralidad en el Proceso Penal y USAID. Bogotá. 2003. Pág. 87.

⁵²⁷ Derecho Procesal Civil y Penal. Oxford. University press. 1999. Revista Reforma Judicial. Julio-Dic.2004. Núm. 4. Pág. 3-13.

Para el Profesor Guioseppe Chiovenda en los juicios orales el órgano jurisdiccional ha de conocer de las actividades del proceso (interrogatorios, testimonios, periciales, etc.) no con base en escritos muertos, sino con base en la impresión recibida directamente. Por lo anterior, según el insigne procesalista italiano, caracterizan a los juicios orales, los siguientes principios: de identidad física del juez durante el proceso; de concentración; y de inapelabilidad de las resoluciones interlocutorias.⁵²⁸

Por su parte la exposición de motivos relativa a la reforma del Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León del 2 de julio del 2004 establece: es necesario que el sistema de justicia evolucione del mismo modo que lo hace la tecnología, las organizaciones delictivas, las vías de comunicación, el pensamiento humano. En todo proceso legal se deben respetar los derechos que se encuentran plasmados en nuestra Constitución y en los Tratados Internacionales firmados por México, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En este sentido podemos concluir que los principios o derechos esenciales que garantizan el debido proceso penal, entre otros, son los siguientes: imparcialidad e independencia del juzgador; competencia del juzgador; juicio oral, público, concentrado y contradictorio celebrado ante un juez o jurado; igualdad procesal; presunción de inocencia; derecho a ser juzgado en plazo razonable; derechos a la debida defensa; inadmisibilidad o exclusión de pruebas

⁵²⁸ Cfr. Técnicas del Juicio oral. En el sistema Penal de Nuevo León. Op. Cit. Pág. 23.

ilícitas y prohibición de doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos.

El juicio oral pretende eliminar los obstáculos fundamentales de expeditéz de los juicios, como son por ejemplo: la desconcentración de los actos del juicio, los excesivos e innecesarios formulismos, el predominio de la escritura frente la oralidad y las formas arcaicas de registro de actuaciones.

El artículo 553, párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales de Nuevo León reformado, establece que el juicio predominantemente oral, se realizará sobre la base de la acusación y de modo de asegurar los principios de: oralidad, inmediación, publicidad, contradicción, concentración y continuidad.

Lo anterior denota que los juicios orales son acordes a un verdadero Estado democrático, lo que genera una mayor funcionalidad del proceso penal y así mismo una expectativa de una justicia pronta, expedita y transparente.

“El Juicio es oral, por audiencias, y en la audiencia pública de juzgamiento no se permite la introducción de diligencias de investigación mediante actas o dictámenes, sino mediante la declaración del órgano o medio de prueba (testigo, perito, investigador).

El principio de inmediación indica que el juzgador se vincula con las partes, dirige el proceso y presencia personalmente la práctica de las pruebas en la audiencia.

El principio de publicidad, no es un derecho exclusivo de los sujetos procesales sino básicamente un derecho de la sociedad a partir del cual esta tiene acceso a la justicia y ejerce el control sobre sus

actuaciones y fallos. La justicia transmite principios y valores a la sociedad.

Principio de contradicción, este principio solo opera a partir de la acusación y conlleva los siguientes derechos y facultades para la defensa.

Principio de concentración de la prueba, este principio indica que todas las pruebas deben solicitarse, practicarse o introducirse y convertirse en el juicio.

Principio de continuidad, los hechos objeto de petición o de controversia se deben tramitar en tantas audiencias continuas sean necesarias para resolver, el fallo debe pronunciarse inmediatamente.”⁵²⁹

⁵²⁹ Cfr Técnicas de Juicio Oral. En el Sistema Penal de Nuevo León. Pág. 23-28

CONCLUSIONES

Primera. El actual Sistema penal y Procesal penal ha demostrado que carece de eficacia para trasladar la verdad real al proceso. En este sentido la reforma más importante que se debe emprender es en el ámbito legislativo para la elaboración de una nueva Legislación penal y Procesal penal, coherente entre los conceptos teóricos y el contenido de las normas jurídicas.

Segunda. Es conveniente seguir una determinada corriente doctrinal que permita 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.

Tercera. Es necesaria la aplicación de una dogmática penal funcionalista bien identificada por el intérprete de la norma, y así fincar las bases sobre las cuales se debe transformar a fondo e integralmente nuestro Sistema penal y Procesal penal, adoptando para ello el sistema acusatorio y el proceso oral como pilares fundamentales para hacerlo más funcional.

PROPUESTAS

Como introducción a las propuestas cabe hacer mención que en relación al tema motivo de la presente investigación el Jurista Catarino García Herrera comenta “como propuestas concretas para sentar las bases para la transformación del sistema general de justicia de México es necesario tomar en cuenta la elaboración de un diagnóstico, causas que originan la disfunción del sistema, efectos específicos de la disfunción del sistema y en que acciones se debe fundamentar la reforma.”

En lo que se refiere al diagnóstico nos dice que rebasada la capacidad de respuesta en México el sistema de justicia es ineficaz para cumplir con los postulados del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: justicia pronta, completa, imparcial y gratuita. Como causa general de la disfunción del sistema señala que existe una falta de planeación y ejecución interinstitucional del sistema, desequilibrio en el ejercicio de los poderes públicos, dispersión del trabajo de los operadores que intervienen en el proceso judicial, ausencia de una cultura de la justicia y de los derechos humanos todo en el contexto de una dinámica de la sociedad moderna.

Como acciones en las que se debe fundamentar la reforma García Herrera señala:

- Promover la cultura de la justicia y de los derechos humanos.
- Analizar y evaluar las actividades de los servidores públicos del sistema general de justicia.
- Planear y organizar el trabajo para eficientar sus resultados.

- Transparentar los trabajos de los operarios y sus resultados, con las excepciones reguladas en la ley.
- Simplificación de los trámites, con tendencia a los procesos orales.
- Actualización informático administrativa de las oficinas involucradas en el sistema general de justicia.
- Implementar medidas alternativas de solución de conflictos y un programa de prevención de la litigiosidad.
- Fortalecimiento del Consejo de la Judicatura como facilitador de la función judicial.
- Fortalecer los institutos de formación y actualización de los servidores públicos del sistema general de justicia.
- Promover y fortalecer la carrera de los servidores públicos.
- Reorganizar el sistema de asistencia jurídica oficial y promover el mejoramiento de la asistencia legal privada.
- Coordinación entre los sistemas de procuración y administración de justicia.
- Promover la organización de los abogados como verdaderos operadores sociales.
- Coordinación con los legisladores para mantener una actualización legislativa manteniendo la tendencia a la simplificación de los procedimientos.

- Mantener permanente retroalimentación con escuelas y facultades de derecho para proponer la actualización de los programas de enseñanza en las disciplinas que así lo requieran, incluyendo la formación ética y humana.

Con base en lo anterior y como complemento, mis propuestas son las siguientes:

Hay que evaluar todo nuestro sistema de justicia nacional para poder determinar un diagnóstico, y así poder estar en condiciones de instituir un tratamiento de fondo integral y coherente a corto, mediano y largo plazo, que permita una transformación integral, estructural y de fondo de los componentes del sistema, para que en las circunstancias actuales el Estado de respuesta eficiente y oportuna a la demanda de justicia y seguridad pública, en búsqueda de la paz y el bien común.

Una Reforma estructural, en el ámbito procesal, orgánico y profesional, y la implantación de un sistema de justicia penal de corte acusatorio que pueda ser aplicado a todos los gobernados, con irrestricto apego a los Derechos Humanos, a fin de lograr un cambio de fondo que permita el fortalecimiento de nuestro sistema de justicia penal mexicano, para la preservación del Estado de Derecho.

Es necesario transformar el sistema procesal penal en México en el que se adopte el sistema acusatorio y el proceso oral entre otros mecanismos para hacerlo más funcional, para garantizar la presunción de

inocencia, juicios rápidos, orales y públicos. Pero para que funcione esta estructura debe establecerse un sistema efectivo en medidas alternas.⁵³⁰

Debemos recordar que el sistema acusatorio está fundamentado en el propio artículo 20 de nuestra Constitución y en los tratados internacionales celebrados por México.

Elaborar un Código Federal de Procedimientos Penales, congruente con nuestra ley fundamental que transforme estructuralmente el procedimiento penal, simplifique la averiguación previa, establezca el proceso penal acusatorio, oral y público y los mecanismos jurídicos para garantizar los derechos de las víctimas u ofendidos del delito, así como instrumentar medidas alternativas de solución de los conflictos. Dentro del marco de referencia de la teoría funcionalista, solución de conflictos al proceso penal y salidas específicas de la averiguación previa.⁵³¹

Analizar a fondo el actual enjuiciamiento penal, en el que se definan las bases que habrán de orientar la nueva Legislación Procesal Penal, congruente ésta con los lineamientos Constitucionales y con los instrumentos Internacionales suscritos por México y así poder alcanzar los objetivos.

⁵³⁰ Ver el precedente que corresponde al registro 186, 185 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XVI, Agosto 2002, página 14, tesis: P. XXXV/2002.

⁵³¹ Fuente P.G. J. según la P.G. J. en el Estado de Nuevo León en el período del 2004-2005 se iniciaron 84,600 averiguaciones previas de las cuales 41,817 fueron resueltas antes de la consignación y 16,776 averiguaciones que no se iniciaron lo que representa un 19% de asuntos que no fue necesario iniciar, se levantaron 117 acuerdos de no inicio de la averiguación, se generó salidas alternas a un 48% del total de las averiguaciones lo que redujo en forma importante los asuntos en los tribunales “Conferencia Pronunciada en la UANL por el Lic. Luís David Ortiz Sub. de Justicia en el estado.

Una Reforma a fondo, integral y coherente de nuestra Política Criminal en la que se determinen los criterios que más se ajusten a nuestra realidad socio-cultural y jurídica.

Fortalecimiento del sistema procesal acusatorio con la introducción de criterios y mecanismos que posibiliten su implementación, sustentado en principios democráticos garantizando el respeto a los Derechos Humanos en todo el procedimiento penal.

Determinar el modelo a seguir en torno al Juicio Oral o a la oralidad que debe de revestir el proceso, vinculando los conceptos y criterios del Derecho Procesal Penal con los del Derecho Penal sustantivo bajo la idea de la uniformidad legislativa.

Redimensionar la función que según los artículos 21 y 102 Constitucionales corresponde al Ministerio Público tanto en la averiguación previa como en el proceso, la modernización de la legislación penal procesal debe incluir mecanismos que posibiliten una actuación más controlada del órgano persecutor, para evitar decisiones arbitrarias y garantizar que los ámbitos de libertad de los individuos no se limiten, sólo el sistema de corte acusatorio impone controles adecuados sobre la actividad del Ministerio Público, y no se constituya en un órgano con poder excesivo.

Es necesario hacer más eficiente y funcional la averiguación previa a fin de que sea una etapa de preparación del juicio y no el juicio mismo, con plena igualdad entre el órgano de acusación y de defensa para el esclarecimiento de la verdad real.

Reconocer mayor intervención de la víctima del delito tanto en el ámbito de la averiguación previa como en el proceso, para que deje de ser una figura marginal, debiéndose precisar el ámbito de sus derechos y garantías.

Modernizar los métodos y técnicas de investigación de los delitos y adoptar mecanismos que posibiliten una actuación más eficiente del Ministerio Público, y establecer mecanismos que garanticen que la policía realmente esté subordinada al Ministerio Público.

Necesitamos que el Ministerio Público retome el liderazgo que le corresponde como institución de buena fe, urge a nivel nacional la especialización de nuestros Ministerios Públicos en la Investigación de los Delitos.

Capacitar a nuestros Jueces es prioritario para una mejor Administración de Justicia, la mayoría a nivel nacional solo poseen una formación Jurídica, inadecuada para evaluar en el mundo complejo de hoy las consecuencias económicas, sociales y criminológicas del Delito que han de juzgar y de la sanción que eventualmente pronunciarán.

Evitar Reformas continuas de la ley sin sustento lo cual va en contra de la seguridad Jurídica del ciudadano, a través de unificar criterios y así dar vigencia al principio de certeza jurídica.

El Derecho está más allá del espíritu del legislador, por lo que es necesario perfeccionar las leyes y su aplicación correcta, a través de criterios doctrinales y jurisprudenciales, haciéndoles ver a nuestros legisladores que las reformas legales no son la vía idónea para solucionar

problemas sociales, si no solo un medio importante y trascendente pero no el único.

Es urgente la creación de un Código Penal y de un Código de Procedimientos Penales únicos en todo el País.

Es necesaria una reglamentación legal y propia de la abogacía, abogados con arraigado sentido ético, profundo humanismo, basta cultura, formación científica moderna y actualizada, abierto a las nuevas técnicas, y con acusada sensibilidad social, que cuente con una certificación a cargo de una institución idónea.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBAGNANO Nicola. *Diccionario de Filosofía*. Traduc. Alfredo N. Galleta. 3ª. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1999.
- ANTOLISEI Francisco. *El Estudio Analítico del Delito*. Traducción del Italiano de Ricardo Franco Guzmán. Edic. de Anales de Jurisprudencia. México. 1954.
- ANTOLISEI F. *Manuale Di Diritto Penal* PG. 1975.
- ANTOLISEI. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Argentina. 1960.
- ALTAVILLA Enrico. *La Culpa. Del Delito Culposo*. Sus repercusiones civiles. Su análisis Psicológico. Editorial Temis. Reimpresión de la 4ª. Edición. Colombia. 1999.
- ALTAVILLA Enrico. *La Culpa*. Edit. Temis. Bogotá. 1956.
- BASAVE Fernández de Valle Agustín. *Meditación sobre la pena de muerte*. F.C.E.1ª. Ed. 1998.
- BACIGALUPO Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Temis. Bogotá. 1989.
- BACIGALUPO Enrique. *Principios de Derecho Penal Parte general*. 5ª. Ed. España. 1998
- BACIGALUPO Enrique. *Los principios de la Política Criminal de las recientes reformas y proyectos de reforma de América Latina*. En la Reforma Penal en los países en desarrollo. Memoria Del Congreso Internacional. México. UNAM: 1978.
- BARATTA Alessandro. *Integración-prevención una nueva*

- fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática.*
Traduc. De Emilio García Méndez y Emiro Sandoval Huertas. En
Doctrina Penal año 8. Núm. 29. Enero-Dic. Argentina. 1985.
- BAUMANN *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema.*
Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1973.
- BERISTAIN Antonio. *La Reforma también desde la universidad.*
Derecho Penal y Criminología. Bogotá. Editorial Temis. 1986.
- BERMÚDEZ Molina Eduardo y otros. *Del cuerpo del Delito a los*
elementos del tipo penal. México. Procuraduría General de la
República. 1996.
- BERDUGO Gómez de la Torre y Otros. *Lecciones de Derecho penal-*
parte general. 2ª. Ed. España. 1999.
- BERGALI Roberto. *Observaciones críticas a las Reformas Penales*
Tradicionales. En Política Criminal y Reforma Del Derecho
Penal. Colombia. Ed. Temis. 1982.
- BELING Ernst Von. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito*
Tipo. 11ª. Ed. Depalma. Argentina. 1944.
- BETTIOL Giuseppe. *Derecho Penal. Parte General.* Editorial Temis.
Bogotá. 1965. Versión Castellana de José León Pagano.
- BUSTOS Ramírez Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* 3ª.
Edición. Ariel. Barcelona. 1989.
- BUSTOS Juan. *Consideraciones respecto a la Estructura del Delito en la*
Reforma Penal Latinoamericana. En Política Criminal y Reforma
del Derecho Penal. Colombia. Ed. Temis. 1982.
- BUSCH Richard. *Modernas transformaciones de la teoría del delito.*
Edit. Temis. Colombia. 1969.

- BUSTOS. Ramírez Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá. Temis. 1986.
- BUNSTER Briceño Alvaro. *Dolo y Culpa en la responsabilidad penal*. En curso de actualización en Materia Penal para Agentes del Ministerio Público de la Federación. Con motivo de las reformas.
- BORJA Mapelli Caffarena y Otro. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Editorial. Civitas. España. 1990.
- CAPELLETI Mauro y Otro. *General Report. Access to Justice. A World Survey*. I Book. Milán. Dott. A Giuffre Editore. 1978.
- CARRARA Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Editorial Temis. Colombia. 1956. Parágrafo 35
- CARRARA Francisco. *Programa del curso de Derecho Criminal*. Parte General. Vol. I. Temis. Colombia. 1971.
- CARRARA Francisco. *Programa del curso de Derecho Criminal*. Editorial Depalma. Argentina. 1944.
- CARRANCÁ y Trujillo Raúl. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo I. Editorial Porrúa. 2ª. Edición. México. 1970.
- CARRANCÁ y Trujillo. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. México. 11ª. Ed. Porrúa. 1977.
- CARPIZO Jorge. *Otra Reforma Constitucional*. La subordinación del Consejo de la Judicatura Federal. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. México. Núm. 2. 2000.
- CAROTHERS Thomas. *The Rule of Law Revival. Foreign Affairs*. Vol. 77. núm. 2. marzo-abril de 1998.
- CASTELLANOS Tena Fernando. *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*. México. 12ª. Edición. Porrúa. 1978.

- CASTELLANOS Tena Fernando. *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*. 2ª. Edición. Porrúa. México. 1981.
- CENICEROS José Ángel. *Trayectoria del Derecho penal contemporáneo*. La Reforma penal en México. México. Biblioteca Criminalia. 1943.
- CREUS Carlos. *Derecho Penal*. Astrea. Buenos Aires. 1988.
- CUELLO Calón Eugenio. *Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Ariel. 12ª. Edición. Barcelona. 1956.
- CUELLO Calón Eugenio. *Derecho Penal*. Tomo I. Parte General. Volumen I. Editorial Bosch. España. 1975.
- CUELLO Calón Eugenio. *Derecho Penal*. Tomo I. 18ª. Edición. Ed. Bosch. Casa Editorial. S.A. Barcelona. 1980.
- CUELLO Calón Eugenio. *Derecho Penal*. 9ª. Edición. Editora Nacional. México. 1961.
- CUELLO Contreras Joaquín. *El Derecho Penal Español. Curso de iniciación parte general*. 2ª. Edición. Madrid. Civitas. 1996.
- CUELLO Calón Eugenio. *La Moderna Penología*. Barcelona. Editorial. Bosch. 1958.
- CURY Enrique. *Orientación para el Estudio de la Teoría del Delito*. Universidad Católica de Chile. 1973.
- CURY Ursúa Enrique. *Derecho Penal Parte General*. T I. 2ª. Editorial Jurídica de Chile. 1992.
- COSSÍO Díaz José Ramón. *Jurisdicción Federal y carrera judicial en México*. México. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1996.
- COBO del Rosal. Manuel y Vives Antón. *Derecho Penal-parte*

- general*. 5ª. Ed. España. 1999.
- CONCHA Cantú Hugo y Caballero Juárez José Antonio. *La reforma judicial en las entidades federativas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2002.
- CONTRERAS López Elizabeth Rebeca y Otras. *Una Visión Contemporánea del Derecho Penal*. 1ª. Edición. Secretaría de Seguridad Pública de Veracruz. 2004.
- CONSTITUCIÓN y leyes secundarias. México Procuraduría General de la República. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2000.
- CÓRDOBA Roda Juan. *Culpabilidad y Pena*. Edit. Bosch. España. 1977.
- CÓRDOBA Roda Juan. *Una nueva concepción del delito*. La doctrina finalista. España. Ariel. 1963.
- DAZA Gómez Carlos Juan Manuel. *El funcionalismo hoy en revista de la Facultad de Derecho* t. XLIX. núms. 227-228. sep-dic- 1999. México. UNAM. Pág. 104. Nota 28.
- DAZA Gómez Carlos Juan Manuel. *Evolución doctrinal del finalismo*. Revista de la Facultad de Derecho. T. LXVI. Núm. 209-210. Sep-Dic- 1996. México.
- Derecho Procesal Civil y Penal. Oxford. University press. 1999. Revista Reforma Judicial. Julio- Dic. 2004. Núm. 4.
- De la Madrid Miguel. *El ejercicio de las facultades presidenciales en México*. México. Porrúa. UNAM. 1998.
- DICCIONARIO de la Real Academia Española*. Tomo I. Pág. 611.
- DICCIONARIO Enciclopédico Quillet*. Ed. Quillet. Tomo IV. Argentina. 1968.
- DÍAZ Aranda Enrique. *Dolo*. México. Porrúa. 2000.

- DICCIONARIO de la Real Academia Española 22ª*. Edición. Madrid. 2001.
- DICCIONARIO de la Lengua Española*. T. IV. España. Espasa. Calpe. 1970.
- DICCIONARIO enciclopédico Salvat*. Tomo 12. Editorial Salvat. Barcelona. 1988.
- DICCIONARIO Etimológico de la Lengua Española*. Gómez Silva. Guido. 1996. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1958.
- ENCICLOPEDIA de las Ciencias Filosóficas*. Editorial Porrúa. Colección Sepan Cuantos. México. 1997.
- FRANCO Guzmán Ricardo. *La culpabilidad y su aspecto negativo*. Criminalia. México. 1949. Tesis profesional.
- FERNÁNDEZ Carrasquilla Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Colombia. Temis. 1989.
- FIX Fierro Héctor. *La eficiencia de la justicia una aproximación y una propuesta*. UNAM. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1995.
- FIX Fierro Héctor. *Poder Judicial en González. María del Refugio y López Ayllón Sergio*. Transiciones y diseños institucionales México. UNAM.
- FONTÁN Balestra Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Abeledo Perrot. 2ª. Edición. Argentina. 1995.
- FONTÁN Balestra Carlos. *Manual de Derecho Penal*. Edit. Depalma. Buenos Aires. 1949.
- GARÓFALO Rafael. *Criminología. Estudio sobre el Delito y la Teoría*

- de la Represión*. Traducción Pedro Dorado Montero. Ángel Editor. Facsimilar. México. 1998.
- GARCÍA Jiménez Arturo. *Dogmática Penal en la Legislación Mexicana*. Editorial. Porrúa. México. 2003.
- GARCÍA Ramírez Sergio. *Intervención en el Segundo Congreso Nacional de Doctores en Derecho*. 11 de noviembre de 1983. *Revista Mexicana de Justicia*. Núm. 4 Vol. 1. Octubre- Dic 1983.
- GARCÍA Pablos de Molina Antonio. *Derecho Penal Introducción*. España. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la U. C. de Madrid. 2000.
- GARCÍA Maynes Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. México. 3ª. Ed. Porrúa. 1949.
- GARCÍA Valdés Carlos. *Teoría de la pena*. 3ª. Ed. Tecnos. Madrid. 1987
- GIMBERNAT Ordeig Enrique. *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*. España. Tecnos. 1999.
- GIMBERNAT Ordeig Enrique. *Delitos cualificados por el resultado*. España. Reus. 1966.
- GIMBERNAT Ordeig Enrique. *Estudios de Derecho Penal*. España. 1976.
- GONZÁLEZ Quintanilla José Arturo. *Derecho Penal Mexicano*. Porrúa. 4ª. Edición. México. 1997.
- GONZÁLEZ R. Samuel y otros. *El sistema de justicia penal y su reforma*. 1ª. Ed. México. Distribuciones Fontamara. 2005.
- GONZÁLEZ Bustamante J.J. *El Derecho Penal Mexicano en la Constitución de 1857*. *Revista Criminalia*. Año XXIII. No. 2. Feb.

- Edit. Botas. México. 1957.
- GONZÁLEZ Salas Raúl. *La teoría del bien jurídico en el Derecho penal*.
2ª. Edición. México. Oxford. 2001.
- GRAF Zu Donha Alexander. *La Estructura de la Teoría del Delito*.
Traducción de Fontán Balestra Carlos.
- GÜNTER Stratenwerht. *Tendencias y posibilidades de una Reforma del
Derecho Penal*. En Política Criminal Y Reforma de Derecho
Penal. Colombia. Ed. Temis. 1982.
- HASSEMER Winfried. *Persona. Mundo y responsabilidad-bases para
una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Trad. Francisco
Muñoz Conde. Tirant lo Blanch. 1999.
- HASSEMER Winfried. *Los elementos característicos del dolo*.
- HESSEN Johannes. *Teoría del Conocimiento*. Traducción de José Gaos.
Editorial. Losada. 1ª. Edición. Argentina. 1997.
- ISLAS de González Mariscal Olga. *Análisis Lógico de los Delitos contra
la Vida*. Editorial Trillas. 1ª. Edición. México. 1982.
- ISLAS de González Mariscal Olga. Comentarios a la iniciativa de
decreto que reforma los artículos 16, 19, 20, 22, 23, y 123 de la
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
En Criminalia año LXIV. Núm. 1. enero-abril. 1998. México.
Porrúa.
- JAKOBS Günter. *Sociedad norma y persona en una teoría de un
Derecho penal funcional*. Editorial. Civitas. Madrid. 1996.
- JAKOBS Günter. *Sociedad norma y persona en una teoría de un
Derecho penal funcional*. Traduc. Manuel Cancio Melía y
Bernardo Feijoo Sánchez. España. 2000.

- JAKOBS Günter. *Conocimiento y desconocimiento de la norma*. Traduc. De Marcelo A. Sancinetti. En problemas capitales del Derecho penal Moderno. Argentina. Hammurabi. 1998.
- JAKOBS Günter. *Derecho Penal parte general fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª. Ed. Traduc. De Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid. Marcial Pons. 1997.
- JAKOBS Günter. *Suicidio Eutanasia y Derecho penal*. Traduc. Francisco Muñoz Conde. Y Otro. España. Tirant lo Blanch. 1999.
- JAKOBS Günter. *Sociedad norma y persona en una teoría sobre un Derecho penal funcional*. Editorial Civitas. Madrid. 1996.
- JAKOBS Günter. *Fundamentos del Derecho Penal*. Traduc. De Manuel Cancio Melía y Enrique Peñaranda Ramos. Argentina. Ad Hoc. 1996. Prólogo.
- JESCHEK Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traduc. Mir Puig y Francisco. Muñoz Conde. España. Bosch. 1978.
- JESCHEK Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. España. Edit. Comares. 1993.
- JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. Culpabilidad. Editorial Lozada. 5ª. Edición. Argentina. 1950.
- JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. *El Delito*. Editorial Losada. 5ª. Edición. Argentina. 1950
- JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Argentina. Losada. 1985.

- JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. 3ª. Ed. Sudamérica. Buenos Aires. 1990.
- JIMÉNEZ de Asúa Luis. *La Ley y el Delito*. Edit. Hermes. Sudamericana. 1ª. Edición. México. 1986.
- JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. III. Ed. Lozada. S.A. Buenos Aires. 1963.
- JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. III. 2ª. Ed. Buenos Aires. 1958.
- JIMÉNEZ de Asúa Luis. *La Ley y el Delito*. Editorial Temis. 2ª. Edición. 1954.
- JIMÉNEZ Huerta Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo I. Ed. Porrúa. México. 1972.
- JIMÉNEZ Huerta Mariano. *Panorama del Delito. Nullum Crimen Sine Conducta*. México. Imprenta Universitaria. 1950.
- JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. *Filosofía y Ley Penal*. Editorial Losada. 5ª. Edición. Argentina. 1992.
- JIMÉNEZ Huerta Mariano. *La Tipicidad*. Editorial. Porrúa. 2ª. Edición. México. 1975.
- JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires. 1956.
- JIMÉNEZ de Asúa Luis. *Breve crítica del anteproyecto de código de defensa social del Estado de Veracruz Llave*. En Revista Jurídica Veracruzana. Vol. III. Pág. 396. Cit. Por Porte Petit. Evolución.
- JIMÉNEZ Martínez Javier. *El peculado. Un delito grave*. Tesis para obtener el grado de doctor en Derecho. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1999.

- JIMÉNEZ Martínez Javier. *Fundamentos de la Teoría General del Hecho Punible*. Instituto Nacional De Ciencias Penales. México. 2003.
- KAUFMANN Hilde. *La función del concepto de la pena en la ejecución del futuro*. Buenos aires.1975. *La dogmática Jurídico penal y las resoluciones judiciales*. Tesis para obtener el grado de maestro en Derecho. México. UNAM.2000.
- La dogmática Jurídico penal y las resoluciones judiciales*. Tesis para obtener el grado de maestro en Derecho. México. UNAM.2000.
- LARDIZÁBAL y Uribe Manuel. *Discurso sobre las Penas*. Edit. Porrúa. México. 1ª Edición. Madrid. 1982. Edición Facsimilar. Pág. III. Del Prólogo.
- LEYES Penales Mexicanas. Tomo I. *Instituto Nacional de Ciencias Penales*. México. 1979.
- LEYES Penales Mexicanas. Tomo 3. *Instituto Nacional de Ciencias Penales*. México. 1979.
- LINO Rodríguez-Arias Bustamante. *Ciencia y Filosofía del Derecho*. Ediciones Jurídicas. Europa. América. Buenos Aires. 1961.
- LÓPEZ Betancourt Eduardo. *Teoría del Delito*. Editorial Porrúa. 12ª. Edición. México. 2004.
- LÓPEZ Betancourt Eduardo. *Imputabilidad y Culpabilidad*. 1ª. Edición. Editorial. Porrúa. México.1993.
- Los Elementos de una Reforma Judicial. *Una Propuesta Multidisciplinaria para el Estudio de los Tribunales Estatales*. Instituto de

Investigaciones Jurídicas UNAM

LUZÓN Peña Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General.
2ª. Edición. España. Universitas. 1999.

MADRAZO Jorge. *Derechos Humanos. El nuevo enfoque mexicano*.
México. Fondo de Cultura Económica. 1993.

MANCILLA y Mejía María Elena. *La Reforma de los artículos 20, frac.
I y 21 de la Constitución y los Derechos*

MAGGIORE Giuseppe. *Derecho Penal*. Vol. I. 2ª. Edición. Editorial
Temis. Bogotá. 1989.

MALO Camacho Gustavo. *Derecho Penal Mexicano*. México. Porrúa.
1997.

MÁRQUEZ Piñero Rafael. *La estética en la teoría finalista*.

MÁRQUEZ Piñero Rafael. *El Pensamiento Jurídico de Jakobs y la
Teoría Sociológica de Luhmann* Revista de la Facultad de
Derecho. UNAM. Tomo XLIX. Número 225-226. México. Mayo
Agosto 1999.

MÁRQUEZ Piñero Rafael. *El Tipo Penal*. Edit. UNAM. México. 1986.

MÁRQUEZ Piñero Rafael. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial
Trillas. 3ª. Edición. México. 1994.

MÁRQUEZ Piñero Rafael. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Trillas.
1ª. Edición. 1986.

MARTÍNEZ Escamilla Margarita. *La imputación Objetiva del
Resultado*. Edit. Edersa. Madrid. 1992.

MAURACH Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Ediciones
Ariel. Barcelona. 1962

MEZGER Edmund. *Derecho Penal. Parte General*. Cárdenas Editor y

- Distribuidor. Traducción de la 5^a. Edición por Ricardo C. Nuñez. México. 1985.
- MEZGER Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. 2^a. Edición. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1949.
- MIR Puig Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal-concepto y método*. Barcelona. Bosch. 1976.
- MIR Puig Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal-concepto y método*. Barcelona. Bosch 1978.
- MOLINA Fernández Fernando. *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*. España. Bosch. 2001.
- MORAL a Nicómaco. Editorial Porrúa. 1987.
- MORENO Hernández Moisés. *Necesidad de la reforma en México y criterios para la misma*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad veracruzana. Núm. 2. Marzo-abril.
- MORENO Hernández Moisés. *Consideraciones dogmáticas y político criminales en torno a la culpabilidad*. Criminalia año LVIII México 1992.
- MORENO Hernández Moisés. *Retos del sistema procesal penal en México*. INACIPE. Núm. 8. 2004
- MORENO Hernández Moisés. *Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana*. Año LVIII. Núm. 3. México. 1992.
- MORENO Hernández Moisés. *Análisis a la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal*. Criminalia. Año LXIV. Núm. Enero-Abril. 1998. Porrúa. México.
- MUÑOZ Conde Francisco. *Teoría General del Delito*. 2^a Edición. Edit. Tirant Blanch. España.1989.

- MUÑOZ Conde Francisco. *Teoría General del Delito*. Edit. Temis. Colombia. 1990.
- MUÑOZ Conde Francisco. *Teoría General del Delito*. Editorial Tirant Lo Blanch. 2ª. Edición. España. 1991.
- NOVOA Monreal Eduardo. *Causalismo y Finalismo en Derecho Penal*. 2ª. Ed. Bogotá. Temis. 1982.
- NOVOA Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*. Montreal. Edit Depalma. Buenos Aires. 1984.
- NOVOA Monreal Eduardo. *El Derecho como obstáculo al cambio social*. 13ª. Edición México. Siglo XXI. Editores. 1999.
- NIEVES Luna Castro José. *El concepto de tipo penal en México*. México. Porrúa. 1999.
- ORELLANA Wiarco Alberto Octavio. *Curso de Derecho Penal*. Parte General. México. Porrúa. 1999.
- ORELLANA Wiarco A. Octavio. *Teoría del Delito*. 13ª. Edición. Editorial Porrúa. México. 2003.
- PARMA Carlos. *Culpabilidad-lineamientos para su estudio*. Argentina. 1997.
- PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Breve ensayo sobre la Tentativa*. Editorial Porrúa. 6ª. Edición. México. 2003.
- PAVÓN Vasconcelos Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. 7ª. Edición, México. 1985.
- PECO José. *Proyecto de Código Penal*. Exposición de Motivos. Buenos Aires.
- PESSINA Enrique. *Elementos de Derecho Penal*. Madrid. Edit. Reus. 4ª. Edición.

- PÉREZ Carrillo Agustín y Otra. *Modelo de Política Legislativa. Aplicación al caso de aborto en México*. Ed. Trillas. UNAM. 1982
- PICCA George. *La Criminología. Fondo de Cultura Económica*. México. 1987.
- PLASCENCIA Villanueva Raúl. *Teoría del Delito*. México. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas 1998.
- POLAINO Navarrete Miguel. *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*. México. Porrúa. 2001.
- POLAINO Navarrete Miguel. *Derecho Penal parte general*. España. Bosch. 2000.
- PORTE Petit Candaudap Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. Editorial Porrúa. 15ª. Edición. México. 1993.
- PORTE Petit Candaudap Celestino. *Evolución Legislativa Penal en México*. México. Editorial Jurídica Mexicana. 1965.
- PORTE Petit Candaudap Celestino. *Hacia una Reforma del Sistema Penal*. México. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Cuadernos. Núm. 21. 1985.
- PORTE Petit Candaudap Celestino. *Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal*. Editorial Porrúa. 6ª. Edición. México. 1980. Página introductoria XVIII.
- REFORMA JUDICIAL *Revista Mexicana de Justicia*. Vol. 1-5. 2003-2005
- REYES Alvarado Yesid. *Imputación Objetiva*. Editorial Temis. 1ª. Edición. Bogotá. Colombia. 1994.
- Revista Reforma Judicial. Julio-Diciembre. 2003. Número 2.

- Revista Reforma Judicial. Enero- Junio. 2003. Número I.
- RIVAPALACIO Raymundo. *El Fujimori Azteca*. Reforma. 12 de diciembre de 1994.
- RICO M José. *Las sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea*. 2ª. Ed. Siglo XXI. México 1982.
- RODRÍGUEZ Mourullo Gonzalo. *Derecho Penal-parte general*. España. Civitas.
- ROXIN Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Traduc. de Francisco Muñoz Conde. Bosch. Barcelona. 1972.
- ROXIN Claus. *Derecho Penal Parte General Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. T.1. 2ª. Edición. Traduc. De Diego Manuel Luzón Peña y otros. Madrid. Civitas. 1997.
- ROXIN Claus. *Derecho Penal- Parte General*. T.I. 2ª. Ed. Traduc. Diego Manuel Luzón Peña y otros. Madrid. Civitas. 1997.
- ROXIN Claus. *La evolución de la política criminal. El Derecho Penal y el procesal penal*. Traduc. De Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. España. Tirant. Lo Blanch. 2000. Pág. 31. 32.
- ROXIN Claus y otros. *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*. Traduc. De María Teresa Castiñeira Palou. En sobre el Estado de la teoría del delito Madrid. Civitas. 2000.
- ROXIN Claus. *Política Criminal y estructura del delito*. Traduc. Juan Bustos Ramírez. España. 1992.
- ROXIN Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Traduc. De la 2ª. Edición. Por Diego Manuel Luzón y otros. Editorial Civitas. España. 1997.

- ROXIN Claus. *La culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Edit. Reus. Madrid. 1981.
- ROXIN Claus. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Traducción de Muñoz Conde y Luzón Peña Sevilla. 1981.
- ROXIN Claus. *Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de Derecho penal*. En *Dogmática penal y política criminal* Traduc. Manuel A. Abanto. Vásquez. Perú. Edit. Idemsa. 1998.
- ROXIN Claus. *Zur abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*. en *Strafrechtliche Grundlageprobleme*. Berlín. 1973.
- ROUSSEAU Jacobo Juan. *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*. Editorial Porrúa. 11ª. Ed. México. 1998.
- RUNES D. Dagobert. *Diccionario de Filosofía*. Traducción. Ana Doménech. Y otros. Editorial. Grijalbo. 1ª. Edición. México. 1981.
- RUIZ Harrell Rafale. *Código penal histórico*. México. Instituto Nacional de Ciencias penales. 2002
- SÁENZ Arroyo José. *La renovación nacional a través del Derecho*. La obra legislativa de Miguel de la Madrid. México. Porrúa. 1988.
- SARRE Miguel y Figueroa Fernando. *Perspectives on the Right to a Fair Trial in México*. Civil Justice in Crisis. Oxford. University Press. 1999.
- SAUER Guillermo. *Derecho Penal parte general*. Trad. De Juan del Rosal y José Cerezo Mir. Barcelona. Bosch. 1956.
- SANABRIA Rubén. *Lógica*. 22ª. Edición. México. Porrúa. 2000.
- SAYEG Helu Jorge. *Las Reformas y Adiciones Constitucionales durante*

- la gestión presidencial de Miguel De La Madrid Hurtado*. 1982-1988. México. Ed. Porrúa. 1988.
- Semanario Judicial de la Federación*. CXIX. Pág. 2887. Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*. XVI. Pág. 257. Sexta Época. Segunda Parte.
- Semanario Judicial de la Federación*. Tomo LVIII. Sexta época. Segunda Parte.
- Semanario Judicial de la Federación*. Vol. 83. Segunda Parte. Séptima época.
- Serie Legislación Mexicana comentada. TII. México. PGR: INACIPE. 3^a.ed. 1988.
- SERNA Elizondo Enrique. *Funcionamiento del Poder Legislativo Federal*. En Revista Mexicana de Justicia. México. Procuraduría General de Justicia de la República. Y Otros. Núm. 21. Vol. III. Nov. Dic.1982.
- SILVA Sánchez Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona. Edit. Bosch. 1992
- SILVA Sánchez Jesús María. *Política criminal en la Dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*. En *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro homenaje a Claus Roxin. España. Bosch.1997.
- SILVA Sánchez Jesús María. (Introducción). En Schünemann Bernd. (compilador). *El sistema moderno del Derecho penal cuestiones fundamentales*. Traduc. Jesús María Silva Sánchez España. Tecnos. 1984.
- SOLER Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Primera Reimpresión. Edit,

- Tea. Buenos Aires. Tomo I. 1951.
- SUMMA Teológica. Editorial Porrúa. *Colección Sepan Cuantos*.
México.
- STRUENSEE Eberhard. *Temas sobre teoría del delito*. Trad. De Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 1999.
- STRUENSSE Eberhard. *Temas sobre teoría del delito*. Trad. De Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 1999.
- SCHÜNEMANN Bernd. *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*. Traduc. De Jesús María Silva Sánchez.
- SCHÜNEMANN Bernd. *Consideraciones Críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-alemana*. Traduc. De Manuel Cancio Melía. Bogotá. Centro de Investigación de Derecho penal y Filosofía Del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 1996.
- SCHÜNEMANN Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Traduc. de Jesús María Silva Sánchez. Madrid. Tecnos. 1984.
- SCHÜNEMANN Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*. En Schünemannn Compilador. El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Traduc. de Jesús- María Silva. Madrid. España. Tecnos. 1984.
- SUÁREZ González Carlos. *Cátedra del 22 de enero del 2001*. En ocasión de los VIII cursos de Postgrado de Derecho penal parte general. Universidad de Salamanca. España.
- TAMAYO Y SALMORÁN Rolando. *Introducción al estudio de la*

- Constitución*. 2ª.Ed. México. 2002.
- TERRADILLOS Basoco Juan. *La culpabilidad*. México. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal A.C. (INDEPAC), 2002.
- Técnicas del Juicio oral en El Sistema Penal de Nuevo León. Consejo de la Judicatura del Estado de N.L. 2004.
- UROSÁ Ramírez Gerardo. *El cuerpo del delito la reforma penal en México*. Tesis de grado. México. INACIPE. 2001.
- VELA Treviño Sergio. *Antijuridicidad y Justificación*. Edit. Trillas. México. 3ª. Edición. 1990.
- VELA Treviño Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad*. Editorial Trillas. 1ª. Edición. México.1973.
- VIDAURRI Aréchiga Manuel. *Sobre la culpabilidad en el pensamiento de Claus Roxin*. Revista ARS-IURIS. De la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. México. 1990. número 4.
- Vid. Malinowski B. *Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje*. Ed. Ariel. 4ª. Edición. España. 1973.
- VIVES Antón Tomás. *Fundamentos del sistema penal*. España. Tirant lo Blanch. 1996. 2002.
- VON Liszt Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Reus. 2ª. Edición. Madrid. 1927.
- VON Liszt Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. 2ª. Edición. Edit. Reus. Madrid. 1972.
- VON Liszt Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Traducción de Luis Jiménez de Asúa de la 20ª. Edición. Editorial Reus. 4ª. Edición en Español. España. 1999.

- VON Liszt Franz. *La Idea de Fin en el Derecho Penal*. 1ª. Ed. UNAM. I.D. I. J. México. 1994.
- VISIÓN *Contemporánea del Derecho Penal*. Secretaría de Seguridad Pública 2004. 1ª. Edición. Gobierno del Estado de Veracruz.
- WELZEL Hans. *La Teoría de la Acción Finalista*. Ed. Desalma. Argentina. 1951.
- WELZEL Hans. *Derecho Penal Alemán*. 4ª. Edición. Traduc. Juan Bustos Ramírez. Chile. Editorial jurídica De Chile. 1993.
- WELZEL Hans. *El nuevo Sistema del Derecho Penal*. Una introducción a la doctrina finalista. Traduc. de José Cerezo Mir. España. Ariel. 1964.
- WELZEL Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Depalma. Editor. Buenos Aires. 1956.
- WILHELM D. Gallas. *La teoría del delito en su momento actual*. Edit. Bosch. España. 1959.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 5ª Ed. Ediar. Buenos Aires. 1987
- ZAFFARONI Eugenio Raúl. *La ideología de la Legislación Penal Mexicana*. En Revista Mexicana de Justicia. México. Procuraduría General de la República y otros. Núm. 2. vol. III. Abril-Junio. 1985.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición. Cárdenas Editor y distribuidor. México. 1991.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires. 1989. Tendencias finiseculares. Del Derecho Penal. Ponencia presentada en la reunión tendencias actual del derecho.

México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Sep. De 1991.

ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Ediar. Buenos Aires. 1977

ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo IV. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1988.

ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal Parte General*. México. Cárdenas Editor y distribuidor. 1998.

ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Teoría del Delito*. Argentina. Ediar. 1973.

ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Política y Dogmática jurídico penal*. México. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2002.

LEGISLACIÓN

Agenda Penal Federal. Ed. ISEF. 1ª. Edición. México. 2000.

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995.

Código Penal Federal. México. 1999.

Código Penal Federal. México. 2002.

Código Penal Vigente para el Estado de Nuevo León.

Código Penal Vigente para el Estado de Coahuila.

Código Penal Español. 2002.

Código Penal Italiano. 2003.

Código Penal Francés. 1999.

Código Penal Alemán. 2002.

Código Penal Colombiano. 1995.

Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos.