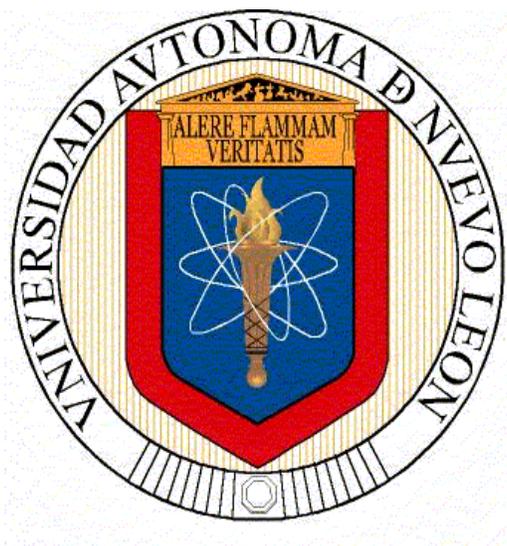


**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIRECCIÓN DE POSGRADO**



**LA PROBLEMÁTICA DEL CONCURSO DE LAS TEORÍAS
CAUSAL, FINAL Y FUNCIONAL EN EL SISTEMA PENAL DE
NUEVO LEÓN.**

Por

JULIO CÉSAR BALANDRÁN GUAJARDO

**Como requisito para obtener el Grado Académico de
DOCTOR EN DERECHO**

ABRIL, 2012

**Universidad Autónoma de Nuevo León
Facultad de Derecho y Criminología
Dirección de Posgrado
Comité Doctoral**

Tesis para obtener el grado académico de Doctor en Derecho

**“La Problemática del Concurso de las Teorías Causal, Final y Funcional
en el Sistema Penal de Nuevo León”**

**Asesor Principal: Doctor José Zaragoza Huerta
Universidad Autónoma de Nuevo León**

**Asesor en Alemania: Profesor Doctor Michael Pawlik
Universidad de Ratisbona, Alemania
*(Universität Regensburg, Deutschland)***

**Alumno: Mep. Julio César Balandrán Guajardo
Matrícula: 598607**

San Nicolás de los Garza Nuevo León a 16 de abril de 2012

AGRADECIMIENTOS

A Dios, le agradezco por darme la oportunidad de haber realizado este trabajo para el que entregué mi mayor esfuerzo.

A mis padres Luis Balandrán Márquez y Libby Guajardo de Balandrán y a mis hermanos Libby Catalina Balandrán Guajardo y Luis Rogelio Balandrán Guajardo, quienes me dieron su total apoyo en los diversos aspectos que requiero para la realización de este proyecto.

A la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León por darme la valiosa oportunidad de aprender y de superarme.

A mi estimado Maestro el Doctor José Zaragoza Huerta, quien con gran disposición me brindó su incalculablemente valiosa asesoría y apoyo para la elaboración de este estudio y quien además de ser un gran Maestro es una gran Persona, lo cual me ha servido de ejemplo.

A mi estimado Maestro el Doctor Héctor Gerardo Zertuche García, quien me permitió elaborar este trabajo mientras labore en su despacho, por motivarme a entrar al programa doctoral de esta Facultad de Derecho y por servirme de ejemplo como Maestro y como persona.

A mi estimado Maestro Doctor Gonzalo Reyes Salas, cuya asesoría para la elaboración de la tesis de maestría me fue de una incalculable utilidad para cimentar las bases para el proyecto que posteriormente realice en el Doctorado.

Al Servicio de Intercambio Académico Alemán (*Deutscher Akademischer Austausch Dienst*) por darme la especial oportunidad de estudiar en Alemania como alumno invitado, durante toda mi estancia tuve un trato excelente.

A la Facultad de Ciencias del Derecho (*Rechtswissenschaft*) de la Universidad de Ratisbona (*Universität Regensburg*), Alemania, por haberme dado la oportunidad de ser su alumno durante mi estancia de investigación.

Al Profesor Doctor Michael Pawlik, por ofrecerme todo su incondicional apoyo no únicamente durante mi estancia de investigación en su cátedra de la Universidad de Ratisbona (*Universität Regensburg*) Alemania, sino en el proceso mismo de la elaboración de este trabajo y de igual forma, por darme su incalculablemente valiosa asesoría.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	1
Capítulo 1º. EL SISTEMA PENAL. CONCEPTO. ESTRUCTURA DEL DELITO	
1.1. El Sistema Penal.....	6
1.2. La Estructura del Delito	7
1.3. La Acción desde el Punto de Vista de la División Tripartita del Delito	14
1.4. La Punibilidad Desde el Punto de Vista de la División Tripartita del Delito.....	16
1.4.1 Causas Personales de Exclusión de la Punibilidad	21
1.4.2 Causas Materiales(objetivas) de Punibilidad.....	24
1.4.3 Causas de Supresión de la Punibilidad.....	25
Capítulo 2º. EL CAUSALISMO. CARACTERÍSTICAS Y CRÍTICAS	
2.1. El Causalismo	29
2.1.1. El Concepto Psicológico de la Culpabilidad	30
2.1.2. Teoría de la Equivalencia de las Condiciones	33
2.1.3. Crítica al Sistema Causalista	36
2.1.3.1. Teoría de la Equivalencia de las Condiciones	37
2.1.3.1.1. Excesiva.....	37
2.1.3.2. Poca Eficacia	39
2.1.3.3. Ausencia de Causalidad en la Omisión	41
2.1.3.4. El Fracaso de la Tentativa en el Causalismo	42
2.1.3.5. Crítica al Concepto Psicológico de la Culpabilidad en el Causalismo	48
2.1.3.5.1. La Culpa Inconsciente o Culpa sin Representación	48

2.1.3.5.2 El Estado de Necesidad Disculpante.....	49
Capítulo 3º. EL NEOCAUSALISMO. CARACTERÍSTICAS Y CRÍTICAS	
3.1 El Neocausalismo	51
3.1.1 La Teoría de la Adecuación	51
3.1.1.1 Características de la Teoría de la Adecuación	53
3.1.1.2 Críticas a la Teoría de la Adecuación	52
3.1.2 La Teoría de la Relevancia	55
3.1.2.1 Críticas	59
3.2. Cambios en la Estructura del Tipo.....	61
3.1.1. El <i>Corpus Delicti</i> (cuerpo del delito)	62
3.2.2. El Cuerpo del Delito en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	63
3.2.3. LUDEN. Primer intento de separación de los elementos del delito	71
3.2.4. BELING. Tipicidad puramente objetiva	75
3.2.5. La Separación Definitiva entre Tipo Subjetivo y Tipo Objetivo.....	77
3.2.5.1 El Tipo Objetivo	78
3.2.5.2 El Tipo Subjetivo	85
3.2.6. La Culpabilidad en el Sistema Neocausalista(Culpabilidad Psicológica-Normativa)	87
3.2.7. Ubicación de algunos neocausalistas del dolo y la culpa en el tipo.....	91
3.3 Críticas al Sistema Neocausalista	91
3.3.1. Críticas a la Tentativa en el Sistema Neocausalista.....	92
3.3. 2 Críticas a la omisión en el sistema neocausalista.....	92
Capítulo 4º. EL FINALISMO. CARACTERÍSTICAS Y CRÍTICAS	
4.1. La Acción Final	94

6.1. El artículo 150 Bis de la Ley Adjetiva.....	223
6.2. La reforma Constitucional de 2008	231
Capítulo 7°. LA APLICACIÓN DE LAS TEORÍAS DEL DELITO EN LA NORMATIVIDAD DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN	
7.1. La aplicación del causalismo en el Sistema Penal de Nuevo León	239
7.2. La Aplicación del Finalismo en el Código Penal de Nuevo León	241
7.3. La Aplicación del funcionalismo en el sistema penal de Nuevo León.....	248
10. Conclusiones	260
Bibliografía	266

INTRODUCCIÓN

En la evolución de la teoría del delito, destacan tres sistemas: el causalista, el finalista y el funcionalista.

En el causalismo, se considera al delito como un resultado causado por un hecho a través de un nexo causal, en este sistema la voluntad no tiene lugar en la acción, sino en la culpabilidad, es por ello que el dolo, la culpa y la preterintención se ubican en la sede de culpabilidad.

Contrario a ello, en el finalismo, se considera que toda acción humana está dirigida hacia un fin, por ello ubican al dolo, culpa y demás elementos subjetivos antes de la culpabilidad.

El funcionalismo, la más moderna de las tres teorías mencionadas, en él no hubo un cambio sistemático de los elementos del delito, el dolo, la culpa y demás elementos subjetivos del delito se siguen ubicando en el tipo. Sin embargo, la novedad del funcionalismo, es la unión entre la política criminal y la dogmática penal, lo cual trae como consecuencia la importancia que se le da a la función de la pena y la necesidad de la misma. Aparte, en su aspecto ligado a la teoría del delito, el funcionalismo se basa en la teoría de la imputación objetiva.

En el año 1999 nuestros legisladores federales reformaron los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello porque consideraban que las reformas basadas en el sistema final, se exigían demasiados elementos para integrar una averiguación previa, dado que tanto para girar una orden de aprehensión como para dictar un auto de formal prisión se requerirá acreditar además los elementos objetivos del delito, los elementos subjetivos, como lo son el dolo, la culpa y la preterintención.

Ello, según los legisladores federales, implicaba por los tecnicismos excesivos se obligaba al Ministerio Público a integrar en la averiguación previa un expediente similar al requerido para dictar una sentencia. De ahí que en las referidas

reformas se cambió el concepto de “elementos del tipo” por el de “cuerpo del delito”, como requisitos necesarios para girar una orden de aprehensión y dictar el auto de formal prisión.

Ello ha traído como consecuencia que en el sistema penal de Nuevo León se apliquen las tres teorías.

Así pues, el problema se hace consistir en que, teóricamente, en las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se hicieron en base a la teoría causal del delito, señalando nuestros legisladores que el aumento de la criminalidad en nuestro país se debía en gran medida a las reformas de los mismos artículos en 1994 que se habían hecho usando como base la teoría finalista de la acción.

En el Código Penal Vigente de Nuevo León, se ubica el estudio de la culpa y el dolo hasta la culpabilidad, siguiendo la teoría causalista, lo cual se evidencia al dar lectura a dicho Código en el capítulo IV que trata sobre el tema de la culpabilidad en sus artículos 26,27 y 28.

Por el contrario, en el artículo 553 del Código de Procedimientos Penales en vigor, se establece a los delitos culposos como uno de los supuestos para la procedencia de los juicios orales, ello implica que se está aplicando el sistema finalista, ya que antes de llegar a la sede de culpabilidad se está determinando que el hecho se cometió de forma culposa. Es decir, al determinar antes de que concluya un juicio, inclusive desde la orden de comparecencia prevista en el artículo 209 de dicho ordenamiento u orden de aprehensión previsto en el 197, si un hecho presuntamente delictuoso es culposo o doloso, implica que desde que se analiza el tipo se está estudiando el dolo o la culpa en el hecho, esto implica, que se está siguiendo el sistema finalista de la acción.

Asimismo, en las referidas reformas al Código de Procedimientos Penales, en el numeral 51 se prevé la figura de trabajo comunitario como sanción sustitutiva a la pena de prisión, tomando en cuenta la peligrosidad del procesado y que la pena impuesta no

sea mayor a cuatro años de prisión, este tipo de figuras pertenecen a la teoría funcionalista, en que entre otros elementos, se prevé relacionar el hecho acreditado en juicio como delictuoso con la pena que se imponga, para que al cumplir ésta, se haga un bien no únicamente al sentenciado sino a la sociedad, para que ésta mantenga su configuración y logrando sus metas, contrario a lo que sucede con imposición de penas privativas de la libertad, en las cuales al estar internado el sentenciado en centros de reclusión, al menos en México, lejos de rehabilitarse y readaptarse, sale generalmente en peores condiciones, siendo más peligroso que cuando ingresó, además de que durante el tiempo que estuvo internado fue una carga para la sociedad al tener que ser mantenido sin producir, lo cual implica que se le ocasiona un mal.

A consecuencia de ello, se reformaron varios dispositivos del Código Penal y el de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León para adecuarse a las modificaciones de la Ley Suprema. De igual forma, desde 2004 se ha introducido gradualmente en la legislación penal de Nuevo León el sistema procesal acusatorio, oral adversarial, incluso, a consecuencia de la reforma a la Constitución Federal de 18 de junio de 2008, se ha adoptado un sistema en su totalidad acusatorio, adversarial, oral, mismo que según el Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León publicado el día 5 de julio de 2011, entrará en vigor de forma gradual por delitos, iniciando la primera fase el 1 de enero de 2012.

El problema consiste en que no sabemos cuál de las tres teorías mencionadas se aplica o si se aplican las tres a su vez.

En este estudio, se pretende demostrar mediante una opinión fundada que en el sistema penal de Nuevo León, se aplican las tres teorías mencionadas en diversos dispositivos. Se analiza el sistema penal con la legislación vigente, sin tener como límite las reformas que a la legislación penal y procesal penal de dicha entidad. Por ello, las disposiciones que se estudien se analizarán con el fin de determinar cual sistema es el que se aplica en cada numeral que se estudie.

Por ello, se hace un estudio de los tres sistemas mencionados, para después estudiar si ellos se aplican en nuestra entidad y en su caso demostrar la problemática de que se apliquen dichos sistemas en el mismo ordenamiento o bien, comprobar que pueden ser compatibles.

Nos guiamos de las teorías de los autores alemanes en virtud de que su país ha sido el pionero y sigue estando a la vanguardia en la teoría del delito, tomamos como referencia las traducciones de autores de España, Latinoamérica y en algunos casos nosotros realizamos nuestra propia traducción gracias a que nos avocamos a estudiar el idioma alemán y además tuvimos la valiosa oportunidad de hacer una estancia de investigación en la Universidad de Ratisbona (*Universität Regensburg*) en Alemania en la cátedra del Profesor PAWLIK.

El trabajo se apoya en su parte medular en la doctrina y la ley, en virtud de que lo que se pretende determinar es cual o cuales de los sistemas penales se aplican teóricamente en el Código Penal y el de Procedimientos Penales del estado de Nuevo León.

Para efecto de acreditar lo anterior, primero delimitamos el concepto penal, de acuerdo a las definiciones de autores reconocidos internacionalmente.

Después hacemos un estudio de la estructura del delito, mediante el cual destacamos la importancia de la forma ordenada de estudiar los elementos del delito mediante la prelación lógica.

Posteriormente, pasamos a estudiar la teoría causalista y explicando sus rasgos distintivos y las críticas a la misma, señalando su aplicación en nuestra legislación penal, siguiendo el mismo orden procedemos con el análisis de la teoría neocausalista, finalista y funcionalista.

De igual forma, en capítulo por separado procedemos a demostrar la forma en que se aplica cada una de las teorías mencionadas en el sistema penal de Nuevo León,

destacando el estudio del cuerpo del delito del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León, en el cual consideramos se aplican las tres teorías referidas al mismo tiempo.

Por su parte, esta investigación incluyó las reformas al sistema procesal penal conforme a las reformas publicadas el día 5 de julio de 2011 en el Periódico Oficial del Estado de Nuevo León.

Se utilizará la metodología teórica y será práctica, pues se pretende que la solución al planteamiento del problema será para beneficio de la comunidad de Nuevo León.

El estudio va de lo general a lo particular, dado que primero se analizan los conceptos de las tres teorías (causalista, finalista y funcionalista) para después ver como se aplican las tres en el estado, los problemas que causan y la solución al problema.

En este trabajo, se pretende acreditar lo anterior o en su caso incomprobarlo, demostrando la forma en que se aplican las tres teorías y sus consecuencias negativas.

CAPÍTULO 1° EL SISTEMA PENAL

1.1. EL SISTEMA PENAL.

Los sistemas son elaborados para reducir la complejidad de los problemas sociales. Mediante el derecho, se marcan los límites mediante los cuales una sociedad se configura a sí misma. Para que se configuren los sistemas sociales se le da a cada persona un rol, una función, la cual los demás miembros de la sociedad esperan que cumpla, cuando no se cumple con esa función, se defraudan las expectativas de la sociedad. Al defraudarse las expectativas, la sociedad crea mediante sistemas, mecanismos para reaccionar frente a esas defraudaciones.¹

Por su parte, el sistema jurídico, de acuerdo a JIMÉNEZ DE ASÚA, consiste en el mundo de normas y disposiciones legales vigentes en un país, mismas que surgen de acuerdo a las realidades y cultura que se viven en un país². Dentro del sistema jurídico, se encuentra el derecho penal, el cual de acuerdo a dicho autor se define de la siguiente manera:

“Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”

¹ Vid. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Funcionalismo en el Derecho Penal*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, Pág. 24

² Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y el Delito*, Cuarta Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, Pág. 77

En nuestro Estado, REYES SALAS, conceptualiza al sistema penal de la siguiente manera:

“El *sistema penal*, se entiende como el conjunto de instituciones normativas, dogmáticas y orgánicas que tienen como propósito regular las actividades del Estado relacionadas con la investigación de hechos probablemente delictivos, el enjuiciamiento de sus probables autores, la ejecución de las consecuencias jurídicas que correspondan a los delitos probados y la total reinserción social del infractor de la norma penal.”³

Así pues el sistema penal comprende el estudio de los principios de derecho penal, sus fundamentos normativos y orgánicos tendientes a regular las actividades del Estado relacionadas con la investigación de hechos probablemente delictivos y el enjuiciamiento de sus autores, la ejecución de las consecuencias del delito y la total readaptación social del infractor de la norma penal.

Consideramos que una buena forma, de iniciar el estudio del sistema penal, es analizando la estructura del delito, misma de la cual trataremos en los siguientes renglones.

1.2. LA ESTRUCTURA DEL DELITO.

Es criterio doctrinalmente aceptado que para determinar una conducta punible debe preceder una *prelación lógica* sistematizada en caracteres que deben presentarse de forma ordenada uno por uno. Esto quiere decir, que para determinar la conducta punible primero debemos determinar si se presentan los siguientes elementos:

³Cfr. REYES SALAS, Gonzalo Francisco, La racionalidad Legislativa y los principios de una reforma procesal penal, *Revista Internacional de Derecho y Ciencias Penales de la Universidad de Monterrey*, Volumen número 2, 5, Editorial Plata, México, 2004, pp. 68-69. Al dar lectura al concepto de sistema penal expuesto por Reyes Salas, se desprende que tiene un enfoque funcionalista del sistema penal, dado que, en lugar de utilizar el término “penas” se refiere a “consecuencias jurídicas” de los delitos, término utilizado por los tratadistas que siguen la teoría funcionalista, asimismo en el funcionalismo se considera a la readaptación social como el primordial fin de la pena.

- 1.2.1. La acción(*Handlung*)
- 1.2.2. La tipicidad(*Tatbestandsmassigkeit*)
- 1.2.3. La antijuridicidad(*Rechtswidrigkeit*)
- 1.2.4. La culpabilidad(*Schuld*)
- 1.2.5. La punibilidad(*Strafbarkeit*).

La presencia de cada uno de los caracteres debe estudiarse en el orden mencionado en cada caso concreto.

De manera que al no presentarse anteriormente uno de los presupuestos traería como consecuencia que el siguiente no llegara a concretarse y en consecuencia no se presentaría la acción punible.

Al estudiar el concepto de la conducta punible en Alemania, primero estudiamos a ROXIN, quien expone lo siguiente:

“En la moderna dogmática del Derecho Penal existe en lo esencial, acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad. Por ello, toda conducta punible presenta también cuatro elementos comunes(acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), a los cuales puede añadirse aún en algunos casos un ulterior presupuesto de la punibilidad”⁴

De tal manera, que de lo anteriormente expuesto, se plasma que la conducta punible se compone de cuatro elementos y en algunos casos los presupuestos de la punibilidad.

⁴ Cfr. ROXIN, Claus traducido por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Civitas, Madrid, 1997. Págs.193-194.

Cabe destacar que, tal y como se demuestra con los autores que citamos en los siguientes renglones, de acuerdo con el sector mayoritario de la doctrina el delito puede estructurarse en tres elementos, que son:

1. la Tipicidad,
2. la Antijuridicidad y;
3. la Culpabilidad.

Esta sistematización se remonta desde 1906 cuando su creador BELING en la obra "*Die Lehre von Verbrechen*" ("Teoría del Delito"), al exponer su concepto del delito señala:

*"Verbrechen ist die tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhaft, einer auf sie passenden Strafdrohung unterstellbare und den Strafdrohungsbedingungen genügende handlung"*⁵.

El texto traducido al español señala lo siguiente:

"El delito es una acción típica, antijurídica y culpable, que encuadra dentro de la amenaza penal ajustada a ella, y que realiza las condiciones de la amenaza penal"⁶

Con posterioridad, encontramos a WELZEL quien continuando con la misma idea señala:

"...La acción tiene que *infringir*, por consiguiente, de un modo *determinado* el orden de la comunidad: tiene que ser 'típica' y 'antijurídica'; y ha de ser, además, *reprochable* al autor como persona responsable; tiene que ser 'culpable'.

⁵ Cfr. BELING, Ernst. *Die lehre vom Verbrechen*, Verlag von J.C.B. Mohr, Tübingen(Stuttgart), 1906, Pág. 7

⁶ La traducción es nuestra.

La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten la acción en un delito. La culpabilidad –la responsabilidad personal por el hecho antijurídico– presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad tiene que estar, a su vez, concretada en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están vinculadas lógicamente, de tal modo, que cada elemento posterior del delito presupone el anterior...⁷

En base a lo expuesto por WELZEL, podemos destacar los siguientes dos puntos importantes para el tema:

1. El sigue con la sistematización de BELING, pues también considera que el delito se compone de tres elementos, que son la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad.

2. Considera que los tres elementos referidos están vinculados lógicamente, de manera de que para que se actualice uno de los elementos, se requiere que se presente uno anterior. Esto sirve de sustento para corroborar lo expuesto por nosotros en párrafos anteriores.

Consideramos importante destacar que dicha sistematización del delito, también es sostenida por los dos más reconocidos exponentes de la moderna teoría del delito en Alemania.

En efecto, sobre el tema JAKOBS señala: “... se propone una estructura del delito que consta de tres escalones: El delito será una acción típica, antijurídica y culpable”⁸.

⁷ Cfr. WELZEL, Hans traducido por José Cerezo Mir. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Reimpresión de la Primera Edición, Montevideo, 2002. Pág. 69

⁸ Cfr. JAKOBS, Günther traducido por Joaquín Cuello Contreras. *Derecho Penal, Parte General*, Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, Pág. 195

Por su parte, en términos similares, ROXIN señala:

“Desde hace aproximadamente cien años se ha construido en Alemania, y en diversas partes del mundo,-salvo en el ámbito jurídico angloamericano-un sistema del derecho penal sustentado en tres categorías estrechamente vinculadas entre sí: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad”.⁹

A esta sistematización del delito, le llama ROXIN la división tripartita.¹⁰ De igual forma, siguiendo la misma forma de estructurar el delito, encontramos a WESSELS y BEULKE quienes conceptualizan al delito desde la estructura tripartita, pues dicen: “*Straftat ist eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftige Handlung*”¹¹, lo cual en español lo traducimos de la siguiente manera: “la acción pumible es una conducta típica, antijurídica y culpable”¹²

Por otra parte, en el mismo sentido encontramos a KRÜGER y HUFGARD señalando la necesidad de que concurren los tres elementos mencionados para que se estructure el delito, al señalar:

“*Heute ist in der Strafrechtslehre und-praxis dreistufige Deliktsaufbau ganz herrschend, der zwischen Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld differenziert*”¹³

⁹ Cfr. ROXIN, Claus. *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*, UBUUS, México, 2008, Págs. 10-11.

¹⁰(dreistufige)“Wenn man im Hinblick auf die drei wesentlichen Attribute der Handlung(Tatbestandsmäßigkeit,Rechtswidrigkeit, Schuld) von einem dreistufigen Verbrechenaufbau sprechen kann...” Vld. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Cuarta Edición, Verlag C.H. Beck, München, 2006, Pág. 287. JAKOBS, Günther, traducido por Joaquín Cuello Contreras. *Derecho Penal, Parte General*, Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, Pág. 195. En similares términos se refieren WESSELS y BEULKE al referirse a dicha división de delito con tres elementos como el concepto de los tres eslabones(dreigliedrigen). WESSELS, Johannes y BEULKE, Werner. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Trigésima sexta Edición, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, Pág.43

¹¹ Cfr. WESSELS, Johannes y BEULKE, Werner. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, trigésimaséxta edición, C.F. Müller Verlag, 2006, Pág. 29.

¹² La traducción es nuestra.

¹³ Cfr. KRÜGER, Rolf y HUFGARD, Geró. *Grundlagen Wissen Strafrecht*, Cuarta Edición, Alpmann und Schmidt, Münster, 2007, Pág. 12. Asimismo dichos autores refieren a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como elementos obligatorios de todo delito al señalar: “*Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld sind zwingende Elemente aller Straftaten.*” Cfr. *Idem*. Asimismo éstos autores señalan que la

Que en nuestro idioma, versa:

“Actualmente en lo referente a la teoría del delito e incluso en la práctica la impera en su estructuración tripartita del delito, mediante la cual se diferencia entre la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad”¹⁴.

Ahora bien, la antijuridicidad, se presenta siempre que haya tipicidad, salvo en los casos en que haya una causa de justificación, por tanto, en los casos en que se actualicen la tipicidad y la antijuridicidad, se configura el injusto¹⁵. Así pues, siguiendo esta sistematización del delito, concluimos que el delito entonces se puede componer incluso de dos elementos, del injusto y de la culpabilidad, entonces pues, esta forma de dividir el delito se denomina bipartita.¹⁶

Por otra parte, al estudiar la doctrina en México, notamos que se utiliza el mismo estudio sistematizado lógico para determinar la configuración del delito, con la diferencia de que tal y como se expondrá en los siguientes renglones, un sector importante de la doctrina maneja la fórmula pentatómica del delito. Lo cual destacamos, al estudiar a PORTE PETIT, quien señala:

“... nadie puede negar que, para que concurra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del delito. La circunstancia de que sea necesario que exista un elemento para que concurra el siguiente, no quiere decir que haya *prioridad lógica*, porque ningún elemento es fundante del siguiente, aun cuando sí es necesario para que el otro elemento exista...”¹⁷

tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son elementos que forzosamente se deben incluir en todo delito al señalar: “*Tatbestandsmassigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld sind zwingende Elemente aller Straftaten.*” Vid. *Idem*. El texto en español se traduce: “La tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son elementos que deben incluirse en todos los delitos”. La traducción es nuestra.

¹⁴ La traducción es nuestra.

¹⁵ Vid. ROXIN, Claus. *Evolución y Modernas Tendencias...* Op Cit. Pág. 12.

¹⁶ (*zweistufige*). Vid. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil...* Op Cit. Pág. 287.

¹⁷ Cfr. PORTE PETIT, Celestino. *Apuntes de la Parte General del Derecho Penal*, I, México, 1960, Pág.148.

Con lo anterior coincide PAVÓN VASCONCELOS, quien además de creer en la prelación lógica necesaria para determinar la existencia del delito, considera que el delito está compuesto por los cinco elementos que ya mencionamos¹⁸.

En términos similares se pronuncia AMUCHATEGUI REQUENA al incluir los cinco elementos referidos anteriormente en la estructura del delito:

“Los elementos del delito son cada una de las partes que lo integran; dicho de otra manera: el delito existe en razón de la existencia de los elementos: conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad, punibilidad y condicionalidad objetiva”¹⁹.

Luego entonces, de lo anteriormente expuesto, se desprende que se conocen los cinco elementos de la conducta punible ya mencionados, que son: la acción o hecho, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Sin embargo, también notamos como en Alemania, aún cuando se conocen los cinco elementos del delito mencionados, actualmente hay la tendencia de estructurar al delito desde tres de los caracteres mencionados, que son: la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad, lo cual excluye dentro de la fórmula del delito a la acción y a la punibilidad.

Por lo tanto, estudiaremos los motivos por los que, de acuerdo a lo investigado, consideramos que en la concepción tripartita del delito no se incluye la acción, ni la punibilidad.

¹⁸Vid. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Decimatercera Edición, Porrúa, México, 1997, P. 191.

¹⁹ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, Griselda. *Derecho Penal*, Tercera Edición, Oxford University Press, México, 2005, Pág. 48

1.3. LA ACCIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DIVISIÓN TRIPARTITA DEL DELITO²⁰,

Como ya vimos en el apartado que antecede, en la división tripartita del delito, no se incluye a la acción ni a la punibilidad como elemento del delito. Ahora veremos los motivos porqué, de acuerdo a lo que investigamos, no se incluye a la acción como elemento del delito en la estructura tripartita del delito.

Se considera a HEGEL como el creador del concepto jurídico penal de la acción, en la cual incluía no únicamente el aspecto volitivo, sino el también el moral, al señalar que:

*“Die Äusserung des Willens als subjektiven oder moralischen ist Handlung...
Erst die Äusserung des moralischen Willens ist Handlung”²¹.*

Que en español versa de la siguiente manera:

“La exteriorización de la voluntad tanto en su parte subjetiva como la moral configura la acción... únicamente la voluntad moral configura la acción”²².

Habremos de mencionar que, de los cinco elementos de la conducta punible, la acción ha sido el más difícil de definir, esto se debe principalmente a que la teoría

²⁰Siguiendo la directriz de las traducciones de las obras de JAKOBS y ROXIN decidimos por llamar al primer elemento de la conducta punible como “acción”. Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, traducido por Cuello Contreras, Joaquín y Otros, Marcial Pons, Madrid, 1997, Págs. 156-168. ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, traducido por Luzón Peña, Diego-Manuel y Otros, 2ª Edición Alemana, Editorial Civitas, Madrid, 1997, Págs. 233-266. Sin embargo, es importante señalar que en la doctrina alemana, ese primer elemento de acción, también puede considerarse como la conducta (*Verhalten*), pues en él se circunscribe tanto a la acción como la omisión, lo cual podemos evidenciar al dar lectura a HASSEMER quien en su texto en alemán nos dice: *“Das erste Merkmal der Straftatlehre ist die Handlung (oder auch das Verhalten, wie man sagt, um jedenfalls die Unterlassung, das Verhungernlassen, das Ertrinkenlassen, nicht zu übersehen)”* HASSEMER, Winfried, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª Edición, C.H. Beck’s Verlagsbuchhandlung, München, 1990, Págs.205

²¹Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Reclam, 1970, Pág.218

²²La traducción es nuestra.

causalista, ubica a los elementos subjetivos del delito en la sede de la culpabilidad y la teoría finalista así como la funcionalista los ubican en el tipo.

← Como ya mostramos anteriormente, los más destacados juristas no consideran a la conducta como parte del delito, ello en virtud de que la acción puede ser típica o no, y de acuerdo a lo expuesto por JAKOBS solo la acción típica es jurídicamente relevante²³. A lo anterior, debemos agregar, que en todo caso, la conducta se estudia en el tipo, lo anterior, lo evidenciamos al estudiar a JAKOBS, quien señala a la acción como contenido mínimo del tipo, al exponer:

“Tampoco tipo y acción son distintos escalones del delito. La acción es un concepto relativo; es decir, no hay acción en sí, sino sólo acciones determinadas en cada caso mediante los efectos externos evitables del sujeto. Estos efectos, en tanto que no típicos, son jurídicamente irrelevantes (el pasear no es jurídicamente relevante por el hecho de ser acción), pero en tanto que típicos ellos mismos son realizaciones de tipos. Esta identidad de acción y realización del tipo no obsta para que se traten ambos como escalones del delito separados”²⁴.

Por su parte, ROXIN, se pronuncia en términos similares al señalar que en el tipo se valora la acción, desde el punto de vista de la necesidad abstracta de la pena²⁵.

Luego entonces, de lo anteriormente expuesto, podemos concluir que en la división tripartita del delito, se incluye el estudio de la acción en la sede del tipo y por ello, consideramos que más que excluirse como elemento del delito, forma parte del él al formar parte del tipo.

²³ Vid. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal... Op Cit.* Pág. 199.

²⁴ Cfr. *Idem.*

²⁵ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op Cit.* Pág. 218 Incluso, ROXIN dedica uno de sus subtemas a describir la absorción de la acción por el Tipo. Vid. *Ibidem.* P. 252

1.4. LA PUNIBILIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DIVISIÓN TRIPARTITA DEL DELITO.

A la fecha se cuestiona si a la división tripartita del delito debe agregársele la punibilidad como cuarto carácter del mismo. Analizando este punto, ROXIN señala que no toda conducta típica, antijurídica y culpable es punible sino que se requieren las condiciones objetivas de punibilidad, mismas que consisten en determinar si han de concurrir otras circunstancias aparte de la responsabilidad en una actuación injusta para que se presente la punibilidad²⁶.

Se considera que dichas condiciones se estudian precisamente en la sede de la punibilidad, en atención a que no forman parte del tipo y son un presupuesto para que el actuar típico y antijurídico conlleve consecuencias penales²⁷.

²⁶ Vid. ROXIN, Claus traducido por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Derecho Penal... *Op Cit.* Pág. 970. De igual forma, sobre dichas condiciones objetivas de punibilidad tratan WESSELS y BEULKE. Vid entre otros.: WESSELS, Johannes y BEULKE, Werner. *Strafrecht Allgemeiner Teil...* *Op Cit.* Págs. 52-53. KÜHL, Kristian. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª Edición, Verlag Vahlen, Alemania, 2005. Págs. 8-9. Sobre la duda de la incorporación de la punibilidad en la estructura del delito ROXIN señala: "1. El rechazo de la cuarta categoría del delito. A veces se pretende negar la existencia de condiciones objetivas de punibilidad o de causas de exclusión de punibilidad. Dichos intentos están parcialmente justificados, en cuanto que, efectivamente, muchos de los elementos que se suele atribuir a esas categorías pertenecen ya al tipo, la antijuridicidad o la responsabilidad..., pero van demasiado lejos cuando afirman la imposibilidad por principio de que haya elementos neutros respecto del injusto y la culpabilidad." Cfr. ROXIN, Claus traducido por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Derecho Penal... *Op.Cit.* Págs. 980-981. De igual forma en el mismo tema de no incluir la punibilidad como una cuarta categoría del delito señala el mismo autor: "Por regla general, una acción típica, antijurídica y efectuada responsablemente también es punible. Por tanto, una cuarta categoría delictiva más allá del sistema tripartito del delito no designa un presupuesto general de la punibilidad y ya por esa razón no puede tener el mismo rango que el tipo, la antijuridicidad y la responsabilidad." *Ibidem.* Pág. 970. Por su parte BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE sobre el mismo tema dice: "No es sencillo conceptualizar y dar contenido a la punibilidad. Buena parte de la doctrina se resiste a considerar necesario este elemento sistemático. A este rechazo contribuye la dificultad de trazar un paralelo entre la punibilidad y los demás elementos del delito, ya que éstos se caracterizan por ser indispensables como presupuestos de la pena, mientras que la punibilidad es contingente o excepcional" Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y Otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición, Editorial Praxis, España, 1999. Pág. 267

²⁷ Vid. MAURACH, Reinhart y ZIPF Heinz traducidos por BOFIL GENSCHE, Jorge y AIMONE GIBSON, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, Séptima Edición, Editorial Astrea, 1994, Págs. 372-373. Con todo y ello, de todo lo investigado notamos que se discute mucho sobre estas condiciones objetivas de punibilidad, pues muchos autores las consideran como parte del tipo.

Entre los autores que consideran la punibilidad como un elemento del delito, encontramos a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, quien sobre el tema nos señala:

“La punibilidad es, pues, un nuevo eslabón en la teoría del delito, que se caracteriza por limitar la intervención penal, sobre la base de perseguir determinados objetivos de Política Criminal. La explicación más satisfactoria de esta categoría se basa en diferenciar el *merecimiento* de la pena de la *necesidad de la pena*. Al constatar que un comportamiento reúne todas las características del delito, se afirma que esa conducta es merecedora de la pena, esto es, que sufre una desaprobación jurídica tan intensa que debe acarrear un castigo. Sin embargo, la Política Criminal permite al legislador establecer un nuevo tamiz, añadiendo otros requisitos para que ciertas conductas merecedoras de pena sólo se sancionen cuando dicha pena sea, a la vez, necesaria.”²⁸

El autor citado también acepta la concurrencia de circunstancias objetivas de punibilidad, mismas que si no se presentan sería innecesaria la aplicación de la pena²⁹. Consideramos que la concepción de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE tiene una clara tendencia funcionalista, pues una de las aportaciones a dicha teoría es la dirección política criminal, en la que se aplica la pena solo en los casos en los que sea necesaria³⁰. De ello, trataremos en el capítulo referente al funcionalismo.

Así pues, se discute si existen tales circunstancias objetivas de punibilidad, sin embargo, lo único en que hay consenso doctrinario es en que todas ellas pertenecen a la sede de la punibilidad³¹. Una vez que se presenta el hecho, típico, antijurídico, culpable se

²⁸ Cfr. *Idem*.

²⁹ Dicho autor distingue las condiciones objetivas de la punibilidad propias de las impropias, aquí hablamos de las propias, pues las impropias son normalmente rechazadas por la doctrina, por considerar que más que todo pertenecen al tipo de lo injusto. Vid. *Ibidem*, p. 269-270

³⁰ Al respecto Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo*, Quinta Edición, Porrúa, México, 2004, Págs. 107-109.

³¹ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op Cit.* Pág. 970.

agregan estas condiciones objetivas de la punibilidad y fundamentan la punibilidad y no se refieren al dolo o culpa del autor³².

Como ejemplo, el Profesor ROXIN acude a la figura típica de la embriaguez total que se prevé en el artículo 323 inciso "a" del ordenamiento penal alemán³³, mediante el cual se establece que el solo hecho de embriagarse voluntariamente, justificará la aplicación de la pena, claro que anteriormente a ello se requeriría que se cometiera el hecho antijurídico en estado de embriaguez, sin que importe si el sujeto ha obrado dolosa o culposamente, sino que es una condición "objetiva" de punibilidad³⁴. Lo mismo aparece en los casos de la muerte o lesiones graves en caso de riña, previsto en el artículo 231 del ordenamiento legal en cita³⁵.

El mismo autor menciona otras circunstancias que se consideran condiciones objetivas de la punibilidad, y que son independientes de la culpabilidad como la "garantía de reciprocidad" y el mantenimiento de "relaciones diplomáticas", en los delitos contra Estados extranjeros de los cuales tratan los artículos 104 a³⁶ y el artículo 102³⁷ del Código Penal comentado.

³² Vid. *Idem*.

³³ El texto en español es el siguiente: "§323 a. Embriaguez total. (1) Quien se embriague con dolosamente o culposamente por medio de bebidas alcohólicas u otros medios embriagantes será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa, si él en éste estado comete un hecho antijurídico y por causa de ello no puede ser castigado porque él como consecuencia de la embriaguez era incapaz de culpabilidad o porque esto no se excluya. (2) El castigo no puede ser mayor que el que amenace para el hecho cometido en estado de embriaguez. (3) El hecho sólo será perseguido con base en una solicitud, con autorización o por querrela, cuando el hecho de la embriaguez solo pueda ser perseguido por solicitud, con autorización o con querrela". *Código Penal Alemán*, Traducido por LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999, Pág. 266.

³⁴ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... Op Cit.* Pág. 971

³⁵ En español el texto versa de la siguiente manera: "§231. Participación en riña. (1) Quien participe en una riña o en una agresión cometida por varias personas, será castigado por el sólo hecho de la participación con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa si por la riña o agresión se causa la muerte de una persona o una lesión corporal grave(§)." *Código Penal Alemán*, Traducido por LÓPEZ DÍAZ, Claudia... *Op Cit.* 1999, Pág. 193.

³⁶ El texto traducido al español dice: "§ 104 a. Presupuestos de la persecución penal. Los hechos punibles de acuerdo con esta Sección sólo serán perseguidos cuando la República Federal de Alemania mantiene(sic, ¿mantenga?) relaciones diplomáticas con el otro Estado; exista la garantía de reciprocidad, y al tiempo del hecho también haya estado dada ésta garantía, y cuando exista una petición de castigo por parte del Gobierno Extranjero y cuando el Gobierno Federal haya impartido su autorización para la persecución penal." *Código Penal Alemán*, Traducido por Claudia LÓPEZ DÍAZ, Claudia... *Op Cit.* Pág. 110

³⁷ El texto en español versa: "§ 102. Agresión contra órganos y representantes de Estados Extranjeros. (1) Quien cometa una agresión contra la existencia de un Jefe de Estado extranjero, de un miembro de un Gobierno extranjero o de un Director de una representación diplomática acreditada en el(sic, ¿la?) República Federal de Alemania, mientras que el agredido se encuentre en el país en calidad oficial, será castigado con pena privativa de la libertad hasta por cinco años o con multa, en casos especialmente graves con pena privativa de la libertad no inferior a un año, (2) Adicionalmente a una

En esa tesitura, al estudiar el Código Penal de Alemania, advertimos que en su artículo 23 se establece otra condición objetiva de punibilidad, pues dicho artículo dice:

“§ 23. Strafbarkeit des Versuchs. (1) Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt.”³⁸

El texto en nuestro idioma señala:

“§ 23 Punibilidad de la Tentativa. (1) La Tentativa de un delito grave es siempre punible, la tentativa de un delito menos grave, es punible únicamente en los casos en que la Ley expresamente lo determine. ...”³⁹

Como podemos advertir, la condición para que la tentativa sea punible en los delitos menos graves, es que su punibilidad esté determinada en la Ley, lo cual implica que remite a la parte especial del ordenamiento penal, según sea el caso.

Por su parte, en el Código Penal para el Estado de Nuevo León, también detenta sus condiciones objetivas para que sea punible la tentativa, esto en virtud de que en su artículo 31 se restablece:

pena privativa de libertad de por lo menos seis meses, el tribunal puede denegar la capacidad de ocupar cargos públicos y de obtener derechos por elecciones públicas, y el derecho de elegir o votar en asuntos públicos(§45, incisos 2 y 5).” *Código Penal Alemán* traducido por LÓPEZ DÍAZ, Claudia. . . *Op Cit.* Pág. 109

³⁸ *Strafgesetzbuch*. Cuadragésimocuarta Edición, Becke-Texte, Munich, 2007, Pág. 18

³⁹ La traducción es nuestra. Aquí cabe señalar que se utilizó la expresión “delito menos grave” en virtud de que en Alemania, una forma general de clasificar los delitos, es dependiendo de su gravedad, los delitos graves(*Verbrechen*) a los cuales se aplicaría una pena de prisión de un año o mayor y los delitos menos graves(*Vergehen*) a los cuales se aplica una pena privativa de libertad menor o bien una pena pecuniaria, esto aparece en el artículo 12 fracciones 1 y 2 del Código Penal Alemán, que enseguida se transcriben: “§ 12 *Verbrechen und Vergehen.*(1) *Verbrechen sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmass mit Freiheitsstrafe con einem Jahr oder darüber bedroht sind.* (2) *Vergehen sind rechtswidrige Taten, die in Mindestmass mit einer geringeren Freiheitsstrafe oder mit Geldstrafe bedroht sind.*”*Strafgesetzbuch*. .Pág. 16 Para esto ver. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal...Op cit.* Págs. 219-220, ROXIN, Claus. *Derecho Penal...Op cit.* Págs. 267-268.

“Artículo 31.- La tentativa es punible cuando se realizan actos de ejecución idóneos, encaminados directamente a la consumación de un delito, y éste no llega a producirse por causas ajenas a la voluntad de quien representó el hecho”.

En efecto, el precepto impone expresamente como condiciones para que la tentativa sea “punible” las siguientes:

1. Se realicen actos de ejecución idóneos;
2. Que dichos actos estén encaminados directamente a la consumación de un delito y;
3. Que el delito no se llega a producir por causas ajenas a la voluntad de quien representó el hecho.

Sin embargo, hay que tener presente que, como contraparte de las condiciones objetivas de punibilidad, tenemos las causales excluyentes de punibilidad, las cuales al concurrir, “excluyen” a la punibilidad y, por el contrario, su no concurrencia implica la conformación del presupuesto de la punibilidad⁴⁰.

Comentando este tema, ROXIN⁴¹, nos distingue entre tres vertientes:

1. Las causas personales de exclusión de punibilidad.
2. Las causa material(objetivas) de exclusión de punibilidad y;
3. Causas de Supresión de punibilidad.

En los próximos párrafos comentamos sobre las tres causales enumeradas anteriormente.

⁴⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal ...*Op Cit* Pág. 971 Ver también: WESSELS, Johannes y BEULKE, Werner. Strafrecht...*Op Cit*. Págs. 175-176.

⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General...* Pág. 971-972. Véase también, WESSELS, Johannes y BEULKE, Werner. *Strafrecht Allgemeiner Teil...* Págs. 175-176.

1.4.1. CAUSAS PERSONALES DE EXCLUSIÓN DE PUNIBILIDAD.

En las causas personales de exclusión de la punibilidad, como su nombre lo indica, la exclusión no afecta a todos los intervinientes, sino sólo a aquél en cuya persona concurra el elemento excluyente de la punibilidad, un ejemplo lo es la impunidad de las expresiones parlamentarias previsto en el artículo 36 del Código Penal de Alemania⁴², mediante el cual se prohíbe sancionar aquellas injurias que realiza cualquier miembro del parlamento en sus funciones, para no obstruir la capacidad funcional del parlamento, sin embargo, por otra parte, la exclusión de la punibilidad no afecta a intervinientes ajenos al parlamento.

Consideramos que un ejemplo de este tipo de exclusión de punibilidad, lo encontramos en el primer párrafo del artículo 33 del Código Penal para el Estado de Nuevo León, que al referirse a la tentativa indica:

“**Art. 33.** Siendo varios los que participen en el hecho, no se sancionará por tentativa, a quien voluntariamente impida la consumación del delito, o a quien demuestre una determinación espontánea y objetiva para impedir su consumación, aunque ésta llegue a realizarse a pesar de su empeño en impedirlo. En ambos casos, se aplicarán a todos los partícipes las sanciones que correspondan por los delitos consumados por ellos o con su intervención en la preparación del delito tentado”.

Como se desprende en el artículo anteriormente transcrito, se excluye la punibilidad únicamente a aquellas personas que voluntariamente impidan la consumación de un delito, o a quienes demuestren la determinación espontánea y objetiva para impedir su consumación.

⁴²Traducido al español el artículo versa: “§ 36. **Opiniones parlamentarias.** En ningún momento época los miembros del parlamento federal, de la Asamblea Federal o de su órgano legislativo de un Estado Federal se hacen responsables de sus votos o sus opiniones hechas en la corporación o en sus comisiones por fuera de la corporación. Esto no rige para las injurias difamantes.” *Código Penal Alemán*, Traducido por LÓPEZ DÍAZ, Claudia... *Op Cit.* Pág. 25.

Otra causal de exclusión de punibilidad de la misma especie, la encontramos en el artículo 334 Bis del Código Penal de Nuevo León, que establece:

“Art. 334 Bis. Se aplicará sanción de dos a seis años de prisión y multa de doscientas cincuenta a seiscientas cuotas a la persona, sea o no servidor público, que divulgue total o parcialmente para ser transmitida o publicada por medios masivos de comunicación, la entidad o paradero de la víctima o el ofendido, testigos, peritos, cónyuge o familiares de éstos, o aporte cualquier dato que permita su identificación pública y que se encuentren relacionados a un procedimiento penal, en el que se atribuya un hecho tipificado como delito por cualquiera de los artículos 165 bis, 176, 318, 325, 357 ó 357 bis de éste Código. **Quedando exceptuados de esta disposición, las autoridades competentes obligadas por mandamiento de Ley a compartir o publicar información relativa por razones o naturaleza de su encargo”.**

Como se desprende al dar lectura al artículo anteriormente transcrito, la causa de exclusión de punibilidad se actualiza en los casos en que autoridades competentes por mandamiento de Ley estén obligadas a compartir o publicar información relativa por razones o naturaleza de su encargo.

Asimismo, en el artículo 174 del Código Penal del Estado de Nuevo León, encontramos otra de las causales de exclusión de punibilidad, lo cual se evidencia al dar lectura a dicho numeral, que dispone:

“Artículo 174.- Se sancionará con pena de seis meses a un año de prisión y con multa de una a diez cuotas, a quien porte alguna de las armas a que se refiere el artículo 173 de este Código, en lugares donde se consuman bebidas embriagantes y centros de diversión, o en cualquier otro lugar público, cuando en este último caso el activo se encuentre en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes o sustancias tóxicas.”

“Los servidores públicos podrán portar las armas autorizadas para el ejercicio de su cargo, sujetándose para ello a las leyes y reglamentos respectivos.”

“Cometen el delito de portación prohibida de armas los servidores públicos, cuando portan, en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes o sustancias tóxicas las armas autorizadas para el ejercicio de su cargo.”⁴³

Como se desprende el primer párrafo de dicho numeral, establece dos casos; el primero de ellos establece el caso de la persona que porta las armas a que se refiere el artículo 73 del ordenamiento en cita, en lugares donde se consuman bebidas embriagantes y centros de diversión, en el segundo, se prevé la sanción penal para los casos en que el sujeto activo porte armas en cualquier lugar público y se encuentre en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes o sustancias tóxicas.

En los supuestos nos encontramos ante delitos de peligro, pues no se ha lesionado a nadie con el arma, sin embargo, se sancionan las referidas conductas, por el hecho de que en los supuestos previstos por ellas, se actualizan situaciones de peligro. Sin embargo en el primero de los supuestos referido en el primer párrafo, establecida en el segundo párrafo, en el cual se permite a los servidores públicos portar armas para el ejercicio de su cargo, sujetándose a los ordenamientos legales aplicables.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, se concluye que las causas personales de exclusión de punibilidad se encuentran no únicamente en el ordenamiento penal de Alemania, sino, también en Nuevo León. Ello es así, en virtud de que tal y como se demuestra en los dos artículos citados anteriormente.

⁴³ El artículo 173 del mismo ordenamiento dispone:

“**Artículo 173.-** Se consideran armas:”

“I. Los instrumentos cortantes, punzantes o punzocortantes que por su descripción, tamaño, y la dimensión de su cacha, si la tuviera, deba estimarse potencialmente lesiva;”

“II.- Las manoplas, macanas, hondas con pesas o puntas similares;”

“III. Los instrumentos laborales que por sus características puedan ser utilizados para agredir y se porten para menesteres diversos al trabajo;”

“IV. Las que otras leyes locales consideren como tales; y”

“V. Cualesquiera de las armas que anteceden, cuando estén ocultas o disimuladas en bastones u otros objetos.”

1.4.2. CAUSAS MATERIALES (OBJETIVAS) EXCLUSIÓN DE PUNIBILIDAD.⁴⁴

Por su parte, la difamación conforma una de las causas materiales(objetivas) de exclusión de la punibilidad, el autor nos menciona el ejemplo de la difamación, que aparece en el artículo 186 del Código Penal Alemán⁴⁵, donde la aportación de la prueba de la verdad es una causa de exclusión de la punibilidad que despliega su eficacia por igual para todos los que hayan intervenido en el hecho.

En el Código Penal de Nuevo León se otorga la oportunidad de acreditar la prueba solo en dos supuestos, mismos que de actualizarse excluirían la punibilidad, pues señala:

“**Artículo 346.** Al acusado de difamación no se le admitirá prueba alguna para acreditar la verdad de su imputación, sino en dos casos:”

“I. Cuando aquella se haya hecho a un depositario o agente de la autoridad, o a cualquier persona que haya obrado con carácter público, si la imputación fuere relativa al ejercicio de sus funciones; y”

“II. Cuando el hecho imputado esté declarado cierto por sentencia ejecutoriada, y el acusado obre por motivo de interés público o por interés privado, pero legítimo, y sin ánimo de dañar.”

“En estos casos se librará de toda sanción al acusado, si probare su imputación.”

Aquí se reduce la posibilidad de la exclusión de la punibilidad, a los dos casos mencionados anteriormente, en virtud de que mientras en el Código Penal Alemán, la

⁴⁴ Consideramos importante destacar que únicamente ROXIN incluye las Causas materiales de punibilidad en su clasificación de los tipos de exclusión de punibilidad.

⁴⁵ El texto en español versa: “§ 186 Difamación. Quien en relación con otro afirme o difunda un hecho para hacerlo despreciable, o para desprestigiarlo ante la opinión pública, cuando éste hecho no se prueba como cierto, será castigado con pena privativa de libertad hasta un año o con multa, y cuando el hecho haya sido cometido públicamente o por medio de la divulgación de publicaciones(§11, inciso 3), será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años, o con multa.” *Código Penal Alemán*. Traducido por LÓPEZ DÍAZ, Claudia... *Op Cit.* Págs. 170-171

difamación, tiene como uno de los elementos del delito que el hecho que se le impute a la persona sea falso, en el Código Penal de Nuevo León, la difamación se puede presentar en los casos que se atribuya a una persona hechos ciertos o falsos que puedan causarle deshonra⁴⁶.

1.4.3. CAUSAS DE SUPRESIÓN DE LA PUNIBILIDAD.

En lo referente a las causas personales de supresión de la punibilidad aparece el desistimiento voluntario de la tentativa artículo 24 del Código Penal Alemán⁴⁷ y artículos 32 y 33 del Código Penal de Nuevo León⁴⁸ y los casos del desistimiento eximente de la pena en delito consumado, como lo es el juramento falso culposo establecidos en el artículo 163⁴⁹ y el arrepentimiento eficaz establecido en el numeral 306e⁵⁰ del Código Penal

⁴⁶ "Artículo 344. La difamación consiste en comunicar dolosamente a una o más personas, la imputación que se le hace a otra persona física o persona moral, en los casos previstos por la ley, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien".

⁴⁷ El texto traducido al español versa: "§ 24. Desistimiento.(1) No será castigado por tentativa, quien renuncia voluntariamente a la realización del hecho o evita su consumación. Si el hecho no se consuma sin intervención del desistente, entonces será impune si él se esfuerza voluntaria y seriamente para evitar la consumación.(2) Si son varios los partícipes en el hecho entonces no se castigará por tentativa a quien evitó voluntariamente la consumación. Sin embargo, basta para su no punibilidad su esfuerzo voluntario y serio, para evitar la consumación del hecho, cuando no se consume sin su intervención o se haya cometido independientemente de su anterior aporte al hecho." *Código Penal Alemán*. Traducido por LOPEZ DÍAZ, Claudia... *Op Cit*. Págs.21-22.

⁴⁸ "Artículo 32. No es punible la conducta de quien desiste voluntariamente de la ejecución de un delito o de quien habiendo participado en su preparación, impide que el resultado se produzca; sin embargo, en ambos casos se sancionará por los delitos consumados en la preparación del delito tentado."

"Artículo 33. Siendo varios los que participen en el hecho, no se sancionará por tentativa, a quien voluntariamente impida la consumación del delito, o a quien demuestre una determinación espontánea y objetiva para impedir su consumación, aunque ésta llegue a realizarse a pesar de su empeño en impedirlo. En ambos casos, se aplicarán a todos los partícipes las sanciones que correspondan por los delitos consumados por ellos o con su intervención en la preparación del delito tentado."

⁴⁹ "§163 *Fahrlässiger Falscheid; fahrlässige falsche Versicherung and Eides Statt.* (1) Wenn eine der in den §§ 154 bis 156 bezeichneten Handlungen aus Fahrlässigkeit begangen worden ist, so tritt Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe ein.(2) Strafflosigkeit tritt ein, wenn der Täter die falsche Angabe rechtzeitig berichtigt. Die Vorschriften des § 158 Abs. 2 und 3 gelten entsprechend." *Strafgesetzbuch*, ... Pág. 89 El texto en español se traduce: "§ 163. Juramento falso culposo; atestiguamiento falso bajo juramento culposo.(1) Cuando una de las acciones descritas en los §§ 154 a 156 hayan sido cometidos por culpa entonces el castigo será pena privativa de libertad hasta un año o multa. (2) No se castigarán los casos en que el autor haya corregido oportunamente la falsa declaración. Las disposiciones del § 158 incisos 2 y 3 rigen en lo pertinente." La traducción es nuestra.

⁵⁰ El artículo traducido al español establece: "§ 306 e. Arrepentimiento eficaz. (1) El tribunal puede atenuar la pena según su discrecionalidad(§ 49 inciso 2) en los casos de los §§ 306, 306 a y 306b o prescindir del castigo según estas normas si el autor extingue voluntariamente el incendio antes de causar considerable daño.(2) Según el § 306 d, no será castigado quien extinga voluntariamente el incendio antes de causar

Alemán, donde se presenta una acción punible, sin embargo, se vuelve a suprimir la punibilidad respecto de quien desista, pudiendo subsistir la conducta de las demás personas que en su caso hayan participado.

Con todo lo anterior, podemos afirmar que la estructura tripartita del delito, es sólo una cuestión teórica y respecto a ello ROXIN nos dice:

“La polémica sobre la significación dogmática y la justificación político criminal de las condiciones objetivas de punibilidad y de las causas de exclusión de la punibilidad se debe, y no en último término, a que este rúbrica constituye un revoltijo de elementos muy heterogéneos, sobre los que es casi imposible hacer afirmaciones generales. En la misma se enumeran múltiples elementos, en los que un análisis más exacto puede poner de manifiesto que no están al margen de la estructura tripartita del delito, sino que se pueden incluir en el tipo en la antijuridicidad o en la responsabilidad. Sólo si se excluyen tales elementos, cabe elaborar claramente la estructura de los presupuestos de la punibilidad que deben describirse en una cuarta categoría.”⁵¹

De lo anteriormente expuesto, se desprende que una conducta típica, antijurídica y culpable no necesariamente es punible, pues después de esos tres elementos pueden encuadrar en los supuestos de las causas de exclusión de punibilidad así como en

considerable daño.(3) Si el incendio es extinguido sin intervención del autor antes de causar considerable daño, entonces es suficiente su empeño voluntario y serio de lograr esta meta.” *Código Penal Alemán*, Traducido por LÓPEZ DÍAZ, Claudia...*Op. Cit.* Págs. 247. Sobre este tema, consultó la obra *Derecho Penal Parte General de ROXIN* traducida por LUZÓN PEÑA, en la cual advertimos que él al referirse al arrepentimiento eficaz cita al artículo 310 del Código Penal de Alemania, lo cual nos llamó la atención en virtud de que dicho ordenamiento legal en el artículo prevé el delito de *Brandstiftung*(incendio provocado), por ello decidimos consultar la obra original de ROXIN, donde advertimos que se refería al delito previsto en artículo 306e ya transcrito en anteriores renglones de esta misma cita, para una mayor ilustración, se transcribe la referida cita: “*Als persönlicher Strafaufhebungsgrund werden der freiwillige Rücktritt vom Versuch (§ 24) und die Fälle des strafbefreienden Rücktritts vom vollendeten Delikt, z.B. §§ 163II, 306e...*” Cfr. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, ...*Op. Cit.* Pág. 1038. Lo cual traducido a nuestro idioma es la siguiente: “Y como **causas personales de supresión de punibilidad** se citan el desistimiento voluntario de la tentativa (§24) y los casos de desistimiento eximente de pena en delito consumado (p.ej. §§163 II, 306e...” La traducción es de LUZÓN PEÑA con la única modificación que nosotros hicimos de incluir el artículo 306e en lugar del 310. Cfr. ROXIN, Claus, traducido por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho Penal Parte General*...*Op. Cit.* Pág. 972

⁵¹ Cfr. ROXIN, Claus traducido por Luzón Peña Diego-Manuel y otros. *Derecho Penal*...*Op. Cit.* Pág. 972

las causas de supresión de la punibilidad. Asimismo, tal y como lo dijo ROXIN, ello es solamente una cuestión teórica, pues las mismas causales de exclusión de punibilidad pueden encontrarse en la tipicidad o antijuridicidad.

Sin embargo, si bien de lo anteriormente expuesto, se desprende que una conducta típica, antijurídica y culpable no necesariamente es punible, pero de igual forma, de lo analizado consideramos que sí es la regla general y consideramos que es por ello, que no se incluye la punibilidad teóricamente como un cuarto elemento del delito, ello lo vemos al dar lectura a ROXIN, que sobre dicho tema expone:

“Por regla general, una acción típica, antijurídica y efectuada responsablemente también es punible. Por tanto, una cuarta categoría delictiva más allá del sistema tripartito del delito no designa un presupuesto general de la punibilidad y ya por esa razón no puede tener el mismo rango que el tipo, la antijuridicidad y la responsabilidad.”⁵²

En sentido similar, MIR PUIG se refiere a las causas de exclusión de punibilidad, como causas que de hecho se presentan de forma excepcional y que por ello, su presencia no impide la presencia del delito, lo cual se evidencia al dar lectura a lo expuesto por dicho autor, que al respecto señala:

“El segundo grupo de circunstancias mencionadas (como determinado parentesco en el hurto, en el ejemplo antes mencionado), que impiden castigar a una determinada persona (aquí se habla de ‘excusas absolutorias’ y de ‘causas personales de exclusión o levantamiento de la pena’), al no afectar a la objetiva relevancia penal del hecho, no pueden impedir que subsista su antijuridicidad penal típica. Frente a estos elementos caben, entonces, dos actitudes. Por una parte, puede sostenerse que, no excluyendo ni el injusto penal ni tampoco la posibilidad de imputarlo al sujeto, *no impiden la presencia de un ‘delito’*, sino, sólo, excepcionalmente, el castigo del mismo cuando es cometido por una determinada persona. Por

⁵² Cfr. *Ibidem*. Pág. 970

otra parte, si sólo se entendiera por 'delito' el hecho concreto y personalmente 'punible', debería exigirse la concurrencia de los elementos personales referidos en el seno de una *categoría de 'punibilidad' posterior* a las de la antijuridicidad e imputación personal. Me inclino por la primera solución, más acorde con el significado de objetivo de desvalor que tiene el término 'delito'.⁵³

Por su parte, en términos similares, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, refiriéndose a la punibilidad como cuarto componente del delito dice:

“No es sencillo conceptualizar y dar contenido a la punibilidad. Buena parte de la doctrina se resiste a considerar necesario este elemento sistemático. A este rechazo contribuye la dificultad de trazar un paralelo entre la punibilidad y los demás elementos del delito, ya que éstos se caracterizan por ser indispensables como presupuestos de la pena, mientras que la punibilidad es contingente o excepcional”⁵⁴

Así pues, de lo analizado, nosotros concluimos que la doctrina dominante considera el delito compuesto de tres elementos indispensables que son; la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. En referencia a incluir a la punibilidad como cuarta categoría del delito, consideramos que si bien una conducta en la que se actualizan los tres elementos mencionados no necesariamente es punible, si lo es por regla general, ello de acuerdo a lo antes expuesto.

⁵³ Cfr

. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Séptima Edición, B de F, Argentina, 2005, Pág. 152. Para mayor lectura sobre la opinión de dicho autor en el tema, Vid. *Ibid*, Págs. 150-152

⁵⁴ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y Otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición, Editorial Praxis, España, 1999, Pág. 267

CAPÍTULO 2º EL CAUSALISMO

2.1. EL CAUSALISMO.

En el anterior capítulo expusimos las formas de cómo las diferentes fuentes doctrinales consideran que debe estar integrado el delito. Sin embargo, el problema consiste en determinar en cuál de los caracteres integrantes de la estructura del delito, se van a incorporar los elementos subjetivos; ello ha sido motivo de grandes debates en el ámbito de la teoría del delito. De ello trataremos en los próximos renglones.

La primera teoría sistematizada dentro de la época vertical del estudio de los elementos del delito es la causalista de la acción, que tiene como sus principales exponentes a VON LIZST⁵⁵ y BELING⁵⁶.

En esta teoría se considera a la acción como un movimiento corporal que causa un cambio en el mundo exterior, resumiéndose su fórmula de la siguiente manera: acción, mas nexo causal iguala al resultado⁵⁷.

Lo importante a destacar es que se consideraba a la acción vacía de elementos subjetivos, entre los que se encuentran el dolo y la culpa.

En efecto, desde la perspectiva causalista, a la voluntad del sujeto se le daba el carácter de movimiento corporal del autor, sin atender a la finalidad perseguida con ese

⁵⁵ Vid. VON LIZST, Franz. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, tercera edición, Berlin, 1888, Pág. 118. El mismo autor. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cuarta edición, Berlin, 1891, Pág. 128

⁵⁶ Vid. BELING, Ernst. *Grundzüge des Strafrecht*, onceava edición, Tübingen, 1930, Págs. 43 y ss.

⁵⁷ "Nach dem naturalistischen Verständnis der kausalen Handlungslehre wird Handlung als eine Körperbewegung aufgefasst, die eine Veränderung in der Aussenwelt bewirkt. Das Band, das die Handlung mit einem Bestimmten Erfolg verknüpft, ist die Kausalität." Cfr. KARGL, Walter. *Handlung und Ordnung im Strafrecht*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1991, Pág. 489

movimiento, ni a los aspectos intelectuales o espirituales, estando todo ello basado en lo objetivo, así las injurias son vistas como provocación de vibraciones en el aire y de procesos fisiológicos en el sistema nervioso del ofendido.⁵⁸

Es decir, la acción, la acción para los causalistas, es un factor de orden naturalístico, que trae como consecuencia un resultado material. No se presta atención a la finalidad de la acción. La voluntad del sujeto activo, resulta importante para determinar las modificaciones que ocasionó en el mundo exterior, mas no así para cerciorarse que el resultado era ocasionado por así haberlo pretendido el sujeto⁵⁹.

Esta teoría tiene su fundamento en el pensamiento jurídico naturalista, en el cual se suprimía todo pensamiento intelectual-espiritual, dándole primordial relevancia al mundo objetivo, material. Primero, se encuentra el conocimiento técnico, mientras que las características intelectuales, espirituales y morales del individuo pasan a un segundo nivel en grado de importancia⁶⁰.

El estudio de la teoría causalista es de fundamental importancia para nuestro trabajo, pues es la primera de las tres teorías que pretendemos demostrar se aplica en el sistema penal del Estado de Nuevo León.

2.1.1. EL CONCEPTO PSICOLÓGICO DE LA CULPABILIDAD.

Como ya quedó demostrado anteriormente, en la teoría causalista, se dejaba a la acción vacía de elementos subjetivos, sin embargo, ello no equivale a que el delito esté desprovisto de dichos elementos, sino que los elementos subjetivos se ubican en la sede de culpabilidad.

⁵⁸ Vid. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...*, *Op Cit.* Pág.161

⁵⁹ Vid. LUZON PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General I*, Editorial Universitaria, Madrid, 1996, Pág.250

⁶⁰ Vid. SACHER DE KOSTER, Mariana. *Evolución del Tipo Subjetivo*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, Pág. 58.

Es por ello, que en la teoría causalista se tenía un concepto puramente psicológico de la culpabilidad, según el cual ésta se concebía como la relación del sujeto con el resultado⁶¹ y por ello, se identificaba la culpabilidad dependiendo de cada situación psíquica, lo cual traía como consecuencia que únicamente el dolo y la culpa constituiran la culpabilidad.⁶² En relación a este tema WESSELS y BEULKE señala:

“Die ‘psychologische Schuldaufassung’ erblickte das Wesen der Schuld in der subjektiv-seelischen Beziehung des Täters zur Tat. Sie identifizierte den Schuldbegriff mit dem psychischen Sachverhalt (Wissen/Nichtwissen, Wollen/Nichtwollen), sah Vorsatz und Fahrlässigkeit demzufolge als ‘Schuldarten’ an.”⁶³

El texto traducido a nuestro idioma establece:

“El ‘concepto psicológico de la culpabilidad’ observa el carácter de la culpabilidad en la relación subjetiva-anímica del sujeto activo con el hecho. Se identifica el concepto de culpabilidad con la situación psíquica (conocimiento/no conocimiento, voluntario, involuntario), apareciendo en consecuencia el dolo y la culpa como ‘formas’ de culpabilidad.”⁶⁴

En ese orden de ideas, se establecía un nexo psicológico, entre el autor y el resultado, por lo tanto, si había una relación entre lo que pretendía aquel y éste, es decir, que el resultado se cometió por ser la intención del activo, entonces estábamos ante una

⁶¹ Vid. JAKOBS, Günther traducido por CUELLO CONTRETRAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. Derecho Penal... *Op cit.* Págs. 568-569. ROXIN, Claus traducido por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Derecho Penal... *Op cit.* Pág. 794.

⁶² “La separación del aspecto externo (injusto) con respecto al aspecto interno (culpabilidad) en el sistema de v. Liszt. *Beijing* y *Radbruch* de lugar al llamado *concepto psicológico de culpabilidad*: Los hechos psíquicos de la vertiente interna, es decir, según la concepción imperante a la sazón, solo dolo e imprudencia constituyen la culpabilidad.” Cfr. JAKOBS, GÜNTHER. Derecho Penal... *Op Cit.* Pág. 568; DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dolo*, Quinta Edición, Porrúa, México, 2004. Pág. 9

⁶³ Vid. WESSELS, Johannes y BEULKE, Werner. Strafrecht Allgemeiner Teil... *Op Cit.* Págs. 140-141.

⁶⁴ La traducción es nuestra.

culpabilidad dolosa, considerada como la culpabilidad perfecta, precisamente por haberse concebido de forma intencional por su autor⁶⁵.

Por el contrario, cuando se cometió el resultado sin ser la intención de su autor, se consideraba imperfecta y ésta era la denominada culpabilidad culposa, considerándose como menos grave, frente a la culpabilidad dolosa⁶⁶.

Asimismo, en los casos de culpabilidad culposa, el nexo psicológico entre el resultado pretendido por el sujeto activo y su intención, era calificado como "nexo psicológico defecutoso"⁶⁷.

Nosotros consideramos que nuestra legislación penal tiene un enfoque causalista, pues el Código Penal clasifica al dolo y a la culpa como formas de culpabilidad, lo cual se evidencia al dar lectura a su artículo 26 que en su parte conducente dispone:

"Artículo 26.- Toda persona acusada de delito se presume inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley, misma que será determinada en juicio, en el que se cumplan todas las formalidades esenciales del procedimiento y se le otorguen las garantías necesarias para su defensa."

"Sólo podrá realizarse la imposición de las penas, si la acción u omisión juzgada ha sido realizada con dolo, culpa o preterintención."

En efecto, nuestro Código, tiene la tendencia causalista, pues se evidencia el concepto psicológico de culpabilidad, al incluir al dolo y a la culpa en la sede de culpabilidad.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que en el sistema causalista, la culpabilidad estaba integrada por elementos psicológicos, ello trajo problemas al no poder

⁶⁵Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. Dolo...*Op cit.* Págs. 9-10

⁶⁶ Vid. ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General...*Op Cit.* Pág. 997

⁶⁷ Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. Dolo...*Op cit.* Págs. 9-10

justificar los delitos culposos, de ello trataremos al analizar las críticas al concepto psicológico de culpabilidad.

2.1.2. TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES⁶⁸.

Dentro del marco del sistema causalista de la acción, se ubica la teoría de la equivalencia de las condiciones, también llamada de la *conditio sine que non*. Mediante la misma, se toman en cuenta todas las circunstancias que hayan sido antecedentes directos del resultado para determinar que agentes son responsables del mismo, dicho de otra manera, si al suprimirse un hecho y el resultado no se produce, entonces entendemos que ese hecho es determinante para el resultado y consecuentemente desde la perspectiva del derecho penal, es causa del resultado⁶⁹.

LUZÓN PEÑA, destaca los rasgos principales de esta teoría al señalar:

“...Sostiene que toda condición del resultado, por secundaria, alejada o indirecta que sea, es causa del mismo y por tanto que a efectos causales todas las condiciones son equivalentes, entendiendo por condición todo factor sin el cual no se produciría el resultado.”⁷⁰

Así pues, una forma sencilla para determinar si un hecho es condición de un resultado, es suprimiendo mentalmente ese hecho y si con ello, el resultado no se produciría, entonces quiere decir que estamos frente a una condición del mismo y que por

⁶⁸ En Alemán se refieren a esta teoría como *Bedingungslehre* o también como *Äquivalenztheorie*. *Bedingung* significa condición, *Äquivalenz* quiere decir equivalencia y *theorie* tal y como se pudiera inferir, significa teoría. Vid. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil...Op Cit*. Pág. 351. WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner. *Strafrecht Allgemeiner Teil...Op Cit*. Pág.56.

⁶⁹“*Ursache im Sinne des Strafrechts ist danach jede Bedingung eines Erfolgs, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele.*” Cfr.KÜHL, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil...Op Cit* Pág. 20-21. Vid. También. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...Op Cit*, Págs. 226-227. ROXIN, Claus, traducido por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Derecho Penal...Op Cit*. Págs. 347-348.

⁷⁰Vid. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal...Op Cit*. Pág.366

ello, es relevante desde el punto de vista del derecho penal⁷¹ y de igual manera, todas esas condiciones causantes del resultado tienen el mismo grado de importancia para determinar la responsabilidad de quien haya participado en ellas, de ahí que coincidimos con LUZÓN PEÑA⁷² y por ello, nos referimos a esta teoría como la de la “equivalencia de las condiciones”.

Un ejemplo lo tenemos en el caso de una persona A que va a un local comercial de venta de armas y compra una pistola a una persona B, posteriormente, va con el arma y la detona contra la persona C privándola de su vida. Aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones, llegaríamos al extremo de atribuir el resultado no únicamente a la persona A, quien detonó el arma, sino de la persona B, quien vendió la pistola inclusive al mismo fabricante, pues de no haberla fabricado no hubiera sido posible su venta y por lo tanto el resultado específico no ocurriría.

De lo señalado con anterioridad, consideramos que dicha teoría tiene dos características principales:

1) Un acontecimiento inesperado de una relación condicional no tiene influencia en la causalidad⁷³.

Si una persona lesionada muere posteriormente en virtud de los efectos una reacción a la anestesia, o por un error del médico que interviene quirúrgicamente al paciente infringiendo las reglas del arte médico. Tampoco cambia para nada la causalidad de un extraño el hecho de que la causa “decisiva” correspondiente al resultado, radique en la culpa del propio lesionado, por ejemplo, en el caso de que el lesionado se haya negado a recibir tratamiento médico⁷⁴.

⁷¹ Vid. *Idem*.

⁷² Vid. *Ibidem*, Pág. 365.

⁷³ “Die Ungewöhnlichkeit eines Bedingungsbeziehungen ist ohne Einfluss auf die Kausalität.” ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil... Op cit*, Pág. 362. LOPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996, Pág.27

⁷⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil... Op Cit*, Pág. 362. LOPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva... Op Cit*, Págs.27-28

2) La causalidad no se interrumpe por existir entre la conducta y el resultado la acción dolosa de un tercero⁷⁵.

Antiguamente, predominaba la teoría de la “prohibición del regreso”, mediante la cual se prohibía el regreso a los hechos que precedieron temporalmente a un delito doloso; y el nexo causal se interrumpía por el hecho doloso de otra persona⁷⁶, es decir, en dicha teoría se consideraba no punible la cooperación culposa en los delitos dolosos⁷⁷.

Sin embargo, consultando a ROXIN nos damos cuenta que actualmente dicha teoría de la “prohibición del regreso” ha sido rechazada por la jurisprudencia alemana, al respecto el Tribunal Supremo de Alemania, resolvió el siguiente caso: quien construye una buhardilla no autorizada por las normas sobre edificación y peligros, en caso de incendio también es causal respecto de la muerte de un morador que fallece a causa de un incendio ocasionado posteriormente, aunque el incendio haya sido provocado dolosamente por un tercero, ya que la muerte o al menos su particular modo y forma, fueron condicionados por el estado de la buhardilla⁷⁸.

Asimismo, de acuerdo a ROXIN, la teoría de la equivalencia de las condiciones no es aplicable en los casos en los que una cadena de hechos es “interrumpida” por otra que impide a la primera continuar desarrollándose y en consecuencia ya no se produce la relación con el resultado⁷⁹.

⁷⁵ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil... Op Cit.* Pág. 363. LOPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva... Op Cit.* Pág. 28

⁷⁶ “Ein Regress(Rückgriff) auf Bedingungen, die einem vorsätzlichen Delikt zeitlich vorauslagen, sollte(abgesehen von den Sonderregelungen über Anstiftung und Beihilfe) verboten sein: der Kausalzusammenhang werde durch die Vorsatztat eines anderen unterbrochen” ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil... Op. Cit.* Pág. 363. Sobre la teoría de la prohibición de regreso, ROXIN señala que en la misma se consideraba impune una cooperación no dolosa en un delito doloso. Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General...* Págs. 1006-1007. De igual forma, sobre la teoría de la prohibición del regreso LUZÓN PEÑA señala que la misma determina que si los cursos causales de acciones imprudentes son aprovechados por una acción dolosa para provocar directamente el resultado, está prohibido regresar mas atrás de la acción dolosa para buscar causas no dolosas. Vid. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Derecho Penal... Op cit.* Pág. 370

⁷⁷ Vid. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil... Op cit.* Pág. 1072

⁷⁸ Vid. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil... Op cit.* Pág. 363

⁷⁹ Vid. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil... Op Cit.* Pág. 365

Verbigracia, una persona A le sirve a B una comida envenenada, cuya acción letal deberá efectuarse hasta el día siguiente, sin embargo, ese mismo día, después de ingerir el alimento fallece en un accidente automovilístico. En este caso, A no es causante de la muerte de B, pues el accidente ocurrió el mismo día que ingirió los alimentos y no forma parte de la cadena de hechos que ocasionaron el resultado, sin embargo, aún así, A pudiera ser sancionado por tentativa de homicidio⁸⁰.

Lo anterior fuera distinto si los efectos del veneno que A colocó a la comida de B se presentan el mismo día y el accidente automovilístico mortal ocurre mientras va conduciendo en camino a recibir asistencia médica, en este caso sí habría relación causal entre la conducta de A y el resultado de la muerte de B, pues fue el veneno que ingirió lo que ocasionó que se trasladara en un vehículo a buscar un médico que lo salvara⁸¹.

De las características expuestas hasta este punto sobre la teoría causalista, no encontramos alguno que consideremos se aplica directamente con sus características especiales en el ordenamiento penal del Estado de Nuevo León.

2.1.3. CRÍTICAS AL SISTEMA CAUSALISTA.

Por haber sido la corriente causalista, la primera elaborada después de la era vertical de los elementos del delito, era obvio que la misma iba a ser sujeta a críticas y en consecuencia generar nuevas propuestas tendientes a superarla.

Como se demostrará en los próximos párrafos, las principales críticas contra el sistema causalista, se centraron en;

⁸⁰ Vid. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil...* Op Cit Pág. 364

⁸¹ Vid. *Idem*

1. La teoría de la equivalencia de las condiciones, misma que sustentaba dicha teoría.

2. Los delitos de omisión.

3. Los delitos de tentativa.

4. Concepto psicológico de la culpabilidad.

2.1.3.1. TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES.

En la teoría de la equivalencia de las condiciones se determina si un resultado es imputable a un sujeto con base a la fórmula *sine qua non*, mediante la cual se toman en cuenta por igual todas las circunstancias que hayan sido antecedentes directos del resultado para determinar que agentes son responsables, si al suprimir una de ellas no se produce el resultado, entonces se puede atribuir éste a quien haya participado.

2.1.3.1.1. EXCESIVA.

Dicha teoría se critica como excesiva para el Derecho Penal, pues la concatenación de todos los procesos causales anteriores y posteriores a la acción desencadenante, conducía a la atribución desmedida de resultados típicos de dicha conducta⁸².

Ilustra lo extremo de dicha teoría, el siguiente ejemplo, tomado básicamente de un caso que expone DÍAZ ARANDA:

Si A quiere lesionar a B y al efecto de lanza un ladrillo a la cabeza causándole una lesión, ante lo cual se llama a dos socorristas de la Cruz Roja, quienes al llegar consideran necesario trasladarlo hasta el hospital, resultando que en el trayecto el chofer de la ambulancia pierde el control de la ambulancia y se colisiona de frente contra un poste de luz, cayendo los

⁸² Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dolo...* *Op cit.* Pág. 11

cables de alta tensión sobre la ambulancia, la cual causa la muerte de B, los socorristas y el Chofer de la Ambulancia⁸³,

Aunque la conducta de A se haya reducido a lanzarle un ladrillo a B, en base a la teoría de la *conditio sine que non* llegaríamos al extremo de atribuirle a A todas las condiciones que se realizaron con posterioridad al hecho, al grado que se le haría responsable de la muerte no únicamente de B sino de los socorristas y del Chofer de la Ambulancia.

La excesividad de dicha teoría, en opinión de DÍAZ ARANDA⁸⁴, se hace todavía más manifiesta en el siguiente ejemplo:

A, en lugar de lanzarle un ladrillo a B, planea dispararle por la mañana mientras éste realiza ejercicios en el Club deportivo y al efecto compra la pistola a C y solicita los servicios de un taxista, hasta llegar al club donde se encuentra B, al cual priva de la vida según lo planeado.

En este caso, sin problema podemos imputar a A el resultado, sin embargo, el problema comienza cuando realizamos el estudio de las condiciones anteriores a ese hecho, entonces también tendría que responder C por haber vendido la pistola a A y el taxista, por haber conducido a A hacia el destino donde detonó el arma en contra de B, pues si suprimimos cualquiera de las conductas de A, C o el Taxista, el homicidio no se hubiera consumado. Incluso si hacemos el análisis de los procesos causales en forma regresiva llegaríamos al extremo de concluir que la madre de A, cuya conducta de parir a su hijo quien años después cometió el delito, podría ser considerada como causante del resultado muerte.⁸⁵

⁸³ Vid. Idem

⁸⁴ Vid. Ibidem. Págs. 11-12

⁸⁵ Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. Dolo... *Op cit.* Pág.12

Consideramos importante destacar la postura de JAKOBS respecto al tema, pues considera que en casos como el expuesto en el párrafo anterior, únicamente se debe tomar en cuenta el lado cognitivo del acontecimiento con limitantes, pues si en todo contacto social, todas las personas hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada y que por ello desde la óptica penal, cuando tiene lugar una interacción social no se produce la conjunción completa de ámbitos vitales de los intervinientes, sino tan sólo una apertura limitada⁸⁶. En este orden de ideas señala:

“No se construiría ni matricularía un automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol, etcétera, y ello hasta el extremo de que a la hora de pagar las deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares”.⁸⁷

Coincidimos con las críticas anteriormente expuestas, pues nos parece que la teoría de la equivalencia de las condiciones es excesiva, pues en caso de que se aplicara dicha teoría a toda persona que hubiera participado en un resultado, independientemente de la relevancia que tuvo con el resultado, nos llevaría a imputar resultados a personas de forma infinita.

2.1.3.2. POCA EFICACIA.

De igual forma, se ha criticado la poca eficacia para determinar las personas culpables en todos los casos, para ello tenemos el siguiente ejemplo de causalidad alternativa, ampliamente invocado en la doctrina consultada: Una persona A y una persona

⁸⁶ Vid. JAKOBS, Günther. *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, AD-HOC, Buenos Aires, 1996, Págs. 19-20

⁸⁷ Cfr. *Idem* 19-20

B actuando de forma independiente uno del otro, cada uno pone una porción de veneno, la cual es suficientemente mortal a la taza con café de C y éste muere a causa de ello⁸⁸.

Lo criticable de esta teoría consiste en que si se presenta el caso de que suprimimos la conducta de cualquiera de los dos, es decir, A o B, el resultado de todas maneras se produciría, pues ambos pusieron suficiente veneno mortal para causar la muerte de C⁸⁹. En este caso, la fórmula *conditio sine qua non* fracasaría para determinar la responsabilidad de ambas personas. La que haya puesto el primero sería culpable del homicidio conforme al artículo 308 del Código Penal de Nuevo León⁹⁰ y la segunda sería responsable de tentativa de homicidio con fundamento en el artículo 31 del mismo ordenamiento⁹¹.

De igual forma, si en anteriores párrafos criticamos dicha teoría por excesiva, al imputar el hecho a personas que no tienen relación directa con el resultado, también podemos irnos al otro extremo y destacar que dicha teoría es ineficaz en los casos en los que la conducta es atípica e incluso el resultado independientemente de la voluntad del sujeto activo es benéfico para el pasivo, lo cual se desprende al dar lectura al siguiente caso expuesto por WELZEL:

“...en una disputa entre A y B, A toma un cuchillo y le da un corte a B. El corte da, casualmente, en un absceso oculto de B; el pus sale y B, que se encontraba hasta entonces en un peligro grave, es salvado.”⁹²

⁸⁸Vid.ROXIN, Claus, traducido por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Derecho Penal...*Op. Cit.* Pág. 350. KÜHL, Kristian. Strafrecht Allgemeiner Teil...*Op Cit.* Pág. 25. WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner. Strafrecht Allgemeiner Teil...*Op cit.* Pp. 56. RUDOLPHI, Hans Joachim, traducido por López Díaz, Claudia. *Causalidad e Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998; P.16. Véase un caso similar en: JAKOBS, Günther, traducido por CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Derecho Penal...*Op. cit.* Pág.228.

⁸⁹ RUDOLPHI, Hans Joachim, traducido por López Díaz, Claudia. *Causalidad e Imputación...Op. cit.* Págs. 15-16

⁹⁰ -ARTÍCULO 308.- Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro.”

⁹¹ El Código establece el Tipo de tentativa de manera general. “ARTÍCULO 31.- La tentativa es punible cuando se realizan actos de ejecución idóneos, encaminados directamente a la consumación de un delito, y éste no llega a producirse por causas ajenas a la voluntad de quien representó el hecho”.

⁹² El mismo autor hace el comparativo situando el ejemplo de la riña ahora en una clínica entre dos enfermeros llevándose a cabo el corte con un instrumento quirúrgico. Vid. WELZEL, Hans, traducido por CERREZO MIR, José. *El Nuevo Sistema... Op cit.* Págs. 13-14

Con lo anterior podemos destacar, que aún y cuando la intención de A era ocasionar una lesión, realmente con su conducta logró salvar la vida de B.

Con todo y las críticas realizadas a la teoría de la equivalencia de las condiciones, la misma sirvió de sustento para las posteriores teorías que fueron creadas en base a las críticas, las que abordaremos en las páginas siguientes.

2.1.3.3. AUSENCIA DE CAUSALIDAD EN LA OMISIÓN.

En los delitos de omisión, se presentó otra crítica contra el causalismo se presentó en los casos de los delitos de omisión, en los cuales al no haber acción que a través de un nexo causal produzca el resultado, entonces no se configura la fórmula del causalismo, mediante la cual, una acción mas un nexo causal produce un resultado y en atención a ello, no hay persona a quien responsabilizar por el hecho.

Dicha problemática fue planteada por RADBRUCH desde 1904 y MAIHOFFER trató de superarla a través de un concepto "superior de acción" el cual abarcaría la acción y la omisión, lo cual fue insuficiente, pues el único nexo posible entre la omisión y el resultado es el normativo, es decir, el nexo de evitación, que es distinto al causal. Mientras que en la acción desencadenante de un resultado existe un nexo causal, en la omisión, por el contrario, no existe dicho nexo debido a que la conducta de omitir no es la causa objetiva del resultado típico.⁹³

Así, por ejemplo:

Una persona A en estado de ebriedad en una estación de ferrocarril cae del andén sobre las vías de tren mientras que la persona B observa y en lugar de hacer lo posible por auxiliarla o hacer las señas al tren para que se detenga, simplemente se

⁹³ Al respecto Vid. DIAZ ARANDA, Enrique. *Dolo... Op. Cit.* Pág. 14

mantiene leyendo el periódico mientras la máquina pasa sobre los rieles causando la muerte de la persona A, ello intencionalmente pensando “me cae mal la persona A, ojalá muera”.

En este caso, la persona B pudo haber evitado que el hecho se consumiera y haber salvado la vida de la persona A, incluso él deseaba que ella perdiera la vida por tener algún sentimiento negativo contra dicha persona. Sin embargo, de acuerdo a la teoría causal, no habría desarrollado algún proceso causal que trajera como consecuencia la muerte de A, al dar lectura al periódico, lo importante en el caso, es lo que dejó de hacer, sin embargo la obligación de salvar a A está impuesta por un deber de garante cuyo fundamento es puramente normativo y no causal-objetivo una acción que haya realizado B que a través del nexo causal hubiera ocasionado el resultado.

Con el fin de resolver tal problemática, los causalistas, desarrollaron la teoría de la “acción esperada”, mediante la cual se considera la omisión es imputable en los casos en que el autor no realiza la acción que se esperaba por parte de él y que era exigible⁹⁴.

Así pues, de lo anterior se desprende que la omisión se presenta cuando no se realiza el movimiento corporal “esperado” que debía producir una modificación en el mundo exterior, trasgrediéndose una norma imperativa que obliga a hacer, mientras que por el contrario en la acción, se trasgrede una norma prohibitiva. Lo cual implica, que en los delitos dolosos un juicio puramente objetivo-causal no nos permite imputar el resultado típico al garante omitente, lo cual únicamente se puede lograr atendiendo a los criterios normativos⁹⁵.

2.1.3.4. EL FRACASO DE LA TENTATIVA EN EL CAUSALISMO.

En relación al concepto de tentativa JIMÉNEZ DE ASÚA señala:

⁹⁴ Vid. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Teoría del Delito*, Decimo Tercera Edición, Porrúa, México, 2003, P.13

⁹⁵ Vid. DIAZ ARANDA, Enrique. *Dolo...Op. Cit.* Pág.15

“Cuando la voluntad criminal se traduce en un caso externo que entra en la esfera de consumación del delito, sin llegar a llenarla, y va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesionarla, el acto se llama ejecutivo y la figura a que de lugar se denomina tentativa. Esta puede definirse sintéticamente como la ejecución incompleta de un delito.”⁹⁶

Del concepto anterior se desprende que para efecto de la consumación de la tentativa se requieren los siguientes elementos:

- 1) Que haya voluntad dirigida a la consumación del delito.
- 2) Que dicha voluntad se exteriorice con actos ejecutivos.
- 3) Que el delito no se consume.

Por otra parte, históricamente se ha discutido mucho sobre cuales son los tipos de actos que pueden ser considerados punibles para ser calificados como tentativa. Sobre el tema, en un principio, en la escuela clásica, se defendió la impunidad de los actos preparatorios, en virtud de lo indeterminado que resulta considerarlos suficientes para considerar la voluntad de cometer el delito, incluso, si el mismo reo confesaba haber tenido la intención de cometer el delito y si los actos que se llegaron a exteriorizar eran meramente preparatorios, aún así se consideraban impunes⁹⁷.

Por ejemplo: Si una persona compra un rifle, aunque confesara que su intención era privar de la vida a otra persona, de acuerdo a la percepción de la escuela clásica, sería impune, dado que el uso del rifle también pudiera utilizarse para cacería.

⁹⁶ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y el Delito*, Cuarta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, Pág. 474

⁹⁷ Vid. *Ibidem*. Págs. 471-472

Con una visión diferente, GARÓFALO consideraba que se debían castigar los actos preparatorios, cuando se cumplieran ciertas condiciones subjetivas, como pudieran ser el índice de peligrosidad y la delincuencia habitual, destacando de igual forma, la importancia de tomar en cuenta es la intención del actor de persistir en lograr su finalidad de cometer el delito⁹⁸.

En un sentido similar, FERRI consideraba que los actos que tuvieran un propósito criminal, si podían ser castigados, aún y cuando no fueran seguidos de los actos ejecutivos⁹⁹.

Por otra parte, JIMÉNEZ DE ASÚA, rechaza estas doctrinas en nombre de los principios liberales, considerando que los actos preparatorios solo pueden ser punibles en los casos en que así aparecen incriminados como delitos, como lo es la instigación a cometer delitos y la asociación delictuosa, señalando sobre el tema:

“Repitamos que en nombre de los principios liberales deben rechazarse estas doctrinas. En suma: los actos preparatorios no son punibles, salvo en ciertos casos en que se incriminan como específicos delitos.

Un tipo *sui géneris*, como preparación para un delito concreto, es la instigación a cometer delitos, y, sobre todo, la asociación ilícita, que el Código argentino y otros de Hispanoamérica configuran como delitos en especie”¹⁰⁰

Nos parece acertado el criterio de JIMÉNEZ DE ASÚA, en virtud de que la única forma segura de castigar los actos preparatorios sin que el juzgador se tenga que introducir al ámbito de arbitrariedad al momento de tener que determinar si los actos preparatorios iban encaminados a cometer el delito o no, es precisamente cerciorándose de que los actos preparatorios encuadran en delitos tipificados como delitos en el ordenamiento penal a aplicar.

⁹⁸ Vid. *Ibidem*. Pág. 42

⁹⁹ Vid. *Idem*.

¹⁰⁰ Cfr. *Ibidem*. Págs.472-473

Actualmente, en el Código Penal del Estado de Nuevo León, se considera que para que se tipifique la tentativa, se requiere que se realicen actos de ejecución, ello se demuestra al dar lectura al artículo 31 de dicho ordenamiento, el cual transcribimos en los próximos párrafos.

Ahora bien, la tentativa es el delito que hace más evidente el fracaso del causalismo. WELZEL, ha sido claro al señalar que:

“En la definición de la tentativa fracasa ya la doctrina de la acción causal. Pues la tentativa no es un mero proceso causal que no produce su efecto, sino una acción que apunta a un resultado elegido previamente; por consiguiente una acción en la que el contenido de la voluntad es un elemento constitutivo...”¹⁰¹

La anterior crítica se hace desde la perspectiva finalista, en que se requiere la acción que esté dirigida a un resultado elegido previamente. Sobre este tema, continúa el autor citado formulando la siguiente interrogante; “¿Cómo podría definirse de otro modo la tentativa de homicidio, sino con una acción con la que el autor quiere matar a un hombre?”¹⁰²

El problema en el caso de la tentativa consiste en que para determinar si la misma se presenta, forzosamente debemos atender al análisis de la voluntad desde que entramos al estudio del tipo, ello porque así lo exige la tentativa, es decir, no se puede considerar configurado el delito de tentativa, si no es mediante el estudio del dolo¹⁰³ y la culpa en el tipo, de otra manera en caso de estudiarlos en la sede de culpabilidad entonces hay que reclasificar y entonces tipificarlo como tentativa estudiando el dolo y la culpa. Esto

¹⁰¹ Cfr. WELZEL, Hans traducido por José Cerezo Mir. *El Nuevo Sistema...* Op. Cit. Pág. 52

¹⁰² Cfr. *Idem*.

¹⁰³ Entre otros Vid. MUÑOZ-CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*, Segunda Edición, Temis, Bogotá, 1999, Págs. 239, 143. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y el Delito...* Op. Cit. Págs. 475-476.

se hace notar si damos lectura al artículo 31 del Código Penal para el Estado de Nuevo León, que al tipificar la tentativa señala:

“ARTÍCULO 31.- La tentativa es punible cuando se realizan actos de ejecución idóneos, encaminados directamente a la consumación de un delito, y éste no llega a producirse por causas ajenas a la voluntad de quien representó el hecho.

De la lectura del artículo anterior, destacan los siguientes elementos de la figura delictiva:

1. Que se realicen actos de ejecución idóneos para la consumación del delito.
2. Que el sujeto activo tenga como finalidad que mediante esos actos idóneos se consumará el delito. Aquí es necesario resaltar es decir, que tal y como dice el artículo, el sujeto se debe haber representado el hecho, es decir, mentalmente se debe proyectar que el delito se iría a consumir.
3. Que el hecho no se llegó a consumir por causas ajenas al sujeto activo.

Ahora bien, la tentativa llevada a un caso práctico, se puede ejemplificar de la siguiente manera: una persona A tiene una discusión con la persona B lo cual la cual trae como consecuencia el enojo incontrolable de A, quien porta una pistola y quien la toma en sus manos, le apunta hacia B y la acciona, cayendo el proyectil a unos centímetros de la cabeza de B.

Para determinar si la conducta de A encuadra en el delito de tentativa, forzosamente se deben estudiar los aspectos subjetivos desde que llegamos al tipo, lo anterior es así, en virtud de que se debe atender a la finalidad del autor para poder encuadrar la conducta ya sea en el delito de tentativa de homicidio, tentativa de lesiones, o bien si lo que pretendía A era darle un susto a B.

En opinión de WELZEL la tentativa fracasa si se intenta resolver desde el punto de vista causalista, siendo el caso que haya o no resultado, la tentativa se debe estudiar desde el tipo:

"...Si la dirección de la conducta externa, por la voluntad, conduce al resultado, con ello no puede variar la función de la voluntad de la acción. Si el contenido de la voluntad es una parte integrante, necesaria, de la acción, en la tentativa, seguirá siéndolo cuando se produzca el resultado. Ante este hecho fracasa toda interpretación causal de la acción."¹⁰⁴

Es decir, si mediante el delito de la tentativa nos damos cuenta que los elementos subjetivos de la figura delictiva se deben estudiar en el tipo, de acuerdo a WELZEL, incluso si se produce el resultado, lo cual nos lleva a la conclusión de que en todos los delitos de resultado, se deben estudiar los elementos subjetivos desde el tipo.

Mas aún, aludiendo a MEZGER demuestra que, incluso, los causalistas consideran que en la tentativa y en la consumación del delito, la resolución de la voluntad pertenece al tipo de acción, así se desprende cuando señala:

"La doctrina de la acción causal no ha podido objetar este argumento. También MEZGER admite ahora que 'tanto en la tentativa como en la consumación, la resolución de voluntad pertenece al tipo de acción'..."¹⁰⁵.

Con lo anterior, podemos establecer que la teoría causalista fue sujeta a críticas al no poder justificar la tentativa "vacía" de elementos subjetivos en el tipo. Asimismo, fue la tentativa la que llevó a algunos causalistas como MEZGER considerar la necesidad de ubicar la voluntad en la sede del tipo.

¹⁰⁴ Cfr. WELZEL, Hans traducido por CEREZO MIR, José. El Nuevo Sistema... *Op. Cit.* Pág. 52

¹⁰⁵ Cfr. *Idem*

2.1.3.5 CRÍTICA AL CONCEPTO PSICOLÓGICO DE LA CULPABILIDAD EN EL CAUSALISMO.

Ahora veremos las críticas al concepto psicológico de la culpabilidad, mismas que se enfocaron principalmente en la culpa inconsciente y en el estado de necesidad disculpante.

2.1.3.5.1. LA CULPA INCONSCIENTE O CULPA SIN REPRESENTACIÓN.

Como hemos expuesto en páginas anteriores, en el sistema causalista, se sustentaba la culpabilidad en el nexo psicológico entre el autor y el resultado, de tal forma que tratándose de la culpa ese nexo consistía en la “previsibilidad” de que el resultado posiblemente se verificaría desde la perspectiva del sujeto activo, quien confiando en su conducta creía que el resultado no se efectuaría, sin embargo, el resultado se produciría¹⁰⁶.

Esa “previsibilidad” anterior al hecho servía al sistema causalista para sostener la existencia de un nexo psicológico “defectuoso” entre el sujeto activo y el resultado, dado que el resultado obtenido no había sido el pretendido por el sujeto activo y por ello se debía sancionar con una pena menor.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dolo... Op Cit.* Pág. 16

¹⁰⁷ Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General.* Tercera Edición, Porrúa, México, 2008. Pág. 361

La crítica a esta teoría se hizo en especial en la culpa inconsciente o culpa sin representación, en virtud de que con dicha teoría no se puede explicar cómo un sujeto actúa con culpabilidad aún y cuando no hay un nexo psicológico¹⁰⁸.

A nuestro parecer el concepto psicológico de culpabilidad tampoco puede explicar los casos de los delitos culposos en virtud de que para ello es necesario estudiar la infracción al deber de cuidado y para realizar tal razonamiento es necesario estudiar los elementos normativos, lo cual sea apartaría del concepto psicológico, pues entonces se le agregaría el elemento normativo¹⁰⁹.

2.1.3.5.2. EL ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE.

El concepto psicológico de la culpabilidad, también encontró problemas para explicar los casos estado de necesidad disculpante, pues tratándose de la salvaguarda de un bien jurídico, lesiona otro de igual o menor valor, prevé el resultado, incluso, sabe lo que

¹⁰⁸ Vid. CÓRDOBA ANGULO, Miguel. *Derecho Penal Parte General*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2002, Pág. 344. DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría General del Delito*, Quinta Edición, Flores Editor y Distribuidor, México, México, 2006, Págs.135-136. DÍAZ ARANDA. *Derecho Penal Parte General...* Pag. 363

¹⁰⁹ Sobre la crítica al concepto psicológico de culpabilidad DÍAZ ARANDA, señala que la culpa con representación, ilustrándola con el siguiente ejemplo: "Así, por ejemplo, el vacacionista que conduce su auto por la carretera federal en dirección hacia Acapulco, observando todos los deberes de cuidado propios de la conducción de un vehículo de motor, pero en un momento determinado acelera un poco más y llega a 80 km/h, recordando que el día anterior leyó que en esa zona se habían suscitado algunos accidentes, y se representa las lesiones que sufrirían él y sus acompañantes si llegara a chocar, sin embargo confía en que no se produciría el resultado y prosigue con su velocidad, resultando que en la curva siguiente choca de frente con otro auto que había invadido indebidamente su carril, verificándose efectivamente el resultado de lesiones del vacacionista y sus acompañantes. ¿Podríamos decir que dicho vacacionista es culpable de un delito de lesiones culposas?" Al respecto el mismo autor resuelve su pregunta de la siguiente manera: "Atendiendo a los postulados anteriores del sistema clásico, sí podríamos sostener la culpabilidad culposa, debido a que su acción ha sido una de las causas del resultado típico de lesiones (aspecto objetivo del resultado), no estaba amparada por ninguna causa de justificación y existía un nexo psicológico defectuoso (representación desechada de los resultados típicos verificados). Sin embargo, los partidarios del sistema clásico excluían la culpa en supuestos como el anterior por la ausencia de la 'infracción del cuidado debido', pero al recurrir a ese criterio normativo, el sistema clásico se apartaba de la fundamentación psicológica en la cual se hacía descansar la culpabilidad." Aún y cuando nos parece la obra consultada de DÍAZ ARANDA muy importante para nuestra investigación, debemos señalar que no explica claramente el motivo por el cual los causalistas excluían la culpabilidad por la infracción al deber de cuidado, cuando él mismo señala que en dicha teoría clásica, no se estudiaban los elementos normativos en la culpabilidad. Es en atención a ello, que optamos por no incluir la culpa con representación en las críticas al sistema causalista. Sobre este tema Vid.. DÍAZ ARANDA, Enrique. *Derecho Penal Parte General*, Págs. 361-362.

está haciendo, sin embargo, continúa con su conducta lesionando el bien jurídico de igual o menor valor.¹¹⁰

Lo anterior se puede explicar con el clásico supuesto de la tabla de Carneades, mediante el cual dos naufragos tienen solo una tabla, que aguanta a uno de los dos, para poder flotar en el mar, por lo que ambos luchan por colocarse sobre ella para poder sobrevivir, ante lo cual uno mata a otro. En este caso, la persona que mata al otro prevé el resultado, sin embargo, lo hace para sobrevivir, lo cual encuadraría en un estado de necesidad exculpante¹¹¹.

¹¹⁰Vid. entre otros, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal... Op. Cit.* Págs. 568-569. ROXIN, Claus, *Derecho Penal... Op. Cit.* Págs. 294-795. CÓRDOBA ANGULO, Miguel, *Derecho Penal... Op. Cit.* Pág. 344. DAZA GÓMEZ, Carlos, *Teoría General del Delito... Op. Cit.* Págs. 135-136. DÍAZ ARANDA, Enrique, *Derecho Penal... Op. Cit.* Págs. 363-364. En el Código Penal de Nuevo León, el estado de necesidad aparece como causa de inculpabilidad, lo cual se demuestra al dar lectura al artículo 30 fracción IV de dicho ordenamiento que dice: "Artículo 30.- No es responsable: I.- El que obrare... IV.- El que obre por la necesidad de salvar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro grave, inevitable e inmediato, no ocasionado por el agente, lesionando otro bien jurídico de igual o menor entidad, siempre que la conducta sea proporcional al peligro corrido y no se tuviere el deber jurídico de afrontarlo."

¹¹¹Vid. WESSELS, Johannes y BEULKE, Werner. *Strafrecht Allgemeiner Teil... Op. Cit.* Pág. 108-109 DÍAZ ARANDA, Enrique, *Derecho Penal... Op. Cit.* Pág. 364

CAPÍTULO 3º

EL NEOCAUSALISMO

3.1. EL NEOCAUSALISMO.

Las críticas generadas al causalismo, dieron origen a la teoría conocida como “neocausalista”, en la cual se continuaba ubicando la culpa y el dolo en la sede de culpabilidad; sin embargo, como demostramos posteriormente hubo algunos cambios en relación al sistema causalista.

3.1.1. LA TEORÍA DE LA ADECUACIÓN.

La teoría de la adecuación se elaboró con el fin de restringir la responsabilidad penal excesiva que preveía la teoría de la equivalencia de las condiciones¹¹², ello obedece a que en la primera de las teorías mencionadas establece que únicamente se deben tomar en cuenta los hechos que, con base a la experiencia, sean adecuados para ocasionar mediante un alto grado de probabilidades un resultado¹¹³.

Los rasgos y características principales de *teoría de la adecuación* las destaca RUDOLPHI, quien sobre el tema señala:

“La *Teoría de la adecuación* se esfuerza por limitar el desmesurado alcance de la teoría de la condición ya en el plano de la tipicidad. De acuerdo con esta teoría no deben tenerse en cuenta todas aquellas condiciones que desde

¹¹² Al respecto, Vid. JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General... *Op. cit.* Pág. 238

¹¹³ “Nach der Adäquanztheorie ist eine Bedingung nur dann adäquat kausal für einen Erfolg, wenn sie generell geeignet ist, die Möglichkeit des Erfolgseintritts zu Erhöhen. In diesem Fall steht die Bedingung nicht in einem zufälligen Verhältnis zum eingetretenen Erfolg, sondern besitzt eine allgemeine Tendenz in bezug auf seinen Eintritt.” Cfr. HÜBNER, Christoph. *Die Entwicklung der Objektiven Zurechnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, Pág. 126-127. RUDOLPHI, Hans Joachim, traducido por LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Causalidad e Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, Págs. 26-27.

un principio no forman una base apropiada para la imputación del resultado, y que de acuerdo con la experiencia no son aptas para producir tal resultado. Deben por tanto excluirse ya en el plano de la tipicidad los cursos causales atípicos, que sólo con base en una concatenación de circunstancias inusuales e improbables producen el resultado típicamente antijurídico.¹¹⁴

En efecto, mediante la teoría de la adecuación, se excluyen todos aquellos cursos causales que solo mediante situaciones extraordinarias, producirían el resultado típico. En esos casos, el Juzgador tendría que ponerse en el lugar del sujeto activo justo antes de que cometiera el hecho, es decir *ex ante*, y determinar si en base al conocimiento de la generalidad esa persona sabría que mediante su conducta se produciría el resultado.

Lo anterior se puede ilustrar con el caso de la Tormenta, en que el tío envía a su sobrino a pasear por la colina mientras ve que una tormenta eléctrica se acerca, todo ello lo hace el tío, con la esperanza de que el sobrino muera por ser alcanzado por un rayo, lo cual de hecho, acaece¹¹⁵. Como podemos ver, de acuerdo a la teoría de la adecuación quedaría excluida la conducta del tío, en virtud de que la forma que se logró el resultado, es decir, caminado por la colina, no es adecuada, al menos para la generalidad de las personas.

De igual forma, podemos tomar el caso en el cual A convence a B de realizar un viaje vía aérea durante el cual el avión se destruye en pleno viaje por haberse detonado una bomba, sin que A haya participado en alguna manera en la colocación del artefacto explosivo en el avión. En ese caso, no se le puede atribuir de alguna manera el resultado a A, en virtud de que antes del viaje desconocía que el resultado se presentaría y para la generalidad de las personas, con inteligencia promedio, el resultado se consideraría como improbable¹¹⁶.

¹¹⁴ Vid. RUDOLPHI, Hans Joachim, traducido por LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Causalidad e Imputación Objetiva... *Op cit.* Págs. 26-27

¹¹⁵ Este caso en alemán se llama "Gewitter-Fall", "Gewitter" significa tormenta y "Fall" significa caso, el texto en Alemán dice: "Der Erbonkel schickt den Neffen während eines aufziehenden Gewitters auf eine mit Bäumen bewachsene Anhöhe in der Hoffnung, dass der Neffe vom Blitz erschlagen werde, was auch tatsächlich geschieht." Vid. HÜBNER, Christoph. Die Entwicklung der objektiven Zurechnung... *Op Cit.* Pág. 52. Nota al pie 29

¹¹⁶ Vid. ROXIN, Claus. Strafrecht Allgemeiner Teil... *Op cit.* Pág. 369

Todo ello cambiaría, si la persona A de alguna manera sabría de algún ataque terrorista contra el avión y aún así lo convence a que realice el viaje. Pues ese conocimiento especial que tiene el autor evidenciaría que A impuso una condición adecuada para que se ocasionara el resultado y pudiera ser el caso, que fuera juzgado por cometer un delito doloso¹¹⁷.

Lo mismo sucede en el caso, de A quien convence a B a que tome un atajo por un camino en el bosque, con el fin de que éste llegue mas pronto a su destino y al tomar el atajo pierde la vida al pisar una antigua mina de guerra¹¹⁸. No se le pudiera atribuir el resultado a A en virtud de que el hecho de tomar el atajo no implica una situación adecuada para lograr el resultado de muerte. Esto cambiaría, si por el contrario, A estuviera enterado de que en el camino que sugirió que B tomara había un capo minado cuyos explosivos no habían sido desactivados después de la guerra, en este último caso, entonces sí se puede hacer responsable a A del resultado, pues tenía conocimientos especiales, antes de que se llevara a cabo el hecho, de que peligraría la vida de B si cruzaba por el campo minado.

3.1.1.1 CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DE LA ADECUACIÓN.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que las características distintivas de la teoría de la adecuación, son las siguientes:

1. Se restringe la causalidad desmedida de la teoría de la equivalencia de las condiciones acotándose únicamente a los hechos que sean adecuados de acuerdo a la experiencia general, para que se presente el resultado.
2. El hecho debe ser previsible para la generalidad de las personas de la sociedad y;

¹¹⁷ Vid. *Idem*.

¹¹⁸ Vid. LUZON PEÑA, Diego Manuel, Curso de Derecho Penal... *Op. Cit.* Pág. 368

3. En casos en los que el resultado no sea previsible por la generalidad de las personas, se deben incluir los conocimientos especiales del sujeto que realiza los hechos y determinar si mediante sus conocimientos le era exigible prever el resultado.

3.1.1.2 CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA ADECUACIÓN.

Dicha Teoría no fue exenta de críticas, siendo las principales las siguientes:

1. Siendo la relación causal de naturaleza objetiva, no es posible variarla por características subjetivas, como lo son los conocimientos especiales que pudiera tener el sujeto para prever el resultado antes de que se produzca. Tanto en el caso del viaje del avión que se destruye por la detonación por un artefacto explosivo, como en el último caso, en que a una persona se le induce para que tome un atajo por un camino que pasa sobre un camino minado, se varía la posibilidad de que la conducta pueda ser imputada a A dependiendo de sus conocimientos, es decir, de características subjetivas¹¹⁹.

2. No está establecida la forma de cómo determinar en base a la experiencia, las condiciones adecuadas para que se produzca un resultado. Unos autores consideraban que la probabilidad de que se cometa el resultado debe ser muy probable, otros señalan que debe haber algunas posibilidades de que se cometa el resultado, aunque no muy remotas¹²⁰.

3. La teoría de la adecuación únicamente excluye cursos causales improbables o extraordinarios, sin que constituya una explicación general de lo que es la conducta prohibida¹²¹.

4. De igual forma, se le critica el hecho de que únicamente se limita a estudiar los resultados de acuerdo a la alta probabilidad de que se presenten o su causalidad

¹¹⁹ Vid. *Idem*.

¹²⁰ Vid. *Ibidem*. Pág. 367

¹²¹ En este sentido, vid. LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Introducción a la Imputación Objetiva*, Tercera Reimpresión, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2000, Pág. 44

habitual, sin embargo, puede ser el caso de que se presenten hechos cuyo resultado sea poco probable o inadecuado, sean relevantes para el tipo penal.

Lo anterior sucede en los casos de las personas cuya constitución física reúna características especiales que permitan resultados ocasionados mediante condiciones extraordinarias. Por ejemplo en el caso de que A le ocasiona a B una pequeña cortada en la mejilla con una navaja, ello lo hizo A con el fin de que B dejara de ostigarlo, sin embargo dicha cortada ocasiona que sangre B y de hecho, con todo y que recibe asistencia médica, sangra hasta morir, ello en virtud de que B padecía de hemofilia y por tal situación se desangró hasta quedar sin vida.

Por supuesto que el golpe en la nariz pudiera ser adecuado para causar la lesión en la nariz, más no así para ocasionar la muerte, sin embargo, por la enfermedad que padece B ocasiona que se produzca el resultado de la muerte.

REYES ALVARADO abordando ésta temática proporciona como ejemplo de un caso real, mediante el cual una persona A recibió varios impactos de bala en la cabeza mediante el disparo de una arma de fuego detonada por B a corta distancia y a pesar de ello, A logra sobrevivir¹²². Así pues, el disparo con arma de fuego a la cabeza en la forma descrita nos haría concluir que los mismos son aptos para causar la muerte de A y de una forma improbable o extraordinaria, resultarían adecuados para generar tan solo unas lesiones, de ahí que aplicando estrictamente los postulados de la teoría de la adecuación, la conducta de B no resultaría adecuada del resultado acaecido.

3.1.2 LA TEORÍA DE LA RELEVANCIA.

¹²² En el caso del autor citado, se refiere al intento al atentado del cual fue víctima un ExMinistro de Justicia de Colombia. Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación Objetiva*, Tercera Edición, Temis, Colombia, 2005, Pags. 27-28. Aquí es necesario destacar dos cosas: A) No pasamos por alto la posibilidad de haber invocado el caso del jugador de fútbol del Club América, Salvador Cabañas, sin embargo, en tal caso recibió un impacto de bala y por ello nos pareció más adecuado el invocado por REYES ALVARADO, al haber recibido la víctima más de un impacto de bala en la cabeza, lo cual aumenta la posibilidad del resultado de muerte. 2) Cabe señalar, que aquí estamos refiriendo únicamente que su conducta no sería adecuada para ocasionar lesiones aplicando estrictamente la teoría de la adecuación.

Mediante la teoría de la relevancia, se requiere no únicamente la causalidad para determinar la imputabilidad de una persona correspondiente a un resultado, sino que se tiene que determinar si la condición es jurídicamente relevante. En esta teoría, relevancia significa “la *importancia jurídica* de la causa”¹²³.

La teoría de la relevancia coincide con la de la adecuación, en el sentido de que también se requiere que la condición sea adecuada, para que sea imputable, sin embargo, se agrega el juicio normativo mediante el cual se busca determinar la relevancia jurídica del acontecimiento en el resultado, esto último se realiza de acuerdo con el sentido del tipo penal correspondiente¹²⁴. Por el contrario, a diferencia de la teoría de la adecuación, en esta teoría, no tiene fundamental importancia el cálculo de probabilidades de que se cometa el resultado. Para corroborar lo anterior, RUDOLPHI, sobre el tema establece:

“Básicos para la imputación del resultado son, de acuerdo con la teoría de la relevancia en el ámbito de la causalidad comprobada y con la teoría de la condición en contraposición con la teoría de la adecuación, no sólo los juicios de probabilidad y experiencia, sino exclusivamente puntos de vista normativos; es decir, el sentido y el fin del respectivo tipo penal...”¹²⁵.

Sobre la inclusión de la condición adecuada en la teoría de la relevancia, LUZÓN PEÑA, se manifiesta en el mismo sentido que RUDOLPHI, pues expone dicha teoría:

“... sostiene que a efectos penales sólo es causa la condición que sea jurídicopenalmente relevante; lo cual requiere en primer lugar que sea *adecuada* –coincidiendo en esto con la teoría de la adecuación- y además

¹²³ Cfr. CASTALDO, Andrea Raffaele, traducido por BONNANO, Antonio. *La Imputación Objetiva en el Delito Culposos del Resultado*, B de F, 2004, Pág. 51

¹²⁴ Vid. RUDOLPHI, Hans-Joachim, traducido por LOPEZ DÍAZ, Claudia. *Causalidad e Imputación Objetiva*,... *Op cit.* Págs. 29

¹²⁵ Vid. *Ibidem*. Págs. 29-30

una interpretación del *sentido de cada tipo* para ver qué causas se pueden considerar o no relevantes a efectos del mismo¹²⁶.

Por otra parte, al consultar a MAURACH y ZIPF y de igual forma a CASTALDO, notamos que en dicha teoría de la relevancia, destacan las siguientes características distintivas:

1. La Causalidad. Al igual que en la teoría de la equivalencia y en la teoría de la adecuación, se sigue tomando en cuenta la causalidad, es decir, el razonamiento lógico, perteneciente a la ciencia en general, mediante el cual un hecho a través del nexo causal ocasiona el resultado. Este concepto, también es válido para el derecho penal, mismo que no puede sustraerse de las leyes generales del razonamiento.¹²⁷

2. La Responsabilidad. Sin embargo, como es de esperarse, la característica natural no es suficiente, pues no toda equivalencia causal de las condiciones implica su equivalencia jurídica y en consecuencia, para aceptar la responsabilidad objetiva, se requiere tomar en cuenta puntos de vista jurídico penales, de tal manera que solo se le puede atribuir un resultado a una persona cuando mediante una forma típica produce un resultado.¹²⁸

Así pues, de los autores consultados, podemos concluir que los elementos de esta teoría son los siguientes:

- A) Causalidad
- B) Adecuación
- C) Responsabilidad

¹²⁶ Cfr. LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal...* Op Cit. Pág. 369. Ver también, ROXIN, Claus, traducido por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Derecho Penal...* Op Cit. Págs. 361-362.

¹²⁷ Entre otros, vid. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz traducidos por BOFILL GENZSCH, Jorge y AIMONE GIBSON, Enrique. *Derecho Penal Parte General*, Séptima Edición, Astrea, Buenos Aires, 1994, Págs.313-314. CASTALDO, Andrea Raffaele, traducido por BONNANO, Antonio, *La Imputación Objetiva en el Delito Culposo de Resultado*, B de F, Buenos Aires, 2004, Pág. 51-52.

¹²⁸ Vid. *Idem*

Sirve para ilustrar esta teoría el siguiente ejemplo que encontramos al consultar a LÓPEZ DÍAZ:

“Alguien invita varios amigos a una fiesta que ofrece en un restaurante; uno de los huéspedes ingresa en el patio trasero del establecimiento y debido a la oscuridad cae en un pozo que no fue cerrado correctamente por uno de los empleados, y muere.”¹²⁹

En el caso, no le es imputable el resultado de homicidio al anfitrión, ya que la fiesta que ofreció él es en un restaurante y por ello él no tenía a su cargo a los empleados de dicho establecimiento. De ahí que él no tuviera obligación de verificar si todos los pozos que en el restaurante estuvieran correctamente cerrados, lo cual nos lleva a concluir que la conducta de el anfitrión no es relevante para el resultado acaecido, pues el hecho de hacer una fiesta en un restaurante no es normalmente la forma en que se causa un homicidio, en virtud de que dicha condición no cumple con el sentido de la prohibición, de ahí que carezca relevancia penalmente la conducta del anfitrión.

Al buscar precedentes sobre la teoría de la relevancia, encontramos que Nuestro Mas Alto Tribunal en la Quinta Época emitió el siguiente criterio que nos parece de fundamental importancia para nuestro trabajo:

“CAUSALIDAD, TEORIA DE LA, EN MATERIA PENAL. Cuando el reo afirma que su acción no fue causal del resultado, hay que recurrir a **la bien conocida teoría de la causalidad, que está yacente en todos los delitos, sin necesidad de que el código la consagre.** Existe causalidad cuando las condiciones son equivalentes, relevantes y culpables. Una condición es equivalente cuando suprimida, no se produciría el resultado; **pero la condición debe ser relevante,** ello es, debe ser tal, que la capte la ley en cualquiera de las descripciones que hace de las conductas humanas que erige

¹²⁹ Cfr. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Introducción a la Imputación Objetiva ... *Op. Cit.* Pág. 45

en delitos, y debe además ser culpable el sujeto que pone la condición, pues de lo contrario se estaría desconociendo el nexo causal psicológico¹³⁰.

Aún y cuando no pasamos por alto que dicho criterio señala como elemento el nexo causal psicológico, consideramos que el anterior criterio muestra una clara tendencia hacia la teoría de la relevancia, pues señala que para que una conducta sea considerada punible, se requiere no únicamente que la misma haya causado el resultado, sino que además sea relevante jurídicamente, pues señala que la conducta debe ser de tal manera que encuadre en la conducta tipificada como delito.

Este criterio, lo consideramos importante para nuestro trabajo, en virtud de que en el mismo se recurre a la teoría de la causalidad “aunque el código no la consagre” y más aún, señala que la teoría de la causalidad está yacente en todos los delitos.

Creemos que si se ha admitido tomar en cuenta la teoría de la causalidad aún y cuando el Código Penal no la establezca, también se pueden aplicar las demás teorías derivadas de ella, como lo son la teoría de la adecuación, la teoría de la relevancia y la teoría de la imputación objetiva, que estudiaremos en posteriores páginas.

3.1.2.1 CRÍTICAS.

Las críticas más destacadas a esta teoría, son las siguientes:

1. De acuerdo a lo antes mencionado, las críticas que encontramos van casi de forma unánime, encaminadas a demostrar lo limitado que la elaboración de esta teoría, para demostrar lo anterior, basta dar lectura a lo expuesto por RUDOLPHI, quien sobre el tema nos dice:

¹³⁰ Tesis aislada. Materia(s): Penal. Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, CXIII. Tesis: Página: 808. Amparo penal directo 4900/51. Zenteno Figueroa Antonio. 12 de septiembre de 1952. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombre del ponente.

“Pero los partidarios de la teoría de la relevancia hasta ahora han perdido la oportunidad de elaborar en el marco de la teoría del injusto típico los principios generales sobre la imputación objetiva de los resultados causados.”¹³¹

Así pues de acuerdo a lo anterior, la teoría de la relevancia careció del desarrollo suficiente para poder terminar siendo la teoría de la imputación objetiva.

2. Por otra parte, se critica la carencia de forma para determinar cuales causas son relevantes, lo cual se desprende al dar lectura a LUZÓN PEÑA, quien señala, que esta teoría; “...es imprecisa e indeterminada, pues no ha sido capaz de indicar y fijar los criterios de la relevancia típica de una causa, que en cambio han sido luego elaborados y precisados por la teoría de la imputación objetiva”¹³².

Con una afirmación similar, encontramos a REYES ALVARADO quien señala:

“No obstante la innegable importancia de haber deslindado claramente la causalidad de la responsabilidad, no ofrece esta teoría un criterio determinado para establecer la relevancia de las causas, pues la afirmación de que ella se deriva de la interpretación de los tipos penales no hace nada diverso de confirmar su genérico postulado de que relevante para el derecho penal no son todas las acciones en sentido natural sino aquellas descritas en los tipos, sin que ello ofrezca criterio alguno que haga posible su aplicación”¹³³.

¹³¹ Vid. RUDOLPHI, Hans-Joachim, traducido por LÓPEZ DÍAZ CLAUDIA: Causalidad e Imputación Objetiva... *Op Cit.* Pág. 30 Vid. también. ROXIN, Claus, traducido por LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel. Derecho Penal... *Op Cit.* Págs. 361-362. LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal... *Op Cit.* Pág. 369

¹³² Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal... *Op cit.* Pág. 369

¹³³ Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Imputación Objetiva... *Op cit.* Pág. 29-30

En efecto, dicha teoría carece de una fórmula definida mediante la cual se permita determinar cuales son las causas que en efecto son relevantes.

Desde nuestro punto de vista, coincidimos con lo expuesto por dichos autores, pues en dicha teoría básicamente se logra delimitar la causalidad hacia el plano de la relevancia con respecto a la tipicidad, sin que se tomen otros criterios importantes para la teoría de la imputación objetiva como lo es el riesgo permitido.

Consideramos al igual que la mayoría de los autores consultados, que tanto la teoría de la adecuación como la teoría de la relevancia, sentaron bases firmes para la teoría de la imputación objetiva, lo cual demostraremos en capítulos posteriores.

3.2. CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA DEL TIPO.

El hecho de estudiar únicamente los elementos objetivos de la figura delictiva era insuficiente para configurar tipos que por sus características requirieran el estudio también de aspectos normativos y anímicos condujo a cambiar la forma de estructurar al tipo.

Ello es así, en virtud de que hay figuras delictivas que requieren el estudio de elementos normativos, como lo es el bien mueble ajeno en el robo, desde la sede del tipo para poder configurarse o como lo es el fin de lucro para acreditar el fraude, dichas características requieren su estudio desde el tipo.

Así pues, además de agregar al tipo objetivo los elementos normativos, se incorporó al estudio del tipo los elementos subjetivos distintos del dolo. Ello trajo como consecuencia que a su vez, se dividiera el tipo en tipo objetivo y el tipo subjetivo. Enseguida se expone la forma en que ocurrieron tales cambios en la estructura del tipo.

3.2.1. EL *CORPUS DELICTI* (CUERPO DEL DELITO).

El concepto del tipo es un resultado del desarrollo del *corpus delicti* (cuerpo del delito)¹³⁴. En un principio el *corpus delicti*, consistía en un concepto procesal del sistema penal inquisitorio especial italiano y se componía de las pruebas materiales externas del hecho delictivo que justificaran las medidas especiales de persecución, para ello primero se elaboraba una acta donde se hiciera constar la existencia del cadáver y demás elementos que se utilizaron para cometer el homicidio, en un principio como prueba para investigar dicho delito, sin embargo, posteriormente se amplió para otros delitos y así evidenciar la comisión de otros ilícitos.¹³⁵

Posteriormente, como parte de la herencia del derecho Italiano, se incorporó este concepto al *gemeinen deutschen Inquisitionsprozeß* (sistema general inquisitorio alemán),¹³⁶ donde al serle adicionados elementos normativos y subjetivos evolucionó hasta transformarse en lo que ahora se conoce como el tipo, incluso ya con FEUERBACH en 1840 se refería al *Tatbestand* (Tipo) como sinónimo del *corpus delicti* al señalar:

“Der Inbegriff der Merkmale einer besondern Handlung oder Thatsache, welche in dem gesetzlichen Begriff von einer bestimmten Art rechtswidriger Handlungen erhalten sind, heisst der Thatbestand del Verbrechens (corpus delicti)”.¹³⁷

Lo anterior, lo traducimos al español de la siguiente manera:

¹³⁴ Vid. HALL, Karl Alfred. *Die Lehre vom Corpus Delicti*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 1933, Págs. 143-144; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General...* *Op Cit.* Pág. 188; UROSA RAMIREZ, Gerardo Armando. *El Cuerpo del Delito y la Responsabilidad Penal*, Segunda Edición, Porrúa, México, 2004, Pág. 15

¹³⁵ Vid. HALL, Karl Alfred. *Die Lehre vom Corpus Delicti...* *Op Cit.* Pág. 10; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General...* *Op Cit.* Págs. 188-189. Por otra parte, las pruebas correspondientes al sujeto, se ubicaban en el *certitudo auctoris delicti* (certeza del autor del delito). Vid. *Idem*. Vid. También a UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando. *El Cuerpo del Delito y la Responsabilidad Penal...* *Op Cit.* Pág. 15

¹³⁶ Vid. *Ibidem*. Pág. 41

¹³⁷ Cfr. VON FEUERBACH, Anselm Ritter. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, treceava edición, Georg Friedrich Heyer, Giessen, 1840, Pág. 134.

“Las características esenciales de una determinada conducta o hecho, previstas en el concepto legal de una conducta específica antijurídica, se llama tipo del delito (*corpus delicti*).”¹³⁸

Actualmente, el cuerpo del delito, es un concepto en desuso en Alemania, pues mismo ha sido sustituido por el tipo¹³⁹.

3.2.2. EL CUERPO DEL DELITO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Por su parte en México, a diferencia de lo que sucedió en Alemania, el cuerpo del delito ha continuado formando parte de la legislación penal y es importante señalar que dicho concepto merece una atención especial debido a que en el transcurso de los últimos veinte años, el mismo ha sido objeto de cambios en la Ley Suprema.

Desde que se promulgó la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se incluía al cuerpo del delito en su artículo 19 como presupuesto para dictar el auto de formal prisión y ahí permaneció desde 1917 hasta antes de la reforma de 1993. En ese entonces su primer párrafo disponía:

“Artículo 19. Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, **los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.** ...”¹⁴⁰

¹³⁸ La traducción es nuestra.

¹³⁹ Vid. JAKOBS, Günther. Derecho Penal, Parte General... *Op Cit.* Págs. 188-189.

¹⁴⁰ Cfr. Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917. Página 149. Cabe señalar, que no se incluía el concepto de cuerpo del delito, como presupuesto para girar una orden de aprehensión, lo cual podemos hacer notar al dar lectura al artículo 16 de dicha Ley Suprema, que establecía: “No podrá librarse, ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración,

En el transcurso del tiempo que duró dicha redacción, predominó el concepto objetivo y material del cuerpo del delito,¹⁴¹ sin embargo, hubo destacados penalistas como ARILLA BAS, FRANCO SODI, GONZÁLEZ BUSTAMANTE y RIVERA SILVA, que comenzaron a incluir elementos anímicos al cuerpo del delito, ello en virtud de que evidenciaban la imposibilidad de acreditar ciertos ilícitos como la difamación o el parricidio sin considerar los elementos subjetivos, por lo cual se consideraba necesario trasladarlos desde la culpabilidad al cuerpo del delito.¹⁴²

Dicho concepto fue eliminado en la reforma de 1993 y en su lugar se introdujo el concepto de tipo, el cual se incluyó como presupuesto para dictar el auto de formal prisión y para girar la orden de aprehensión. Los motivos por los cuales se decidió suprimir dicho concepto obedecen a la pretensión de los legisladores federales, de unir el derecho procesal y el sustantivo¹⁴³ el procesal en virtud de que se requería el tipo como presupuesto para dictar la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, y el sustantivo, por el hecho

bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpaado.”
Ibid. Ambos artículos continuaron sin modificaciones en las partes transcritas hasta 1993.

¹⁴¹ *Vid.* UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *El Cuerpo del Delito y la Responsabilidad Penal*, Segunda Edición, Porrúa, México, 2004, Pág. 66

¹⁴² *Vid. Ibidem.* 66-67. *Vid.* Sobre este tema también a HERRERA LASSO, Eduardo, “Garantías Constitucionales en Materia Penal”, *Cuadernos del INACIPE*, Número 2, Primera Reimpresión 1984, México Pág. 41.

¹⁴³ Sobre el tema en los debates referentes a la reforma a los artículos 16 y 19 mencionados, se manifestó lo siguiente:

“Segundo Párrafo.”

“Se refiere a las órdenes de aprehensión dictadas por autoridad judicial, además de señalarse las aportaciones siguientes:”

“a) Se reafirma la orden de aprehensión ...”

“f) Otra de las aportaciones importantes al concepto de orden de aprehensión, es la precisión de los extremos de prueba que deben acreditarse para motivar la afectación de la libertad de un gobernado con el fin de someterlo a la jurisdicción penal, al establecer que deberán haber ‘datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la presunta responsabilidad del indiciando’.”

“...”

“Además, de acuerdo con lo que se propone para el artículo 19, la orden de aprehensión debe tener los mismos requisitos que el auto de formal prisión.”

“Por ello, tanto en el artículo 16 como en el 19 constitucionales, se busca precisar conceptos que en lo procesal se vinculen de mejor manera con la teoría del Derecho Penal Sustantivo, de modo tal que ambas ramas jurídicas actúen como brazos articulados de una misma política penal del estado mexicano y no como teorías disasociadas, en ocasiones esto ha generado distancias considerables y, hasta contradicciones innecesarias entre conceptos procesales y sustantivos en materia penal.” Cfr. *Diario de Debates*. 17 de agosto de 1993. Cámara de Diputados. Pág. 14. Sobre este tema también *Vid.* UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *El Cuerpo del Delito y la Responsabilidad Penal*, Segunda Edición, Porrúa, México, 2004, Pág. 130.

de que se obligaba a entrar al estudio de los elementos de la figura delictiva. La segunda razón por la cual se consideraron procedente eliminar el concepto del cuerpo del delito, obedece a que se le consideró ambiguo¹⁴⁴.

Así pues, el texto del artículo 19 después de la reforma en cuestión, versaba de la siguiente manera:

“Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que **acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido** y haga probable la responsabilidad de éste.”

Respecto a los requisitos para dictar una orden de aprehensión, el artículo 16 de la Constitución, en su segundo párrafo disponía:

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.”

¹⁴⁴ Al respecto en los debates a la referida reforma a los artículos 16 y 19 de la Ley Suprema en su parte conducente se expuso: “Artículo 19.” “La reforma a dicho artículo fue motivada en la iniciativa que se comenta, ante la observación de los representantes del Senado de la República y de algunos miembros de estas comisiones unidas, por ello se observó la necesidad de reformarlo debido a motivos de coherencia, lo cual se sustenta en las siguientes razones:” “a) La necesidad de precisar que el plazo perentorio de 72 horas...” “b) La necesidad de hacer compatible los extremos de prueba que rigen para la orden de aprehensión con los del auto de formal prisión, o en su caso, con el de sujeción a proceso, a fin de superar el ambiguo término de “cuerpo del delito” por el de “elementos que integran el tipo penal”, con ellos se clarifican los requisitos que deben ser considerados por el juez para fundar y motivar su auto de formal prisión o de sujeción a proceso.”Cfr. *Diario de Debates*, 17 de agosto... Págs. 16-17. No aparece más que lo transcrito en esta nota de pie y la anterior, referente a los motivos por los cuales se procedió a cambiar el concepto de “cuerpo del delito” por el del “tipo”.

De lo anterior, se desprende que en la reforma constitucional de 1993, se requerían acreditar los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado para girar tanto la orden de aprehensión, como el auto de formal prisión.

Esta reforma permaneció por pocos años en la Constitución pues en 1999, volvieron a ser reformados dichos artículos. Esta vez, el motivo por el cual los legisladores procedieron a reformar los numerales mencionados, obedece a que consideraron que el hecho de que se incluyeran los elementos que integran el tipo como presupuesto necesario para girar una orden de aprehensión y de igual forma para dictar el auto de formal prisión trajo consecuencias negativas en el ámbito práctico, toda vez que para cumplir con dicho presupuesto, era necesario estudiar no únicamente los elementos objetivos, sino también los normativos y los subjetivos, lo cual ocasionaba que los agentes investigadores estuvieran obligados a reunir un gran cúmulo de probanzas para integrar debidamente una averiguación previa así como para que se resolviera el término constitucional, provocando consecuentemente, mayor delincuencia e impunidad¹⁴⁵

En consecuencia, nuevamente se procedió a modificar la constitución, en esta ocasión, se suprimió el concepto de "tipo" y en su lugar se volvió a incorporar el concepto de "cuerpo del delito" como presupuesto obligatorio tanto para girar la orden de aprehensión así como para dictar el auto de formal prisión y de igual forma, con el fin de superar la ambigüedad del concepto de cuerpo del delito referida por los legisladores en los debates correspondientes a la reforma de 1993.

Resulta pues, que en la reforma de 1999 aún y cuando reconocieron la ambigüedad de dicho concepto, aún así procedieron a definirlo apoyándose en los criterios que a esa fecha había definido la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹⁴⁶ precisando que por cuerpo del delito, se deberían entender los elementos objetivos de la figura delictiva, lo

¹⁴⁵ Vid. INICIATIVA DE DECRETO por el que se reforman los artículos 16,19,20,22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.(hasta su aprobación por la Cámara de Senadores el 1 de octubre de 1998)

¹⁴⁶ Vid. *Ibidem*.

cual se desprende al dar lectura a la iniciativa de la reforma a los artículos 16 y 19 de la Ley Suprema¹⁴⁷, que en su parte correspondiente al tema señala:

“Bajo el nuevo régimen propuesto, para librar una orden de aprehensión se requerirá y así debe decirlo la legislación secundaria, que existen datos que acrediten el cuerpo del delito, entendiéndose éste como el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito en la ley...”¹⁴⁸

Así pues, mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de marzo de 1999, se procedió a reformar de nueva cuenta los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, volviendo a incluir el concepto de cuerpo del delito, como requisito de procedibilidad para la emisión tanto de la orden de aprehensión así como del auto de formal prisión, estableciendo el primero de los numerales mencionados lo siguiente:

“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 exista 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 que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”

En sentido similar, el artículo 19 de la Ley Suprema señaló:

“Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y

¹⁴⁷ *Vid. Ibidem.*

¹⁴⁸ *Vid. Ibidem.*

circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado."

Al dar lectura de ambos numerales transcritos, se desprende que se exige como requisito fundamental, la acreditación del cuerpo del delito, tanto para dictar la orden de aprehensión así como para dictar el auto de formal prisión.

Las modificaciones sobre el cuerpo del delito en nuestra constitución, no terminaron ahí, pues los antecedentes respecto al cuerpo del delito tuvieron otro cambio más. En efecto, resulta que en la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 18 de junio de 2008, se procedió a eliminar nuevamente dicho concepto de los artículos 16 y 19 de la Ley Suprema y en lugar de solicitar la acreditación del cuerpo del delito, ahora se requiere que las constancias que integren la averiguación previa, se desprenda que el indiciado haya cometido el hecho que la ley señale como delito.

En esta ocasión, el motivo por el cual los legisladores decidieron eliminar el concepto del cuerpo del delito de dichos artículos constitucionales, obedece a que consideraron que con la nueva redacción se permite una exigencia probatoria más clara y sencilla para solicitar una orden de aprehensión¹⁴⁹.

Así las cosas, la redacción del artículo 16 en su tercer párrafo¹⁵⁰ dispone:

¹⁴⁹ "En lugar de la obligación de acreditar el cuerpo del delito, se introduce una exigencia probatoria clara y sencilla para solicitar una orden de aprehensión, lo que agilizará la conclusión de la investigación, por una parte, y la intervención del juez en el caso, por la otra, en beneficio de una justicia penal pronta y expedita." Cfr. Cámara de Diputados, Senado de la República LX Legislatura y Gobierno Federal de los Estados Unidos Mexicanos. *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia. Guía de consulta ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma.* Talleres Gráficos de México, 2008. Pág. 16

¹⁵⁰ El texto de la reforma constitucional del artículo 16 Constitucional se efectuó el día 8 de marzo de 2008, en ese momento se colocaba el texto transcrito en su segundo párrafo. Sin embargo, posteriormente en el *Diario Oficial de la Federación*, mediante decreto publicado el día 1 de junio de 2009 se adicionó un texto en el segundo párrafo, por lo que la parte conducente a los requisitos para girar la orden de aprehensión, se recorrieron hacia el tercer párrafo, que es donde actualmente se encuentran. Cfr. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN 1 de junio de 2009.

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela **de un hecho que la ley señale como delito**, sancionado con pena privativa de libertad y **obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho** y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”

Por otra parte, el numeral 19 establece:

“**Artículo 19.** Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado: el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, **así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito** y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”

Del texto de los artículos transcritos, se desprende que para determinar si el indiciado cometió el hecho delictivo, en lugar de determinar si de autos se desprenden elementos suficientes para acreditar el cuerpo del delito, ahora después de la última reforma, se requiere acreditar que el indiciado cometió o participó en la comisión del hecho que la Ley marca como delito. El hecho que se incluya la expresión “el hecho que la ley señale como delito”, implica desde nuestro punto de vista, que para que se presenten los supuestos para dictar una orden de aprehensión y un auto de formal prisión se requiere estudiar la conducta del indiciado y compararla con la descrita en la Ley como delito, y así determinar si la conducta es típica, es decir, se tendrá que estudiar si se actualizan los elementos del tipo.¹⁵¹

¹⁵¹ Sobre la reforma Penal Constitucional véase: ZARAGOZA HUERTA, José. EL “NUEVO” SISTEMA DE JUSTICIA MEXICANO: ALGUNOS COMENTARIOS, *CULTURA CONSTITUCIONAL, CULTURA DE LIBERTADES*, SECRETARÍA TÉCNICA DEL CONSEJO DE COORDINACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL, 2010, Págs. 349-369. VELÁZQUEZ ESTRADA, Alfonso. Nuevo Sistema de Justicia Penal para México, Miguel Ángel Porrúa, México, 2009.

En efecto, una conducta típica, es aquella descrita en la ley como delito, por lo que tenemos que se está regresando de facto, a la reforma prevista en 1993, cuando se tenían que acreditar los elementos del tipo. Consideramos que el texto vigente de la Constitución, encuadra en la teoría finalista de la acción, pues existen delitos, como lo es el caso de la tentativa, en los cuales para determinar si se han cometido, aún de una forma presuntiva, se requerirá entrar al estudio de los elementos subjetivos, como el dolo. Este tema es muy importante para nuestra tesis, sin embargo, por ahora lo estudiaremos hasta aquí, pues lo volveremos a abordar cuando una vez que hayamos terminado la exposición de las teorías, causalista, finalista y funcionalista.

Por otra parte, es necesario puntualizar, que la última reforma mencionada, en su artículo segundo transitorio, se hace una aclaración, referente al momento en que entrarán en vigor las reformas a los dos artículos constitucionales citados. Al respecto, se menciona que dichas reformas entrarán en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que exceda de ocho años, contados a partir del día siguiente de la publicación de dicho decreto.¹⁵²

En el Estado de Nuevo León, aún no se han efectuado las reformas para adecuarlas al texto constitucional transcrito, el cuerpo del delito continúa incluido en el artículo 150 bis de su Código de Procedimientos Penales¹⁵³, el cual analizaremos en el capítulo especial sobre el tema.

¹⁵² "Primero. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, con excepción de lo dispuesto en los artículos transitorios siguientes." "Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafos séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este decreto." *Cfr.* Diario Oficial de la Federación. 18 de junio de 1998, Pág. 10

¹⁵³ Dicho artículo, en la parte que nos ocupa, dispone: "**Artículo 150 Bis.**- Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por el Código Penal vigente en el Estado. Tratándose de la orden de aprehensión y detención, del auto de formal prisión y del auto de sujeción a proceso, deben incluirse los elementos subjetivos o valorativos que en su caso deban considerarse integrantes de la figura penal y las modalidades o circunstancias modificativas del delito."

3.2.3. LUDEN. PRIMER INTENTO DE SEPARACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

Fue LUDEN, quien por primera vez se ocupó de estructurar la división interna del tipo entre el tipo objetivo y subjetivo, configurando el primero con los elementos materiales del delito y el segundo con los elementos subjetivos del delito, ello lo hizo en el Tomo I su libro "*Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechtes*".¹⁵⁴ ("Manual del Derecho Penal General y Especial")¹⁵⁵.

Sin embargo, consideramos importante destacar la crítica que hace SACHER sobre la integración del tipo propuesta por LUDEN. Pues sobre ese tema, se señala que no se puede considerar la división referida como pionera en lo que se refiere a la división de la estructura del tipo, entre el objetivo y subjetivo¹⁵⁶. Lo anterior lo afirma en virtud de que LUDEN tenía un concepto general del tipo, mediante el cual se incluía en el tipo todos los caracteres del delito, por lo cual su concepto general del tipo, se refería en realidad al delito, lo cual a su vez nos lleva a la conclusión de que al elaborar dicha subdivisión, LUDEN en realidad se refería a una división bipartita horizontal del delito¹⁵⁷.

Coincidimos parcialmente con la opinión de SACHER, pues también consideramos que a LUDEN no se le puede considerar como el creador de la división del tipo entre subjetivo y objetivo, pero diferimos con dicha autora, en las razones.

Pues a diferencia de SACHER, somos de la opinión que a LUDEN no se le puede considerar el precursor de la división del tipo entre subjetivo y objetivo, no por el hecho que él hubiera equiparado al tipo con el delito, sino en atención a que al momento de elaborar dicha división, él consideraba al tipo como sinónimo de la acción. Lo anterior lo sustentamos en párrafos siguientes.

¹⁵⁴ Vid. LUDEN, Heinrich. *Handbuch des teutschen gemeinen un particularen Strafrechtes*; Tomo I, Jena, Alemania, 1842, Pág. 228; También Vid. , MATTASCH, Sabine. Der Tatbestand des Verbrechens bei Heinrich Luden, *Jenaer Schriften zum Recht*, Tomo 36, Richard Boorberg Verlag, 2005, Pág. 135-136

¹⁵⁵ La Traducción es nuestra.

¹⁵⁶ Vid. SACHER DE KÖSTER, Mariana. Evolución del Tipo Subjetivo...*Op. Cit.* Pág. 43

¹⁵⁷ Vid. *Idem*,

En efecto, LUDEN en el Tomo II de su obra "*Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*"¹⁵⁸, propone el concepto general del tipo, que está compuesto por los siguientes tres caracteres:

"Erstens: Eine verbrecherische, durch eine menschliche Handlung hervorgebrachte Erscheinung."

"Zweitens: Rechtswidrigkeit dieser Handlung."

*"Drittens: Dolose oder culpose Eigenschaft dieser Handlung"*¹⁵⁹.

La traducción en español es la siguiente:

"Primero: Un hecho delictivo que se manifiesta al haberse causado mediante la acción humana."

"Segundo: La antijuridicidad de dicha acción."

*"Tercero: La característica dolosa o culposa de dicha acción."*¹⁶⁰

Lo anterior equivale a considerar los anteriores tres elementos en el orden expuesto en la acción causal, antijuridicidad y culpabilidad, los mismos caracteres integrantes de la fórmula tripartita del delito, misma que explicamos en anteriores páginas. Con todo y ello, nosotros no consideramos a LUDEN como el creador de la fórmula tripartita del delito, en virtud de que él al hacer tal división, no se refiere al delito, sino a su concepto general del tipo.

Dicho lo anterior, nosotros consideramos que su aportación fue de gran importancia en virtud de que fue el punto de partida de BELING para que propusiera su

¹⁵⁸Lo cual traducido a nuestro idioma versa: Tratado del Derecho Penal Alemán Parte General. La traducción es propia.

¹⁵⁹Cfr. LUDEN, Heinrich. *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, Tomo II, Göttingen, 1840, Pág. 110; Sobre el tema también Vid. SACHER DE KÖSTER, Mariana. Evolución del Tipo Subjetivo... *Op. Cit.* Pag. 43.

¹⁶⁰La traducción es nuestra.

fórmula tripartita del delito¹⁶¹. Lo anterior lo sustentamos en lo expuesto por HALL quien sobre el punto en particular reconoce a LUDEN señalando:

*“Diese Reihenfolge entspricht genau der Reihenfolge Belings: Tatbestandsmässigkeit-Rechtswidrigkeit-Schuld. Wir feiern Heinrich Luden, weil wir ihm den Vorläufer eines noch Grösseren ehre: Ernst Beling.”*¹⁶²

La traducción es la siguiente:

*“Este orden equivale exactamente al orden expuesto por Beling: Tipicidad-Antijuridicidad-Culpabilidad. Nosotros celebramos la aportación de Heinrich Luden, porque nosotros lo consideramos el precursor de un gran heredero: Ernst Beling.”*¹⁶³

De igual forma, LUDEN logró hacer la separación entre la acción causal y la culpabilidad, dejando en la acción causal lo objetivo y en la culpabilidad lo subjetivo, lo cual también sirvió de plataforma para que BELING, al proponer su división tripartita del delito, hubiera estructurado al tipo, como un carácter completamente objetivo y haber incluido todos los elementos subjetivos en el último de los elementos de su concepto de “Tipo Penal General”.¹⁶⁴ Esto de igual forma, implica otra aportación de LUDEN, al estructurar de forma vertical los sub-elementos del tipo de una forma vertical, entre lo objetivo primero, es decir la acción causal, y después lo subjetivo, la determinación del dolo o la culpa de la acción¹⁶⁵.

Ahora bien, este concepto general del tipo, compuesto por los tres caracteres mencionados, fue propuesto por LUDEN en 1840 en el tomo II de su ya citada obra *“Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte”*.

¹⁶¹ Vid. esta obra nota 5.

¹⁶² Cfr. HALL, Karl Alfred, Die Lehre vom Corpus Delicti... *Op. Cit.* Pág. 155.

¹⁶³ La traducción es nuestra.

¹⁶⁴ Vid. MATTASCH, Sabine. Der Tatbestand des Verbrechens bei Heinrich Luden... *Op. cit.* Pág. 134.

También Vid. SACHER DE KÖSTER, Mariana. Evolución del tipo subjetivo. *Op. cit.* Pág. 41-43.

¹⁶⁵ Vid. SACKER DE KÖSTER, Mariana. La Evolución del Tipo Subjetivo... *Op. Cit.* Pág. 43.

Resulta pues, que fue en 1842 al elaborar Tomo I de su libro *“Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechtes”* cuando cambió la forma de estructurar el tipo, dividiéndolo en tipo objetivo y subjetivo, tal y como lo mencionamos anteriormente. En dicha obra no únicamente cambió la forma de estructurar el tipo, sino que cambió su concepto del tipo y expresamente distingue entre delito y tipo al señalar:

*“Der Thatbestand des Verbrechens ist... etwas anderes als der Begriff desselben.”*¹⁶⁶

El texto en español se traduce de la siguiente manera:

“El tipo del delito es... algo diferente al concepto del delito.”

Incluso, LUDEN equipara al tipo con la acción y señala que ésta se compone por dos elementos, los elementos externos que se integran en el tipo objetivo y los elementos internos del sujeto activo, configuran el tipo subjetivo. Sin embargo, es el hecho de que su concepto del tipo lo equiparaba a la acción¹⁶⁷, que no podemos considerar que el haya sido el precursor de la división del tipo entre tipo subjetivo y tipo objetivo.

Aún así, nosotros consideramos que su teoría fue de útil para elaborar la división tripartita del delito y lo consideramos como un antecedente claro de la división del tipo entre tipo subjetivo y objetivo. Incluso, consideramos que su división del tipo, fue muy adelantada a su época y que por el poco desarrollo de la teoría del delito, trajo como consecuencia que su división del tipo, entre subjetivo y objetivo, no haya tenido continuidad. Ello en atención a que su propuesta para dividir el tipo, se elaboró en la llamada por SACHER, como la etapa horizontal de la teoría del delito, donde no se requería

¹⁶⁶ Cfr. LUDEN, Heinrich. *Handbuch des teutschen gemeinen... Op. Cit.* Pág. 228

¹⁶⁷ Vid. LUDEN, Heinrich. *Handbuch des teutschen gemeinen... Op. Cit.* Págs. 226- 228. También Vid. MATTASCH, Sabine. *Der Tatbestand des Verbrechens bei Heinrich Luden, ...Op. Cit.* Págs. 135-136

la prelación lógica en la que se estudiaba de una forma escalonada cada uno de los elementos del delito para así determinar si se había cometido la conducta punible¹⁶⁸.

Así pues, en virtud de que dicha teoría se elaboró en la época horizontal de los elementos del delito, cuando todavía no se había propuesto la doctrina de la prelación lógica de los elementos del delito, la cual actualmente es aceptada en México, tal y como lo mencionamos al abordar el tema de la estructura del delito, es por lo que consideramos que dicha teoría no podría aplicarse en el sistema penal de Nuevo León.

3.2.4 BELING. TIPICIDAD PURAMENTE OBJETIVA.

Usando como plataforma la división del concepto del “tipo general” de LUDEN, fue que BELING en su obra titulada *Lehre von Verbrechen*¹⁶⁹, por su parte propuso su división tripartita del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, misma que continúa vigente¹⁷⁰.

De igual forma, BELING también propuso su forma de estructurar el tipo, consideraba al tipo como puramente objetivo, libre de cualquier valoración; además, siendo lo más importante para el tema, excluía del tipo todos los elementos subjetivos, siendo éstos asignados en su totalidad a la culpabilidad¹⁷¹, lo cual como ya destacamos con anterioridad, era una de las características principales del sistema causalista.

Sin embargo, el valor del tipo se realizaba en la antijuridicidad y a su vez, BELING dejaba clara la división entre tipo y antijuridicidad al señalar que la tipicidad y la antijuridicidad se relacionan uno con otro “*wie zwei sich schneidende Kreise*”(como dos

¹⁶⁸ Vid. SACHER DE KÖSTER, Mariana. Evolución del Tipo Subjetivo...*Op. Cit.* Págs. 13-16, 21 y SS

¹⁶⁹ Traducido al español Teoría del Delito. La traducción es nuestra.

¹⁷⁰ El tema de la división tripartita de BELING, lo abordamos anteriormente en esta obra, en la página 4.

¹⁷¹ Vid. BELING. *Lehre vom Verbrechen*... *Op. Cit.* Págs. 112,145,147. También Vid. ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General...*Op. Cit.* Pág. 279.

círculos separados)¹⁷², señalando que pudiera haber actos típicos sin llegar a ser antijurídicos y viceversa.

Así, pues con BELING, se tenía un concepto material del tipo, pues se componía de elementos objetivos, estando desprovisto de cualquier otro tipo de elementos¹⁷³. Desde nuestro punto de vista, la teoría de BELING fue de fundamental importancia para la teoría del delito, pues la misma ya preveía la prelación lógica de los elementos del delito y fue el punto de partida para que se continuara desarrollando la sistematización de los elementos del delito.

Consideramos que el concepto del tipo de BELING, no pudiera aplicarse en el sistema penal de Nuevo León, en virtud de que según dicho autor, el tipo estaba integrado por elementos puramente objetivos, dejándose los elementos valorativos a la antijuridicidad y los elementos subjetivos a la culpabilidad. Ello no es en su totalidad acorde a la codificación penal de dicha entidad.

Lo anterior lo afirmamos en virtud del concepto de cuerpo del delito que aparece en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León, en el cual se desprende que el mismo se integra por los elementos objetivos en unos casos, y en otros casos, especialmente en los que la figura delictiva los requiera, se integrarán por los elementos subjetivos. Para corroborar lo anterior, bastaría ver el contenido del artículo 150 bis del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León, que en su parte conducente establece:

“Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por el Código Penal vigente en el Estado. Tratándose de la orden de aprehensión y detención, del auto de formal prisión y del auto de sujeción a proceso, deben incluirse los elementos subjetivos o valorativos

¹⁷² Vid. BELING, Lehre vom Verbrechen... *Op. Cit.* Pág. 141. La traducción es nuestra. También Vid. ROXIN, Claus. *Idem.*

¹⁷³ Vid. ROXIN, Claus. *Idem.*

que en su caso deban considerarse integrantes de la figura penal y las modalidades o circunstancias modificativas del delito”.

Lo anterior indica que en el sistema penal de Nuevo León, en el cuerpo del delito, se pueden incluir en unos casos elementos objetivos y en otros casos también se pueden incorporar elementos subjetivos y valorativos, lo cual no va acorde con la teoría de BELING, donde de manera uniforme, el tipo estaba integrado por elementos objetivos.

En efecto, en la teoría de BELING, había uniformidad en la estructuración del delito, el tipo era siempre objetivo y los elementos subjetivos pasaban a la culpabilidad. Mientras que por otra parte, en el Código Procesal Penal de Nuevo León, en unos casos el cuerpo del delito, se configura con los elementos objetivos y en otros casos, en los que la figura delictiva los requiera, se configura también con los elementos subjetivos¹⁷⁴. Es por ello que nosotros consideramos que la teoría de BELING no es aplicable a la legislación penal de Nuevo León.

3.2.5 LA SEPARACIÓN DEFINITIVA ENTRE TIPO SUBJETIVO Y TIPO OBJETIVO.

El hecho de que se estudiaran únicamente los elementos objetivos en el tipo para determinar si se actualizaba una figura delictiva era insuficiente, pues siguiendo la prelación lógica, al momento de llegar a la sede del tipo, en ciertos delitos, era necesario también entrar al estudio de diversas características, distintas a las materiales externas, para continuar al próximo escalón del delito y así determinar si se configuraba la especie delictiva.

Fue por ello, que diversos autores de la teoría neocausalista, entre los que destacamos a HEGLER¹⁷⁵, MAYER¹⁷⁶ y MEZGER¹⁷⁷ consideraron que el tipo no podía

¹⁷⁴ El concepto del cuerpo del delito en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León, se analizará con mayor amplitud en un capítulo especial en posteriores páginas.

¹⁷⁵ Vid. HEGLER, August. *Die Merkmale des Verbrechens*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 36(1915), Págs. 19 y ss.

continuar siendo puramente objetivo, libre de valores, como lo había propuesto BELING, sino que había que agregar al tipo, elementos subjetivos, lo cual trajo como consecuencia la separación definitiva entre la parte objetiva del tipo, llamada tipo objetivo y por otra parte, la subjetiva, llamada tipo subjetivo. Enseguida, nos referiremos a la forma en que se integró cada uno de ellos en el neocausalismo.

3.2.5.1. EL TIPO OBJETIVO.

Como ya vimos anteriormente, BELING había propuesto una estructura del tipo, puramente objetiva, desprovista de cualquier valor. Así pues, el tipo objetivo, en un principio se integró únicamente por elementos objetivos¹⁷⁸.

Fue MAYER, quien primero consideró que al lado de los elementos objetivos del tipo, que se caracterizaban por ser perceptibles por los sentidos, deberían colocarse los elementos normativos, mismos que se determinaban mediante un juicio de valor.¹⁷⁹ De tal forma que había ciertos delitos en los que el tipo requería para su integración, el estudio de los elementos normativos, como lo es la "ajeneidad" de un bien en el robo, la cual debe estudiarse antes de llegar a la antijuridicidad.¹⁸⁰

Sobre los elementos normativos, consideramos importante destacar la conceptualización que MAURACH y ZIPF hacen de los mismos:

¹⁷⁶ Vid. MAYER, Max Ernst. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Segunda Edición, Verlag Winter, Heidelberg, 1923. Págs. 185-188.

¹⁷⁷ Vid. MEZGER, Edmund. *Die Subjektiven Unrechtselemente*, Der Gerichtssaal, T.89, 1924 Págs. 109 y ss

¹⁷⁸ En este sentido Vid. JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Principios de Derecho Penal la Ley y el Delito*, Cuarta Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, Pág. 254

¹⁷⁹ Para ROXIN, fue MAYER quien logró abandonar el carácter no valorativo del tipo, pues consideraba que los elementos normativos tenían una doble función en la teoría del delito, por ello, los ubicaba tanto en el tipo como en la antijuridicidad, ello lo explicaba mediante la analogía que hacía de la doble función de los elementos normativos del delito con una grapa, la cual tendría una de sus puntas clavada en el tipo y la otra en la antijuridicidad. Vid. ROXIN, Claus, traducido por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Derecho Penal Parte General... Op Cit*, Pág. 281. Sobre este mismo tema también DIAZ ARANDA, Enrique. *Dolo... Op Cit*, Pág. 24.

¹⁸⁰ *Idem*.

"... se habla de elementos normativos cuando al juez, de manera expresa o tácita, y para efectuar una valoración de los conceptos dados por los métodos de interpretación de que el dispone, se lo remita a normas y padrones valorativos extraños al tipo penal. Así expresamente, en el § 226a (buenas costumbres) y fuera del StGB, en el § 12 UWG(*comportamiento desleal*) y, tácitamente, en casi todos los tipos del StGB: acciones sexuales en § 176, maltrato en el § 223, descuido en § 223b, publicidad en numerosos tipos, crueldad en § 211, el mismo asunto judicial e infracción del deber en § 356(BGH 15,338), etcétera."¹⁸¹

De lo anterior se desprende que para efectuar la valoración de los elementos normativos, se requiere remitir a normas y padrones valorativos extraños al tipo penal y de igual forma, se desprende que los elementos normativos se dividen en expresos y tácitos.

En términos similares a los señalados por MAURACH y ZIPF, en México DÍAZ ARANDA hace una subclasificación de los elementos normativos, dividiéndolos entre normativos expresos e implícitos¹⁸², de la siguiente manera:

A) Los elementos normativos expresos a su vez los divide en jurídicos o culturales¹⁸³. Los primeros se determinan mediante realización de una valoración jurídica del caso concreto¹⁸⁴. Destacando como ejemplo el concepto de servidor público en el tipo previsto en el artículo 212 del Código Penal Federal¹⁸⁵, el cual es necesario para determinar

¹⁸¹ Cfr. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz traducidos por BOFILL, GENZSCH, Jorge y AIMONE GIBSON, Enrique. *Derecho Penal Parte General*, Séptima Edición, Astrea, Buenos Aires, 1994, Pág. 366

¹⁸² Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. *Derecho Penal Parte General... Op Cit.* Págs. 199-203.

¹⁸³ *Ibidem*. Pág. 199.

¹⁸⁴ *Idem*.

¹⁸⁵ Vid. *Ibidem*. Págs. 199-200. El artículo 212 del Código Penal Federal establece: "Para los efectos de este Título y el subsecuente es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal. Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a

si se subsume en los supuestos previstos por los artículos desde el 214 al 224 de dicha codificación¹⁸⁶, los cuales únicamente son aplicables a los servidores públicos. Por lo tanto,

cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este Título o el subsecuente”.

¹⁸⁶ “Artículo 214.- Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que: ...”

“Artículo 215.- Cometen el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes: ...”. “Artículo 215-A.- Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención.”

“Artículo 216.- Cometen el delito de coalición de servidores públicos, los que teniendo tal carácter se coaliguen para tomar medidas contrarias a una ley o reglamento, impedir su ejecución o para hacer dimisión de sus puestos con el fin de impedir o suspender la administración pública en cualquiera de sus ramas. No cometen este delito los trabajadores que se coaliguen en ejercicio de sus derechos constitucionales o que hagan uso del derecho de huelga.”

“Artículo 217.- Comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades:” “I.- El servidor público que indebidamente:” “A) Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación;” “B) Otorgue permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico;”

“Artículo 218.- Comete el delito de concusión: el servidor público que con el carácter de tal y a título de impuesto o contribución, recargo, renta, rédito, salario o emolumento, exija, por sí o por medio de otro, dinero, valores, servicios o cualquiera otra cosa que sepa no ser debida, o en mayor cantidad que la señalada por la Ley.”

“Artículo 219.- Comete el delito de intimidación:” “I.- El servidor público que por sí, o por interpósita persona, utilizando la violencia física o moral, inhiba o intimide a cualquier persona para evitar que ésta o un tercero denuncie, formule querrela o aporte información relativa a la presunta comisión de una conducta sancionada por la Legislación Penal o por la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos, y ...”

“Artículo 220.- Comete el delito de ejercicio abusivo de funciones:” “I.- El servidor público que en el desempeño, de su empleo, cargo o comisión, indebidamente otorgue por sí o por interpósita persona, contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones, efectúe compras o ventas o realice cualquier acto jurídico que produzca beneficios económicos al propio servidor público, a su cónyuge, descendientes o ascendientes, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte:...”

“Artículo 221.- Comete el delito de tráfico de influencia:” “I.- El servidor público que por sí o por interpósita persona promueva o gestione la tramitación o resolución ilícita de negocios públicos ajenos a las responsabilidades inherentes a su empleo, cargo o comisión, y ...”

“Artículo 222.- Cometen el delito de cohecho:” “I.- El servidor público que por sí, o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquiera otra dádiva, o acepte una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones, y ...”

“Artículo 222 bis.- Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior al que con el propósito de obtener o retener para sí o para otra persona ventajas indebidas en el desarrollo o conducción de transacciones comerciales internacionales, ofrezca, prometa o dé, por sí o por interpósita persona, dinero o cualquiera otra dádiva, ya sea en bienes o servicios:” “I.- A un servidor público extranjero o a un tercero que éste determine, para que dicho servidor público gestione o se abstenga de gestionar la tramitación o resolución de asuntos relacionados con las funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión. ...”

“Artículo 223.- Comete el delito de peculado:” “I.- Todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa.”

“II.- El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.”

“Artículo 224.- Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.”

determinar si se está afectando la moral pública, pues hay que tener presente que ésta puede variar en cada sociedad.

B) Los elementos normativos implícitos, son aquellos que se encuentran dentro del supuesto previsto en la norma, sin estar expresamente establecidos en el tipo. En estos casos, hay que atender a la finalidad de la norma para de esa manera determinar si a una persona se le puede atribuir un delito.

Este tipo de elementos son de fundamental importancia para la teoría del delito, en virtud de que es ahí donde se ubica la imputación objetiva, mediante la cual se trata de determinar la responsabilidad de un sujeto atendiendo al fin de la norma.

Sobre el tema, DÍAZ ARANDA nos ilustra con el siguiente ejemplo:

“... existen conductas que objetivamente son exactamente las descritas en el texto de la ley, como la conducta del arquitecto que recibe en Mexicali un cheque de cuarenta mil dólares americanos para iniciar la construcción de un centro comercial y, momentos después, sale del territorio nacional para hacer sus compras a Calexico, sin declararlo en la aduana ni a la salida ni a la entrada al país. Como ya vimos, la conducta se encuentra perfectamente en el texto del artículo 105, fracción XIII, párrafo 2º, del Código Fiscal de la Federación, y, sin embargo, dicha conducta no debería ser considerada como típica”¹⁸⁹.

En el anterior caso, la conducta del arquitecto encuadra perfectamente en la conducta descrita en el texto del artículo 105 fracción XIII párrafo segundo del Código Fiscal de la Federación¹⁹⁰, sin embargo, DÍAZ ARANDA atendiendo a la teleología de la

¹⁸⁹ Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique. Derecho Penal Parte General... *Op. Cit.* Págs. 200-201

¹⁹⁰ “Artículo 105.- Será sancionado con las mismas penas del contrabando, quien:” “XIII. Presente o haya presentado ante las autoridades aduaneras documentación falsa que acompañe al pedimento o factura.” “La persona que no declare en la aduana a la entrada al país o a la salida del mismo, que lleva consigo cantidades en efectivo o en cheques, o una combinación de ambas, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a treinta mil dólares de los Estados Unidos de América se le sancionará con pena de prisión de tres meses a seis años. En caso de que”.

norma, considera atípica dicha conducta, pues dicha conducta es atípica en virtud de que si bien el cheque cruzó la frontera entre México y Estados Unidos de salida y de regreso, ello no se llevó a cabo con el fin de efectuar el cobro del cheque.

En un sentido similar, nuestros Tribunales Colegiados de Circuito se han pronunciado también atendiendo a la finalidad de la norma en el siguiente caso:

“CONTRABANDO EQUIPARADO. HIPÓTESIS PREVISTA POR EL ARTÍCULO 105, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. LA TENENCIA E INTRODUCCIÓN NO DECLARADA DE CHEQUES LIBRADOS A CARGO DE INSTITUCIONES BANCARIAS MEXICANAS NO LO CONSTITUYE. La materia de prohibición del delito previsto y sancionado por el artículo 105, último párrafo, del Código Fiscal de la Federación radica en la introducción, no declarada, de dinero, sea en efectivo o en cheque, por una cantidad superior, en la moneda de que se trate, al equivalente a treinta mil dólares americanos; por lo tanto, no puede ser constitutivo de tal delito el abstenerse de declarar la tenencia de cheques librados a cargo de instituciones bancarias mexicanas, puesto que las cantidades que amparan dichos documentos se encuentran materialmente depositadas en el país y, en estas condiciones, es inconcuso que no se actualiza el elemento de la introducción de numerario al país.”¹⁹¹

Como se desprende en el anterior criterio, el Tribunal Colegiado resuelve atendiendo al fin de la norma, pues aún y cuando en el caso la conducta del sujeto activo encuadró en la prevista en el artículo 105 último párrafo del Código Fiscal de la Federación al haber introducido el cheque por la cantidad equivalente a treinta mil dólares moneda del curso legal de los Estados Unidos de América, considera que el proceder del activo no es

¹⁹¹ Cfr. No. Registro: 189,757. Tesis aislada. Materia(s): Penal. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XIII, Mayo de 2001. Tesis: XV,2o.9 P. Página: 1111. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO. Amparo en revisión 3/2001. 1o. de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Graciela M. Landa Durán. Secretaría: Martha I. Soleno Escobar.

típica en virtud de que la cantidad que cubría el cheque se encontraba depositada en nuestro país.

De igual forma, dicho criterio resulta de fundamental importancia para nuestro trabajo de investigación, pues al resolver atendiendo a la finalidad de la norma implica que nuestro Poder Judicial de la Federación ya aplica la teoría de la imputación objetiva¹⁹².

Desde nuestro punto de vista, en el Código Federal de Procedimientos Penales, se aplica el sistema neocausalista, ello en virtud de que en el mismo, se permite estudiar los elementos objetivos y de igual forma los normativos del delito en la sede del tipo, lo cual se evidencia al dar lectura al artículo 168 de dicho ordenamiento, que en su parte conducente dispone:

“El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.”.

“Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.”

Pues bien, como se estudió anteriormente, el cuerpo del delito, se encuentra en el tipo y en el numeral transcrito, se prevé la posibilidad de que se puedan estudiar los elementos normativos en el cuerpo del delito, en caso de que la figura delictiva así lo exija. Ello nos lleva a concluir que en Código Federal de Procedimientos Penales se aplica el sistema neocausalista.

¹⁹² En anteriores páginas mostramos como en nuestro país se ha aplicado la teoría de la adecuación y ahora con dicho criterio mostramos como también se aplica la teoría de la imputación objetiva, ambas teorías elaboradas para efecto de acotar la teoría de la equivalencia de las condiciones.

El problema que vemos nosotros con la redacción de dicho artículo, se presenta en los casos de tipos que se integren con elementos subjetivos, como lo es la tentativa, de acuerdo a la redacción de dicho dispositivo, ésta nunca podría caer en los supuestos previstos en el mismo, pues prevé los casos de figuras delictivas que se integren con elementos objetivos y con elementos normativos, mas no así los casos de tipos que se integren con elementos subjetivos.

Desde nuestra forma de ver, tampoco se podría prever un cuerpo del delito que se integre con elementos subjetivos, aparte de los elementos objetivos y normativos, pues en ese caso ya no sería cuerpo del delito, sería tipo. Es por ello, que no estamos de acuerdo con la redacción de dicho artículo y consideramos que es mejor que en lugar de prever como requisito para el ejercicio de la acción penal, la acreditación del cuerpo del delito, consideramos que sería mejor que se exigiera la acreditación de los elementos que integran el tipo y así podrían encuadrar en el supuesto de dicho numeral los casos de tipos que se integren con elementos subjetivos.

3.2.5.2. EL TIPO SUBJETIVO.

La estructura del delito puramente objetiva, también fue sujeta a críticas por el hecho de que se estrellaba en los casos de delitos cuyo tipo incluyera características anímicas dentro de su integración, tal y como sucede en el caso del fraude, el cual tiene como uno de sus elementos el fin de lucro.

En efecto, ¿Cómo se puede determinar el fraude sin estudiar el “fin de lucro” en la sede del tipo?

No es posible, pues para determinar el fin de lucro en el fraude, forzosamente se tiene que hacer desde que estamos en la sede del tipo. Luego entonces, fue por ello, que en el neocausalismo, se incorporaron elementos subjetivos distintos al dolo¹⁹³.

¹⁹³ ZAFFARONI ha establecido: "... los elementos subjetivos del tipo legal distintos del dolo son intenciones que van más allá del querer la realización del tipo objetivo o particulares disposiciones internas puestas de manifiesto en el modo de obtención de la realización del tipo objetivo..." Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl.

Ello fue un paso adelante para la teoría del delito, pues se pudo resolver el problema de tipos que incluyeran características subjetivas distintas al dolo para su integración.

Así pues, el neocausalismo trajo un cambio en la forma de estructurar el delito, pues como vimos anteriormente, hasta BELING se tenía un concepto puramente objetivo del tipo, sin embargo, en el neocausalismo, se adicionaron los elementos normativos y los elementos subjetivos. Los primeros se ubicaron dentro del tipo objetivo y los segundos trajeron la formación del tipo subjetivo.

Como ejemplo de lo anterior, señalamos el delito equiparable al fraude previsto en el artículo 388 del Código Penal Federal, que dispone:

“Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude.”

Para configurar el delito previsto en el numeral antes citado, tenemos que estudiar desde la conducta, si esta se llevó a cabo con el ánimo de lucro, en caso que no haya sido así no podemos seguir con el siguiente escalón de los elementos del delito, lo anterior en virtud de que la figura delictiva así lo pide.

En el caso del Código Penal de Nuevo León, tenemos como ejemplo, entre otros, el delito de chantaje, previsto en el artículo 395 de dicho ordenamiento, que determina lo siguiente:

“Comete el delito de chantaje el que, con ánimo de conseguir un lucro o provecho, amenazare a otro con daños morales, físicos o patrimoniales, que afecten al amenazado o a persona física o moral con quien este tuviera ligas de cualquier orden, que lo determinen a protegerla.”

Como se desprende en el precepto legal transcrito, para determinar si se actualiza el delito de chantaje, se debe estudiar si el activo amenazó a el pasivo, es decir, si las amenazas, se realizaron con el ánimo de conseguir un lucro, lo cual implica que estamos ante otro caso de un delito que se configura únicamente si estudiamos los elementos subjetivos distintos al dolo.

Con todo y ello, cabe puntualizar que los neocausalistas, no se ocuparon en admitir el dolo en la culpa en el tipo por considerar que la inclusión de elementos subjetivos en el tipo era de carácter excepcional.¹⁹⁴

Así pues de los dos artículos previamente transcritos, se desprende que en ambos se configura el tipo subjetivo, pues dentro de sus elementos se encuentra el “ánimo”, característica subjetiva distinta al dolo.

3.2.6. LA CULPABILIDAD EN EL SISTEMA NEOCAUSALISTA (CULPABILIDAD PSICOLÓGICA-NORMATIVA).

Como ya se mencionó en páginas anteriores, los causalistas incluían únicamente elementos psicológicos en la culpabilidad, fueron los neocausalistas quienes aportaron a la misma los elementos normativos, ello vino como consecuencia del avance de la ciencia del naturalismo hacia la valoración¹⁹⁵.

Sobre el concepto normativo de culpabilidad MAURACH y ZIPF exponen:

¹⁹⁴ DIAZ ARANDA, Enrique. El Dolo ... *Op. Cit.* Pág. 28

¹⁹⁵ Córdoba Angulo, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002. Pág. 344.

“La culpabilidad es un juicio sobre el autor que ...encuentra su *límite* en el hecho típico-antijurídico, *desvalorativo*, ejecutado por el autor, y que extrae la medida del reproche del grado de la infracción del deber que se ha manifestado en la comisión del delito; mientras más evidente sea el apartamiento del autor respecto del mandato normativo, mientras menos se haya dejado influenciar por la función de determinación de la norma más serio será el reproche de culpabilidad.”¹⁰⁶

En efecto, se trata de hacer una valoración sobre la conducta frente al hecho, en que se debe determinar si el sujeto activo era libre de tomar una conducta distinta, que no fuera típica ni antijurídica. Es decir primero se trata de determinar si cumplió con la conducta que le era jurídicamente exigible y en caso de no ser así, entonces se procede a la valoración consistente en determinar si el activo era libre de tomar conducta diversa y de igual forma, que el merecimiento de la pena nace de haberse conducido de una forma diferente a como le era exigible y mientras mayor haya sido su distanciamiento de la conducta exigible mayor será el reproche de culpabilidad.

Lo anterior lo sustentamos con lo afirmado por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE quien replanteando conceptos de MEZGER y WELZEL, nos dice:

“Cuando esa valoración comienza a colorear el sistema(siendo desplazada, por ejemplo, la teoría de la condición por la de la adecuación), el cambio afecta también a la culpabilidad, aunque sin destronar todavía el apoyo en el libre albedrío. Autores como Mezger o Welzel(con tan diferentes puntos de partida) adoptan un ‘concepto normativo’ de culpabilidad que se sustancia en un reproche dirigido al autor por haber realizado el hecho, reproche que sólo tiene sentido si se parte de que ese sujeto podía haberse abstenido de ejecutarlo y, por tanto, de que era libre de hacerlo o no. Pero no se trata ya de una reprobación metafísica, sino basada en la idea de que el ordenamiento jurídico está en condiciones de exigir a sus

¹⁰⁶ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, Derecho Penal... *Op Cit.* Pág.589

ciudadanos un determinado comportamiento y de que el merecimiento de la pena nace por no haberse conducido según lo que jurídicamente le era exigible. Así pues, la exigibilidad de una conducta diferente, acorde con el Derecho, es el verdadero punto neurálgico de esta concepción de la culpabilidad. Si el autor es un loco, no se le podrá exigir que se comporte de manera diferente a como lo hizo, por su incapacidad, si el autor desconocía que su conducta se hallaba penalizada, tampoco se le podrá exigir como a quien sí lo supiera, etc.¹⁹⁷.

De igual forma CÓRDOBA ANGULO se pronuncia en los mismos términos al señalar:

“La teoría normativa define la culpabilidad con un juicio de valor, como un juicio de reproche contra una persona que ha realizado un hecho típico y antijurídico, cuando le era exigible actuar de otra manera.”

“Para esta teoría el fundamento de la culpabilidad radica en la libertad de voluntad(libre albedrío), en la libertad de actuar de otra manera. Es decir que al individuo el Estado le hace un juicio de reproche cuando, siendo libre, decide realizar una conducta típica y antijurídica.”¹⁹⁸.

Añade el autor que:

“La concepción psicológica normativa de la culpabilidad no constituye en rigor una concreta posición doctrinal, ya que se trata más bien de una serie de ideas o sugerencias orientadas a rechazar las posturas psicológicas; por ello es que para algunos el dolo y la culpa son considerados como formas o elementos de la culpabilidad; para otros son especies de la

¹⁹⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Otros. *Lecciones de Derecho Penal Parte General...* Op. Cit. Pág. 242.

¹⁹⁸ Cfr. CÓRDOBA ANGULO, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, Págs. 344-345

misma. Por estudiarse en sede de culpabilidad el dolo y la culpa es por lo que la teoría se denomina psicológica normativa. También dentro de estas corrientes existe una gran discusión en torno a la imputabilidad, en el sentido de si ésta es un presupuesto o un elemento de la culpabilidad.”¹⁹⁹.

En virtud de lo anterior, a diferencia de lo que sucedía en el sistema causalista, donde el dolo y la culpa configuraban formas de culpabilidad, en el sistema neocausalista, el dolo y la culpa forman parte de ella, pues a los mismos elementos psicológicos, se le agregaron los elementos normativos.

Lo anterior resulta de fundamental importancia para nuestro trabajo, pues demostramos la aplicación del sistema neocausalista en nuestra entidad, lo cual se evidencia al analizar el artículo 26 del Código Penal del Estado de Nuevo León, que en su parte conducente dice:

“ART. 26.- Toda persona acusada de delito se presume inocente mientras no se prueba su culpabilidad conforma a la Ley, misma que será determinada en juicio, en el que se cumplan todas las formalidades esenciales del procedimiento y se le otorguen las garantías necesarias para su defensa. Sólo podrá realizarse la imposición de las penas, si la acción u omisión juzgada ha sido realizada con dolo, culpa o preterintención.”

Por esto, en el numeral citado, se desprende el enfoque neocausalista, pues al ubicar la culpa y el dolo en el nivel de culpabilidad y al exigir la reprochabilidad de la conducta previo juicio se desprende que nos encontramos frente a un concepto neocausalista de culpabilidad.

¹⁹⁹ CORDOBA ANGULO, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, Págs. 344-345

3.2.7. UBICACIÓN DE ALGUNOS NEOCAUSALISTAS DEL DOLO Y LA CULPA EN EL TIPO.

Díaz Aranda señala que: “¡no todo aquel dogmático que analiza al dolo en el tipo es necesariamente finalista!”²⁰⁰ Ello resulta importante en el tema, puesto que en anteriores renglones se expuso la innovación del sistema neocausalista, consistente en la incorporación de elementos subjetivos distintos al dolo a la sede del tipo.

Lo anterior, condujo a algunos autores como WOLF, VON WEBER, LANGE, MAYER, e incluso MEZGER, para que ubicaran al dolo y a la culpa en el tipo. Todos ellos, coincidían en que dichos elementos se debían estudiar antes de la culpabilidad. Sin embargo, la razón por la cual no realizaron el traslado de los elementos de la culpabilidad al tipo, obedeció a que consideraron que los delitos con los elementos como el dolo y la culpa era de carácter excepcional.²⁰¹

Al respecto, DÍAZ ARANDA, menciona que aunque fueron varios los autores neoclásicos que ubicaron al dolo y la culpa en la sede del tipo, fue WELZEL quien vino a hacer toda la exposición filosófica metodológica para incorporar al dolo en el tipo y es por ello que estamos de acuerdo con DÍAZ ARANDA cuando afirma “¡No todo aquel dogmático que analiza al dolo en el tipo es necesariamente finalista!”.

3.3. CRÍTICAS AL SISTEMA NEOCAUSALISTA.

Con todo y que el sistema neocausalista surgió con el fin de superar el sistema causalista, aún así fue sujeto a críticas, mismas a las que nos referiremos en los siguientes renglones.

²⁰⁰ Cfr. Díaz-Aranda, Enrique. *El Dolo... Op. Cit.* Pág. 38

²⁰¹ *Vid. Ibidem.* Págs. 28 y 37.

3.3.1. CRÍTICAS A LA TENTATIVA EN EL SISTEMA NEOCAUSALISTA.

El hecho que los neocausalistas no hubieran trasladado el dolo y la culpa desde la culpabilidad a la sede del tipo, ocasionó que se continuaran las mismas críticas que se hacían a los causalistas respecto a la tentativa, pues esta no se podía explicar, sino mediante el estudio del dolo en el tipo, ello por así pedirlo el tipo²⁰².

3.3.2. CRÍTICAS A LA OMISIÓN EN EL SISTEMA NEOCAUSALISTA.

Las críticas a los delitos de omisión en el sistema neocausalista, continuaron al igual que en el clásico, pues aún así, se continuaba considerado al delito como una acción que a través de un nexa causal ocasiona un resultado.

En este sentido DÍAZ ARANDA, señala que:

“NUEVAMENTE LA CAUSALIDAD EN LA OMISIÓN. Como hemos visto, tanto el sistema clásico como el neoclásico del delito se apoyaron en el concepto causal de acción; en el primero a través de la fórmula de la equivalencia de las condiciones, en el segundo con la teoría de la causalidad adecuada. Sin embargo, el concepto causal de acción con todo y sus correctivos seguía fracasando frente a los supuestos de omisión, en los cuales, de acuerdo con Grad zu Dohna, no existe nexa causal alguno entre el sujeto que omite el resultado acaecido, pues desde el punto de vista puramente natural la inactividad del omitente no interviene en forma alguna en el proceso causal que deriva en el resultado típico. En conclusión, quedaba asentado que la causalidad en la omisión es inexistente y, en consecuencia, la atribución del resultado al omitente quedaba sin asidero.”²⁰³

²⁰² Vid. Sobre este tema el apartado 2.1.3.4 donde se exponen las críticas a la tentativa en el sistema causalista.

²⁰³ Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique. *El Dolo... Ob. Cit.* Pág. 41

En efecto, aunque con la teoría de la condición adecuada se resolvieron algunos problemas que presentaba la teoría de la equivalencia de las condiciones, aún así se tenía una percepción causalista del delito y por ende desde el punto de vista puramente natural la inactividad del omitente no intervenía en forma alguna en el proceso causal que deriva en el resultado típico.

CAPÍTULO 4° EL FINALISMO

4.1. LA ACCIÓN FINAL.

Con el fin de superar las críticas en contra de los sistemas causalista y neocausalista, se elaboró la teoría final de la acción, la cual tiene un enfoque diametralmente opuesto a las dos teorías referidas, pues aquí en lugar de considerar la acción desde el punto de vista natural, se fundamenta en la finalidad de la voluntad. Ello se evidencia al dar lectura a WELZEL quien en la siguiente afirmación encierra uno de los postulados principales del sistema finalista:

“La acción humana es ejercicio de la actividad final. La acción, es por tanto un acontecer ‘final’ y no solamente ‘causal’”²⁰⁴.

Así dicen los iniciales renglones del primer capítulo de la obra titulada “El Nuevo Sistema Del Derecho Penal” escrita por WELZEL, quien es reconocido como el creador del sistema finalista, que en 1930 expuso sus bases en su diversa obra “Derecho Penal Alemán”²⁰⁵.

Como se desprende, WELZEL, va desde un principio al punto toral del finalismo, describiendo a la acción humana como el ejercicio de la actividad final e incluso, en su segunda oración, contradice directamente a la teoría causalista, al señalar que la

²⁰⁴ Cfr. WELZEL, Hans, traducido por CERESO MIR, José. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, reimpresión de primera edición, Editorial B de F, Argentina, 2002, Pág. 41

²⁰⁵ Vid. WELZEL, Hans, traducido por BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal Alemán*, Duodécima Edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1987, Pág. 153. Vid. JAKOBS, Günther traducido por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y Otro. *Derecho Penal Parte General...* Op. Cit. Pág. 162. Asimismo, entre otros Vid. ROXIN, Claus, traducido por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y Otros. *Derecho Penal Parte General...* Op. Cit. Pág. 200. Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2003, Pág. 262. Vid. DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría General del Delito*, Quinta Edición, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., México, Pág. 159

acción es un acontecer 'final' y no únicamente 'causal'. En los renglones siguientes de dicha obra continúa exponiendo:

“La **'finalidad'**, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede **prever**, dentro de ciertos límites, **las consecuencias posibles de su conducta, asignarse fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines**. Gracias a su **saber causal** previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente; **Actividad final** es una actividad dirigida conscientemente en **función del fin**, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento. **La finalidad es, por ello-dicho en forma gráfica-'vidente', la causalidad, 'ciega'...**²⁰⁶.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que el carácter final de la acción consiste en la previsibilidad del resultado, siendo este concepto de fundamental importancia para WELZEL, quien incluso llega a llamar a la finalidad “vidente”, en contraparte a la causalidad, a la cual se refiere como “ciega”. Ello resulta de fundamental importancia, al comparar a los dos sistemas mencionados, pues por ser “ciega” la causalidad, no se estudian en la acción ni en el tipo elementos subjetivos, mientras que por otra parte, al ser la finalidad “vidente” se estudian los aspectos volitivos desde la acción o mas bien, desde el tipo como se demostrará en los siguientes renglones.

En el mismo sentido, cabe destacar la importancia que otorga al aspecto volitivo de la acción, pues señala que el hombre gracias a sus conocimientos, puede dirigir su actividad, conforme a un plan a conseguir ciertos fines, mientras que la acción causal es resultante de una “constelación” de causas existentes en cada momento.

Asimismo, WELZEL continúa ilustrando con su teoría al exponer:

²⁰⁶ Cfr. WELZEL, Hans, traducido por CEREZO MIR, José. El Nuevo Sistema... *Op. Cit.*, Pág. 41

“Para aclarar esto me remito a la diferencia existente entre un asesinato, por un lado, y un rayo mortal, por otro; en el asesinato todos los actos están dirigidos en función del fin prefijado: la compra del arma, el acechar, apuntar, apretar el gatillo, mientras que el rayo el resultado de muerte es la resultante ciega de los elementos causales existentes; Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, éste, conforme a un plan, a la consecución del fin, **la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal.** Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo convierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente: sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final, como factor que configura *objetivamente* el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción...”²⁰⁷.

Como se desprende la diferencia en estudiar un homicidio y una muerte ocasionada por un rayo mortal, consiste en que al analizarse ésta, se toman en cuenta cuestiones naturales, sin tomar en cuenta elementos subjetivos, pues siendo el rayo que cayó al individuo fue un fenómeno natural que se explica a través de estudios científico-naturales, mientras que por otra parte, en el homicidio, se explica tomando en cuenta elementos subjetivos, internos del sujeto activo, como lo son la voluntad de que se ocasionara el resultado final que previó dentro de los límites de su capacidad, pues en el ejemplo que se presenta, el homicida para efectuar el resultado, compró el arma, acechó, apuntó y apretó el gatillo y así ocasionó la muerte del sujeto pasivo. Pero lo que se considera más importante, de lo expuesto por WELZEL, es en el sentido de que: “la espina dorsal de la acción final es la voluntad”, es decir, es aquí donde se le otorga a la voluntad el aspecto básico de la acción final.

²⁰⁷Cfr. *Ibidem*. Págs. 41-42

Sin embargo, **no es cualquier voluntad** la que el citado ilustre tratadista refiere, **sino sólo aquella que está dirigida a la realización del fin**, lo cual se desprende al dar lectura a la obra en cita donde expresamente aclara cualquier posible confusión entre dicho término y “voluntariedad”, al señalar:

“La finalidad no debe ser confundida, por ello, con la mera ‘voluntariedad’. La ‘voluntariedad’ significa que un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidos a algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería producir el autor...”²⁰⁸

Añade el citado autor que:

“Si se quiere comprender, sin embargo, la acción más allá de su característica(abstracta) de la mera voluntariedad, es decir en su forma esencial, concreta, determinada en su *contenido*, sólo es posible lograrlo mediante la referencia a un determinado resultado querido... A la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas; sin ella queda sólo la voluntariedad, que es incapaz de caracterizar una acción de un *contenido determinado*...”²⁰⁹

Así pues, el autor citado, precisa que la voluntad que interesa para la teoría del delito, es la que está dirigida a determinado fin pretendido.

De lo visto hasta aquí, respecto de la acción final, se desprende que la teoría finalista ubica los elementos subjetivos en la acción, como lo son la previsión de un resultado, mismo que se pretende sea cumplido por la voluntad del sujeto activo.

Tomando en cuenta, el concepto voluntad utilizado por WELZEL, nosotros concluimos que según lo explicado por él, con dicho concepto se refiere a intención, lo cual

²⁰⁸ Cfr. *Ibidem*. Pág. 45

²⁰⁹ Cfr. *Ibidem*.

incluso se robustece si tomamos en cuenta las definiciones que da la Real Academia Española, sobre dichos conceptos:

“Voluntad. Potencia del alma, que mueve a hacer o no hacer una cosa... Libre albedrío o libre impulso determinación... **Intención, ánimo o resolución de hacer una cosa...**”²¹⁰.

En efecto, de lo anteriormente expuesto, se desprende que entre otras definiciones, por voluntad se debe entender intención, ánimo o resolución de hacer una cosa, que es precisamente lo que WELZEL nos da a entender en los apuntes arriba expuestos. Por su parte la misma Real Academia, sobre intención nos dice:

“Intención. Determinación de la voluntad en orden a un fin...”²¹¹

En efecto, se desprende que el concepto de definición se puede equiparar con el concepto de voluntad expuesto por WELZEL, pues al igual que dicho autor, la Real Academia define intención como la determinación de **voluntad en orden a un fin**. Lo único que carece a lo expuesto hasta aquí de la obra de WELZEL, fue que llamara expresamente a la referida voluntad como “intención”.

En los términos señalados anteriormente ALTAVILLA sostiene que únicamente se debe considerar movimiento voluntario aquél que dirija la acción hacia la consecuencia de un fin.²¹²

Por lo que respecta al dolo el mismo autor expone el siguiente concepto:

“DOLO. La *voluntad*, convertida en *intención*, solo puede dirigirse a ocasionar un resultado en cuanto se lo representa...”

“Ya han terminado todas estas discusiones, porque nuestro Código requiere para la noción del dolo la *intención*, es decir, la *voluntad dirigida a*

²¹⁰ Cfr. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II. Vigésima Primera Edición, Espasa Calpe, Madrid, 1992 Pág. 2105

²¹¹ Cfr. *Ibidem*. Pág. 1177

²¹² Vid. ALTAVILLA, Enrico. *La Culpa*, Cuarta Edición, Temis, Colombia, 1999 Pág. 256

ocasionar un resultado, fórmula a la cual corresponde la de *obrar con la precisión de un resultado cierto...*²¹³.

Lo cual implica que en la opinión de dicho autor, la voluntad dirigida a ocasionar un resultado consiste en un requisito fundamental para el dolo y aquella es equiparada a la intención, esto resulta relevante si tenemos en cuenta que en un sector doctrinario del derecho penal Mexicano, dolo e intención han sido considerados como lo mismo, lo cual se evidencia a dar lectura a DIAZ ARANDA, quien sobre el tema dice:

“De acuerdo con la legislación examinada, el **dolo aparece en nuestros ordenamientos jurídicos penales como intencionalidad**, la cual en principio se presumía y generaba la inversión del principio de la carga de la prueba...”²¹⁴.

Autores como LAURENZO COPELLO expone una interpretación similar a la que se pretende dar en este trabajo sobre el concepto de voluntad final de la acción que desarrolla WELZEL, al señalar:

“Dolo y finalidad: la estrecha dependencia entre voluntad de realización y previsión”

“Al volver la vista al *concepto de dolo* desarrollado por Welzel. Se constata que utiliza exactamente los mismos criterios arriba reseñados: **un comportamiento será doloso si el sujeto comprendió el resultado típico en su voluntad de realización**, es decir, si lo previó y, al menos contó con su producción...”²¹⁵

De igual forma, la autora citada señala:

“De esta manera nos encontramos con una inversión del sentido del razonamiento, de modo tal que el primer paso lo constituye la determinación

²¹³ Cfr. *Ibidem*, 75-76

²¹⁴ Cfr. DIAZ ARANDA, Enrique. *Dolo...* Op. Cit. Pág. 185

²¹⁵ Cfr. LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y Conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, Págs. 82-83

del contenido del dolo --de sus elementos--extraído de la estructura de la acción finalista. Dado que ésta se caracteriza por **la capacidad de la voluntad para dirigir finalmente un suceso** y teniendo en cuenta que esa capacidad depende de la anticipación mental de los efectos de la acción, los componentes psicológicos del dolo se concretan en el conocimiento y **voluntad** de los elementos que definen el acontecer externo que la norma se propone evitar, es decir, de los elementos objetivos del tipo. De este criterio inicial se deduce, a su vez, el campo del delito doloso: éste abarcará todos aquellos efectos que estén **contenidos en la voluntad de realización...**²¹⁶.

Así pues, concluimos que la voluntad final desde la óptica de WELZEL es en esencia el dolo.

Sin embargo, en la teoría finalista de la acción fue sujeta a severas críticas en los casos de delitos culposos, pues se consideraba que la fórmula finalista no podía resolver los casos de este tipo de delitos, en virtud de que el sujeto no tiene la intención de que se ocasione el resultado típico.²¹⁷

De lo expuesto hasta aquí sobre el sistema finalista, surge la siguiente interrogante ¿Si WELZEL ubica la voluntad final dentro del estudio de la acción u omisión, entonces porque en el finalismo se estudia al dolo y la culpa en el tipo? La respuesta a esa pregunta, la exponemos en las siguientes líneas.

4.2. REUBICACIÓN DE DOLO Y CULPA EN EL FINALISMO.

Como mencionamos anteriormente, para los causalistas, el dolo y la culpa eran formas de la culpabilidad y los neocausalistas procedieron a tomar a éstos como elementos de la culpabilidad, esto cambió en la teoría finalista, pues en uno de los cambios más importantes de dicha teoría, los finalistas reubicaron el dolo y la culpa en el finalismo. Ello se demuestra al dar lectura a WELZEL, que sobre el tema nos dice:

²¹⁶ Cfr. *Ibidem*. Pág. 100

²¹⁷ Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. *El Dolo...Op. Cit.* Págs. 56-58,64-69

“... la **voluntad de la acción** *tiene*(o es portadora de) una **culpabilidad** mayor o menor, es más o menos *culpable*; **pero ella misma no es la culpabilidad**. La culpabilidad es una cualidad *valorativa* negativa de la voluntad de la acción, pero no es la voluntad misma. **Por ello es falsa la antigua doctrina**, que repercute aún hoy muchas veces de que la culpabilidad sea un determinado estado anímico(por ejemplo, el estado anímico descrito en el tipo subjetivo) . Un estado anímico puede ser portador de una culpabilidad mayor o menor, pero **no puede ser una culpabilidad** (mayor o menor); La identificación de un estado anímico con la culpabilidad obedece a la **inexactitud del uso del lenguaje que designa muchas veces todo con una simple parte**(*pars pro toto*). Culpabilidad, en este sentido amplio, es la voluntad de la acción, antijurídica y culpable, o(en el sentido más amplio) la *acción*(típica, antijurídica) culpable(en este sentido se habla, por ejemplo, en el art. 263 de la Ley procesal penal(St. P.O.) del ‘problema de la culpabilidad’)...”²¹⁸

De lo anterior se desprende el distanciamiento de WELZEL²¹⁹ en referencia a la teoría causalista, pues hace un cambio a la concepción que tenían tanto los causalistas como los neocausalistas de la culpabilidad, al señalar que la voluntad, ya sea culposa o dolosa, no configura la culpabilidad.

Incluso califica de falsa la versión causalista por considerar a la culpabilidad como un determinado estado anímico, es decir culposa o dolosa, aclarando al respecto, que un estado anímico puede ser portador de una culpabilidad mayor o menor pero no una culpabilidad por sí mismo.

De igual forma, considera una confusión por parte de los causalistas, el hecho de igualar la culpabilidad a un estado anímico, y que el error se debió a la inexactitud del uso del lenguaje que designaba muchas veces un todo con una simple parte, es decir que

²¹⁸ Cfr. WELZEL, Hans traducido por CEREZO MIR, José. *El Nuevo Sistema...* Págs. 127-128

²¹⁹ De igual forma sobre la culpabilidad WELZEL expone la siguiente definición; . “Culpabilidad es lo que adeuda el autor que podía actuar conforme a las normas, a la comunidad jurídica por su conducta contraria al derecho...” Cfr. *Ibidem*. Pág. 127

por igualar todos los elementos del delito con la culpabilidad misma, lo cual expone en forma más clara en renglones posteriores de su obra consultada al señalar:

“De lo dicho se deduce que ‘pertenece’ a la culpabilidad, no sólo la voluntad de la acción, en general, **sino también el dolo**, en particular (como una especie de voluntad de acción). La polémica entre la doctrina de la acción causal y la doctrina de la acción finalista, no versa, sin embargo, sobre el problema de si el dolo pertenece *también* a la culpabilidad (como su posible portador), sino **sólo sobre si pertenece únicamente a la culpabilidad**; A la culpabilidad, en el sentido del derecho penal, ‘**pertenece**’ todos los caracteres del delito previos a ella: acción (conducta), tipicidad y antijuridicidad; sólo una acción (o conducta), tipicidad y antijuridicidad; sólo culpable; sólo ella puede ser portadora, en el derecho penal, del reproche de la culpabilidad. No obstante, aunque todos estos elementos son también constitutivos para el juicio de la culpabilidad (la reprochabilidad), no son *sólo* elementos de la culpabilidad. Por ello, la **voluntad de la acción** -aunque es *también* portadora del reproche de la culpabilidad- **es ya antes un elemento del tipo de los delitos dolosos** y con ello un presupuesto material de la antijuridicidad de estos delitos; la voluntad de la acción que como consecuencia de una falta de observancia del cuidado debido realiza en forma **no dolosa un tipo**, es ya antes un presupuesto de la antijuridicidad de los delitos culposos; En la **culpabilidad** se examina **hasta qué punto puede serle reprochada personalmente al autor de esta voluntad de la acción**. Este es el problema nuevo y específico de la culpabilidad dentro del concepto del delito...”²²⁰,

En efecto, contrario a lo que pudiera pensarse, la diferencia entre los causalistas y los finalistas, no consiste en la diferencia del elemento donde ubiquen el dolo, sino más bien, la diferencia de criterio consiste en determinar si el dolo debe ubicarse **únicamente** en la culpabilidad.

²²⁰ Cfr. WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema... *Op. Cit.* Pág. 129

Sobre tal cuestión, WELZEL considera que el dolo pertenece tanto al tipo como a la culpabilidad. Anteriormente habíamos mencionado que dicho autor considera que el dolo pertenece al tipo en virtud de que desde ahí se ubica la voluntad final del sujeto activo. Sin embargo, también considera que el dolo pertenece a la culpabilidad porque ella se integra con todos los elementos anteriores a ella, lo anterior atendiendo a la prelación lógica de la cual nos referimos con anterioridad en este trabajo, pues para que exista culpabilidad, antes debe haber una conducta, típica y antijurídica.²²¹

El autor citado, señala que en el finalismo la culpabilidad permanece con el elemento de reprochabilidad, dentro del cual se examina si la voluntad de la acción es culpable, considerando que el cambio de ubicación de los elementos conduce a tener a cada uno de ellos en un lugar más apropiado, debido al conocimiento de la estructura final de la acción, la cual dice el tratadista consultado, resuelve los problemas de la acción, tipicidad y antijuridicidad de los delitos dolosos y culposos del concepto de culpabilidad, del error sobre el tipo y el error de prohibición, de participación y demás.²²²

Por lo tanto, de acuerdo con WELZEL, si bien el dolo pertenece al tipo y al ser necesaria la presencia de éste para la existencia de la culpabilidad, entonces también se ubica en la culpabilidad, pero como se mencionó, solo porque es elemento del tipo y éste se requiere junto con la acción y con la antijuridicidad para que se presente la culpabilidad.

²²¹ Esto es así porque tal y como se desprende de lo transcrito, WELZEL, señala que el dolo es un elemento, primero del tipo, es decir, que se presenta antes de llegar a la culpabilidad.

²²² Sobre el tema WELZEL expone: "Las doctrinas del tipo y de lo injusto dan cabida, pues cada vez más, a elementos anímicos, que habían sido atribuidos, en un principio, erróneamente al concepto de culpabilidad: primero los elementos subjetivos de lo injusto y luego la voluntad de la acción; El concepto de la culpabilidad, como tal, no comprende, en cambio, los elementos subjetivos-anímicos y conserva sólo el crimen normativo de la *reprochabilidad*, con arreglo al cual se examina si la voluntad de la acción es *culpable*. En este proceso no se ha perdido ninguno de los elementos anteriores, sino que cada uno ha recibido su lugar más apropiado, debido al conocimiento de la estructura final de la acción; con lo cual estamos en condiciones de poder llegar a la solución correcta de los problemas de la acción, de la tipicidad y antijuridicidad de los delitos dolosos y culposos del concepto de culpabilidad, del error sobre el tipo y el error de prohibición, de la participación, etcétera. ..." Cfr. WELZEL, Hans, *El Nuevo Sistema...* Op. Cit. Pág. 132

Sin embargo, el hecho de que WELZEL reubicara al dolo y a la culpa dentro del tipo fue motivo para que los causalistas objetaran dicha teoría, alegando que con ello, se dejaba vacía la culpabilidad. Sobre este tema el mismo autor señala:

“Las objeciones tradicionales a la doctrina de la acción finalista por ‘la subjetivización de lo injusto’, son por ello, completamente infundadas. Con la inclusión del dolo en el tipo no se le quita a éste ningún elemento *objetivo*, ni queda, por tanto, subjetivado en lo más mínimo; por otra parte el objeto del reproche de la culpabilidad no queda reducido, en absoluto, puesto que la actitud subjetiva del autor en relación con el hecho es un elemento constitutivo de la reprochabilidad...; con ello se destaca, sin embargo, claramente todo el contenido objetivo y subjetivo de la acción típica, así como la esencia y los elementos constitutivos de la culpabilidad.”²²³

Así pues, la culpabilidad en el sistema final de la acción no queda vacía, pues además de contener la reprochabilidad y la misma actitud subjetiva del autor en relación con el hecho es un elemento de la culpabilidad, pero antes de ser elemento de ésta es del tipo.

4.3. LA PARTE INTERNA Y EXTERNA DE LA ACCIÓN FINAL.

De igual forma, WELZEL dividió la acción final en dos partes en una interna y en otra externa, lo cual se evidencia al dar lectura a lo expuesto por él, al señalar:

“La dirección final de una acción, se realiza en dos fases, que en las acciones simples se entrecruzan:”

“a) la primera transcurre completamente en la esfera del pensamiento. Empieza con: *...la anticipación del (el proponerse el) fin que el autor quiere realizar. A ello sigue –a partir del fin–...la selección de los medios necesarios para su realización.* El autor determina, sobre la base de su saber causal y en un movimiento de retroceso desde el fin, los factores causales que son

²²³ Cfr. WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema... *Op. Cit.* Pág. 132

necesarios para su consecución, incluso aquel movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda la cadena causal (medios de acción). Este proceso mental se llama "de retroceso" porque el fin ya está determinado y desde él se lleva a cabo la selección de los factores causales necesarios como medios de la acción; Ahora bien, los factores causales elegidos como medios van siempre unidos a otros efectos además del fin perseguido. El fin representa sólo un *sector* de los efectos de los factores causales puestos en movimiento. Por ello, el autor, en la selección de los medios ... tiene que *considerar* también los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales elegidos, como la consecución de un fin. *Este* proceso mental no se realiza ya *hacia atrás*, sino *hacia adelante*, desde el factor causal elegido como medio hacia los efectos que tiene o puede tener. La consideración de los efectos concomitantes puede inducir al autor a reducir los medios elegidos hasta el momento, a elegir otros factores causales que impidan la producción de dichos efectos, o a dirigir la acción de modo que pueda *evitarlos*. La **voluntad de la acción, dirigida a la realización del fin**, se dirige aquí también, al mismo tiempo, a *evitar* los efectos concomitantes. Por otra parte, la consideración de estos efectos puede dar lugar a que el autor incluya en su voluntad la realización de ellos, bien porque considere *segura* su producción en caso de utilizar estos medios, o bien porque cuente al menos con ella. En ambos casos la voluntad final de realización comprende también los efectos concomitantes...; b) De acuerdo con la **anticipación mental del fin**, la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes, el autor *lleva a cabo* su acción en el **mundo real**. Pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de la acción anteriormente elegidos (**factores causales**), cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que han sido incluidos en el complejo total a realizar...; La segunda fase de la dirección final se desarrolla en el **mundo real**. Es un proceso causal en la realidad, dominado por la **determinación del fin y de los medios de esfera del pensamiento**. Si no se logra el dominio final en el mundo real -por ejemplo, el resultado no se

produce por cualquier causa- la acción final correspondiente queda sólo intentada...²²⁴

De lo anterior se desprende, que la acción final se desarrolla en dos fases; en la primera de ellas, en el interior del sujeto activo, es decir en su pensamiento, en ella se propone el fin y después selecciona los medios para lograr su acción final, es ahí se ubican los elementos subjetivos, es decir, la intención, la voluntad, el ánimo, en consecuencia es ahí donde se ubica el dolo y la culpa.

La segunda fase, se desarrolla en el exterior, es ahí donde se desarrollan las consecuencias de la primera fase, procediendo a materializarse y a presentarse en el mundo real. Pero también aclara WELZEL, que en caso de que no se logren los resultados materiales o externos de la acción final, ésta queda sólo en intentada.

En similares términos se pronuncia MUÑOZ CONDE, quien reconoce la separación entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo; al señalar:

“El tipo de injusto no está compuesto solo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa. La acción u omisión subsumible en el tipo no es un simple proceso causal ciego, sino un proceso causal regido por la voluntad. De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad(fin, efectos concomitantes, selección de medios, etc.). Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva(el llamado *tipo objetivo*) como subjetiva(el llamado *tipo subjetivo*). En la primera se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica(el autor, la acción, las formas y medios de la acción, el resultado, el objeto material, etc.). En la segunda, el contenido de la voluntad que rige la acción(fin, efectos concomitantes y selección de medios); Esta vertiente subjetiva es, a diferencia de la objetiva, mucho más difusa y difícil de probar, ya que refleja una tendencia o disposición

²²⁴ Cfr. WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema...* Op. Cit. Págs. 43-44.

subjetiva que se puede deducir pero no observar. También admite gradaciones. Entre aquellos supuestos en los que el fin del autor coincide exactamente con el resultado prohibido en el tipo y aquellos otros en los que el fin pretendido es absolutamente irrelevante desde el punto de vista juridicopenal, pero en los que se desaprueba la forma de utilización de los medios elegidos para conseguir ese fin, hay diferencias evidentes que merecen una distinta valoración. De ahí la distinción que debe hacerse, ya en el plano de la tipicidad, entre tipo de injusto realizado dolosamente y tipo de injusto realizado imprudentemente. La distinción tiene gran importancia, porque cada uno ofrece particularidades dogmáticas propias y por su distinta trascendencia social y jurídica.²²⁵

En efecto, dicho autor diferencia entre la parte interna y la parte externa de la acción, la primera de ellas, es la más difícil de acreditar, pues se encuentra en la voluntad y no se puede evidenciar a simple vista. De igual forma se desprende que la parte interna se puede graduar, atendiendo a la comparación entre la finalidad pretendida y el resultado, en caso de que lo hubiera. Ello implica a su vez, que la justificación de el cambio que se efectuó en el finalismo con relación al causalismo y neocausalismo, pues ahora se efectuó el traslado del dolo y de la culpa a la sede de tipo, teniendo ello como consecuencia la incorporación de la totalidad de los elementos subjetivos al tipo.

En términos similares a lo expuesto anteriormente, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE explica sobre la separación entre el tipo objetivo y el subjetivo, relacionando cada uno de ellos, con la parte interna y externa de la acción, precisando, que la parte externa se refiere al tipo objetivo:

“En él se describe la acción, el objeto de la acción, en su caso el resultado, las circunstancias externas del hecho y las cualidades de los sujetos. Con el tipo objetivo se cumplen algunas de las exigencias necesarias que determinan la aparición de una acción típica, pero no las suficientes. Para cumplir con las condiciones mínimas del injusto se requiere además de

²²⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito...* Op.Cit. Pág. 41

la presencia de otro grupo de circunstancias internas que conforman el tipo subjetivo. El tipo objetivo es el objeto en el que se proyecta el tipo subjetivo, o bien es la representación externa y anticipada del dolo e imprudencia. No debemos olvidar, que los tipos penales contenidos en la parte especial describen circunstancias externas (objetivas) referidas a otras internas(subjetivas). Por ejemplo, en el artículo 138 la *acción típica* castigada no consiste en 'matar a otro' sino en 'matar a otro dolosamente' ...²²⁶

Por otra parte, tal y como se demuestra de lo anteriormente expuesto, el tipo objetivo permaneció igual en el sistema finalista en relación al sistema neocausalista, siendo el mayor cambio la incorporación del dolo y la culpa al tipo, siendo esto último la aportación fundamental de los finalistas, tal y como lo expone DÍAZ ARANDA al señalar:

"Como se puede deducir, el sistema final de acción no varió intrínsecamente el tipo objetivo y ello es así porque su aporte máximo radicó en la inclusión definitiva del tipo subjetivo, en el cual centró su atención."²²⁷

Así pues, se desprende que la acción final se divide en dos partes, en la interna y en la externa, la primera se encuentra en el tipo subjetivo, el cual como ya se destacó, fue el cambio más importante de los finalistas, lo cual implica que en el finalismo permaneció la división del tipo, entre el objetivo y el subjetivo, considerándose el primero de ellos en la parte externa y el segundo en la parte interna. Enseguida nos referimos al tipo subjetivo.

4.3.1. TIPO SUBJETIVO.

Como mencionamos anteriormente, el mayor cambio sistemático entre causalismo y el finalismo, fue el cambio de ubicación del dolo y la culpa, que pasaron a

²²⁶ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Otros. Lecciones de Derecho Penal... *Op. Cit.* Pág. 161. Lo anterior, incluso lo hace mas evidente dicho autor al señalar "El tipo objetivo es la parte externa del delito..." Cfr. *Idem.*

²²⁷ Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique. Dolo...*Op. Cit.* Pág. 50

formar parte del tipo, siendo el caso que en la primera de las teorías mencionadas, formaba parte de la culpabilidad como ya quedó señalado²²⁸.

Por lo anterior, encontramos que los elementos del tipo subjetivo se conforman por el dolo, la culpa, preterintención, además de los elementos subjetivos distintos al dolo, de los cuales ya tratamos al estudiar el sistema neocausalista. De los primeros elementos nos referiremos en los próximos párrafos.

4.3.1.1. EL DOLO.

Estudiamos el dolo primero, por haber sido la principal aportación de los finalistas en referencia al tipo subjetivo. El mismo lo definen MAURACH y ZIPF de la siguiente manera:

“El dolo, expresado con la formulación más general, es el querer, dominado por el saber, de la realización del tipo objetivo.”²²⁹

En similares términos JIMÉNEZ DE ASÚA al dar su definición del dolo menciona que éste existe cuando:

“... se produce un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.”²³⁰

Por su parte, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE define al dolo de la siguiente manera:

²²⁸ Cabe señalar, que en este capítulo nos referimos únicamente al tipo subjetivo, en virtud de que el tipo objetivo permaneció igual que en el sistema neocausalista y del mismo ya se trató al estudiar el sistema neocausalista.

²²⁹ Cfr. MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz., traducidos por BOFILL GENZSCH, Jorge y Otro: Derecho Penal Parte General... *Op Cit.* Pág. 376

²³⁰ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La Ley y el Delito... *Op.Cit.* Pág. 365

“En la actualidad el dolo se concibe como la conciencia y voluntad del sujeto de realizar el hecho tipificado objetivamente en la figura delictiva.”²³¹

En términos similares, por otra parte CASTRO OSPINA lo define de la siguiente manera:

“A manera de síntesis y de acuerdo con lo expuesto puede decirse que dolo *es conocer con la propia conducta, activa u omisiva, es probable que se incurra en hechos constitutivos de una infracción penal, y con todo y ello querer o aceptar la realización de la conducta...*”²³²

De lo anteriormente, expuesto, podemos concluir que el dolo consiste en la voluntad que el sujeto tiene para efecto de que se produzca el resultado que se representa.

De igual forma, dicha autora menciona que el dolo se divide a su vez en elementos cognitivos y volitivos, conceptualizando al primero de ellos de la siguiente manera:

“El *elemento cognositivo* implica el conocimiento por parte del sujeto de que con su conducta activa u omisiva probablemente incurrirá en hechos que constituyen una infracción penal...”²³³

Por lo que respecta al segundo de los elementos, la jurista citada menciona:

“El *elemento volitivo*, cuya existencia ha sido discutida por una parte de la doctrina, como ya se vio, consiste básicamente en que el sujeto “quiera”, “acepte” o se “decida” a realizar la conducta, de acción o de

²³¹ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Derecho Penal, Parte General...*Op. Cit.* Pág. 196

²³² Cfr. CASTRO OSPINA, Sandra. Lecciones de Derecho Penal, Parte General...*Op. Cit.*, Pág. 231

²³³ Cfr. CASTRO OSPINA, Sandra. Lecciones de Derecho Penal, Parte General...*Op. Cit.* Pág. 231

omisión, que con probabilidad traiga como consecuencia el acaecimiento de unos hechos constitutivos de infracción penal...²³⁴

Es decir de lo anterior, se deduce que el elemento cognitivo-intelectual, se configura si el sujeto está consciente de que su conducta activa u omisiva probablemente constituirá en un hecho tipificado como delito y el segundo de los elementos referidos, aparece si el sujeto además pretende que se ocasione el resultado.

4.3.1.1. CLASES DE DOLO.

Así pues, tal y como lo menciona MUÑOZ CONDE, la voluntad se puede graduar de distintas maneras, dependiendo del fin pretendido por el sujeto activo y el resultado acaecido. Es a consecuencia de ello, que el dolo se divide en tres tipos:

- a) El dolo directo, también llamado dolo directo de primer grado,²³⁵
- b) El dolo indirecto, también llamado dolo indirecto de segundo grado²³⁶, y
- c) El dolo eventual²³⁷

Sobre el dolo directo de primer grado, ROXIN, lo conceptualiza en forma resumida como "cae lo que el sujeto persigue",²³⁸ por su parte, LUZÓN PEÑA en términos similares lo define de la siguiente forma:

- "a) El dolo directo de primer grado es la forma de dolo en que el elemento volitivo se presenta de modo más intenso. Supone que el propósito, intención

²³⁴ Cfr. CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette. Lecciones de Derecho Penal Parte General, ... *Op. Cit.* Pág. 232.

²³⁵ Vid. ROXIN, Claus, traducido por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Derecho Penal Parte General... *Op. Cit.* Pág. 415. Para la explicación de dicha forma de caracterizar al dolo Vid. la nota al pie de página marcada como "87" en la idéntica referencia.

²³⁶ Vid. *Idem.*

²³⁷ Vid. *Idem.*

²³⁸ Vid. *Idem.*

Por otra parte, la culpa simple se actualiza cuando mediante la conducta realiza una actividad peligrosa observando ciertas normas de cuidado, siendo estas insuficientes, lo cual se desprende al dar lectura LUZÓN PEÑA, que al respecto dice:

“a) La imprudencia simple supone una actividad no muy peligrosa, aunque desde luego supere el riesgo permitido, o la realización de una actividad bastante peligrosa pero con ciertas medidas, aunque insuficientes, de control y precaución, y por tanto una infracción de una norma de cuidado no básica o elemental, o una infracción poco grave de una norma de cuidado básica...”²⁵⁶

En efecto, la clasificación de la imprudencia temeraria y la imprudencia o negligencia simple se da en base a la gravedad de la falta de cuidado, si la falta de cuidado fue de tal grado que hasta las personas negligentes suelen emplear entonces, se está frente a la primera de las mencionadas y en caso de que la falta de diligencia haya sido de mediano u ordinario cuidado entonces, se presenta la segunda.²⁵⁷

Nosotros consideramos que la clasificación de la culpa desde el punto de vista de la gravedad de la infracción de la norma de cuidado, aparece en el artículo 60 del Código Penal Federal que establece:

“**Artículo 60.-** En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale

²⁵⁶ Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal... *Op Cit.* Pág.520

²⁵⁷ Por otra parte, LUZÓN PEÑA también menciona sobre la imprudencia atípica o culpa levisimam mediante la cual no se sanciona por ser insignificante de lo cual señala: “...basada en el ‘principio de insignificancia’ como causa de atipicidad, es penalmente atípica la conducta realizada por imprudencia que no llega a simple o leve, sino que es imprudencia levisima, liviana o mínima, es decir, un descuido ligerísimo en situación peligrosa, pero no muy peligrosa, o un pequeño incumplimiento de un aspecto marginal de la norma de cuidado(y ello aunque tal imprudencia levisima pueda provocar resultados medianos o graves, si bien lo normal será que a su vez los resultados no sean especialmente importantes). La misma podrá constituir simplemente un ilícito civil o administrativo y acarrear la consiguiente responsabilidad.” Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal... *Op Cit.* Pág. 522

una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.”

“Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: ...”

“La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:”

“I.- La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;”

“II.- El deber del cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan;”

“III.- Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;”

“IV.- Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios, y”

“V.- El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos.”²⁵⁸

²⁵⁸ El artículo 52 del Código Penal Federal establece: “Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:” “I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;” “II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;” “III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;” “IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito;” “V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;” “VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y” “VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.”

Por estudiarse desde otra vertiente es decir, desde la gravedad a la violación a la norma de cuidado es que ambas de las imprudencias citadas pueden presentarse en la culpa con representación o en la culpa inconsciente.

Por su parte, la culpa, desde su aspecto subjetivo, se divide entre consciente o con representación e inconsciente o sin representación, de ellas tratamos enseguida.

En la culpa consciente el sujeto se representa la posibilidad de que se cometa el resultado típico, sin embargo, confía en que el resultado no acaecerá, sobre ello, LUZÓN PEÑA señala:

“En la imprudencia consciente el sujeto tiene consciencia (prevé, se representa) la posibilidad de producción de la parte objetiva del hecho típico- pues si fuera consciente de la seguridad de producción del hecho, haría dolo directo de 2º. Grado-, pero a diferencia del dolo eventual, no acepta su eventual producción por confiar con un mínimo fundamento- aunque equivocado y no diligente- en que se podrá evitar”²⁶⁰.

Por su parte, CASTRO OSPINA define dicho concepto de la siguiente manera:

“En la *culpa consciente (luxuria)* el sujeto se representa la posibilidad del resultado constitutivo de infracción, penal pero, por la infravaloración del grado de peligro, la sobrevaloración de sus propias fuerzas o la simple confianza en su buena suerte considera que aquel no se realizará.”²⁶¹

²⁶⁰ Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal Parte General...Op. Cit. Pág. 514

²⁶¹ Cfr. CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette. Lecciones de Derecho Penal. Parte General...Op. Cit. Pág. 242

De las anteriores definiciones se desprende que la culpa consciente, se presenta en los casos en que el sujeto previó o se representó el resultado, es decir, se imaginó que mediante su conducta acaecería el resultado típico, sin embargo, confió en que mediante sus propias capacidades o por suerte el resultado no se presentaría, a diferencia del dolo eventual, el sujeto no acepta que incluso eventualmente, el resultado se presentará.

La diferenciación entre culpa consciente y el dolo, ha sido motivo de diversas teorías tendientes a demostrar los puntos medulares de la diferencia entre uno y otro, la más destacada es la teoría del consentimiento, mediante la cual resuelve el problema desde el punto del aspecto volitivo del sujeto, pues hay que ponerse en lugar del sujeto activo y preguntar primero, si el sujeto previó el resultado y segundo, si previendo el resultado lo aprueba y procede con su conducta. Sobre el tema, sirve de sustento lo expuesto por DÍAZ ARANDA, quien al respecto expone:

“Teoría del consentimiento. Las teorías del consentimiento afirman, en términos generales, que para imputar al sujeto la conducta a título de dolo eventual **debe no sólo representarse la posibilidad de realización del tipo, sino que, además, asiente anteriormente a su realización, es decir, aprueba la producción del resultado o lo acepta.** Así, para la jurisprudencia alemana y española actúa con dolo eventual quien ‘consiente’ en la producción del resultado, es decir el sujeto ha previsto la probable producción del resultado y lo aprueba. Por lo que consentimiento es sinónimo de aceptación y aprobación...”²⁶²

²⁶² Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique. Dolo...*Op. Cit.* Pág. 147-148. De igual forma, dicha teoría la define CASTRO OSPINA de la siguiente manera: “TEORÍA DE LA VOLUNTAD, DEL CONSENTIMIENTO O DE LA APROBACIÓN. Pese a su origen causalista, sus presupuestos son aceptados actualmente por la doctrina mayoritaria. De acuerdo con ella, lo que distingue el dolo eventual de la culpa consciente es que en el primero el autor aprueba o presta su consentimiento frente a la posibilidad de que con su conducta se generen los hechos descritos como infracción penal...”

“Obsérvese que el elemento volitivo en el dolo eventual, que marca la diferencia con la culpa consciente, no es propiamente el ‘querer’, sino el ‘consentir’ en la posibilidad del resultado, aprobándolo. Justamente en este aspecto radica la crítica que se formula contra esta teoría: se exige probar un hecho hipotético, que no ha sucedido en realidad, se deja en manos del funcionario judicial plantarse algo que el agente no se planteó: ‘sí, imaginando el resultado como seguro, habría o no actuado’” Cfr. CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette. Lecciones de Derecho Penal, Parte General...*Op. Cit.* Págs. 234-235

De lo anterior se desprende, que el dolo eventual y la culpa consciente o con representación suelen ser confundidos, esto en virtud de que en ambos casos el sujeto se representa el resultado y lo que diferencia una de otra es que en el primero de los casos el sujeto prevé y aprueba el resultado y en el segundo el sujeto no pretende que se cometa el resultado y cree que no se cometerá.

Ahora bien, para resolver el caso, debemos preguntar si con una conducta dolosa o mediante culpa con representación, pues hay que ubicarse en el lugar del sujeto activo y formularse la siguiente pregunta; ¿Si el sujeto tenía la intención de actuar de esa manera y aún previendo el resultado procedió? Al respecto nos unimos a DÍAZ ARANDA quien critica a dicha teoría por la imposibilidad de determinar con exactitud lo que pretendía el sujeto activo con su conducta²⁶³ y su crítica se robustece con el siguiente ejemplo que dicho autor expone:

“... en supuestos como el de los mendigos rusos, en los cuales una pareja se dedicaba a secuestrar niños para posteriormente mutilarlos y obligarlos a pedir limosna, siendo que las mutilaciones realizadas llegaron a provocar la muerte de algunos de esos infantes, la pregunta es si esa pareja debía responder por la muerte de los menores a título de dolo eventual o de culpa consciente. Conforme a las teorías del consentimiento sólo podían ser sancionados por un homicidio culposo, pues si dicha pareja se hubiese representado que aquello que parecía probable fuera seguro(muerte de los menores), evidentemente no realizaría la mutilación y ello es así simple y sencillamente porque un niño muerto no les servía para pedir limosna, sólo un niño vivo y mutilado.”²⁶⁴

Esto demuestra lo complicado que es seguir la teoría del consentimiento; en primer lugar, por poner al juez en una posición en la que tenga que inferir el consentimiento a partir del estudio de la representación del sujeto, lo cual no es seguro, además por el

²⁶³ Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dolo... Op. Cit.* Pág. 148

²⁶⁴ Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dolo... Ob. Cit.* Pág. 148

problema que se presentaría en caso de que se encontrara en un supuesto como el del ejemplo señalado anteriormente, donde aplicando estrictamente la teoría del consentimiento se llegaría al extremo de que se sancionara a los secuestradores rusos con homicidio culposo, dado que no se podría acreditar que la intención era matar a los niños, toda vez que muertos no les servían para pedir limosna.

A un lado de la teoría del consentimiento, se encuentra la teoría del sentimiento, ésta elaborada para complementar la primera de ellas, mediante la cual se basa en que el sujeto aprueba las consecuencias con total indiferencia, misma que nos describe MUÑOZ CONDE de la siguiente manera:

“Un ulterior criterio para matizar la existencia de la voluntad respecto al resultado puede ser la desconsideración (la *recklessness* anglosajona), la falta de respeto o la indiferencia hacia el bien jurídico protegido (*teoría del sentimiento*). Este criterio sirve para imputar a título de dolo eventual casos como los de los “pilotos suicidas” (mejor habría que decir “homicidas”) que para ganar una apuesta conducen el automóvil a gran velocidad, durante un largo trayecto, por el lado contrario de la autopista. O como los del torturador que para arrancar una declaración del acusado lo interroga “hábilmente”. En estos casos la muerte de otros conductores o del interrogado no es evidentemente querida, ya que determina perder la apuesta o no conocer la verdad de los hechos, a parte de otras consecuencias no deseadas como la propia lesión del “piloto suicida” o el escándalo.... Pero la gran probabilidad del resultado y la desconsideración y falta de respeto hacia la vida de los demás que implica la realización de tales hechos permite imputar en los casos más graves los resultados lesivos que se produzcan a título de dolo (eventual)...”²⁶⁵

²⁶⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito...*Op. Cit.*, Pág.47. Sobre el mismo tema Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. Dolo...*Op. Cit.* Págs. 149-150. Cabe señalar que DÍAZ ARANDA critica dicha teoría señalando que la misma no ayuda mucho a determinar si la conducta encuadra en la culpa con representación o en el dolo eventual, en virtud de que señala que actuar sin indiferencia no necesariamente implica la exclusión del dolo, de lo cual no coincidimos con dicho autor, pues de acuerdo con lo estudiado de la culpa con representación, el sujeto confía en que el resultado típico no se llevaría a cabo.

Así pues, igual que en la teoría del consentimiento hay que ponerse en el lugar del sujeto activo y determinar si mediante su conducta pretendía el resultado, sin embargo, en caso de que habiendo hecho esto, se determine que el sujeto activo fue indiferente, entonces coincidimos con lo expuesto por el autor citado, pues el hecho de que sea indiferente al resultado, implicaría que estamos frente a un dolo eventual.

Por otra parte existe la teoría de la probabilidad, la cual determina, según MUÑOZ CONDE, la existencia del dolo eventual en los casos en que el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa, independientemente de que acepte el acaecimiento del resultado típico y por otra parte, si la probabilidad de que el resultado se presente es remota, entonces estaríamos culpa con representación.²⁶⁶

Al respecto coincidimos con las críticas a dicha teoría expuestas por DÍAZ ARANDA y CASTRO OSPINA, quienes señalan que la pauta para determinar si es culpa consciente o dolo eventual no está clara, es decir, no se precisa un porcentaje de probabilidades para saber si la conducta se efectuó mediante dolo eventual o mediante culpa con representación.²⁶⁷ Sin embargo, como una teoría aparte de la señalada en el párrafo anterior, DÍAZ ARANDA expone la teoría de la representación, mediante la cual se resuelve que se configura el dolo eventual, con el solo hecho de que el sujeto activo se represente el resultado, con independencia de que la consumación del resultado sea poco probable o no, al respecto dicho autor señala:

“i) Teoría de la representación. La teoría de la representación parte del elemento puramente cognitivo: la mera representación por parte del sujeto de la ‘posibilidad’ de que su acción sea adecuada para producir el

²⁶⁶ Al respecto MUÑOZ CONDE señala: “La teoría de la probabilidad parte del elemento intelectual del dolo. Dado lo difícil que es demostrar en el dolo eventual el elemento volitivo de querer el resultado, la teoría de la probabilidad admite la existencia de dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa, admite o no su producción. Si la probabilidad es más lejana o remota, habrá culpa o imprudencia con representación.” Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría del Delito...*Op. Cit.* Pág. 46

²⁶⁷ Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. Dolo...*Op. Cit.* Págs. 151-152. CASTRO OSPINA, Jeannette. Lecciones de Derecho Penal...*Op. Cit.* Pág. 235

resultado lesivo, es suficiente para afirmar el dolo. Pero, si el sujeto tiene la confianza de que el resultado, a pesar de su acción, no se producirá, eso es equivalente a la negación de su resultado y excluye al dolo: Se trata, pues de una **teoría de contenido puramente intelectual**. La cual también enfrenta graves problemas al establecer la diferencia entre culpa consciente y culpa inconsciente, pues la primera requiere necesariamente que el sujeto haya previsto un resultado; en otras palabras, necesita que el sujeto se lo haya representado y esta representación también es propia del dolo eventual.²⁶⁸

De lo anteriormente expuesto, se desprende que la teoría de la representación tiene una forma más definida, en comparación con la teoría de la probabilidad, para calificar un acto u omisión como dolo eventual, esto es así, dado que en la teoría de la representación basta que el sujeto se represente la "posibilidad" de que su actuar sea adecuado para producir el resultado delictivo para que se considere como dolo eventual. Mientras que en la teoría de la probabilidad se requiere que el sujeto activo considere que el resultado se cometerá con un porcentaje de posibilidades, inclusive, como se desprende de las citas anteriores, MUÑOZ CONDE se refiere a que se represente como "muy probable" la producción del resultado.

Asimismo se hace notar que la teoría de la representación y probabilidad, diferencian de las teorías volitivas en el sentido de que en las primeras se estudia el acto u omisión enfrentando al sujeto activo con una situación peligrosa, mientras que en las segundas se le confronta con el resultado, desde la perspectiva de la de la representación como consumado.

Por último, mediante las teorías eclécticas, se pretende diferenciar si se cometió culpa con representación o dolo eventual mediante una combinación entre la consciencia de la peligrosidad de la conducta aunado al elemento volitivo. Con ella, se determina el dolo eventual cuando el sujeto 'toma en serio' la posibilidad de que, mediante su conducta acaecerá el hecho delictivo y acepta la posibilidad, que aún y cuando le parezca

²⁶⁸ Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique. Dolo... *Op.Cit.* Pág. 151-152

desagradable, procederá con su conducta, de otra manera si el sujeto en la misma circunstancia, pero cambiando el aspecto intelectual y entonces confía que no se produzca el resultado, se estará ante una culpa consciente.²⁶⁹

No obstante lo anterior, nos decantamos con la teoría del consentimiento, dado que de la lectura de lo anterior, se desprende fácil de determinar, pues para encuadrar en el dolo eventual, basta ponerse en el lugar del sujeto activo y pensar si se representó el resultado típico como seguro y aún así actuaría, por otra parte, si el sujeto activo pensaría que lo que parece probable fuese seguro, no actuaría, entonces se determinaría la culpa consciente. Sin embargo, sigue teniendo el mismo defecto que las teorías mencionadas anteriormente, en el sentido de que se obliga al juez a que se ponga en el lugar del sujeto *ex ante* y en base a inferencias tomadas sobre aspectos subjetivos del delincuente, como lo es que se representó el resultado con algún porcentaje, que tomo 'en serio' el resultado o bien que actuaría aunque se cometiera el resultado, pero así sucede con la mayoría de los elementos subjetivos, siempre van a tener dificultad en acreditarse por ser elementos internos de cada persona.²⁷⁰

Por otra parte, en la culpa inconsciente, el sujeto activo realiza una conducta, la cual, a diferencia de la culpa con representación, no prevé el resultado y de igual forma,

²⁶⁹ Sobre las teorías eclécticas, CASTRO OSPINA señala: "Se caracterizan por combinar la consciencia de la peligrosidad de la conducta -representación- con un elemento volitivo. Algunos autores han considerado que para el dolo eventual basta con que el sujeto 'tome en serio' la posibilidad de que, con su conducta, puede dar lugar al acaecimiento de hechos constitutivos de infracción penal y 'se conforme' con tal posibilidad; que, aunque le resulte desagradable, ello no lo haga desistir de su conducta. Desde esta perspectiva, habría culpa consciente cuando el sujeto, a pesar de plantearse la posibilidad de dar lugar con su conducta a los hechos constitutivos de infracción penal 'confía' en que no se producirán."

"Otros doctrinantes han propuesto eliminar el elemento volitivo del dolo eventual, pues quien 'toma en serio' la probabilidad de que la conducta produzca los hechos constitutivos de infracción penal, y sin embargo incurre en la acción u omisión, está aceptando esa probabilidad y, por ende, los hechos a que da lugar." Cfr. CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette, Lecciones de Derecho Penal...*Op. Cit.* Págs. 234-236.

²⁷⁰ Entre la teoría de la probabilidad y la teoría de la voluntad o consentimiento, MUÑOZ CONDE, se inclina por esta última y señala: "Parece, por ello, preferible la teoría de la voluntad, por cuanto, además de tener en cuenta el elemento volitivo, delimita con mayor nitidez el dolo de la culpa. Sin embargo, también contra ella se han formulado objeciones. En primer lugar, porque presume algo que no se da en realidad: que el autor se plantea lo que haría, caso de que el resultado fuere de segura producción. Ciertamente la teoría de la voluntad se base en confrontar al delincuente con el resultado cuando este todavía no se ha producido, imaginándolo como efectivamente acaecido. En segundo lugar, porque no siempre se puede demostrar un querer efectivo, ni aun en los casos en que el autor se imagine el resultado como seguro. Incluso en el dolo directo de segundo grado es suficiente con la representación de la necesaria producción del resultado concomitante..." Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría del Delito...*Op. Cit.* Págs. 46-47

pasa por alto cualquier atención a la norma de cuidado, incluso la que cualquier persona diligente y cuidadosa procuraría.²⁷¹ Dicho concepto lo define LUZÓN PEÑA de la siguiente manera:

“... En la imprudencia inconsciente el sujeto no tiene siquiera la consciencia(representación, previsión) de la posibilidad de producción de la parte objetiva del hecho típico, bien porque no se da cuenta en absoluto de la peligrosidad de la conducta en relación con un hecho típico así, o bien, porque, aun siendo consciente de la posibilidad y peligro de que concurren algunos elementos del tipo, por un error vencible de tipo desconoce la presencia o posible concurrencia de algún otro elemento típico.”²⁷²

Por su parte, JIMÉNEZ DE ASÚA define la culpa inconsciente de la siguiente manera.

“b) *Culpa inconsciente*: Ignorancia de las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad de previsión del resultado(Saber y Poder). Esta ignorancia descansa en la lesión de un deber concreto, que el autor hubiere debido atender, porque su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad. La conducta causante del resultado puede revestir formas de hacer u omitir, pero también puede descansar en una mera inconsecuencia de la voluntad(olvido).”²⁷³

Así pues, en la culpa inconsciente, podemos destacar los siguientes dos elementos, que el sujeto activo, no prevé la posibilidad del resultado y de igual forma, se desprende que viola la norma de cuidado.

²⁷¹ Vid. CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette. Lecciones de Derecho Penal...*Op. Cit.* Pág. 242.

²⁷² Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal...*Op. Cit.* Pág. 514.

²⁷³ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito...*Op. Cit.* Pág. 378. Vid. Sobre este tema también. ALTAVILLA, Enrico. *La Culpa*. Cuarta Edición, Temis, Colombia, 1999, Págs. 4-6.

Nuestra Codificación Penal, incluye en un solo artículo ambos tipos de culpa estudiados, tanto la culpa con representación como la culpa inconsciente, lo cual se desprende al dar lectura al artículo 28 del Código Penal de la entidad, que dispone:

“Artículo 28.- Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito, por inobservancia del deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las leyes o reglamentos, las circunstancias y sus condiciones personales, o las normas de la profesión o actividad que desempeña. Así mismo en el caso de representarse el hecho como posible y se conduce en la confianza de poder evitarlo.”

Como podemos advertir, en dicho artículo se incluyen las dos formas de culpa estudiadas previamente. En la primera parte, se configura la culpa inconsciente en virtud de que dispone que la misma se compone al presentarse la violación al deber de cuidado que incumbe de acuerdo a las leyes, reglamentos, circunstancias y condiciones personales, o las normas de profesión de actividad que desempeña. Por otra parte, en la segunda parte del párrafo, describe la culpa con consciente, pues expresamente señala como elementos el hecho de que se represente el resultado como posible y de igual forma, se conduce con la confianza de que no se llevará a cabo.

Desde nuestro punto de vista, el concepto de culpa que dispone nuestro Código Penal, tiene en parte, un enfoque funcionalista, en específico, de la perspectiva de JAKOBS, ello en virtud de que en la primera parte del párrafo transcrito, se desprende que se toma en cuenta para determinar la responsabilidad de un sujeto, los conocimientos que pueda tener el individuo de acuerdo al rol que desempeña en la sociedad, pues dice expresamente que la inobservancia de cuidado debe ser de acuerdo, además de las leyes, de las circunstancias y sus condiciones personales, o las normas de la profesión o actividad que desempeña, lo cual implica que se está tomando en cuenta el rol, que al sujeto activo le corresponde en la sociedad,²⁷⁴ esto relacionado a su vez, con dos de los postulados de la

²⁷⁴ Vid. JAKOBS, Günther traducido por CANCIÓ MELIÁ, Manuel. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, AD-HOC. Buenos Aires, 1996, Pág. 25. De igual forma, sobre dicho tema, Vid. POLAINO-ORTS,

teoría de JAKOBS, como lo es el principio de confianza²⁷⁵ y la prohibición del regreso, de ellos trataremos con mayor abundancia en el capítulo referente al funcionalismo.²⁷⁶

4.3.1.2.2. PRETERINTENCIONALIDAD.

La preterintencionalidad es otra de las formas de clasificar una conducta desde el aspecto volitivo, la misma se presenta cuando se efectúa una conducta que excede en gravedad a la pretensión del sujeto activo, por ello la misma se compone de los dos elementos subjetivos estudiados anteriormente, el dolo, que consiste en el elemento básico de la preterintención y la culpa, que evidencia el exceso en el daño intentado. Sobre el tema LUZÓN PEÑA señala:

“a) La situación denominada de preterintencionalidad o preterintención(*de praeter intentionem*: más allá de la intención) supone que el sujeto no persigue causar un resultado tan grave como el que produce, y, cuando el cambio de resultado da lugar a un cambio de delito, el autor pretende, tiene la intención de cometer un delito menos grave, que consuma o queda en tentativa, y sin embargo produce un delito más grave que no pretendía causar.”²⁷⁷

Miguel. *Derecho Penal Funcionalista. Aspectos Fundamentales*. Flores Editor y Distribuidor, México, 2009 Págs. 63-64.

²⁷⁵ Vid. JAKOBS, Günther traducido por CANCIÓ MELIÁ, Manuel. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal...Op. Cit.* Págs. 29-31

²⁷⁶ Vid. *Ibidem*. Págs. 31-34

²⁷⁷ Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal...Op.Cit.* Pág. 538. Cabe señalar que LUZÓN PEÑA, divide la preterintención en homogénea y heterogéa, la primera se presenta en los casos en que el resultado más grave ocasionado es parte del mismo tipo, pero de magnitud o intensidad graduable, verbigracia, el delito de lesiones, mediante el cual el activo pretende ocasionar lesiones graves las cuales en su lugar exceden el propósito y ocasionan la muerte, en el segundo es delito más grave no es habitualmente conectado al delito básico, por ejemplo una persona lanza una piedra dirigida hacia la ventana con el fin de quebrarla, lo cual logra, sin embargo, dicho proyectil cae y golpea en la cabeza a una persona que estaba cerca de la ventana, ocasionándole lesiones. Ello lo expone el autor consultado de la siguiente manera: “b) Desde el punto de vista de la relación entre los dos tipos objetivos –el pretendido y el no pretendido–, se distingue entre preterintencionalidad homogénea y heterogéa. De preterintencionalidad homogénea se habla cuando el mal pretendido y el más grave producido pertenecen al mismo delito, **de magnitud o intensidad graduable**(p.ej. se quieren directamente lesiones o daños leves y se causan graves). Y la preterintención se califica “heterogénea” cuando el delito pretendido y el producido son tipos distintos: en primer lugar, cuando el resultado perseguido y el causado, subsumibles en distintos tipos, afectan a bienes jurídicos distintos, pero éstos están íntimamente relacionados, como la salud y la vida, y su menoscabo supone sólo una progresión de

Como se evidencia del concepto expuesto, se desprende que la preterintención se configura por un resultado más grave al intentado por el actor, evidenciado así la composición subjetiva(dolosa-culposa) de dicho concepto.

Por otra parte, CASTRO OSPINA define de forma distinta el concepto expuesto por LUZÓN PEÑA, pues ella señala que el resultado es distinto al pretendido:

“Podría decirse entonces que el delito será preterintencional cuando el autor quiere realizar una conducta que da lugar a unos hechos constitutivos de infracción penal, pero cuyo resultado, siendo previsible, es diferente al querido.”²⁷⁸

Al respecto, nos decantamos mas con la definición de LUZÓN PEÑA, pues consideramos que en lo referente a la preterintención, es de fundamental importancia que el resultado no únicamente sea diferente, sino que debe ser más grave al pretendido, ello tomando en cuenta las raíces etimológicas expuestas por dicho autor.

Incluso, la legislación penal de nuestro Estado, adopta el concepto expuesto por LUZÓN PEÑA, lo cual se evidencia al dar lectura al artículo 29 del Código Penal de Nuevo León, en términos de la legislación federal establece:

“ARTÍCULO 29.- Obra preterintencionalmente, cuando por la forma y medio de ejecución se acredite plenamente que el resultado excedió el propósito del activo; en este caso podrá disminuirse la pena hasta las dos terceras partes de la sanción a imponer por el delito cometido.”

intensidad en la misma línea de ataque(así el binomio lesiones con dolo directo/homicidio no querido, lo que abreviadamente se conoce como “homicidio preterintencional”, aunque también se podría considerar como caso de preterintencionalidad homogénea en sentido amplio); y en segundo lugar, y aún más claramente, la preterintencionalidad es heterogénea cuando el tipo perseguido y el producido no guardan relación, p.ej. lanzando una piedra se quiere causar daños en un escaparate, pero se lesiona o se mata con golpe a una persona que estaba tras el cristal.” *Cfr. Idem.*

²⁷⁸ Castro, Sandra Jeannette. *Ob Cit.*...p. 244

De lo anteriormente expuesto, se extrae por preterintención, la conducta mediante se ocasiona un resultado excediendo en gravedad el dolo del sujeto activo.

4.3.1.2.3. LOS DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO (ERFOLGSQUALIFIZIERTE DELIKTE)

En Alemania, no se utiliza el término de "preterintención", sin embargo, encontramos un concepto análogo que corresponde al denominado delitos cualificados por el resultado (*Erfolgsqualifizierte Delikte*)²⁷⁹. A esta figura ROXIN la conceptualiza de la siguiente forma:

"Los delitos cualificados por el resultado son delitos dolosos sometidos a un marco penal especial, cuya comisión trae consigo un ulterior resultado más grave."²⁸⁰

Así pues, los delitos cualificados por el resultado son aquellos que se cometen de una forma básicamente dolosa con un resultado más grave que se considera ocasionado culposamente.²⁸¹

Un ejemplo de este tipo de delitos lo configura el homicidio ocasionado por lesiones previsto en el § 227 fracción 1 del Código Penal Alemán, que dice:

²⁷⁹ Para más detalles sobre los delitos cualificados por el resultado *Vid.* ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General...*Op. Cit.* Pág. 330-335. En relación a la equivalencia conceptual de los delitos preterintencionales y delitos cualificados por el resultado, nos sirve de sustento, lo señalado por JIMÉNEZ DE ASÚA quien al respecto señala: "En riguroso diagnóstico, los delitos preterintencionales no son más que los cualificados por el resultado en la técnica alemana. ..." *Cfr.* JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y el Delito...* Pág. 384. Asimismo, cabe señalar, que LUZÓN PEÑA, no se pronuncia respecto a la similitud entre los delitos cualificados por el resultado y los delitos preterintencionales, incluso, los trata en capítulos, aunque seguidos uno del otros, separados. *Vid.* LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal Parte General...*Op. Cit.* Págs. 536-547.

²⁸⁰ *Cfr.* ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General... *Op. Cit.* Pág.330. Definiciones similares a la de ROXIN, las encontramos en: KÜHL, Kristian. Strafrecht Allgemeiner Teil...*Op. Cit.* Pág. 4 y WESSELS, Johannes y BEULKE, Werner. Strafrecht Allgemeiner Teil...*Op. Cit.* Pág. 347

²⁸¹ *Vid.* ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General...*Op. Cit.* Pág.

“(1) Si el autor ha causado la muerte por medio de la lesión personal (§§ 223-226), entonces la pena es de privación de la libertad no inferior a tres años.”²⁸²

El anterior es un caso de un delito calificado, pues se comete un delito base doloso, consistente en lesiones dolosas y la muerte se ocasiona de forma culposa.

El fundamento de los delitos calificados por el resultado aparece plasmado en el artículo 18 del ordenamiento legal citado, mediante el cual dispone como condición que el resultado más grave sea ocasionado “al menos culposamente” (“*wenigstens fahrlässig*”),²⁸³ lo cual se hace evidente al dar lectura al mismo numeral, que dispone:

“§ 18. Pena más grave en consecuencias especiales del hecho.

“Si la ley asocia una pena más grave a una consecuencia especial del hecho, entonces ella solo se aplica al autor o participe cuando a él se le carga esta consecuencia al menos culposamente.”²⁸⁴

Dicho numeral, nos expone el punto clave de los delitos calificados por el resultado, en virtud de que para que se actualice el supuesto previsto en el mismo, el resultado más grave debe ser cometido al menos de forma culposa.²⁸⁵

²⁸² Cfr. *Código Penal Alemán*, Traducido por LÓPEZ DÍAZ, Claudia ... *Op.Cit.* Pág. 192. Los artículos desde el 223 hasta el 226 de dicha codificación tratan sobre distintas modalidades de lesiones, lo cual se evidencia al dar lectura a la obra citada de LÓPEZ DÍAZ, que en su parte conducente de los mismos: “§ 223. Lesión Corporal. (1) Quien inflija a otro malos tratos corporales o dañe su salud, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o multa. (2) la tentativa es punible.” “§ 224. Lesión corporal peligrosa. Quien cometa la lesión corporal: 1. Por medio de la administración de veneno u otras sustancias nocivas para la salud, 2. por medio de una arma u otras herramientas peligrosas, ... (2) La tentativa es punible.” “§ 225. Maltrato de sujetos en custodia. (1) Quien atormente o maltrate brutalmente a una persona menor de 18 años o desamparada por decrepitud o enfermedad que: 1. Este subordinada a su deber de protección y guarda, 2. Pertenezca a su hogar, ...” “§ 226. Lesión Corporal Grave. (1) Si la lesión corporal tiene como consecuencia que la persona lesionada 1. Pierda la visión de uno de los dos ojos, el oído, el habla o la capacidad reproductora, 2. pierda un miembro importante del cuerpo o no lo pueda utilizar permanentemente, o ...” Cfr. *Ibid.* Págs. 189-191.

²⁸³ Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General...* *Op. Cit.* Pág. 330

²⁸⁴ Cfr. *Código Penal Alemán*, Traducido por LÓPEZ DÍAZ, Claudia... *Op. Cit.* Pág. 20. Para una mayor ilustración, se transcribe el texto original en alemán: “§ 18 Schwere Strafe bei besonderen Tatfolgen. Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwere Strafe, so trifft sie den Täter oder den Teilnehmer nur, wenn ihm hinsichtlich dieser Folge wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt.” Cfr. *Strafgesetzbuch...* *Op. Cit.* Pág. 17

Así pues, en nuestra opinión, los delitos que mas se asemejan con la "preterintención" son los delitos cualificados por el resultado cometidos mediante una combinación dolo-imprudencia y de igual forma los cometidos mediante dolo-temeridad, dado que éstos últimos siguen siendo un grado de imprudencia, aunque mas grave, siguen siendo imprudentes. Esto en atención a que al igual que los delitos preterintencionales el resultado excede en el nivel de gravedad al intentado por el autor.

Cabe señalar, que nosotros observamos una diferencia entre los delitos preterintencionales en el caso especial del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León y los delitos cualificados por el resultado, ésta consiste en que el ordenamiento penal de Nuevo León se ubica la preterintención en la sede de la culpabilidad (*Schuld*) y en ocasiones se ubica en el tipo, sin embargo, de esto se abundará mas en posteriores renglones de este trabajo, mientras que el estudio de los delitos cualificados por el resultado se ubica en el tipo.²⁸⁶

4.3.1.2.4 EL ERROR.

La determinación del error de tipo y el error de prohibición ha servido para justificar las críticas de ambas clases de errores en el finalismo. Por ello, antes de tratar el tema de las críticas al finalismo, procedemos a exponer los rasgos básicos del error de tipo y el error de prohibición.

El error del tipo ha sido definido doctrinalmente como el error sobre una característica del tipo y por ello excluye el dolo. Al error de tipo, anteriormente se le llamaba error de hecho, en virtud de que el sujeto activo desconocía que su hecho era constitutivo de delito. Sin embargo, el error de hecho comprendía únicamente elementos

²⁸⁵ ROXIN menciona como supuestos de los delitos cualificados los previstos en los siguientes artículos del Código Penal Alemán: 221 III, 226 I, 227 I, 239 III, IV, 306 b II Nr. 2, 308 II, 309 III, 312 III, IV, 313 I, II i V.m. 308 III, 314 I, II i V. M. 308 II, 318 III, 340 III. Vid. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil...Op. Cit.* Pág. 332

²⁸⁶ ROXIN estudia los delitos cualificados por el resultado en la sección (*abschnitt*) 3 donde estudia al Tipo en específico en el §10 H.III. Vid. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil...Op. Cit.* Págs. 331-337

objetivos del delito y en el caso del error de tipo, también incluye el desconocimiento de elementos normativos, por ello en la doctrina moderna se le llama error de tipo.²⁸⁷

WELZEL describe el error de tipo de la siguiente manera:

*“Error sobre el tipo es el error sobre una circunstancia objetivo del tipo legal; excluye el dolo. El autor puede ser castigado como responsable del hecho culposo, si éste está sancionado con pena(art.59); ...Error sobre el tipo es el desconocimiento de una circunstancia *objetiva* perteneciente al *tipo*, tanto si es de índole fáctica(descriptiva) como normativa. Erro sobre el tipo no es sólo, por consiguiente, un error sobre ‘hechos’, como cosa, cuerpo, causalidad, sino también sobre el ‘carácter ajeno’ de la cosa, el ‘embargo’(en el art. 137), ‘documento’, ‘funcionario’, etcétera. A este respecto basta un conocimiento en el sentido de un juicio paralelo en la conciencia del autor...”²⁸⁸*

En términos similares, sobre el mismo tema MUÑOZ CONDE señala:

“ERROR DE TIPO”

“Como ya se había dicho antes, el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos excluye, por tanto, el dolo y todo lo más, si el error fuera vencible, deja subsiguiente el tipo de injusto de un delito imprudente. El error, igual que el dolo, debe referirse a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva(cosa, explosivo) o normativa(ajena, documento). Respecto a estos últimos, basta con que el autor tenga una ‘valoración paralela en la

²⁸⁷ Vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal Parte General...*Op. Cit.* Pág. 441. De igual forma sobre el tema, DÍAZ ARANDA señala: “La percepción errónea puede recaer sobre alguno de los elementos objetivos de la conducta típica o sobre alguno de los elementos normativos. Recordemos que los primeros son aquellos que se perciben a través de los sentidos, porque se manifiestan en el mundo real, mientras que los elementos normativos sólo se pueden identificar a través de una comprensión intelectual.” *Cfr.* DÍAZ ARANDA, Enrique. Derecho Penal Parte General...*Op.Cit.* Pág. 293

²⁸⁸ *Cfr.* WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal...*Op.Cit.* Pág. 178

esfera del profano', para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo; El error sobre cualquier otro elemento perteneciente a otras categorías distintas al tipo... carece de relevancia a efectos de tipicidad. Solo el error sobre elementos del tipo excluye el dolo...²⁸⁹

De lo anteriormente expuesto se desprende que el error de tipo se actualiza en los casos en que el sujeto activo desconoce las circunstancias del tipo y que esta clase de error solo repercute al tipo, cualquier otra clase de error, carece de relevancia para el tipo.

Cabe señalar, que el error de tipo se divide en error vencible e invencible, el primero de ellos, se presenta en los casos en que al sujeto con un mínimo de cuidado, se hubiera podido dar cuenta de su error y en tal caso excluye el dolo, en el segundo de ellos ni aun cuando el sujeto hubiera puesto atención o diligencia, hubiera podido percatarse de su error y la misma por estar fuera de la prohibición de la norma, quedaría impune.²⁹⁰

Por su parte el caso del error de prohibición se presenta cuando el sujeto conoce los elementos del tipo, pero erróneamente considera que está amparado por alguna causa de justificación. Anteriormente al error de prohibición se le llamaba error de derecho, en virtud de que el sujeto activo erróneamente consideraba que tenía derecho a actuar como lo hizo.²⁹¹ El error de prohibición lo define WELZEL de la siguiente manera:

"Error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (por consiguiente, con dolo). 'El autor sabe lo que hace, pero cree erróneamente que está permitido' (BHG 2, 297); no conoce la norma jurídica, o no la conoce bien, (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causa de justificación. Cada uno de estos

²⁸⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito... *Op. Cit.* Pág. 48

²⁹⁰ Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. Dolo... *Op. Cit.* Pág. 295.

²⁹¹ Sobre el tema DÍAZ ARANDA dice: "El error de prohibición se denominaba como 'error de derecho', porque el sujeto tiene la falsa creencia que su conducta es conforme a derecho." *Cfr. Ibidem.* Pág. 390

errores excluye la reprochabilidad si es disculpable, o la disminuye, de acuerdo con el párrafo 2º del art. 51 y el art. 44, si es culpable.”²⁹²

Por su parte, ROXIN sobre el concepto del error de prohibición dice:

“Concurre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida.”²⁹³

En el mismo, sentido MUÑOZ CONDE señala:

“Existe error de prohibición no solo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho. El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo) o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación); En el primer caso, el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su hacer; en el segundo, el autor sabe que su hacer está prohibido en general, pero cree que en el caso concreto se da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma o que se dan sus presupuestos objetivos. En la práctica es mucho más frecuente el segundo tipo de error que el primero...”²⁹⁴

Así pues de las anteriores definiciones se desprende que el error de prohibición se presenta en los casos en que el sujeto activo, conoce los elementos de la

²⁹² Cfr. WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema de Derecho Penal... *Op. Cit.* Pág. 178

²⁹³ Cfr. ROXIN, Claus traducido por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Derecho Penal Parte General... *Op. Cit.* Pág. 861

²⁹⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito... *Op. Cit.* Págs. 122-123. Al igual que el error de tipo, en el error de prohibición el autor citado, en el glosario de la obra citada expone la siguiente definición sobre error de prohibición: “Desconocimiento o ignorancia del carácter prohibitivo del hecho típico y antijurídico” *Vid. Ibidem.* Pág. 183

figura tipificada como delito, sin embargo, cree estar amparado por alguna causa de justificación. Se divide en dos clases, el error cuando se refiere a una norma prohibitiva, que es el error de prohibición directo, y el error cuando sabe que su hacer está prohibido en general, pero cree que en el caso concreto está amparado por una causa de justificación.

4.4. CRÍTICAS AL SISTEMA FINALISTA DE LA ACCIÓN.

Aún y cuando la teoría finalista de la acción, resolvió algunos problemas por los cuales eran criticadas las teorías causalista y neocausalista, no estuvo exenta de críticas, ya que efectuó el cambio más radical en la estructura del delito, desde la creación de la prelación lógica de los elementos del delito. Es por ello, que enseguida, procedemos a estudiar las críticas más destacadas que se formularon contra la teoría de la acción final.

4.4.1. LA CULPA EN EL FINALISMO.

El desarrollo de la industria automotriz posterior a la elaboración de la teoría finalista de la acción (1930) fue un factor importante para despertar críticas contra la misma. Ello en virtud de el uso de los automóviles tuvo como consecuencia natural accidentes de tránsito, los cuales en su mayoría son culposos.²⁹⁵

Luego entonces, el hecho de que en los delitos culposos acaecía un resultado diferente al pretendido por el sujeto activo, fue el principal motivo de críticas contra el finalismo. Ello en atención a que el actor no se representó el resultado y al no ser el resultado la finalidad pretendida por el autor, entonces la fórmula finalista se estrellaba en los delitos culposos,²⁹⁶ lo cual se hacía aún más evidente en los supuestos de culpa inconsciente donde el sujeto activo ni siquiera ha previsto que su conducta pudiera llegar a provocar un resultado típico.

²⁹⁵ Vid. WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal...*Op.Cit.* Págs. 40

²⁹⁶ Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. El Dolo...*Ob Cit.* Pág. 64

De hecho, el mismo WELZEL en un principio consideró que la acción causal ciega, era la mejor forma de explicar los delitos culposos, sin embargo, el mismo fue apartándose de ese pensamiento por las dudas que le generó la teoría causalista²⁹⁷, pues consideraba que el elemento decisivo de la antijuridicidad no podía consistir en el simple resultado causado y para ello, pone el siguiente ejemplo:

“El conductor que conduce observando todo el cuidado necesario, y sin embargo atropella un peatón, porque éste súbitamente salta delante de su coche, provoca mediante su acción –el conducir un automóvil- una lesión a un bien jurídico, pero, sin embargo, no actúa antijurídicamente, y no es simplemente inculpable. Por lo tanto, el elemento de la antijuridicidad debe consistir en algo diferente, es decir, en la forma de ejecución de la acción...”²⁹⁸

De ahí parte WELZEL para fundamentar su defensa a la teoría finalista en los delitos culposos, pues considera que lo importante en los delitos culposos está en la voluntad del sujeto activo de violar la norma de cuidado y si bien el sujeto activo no tiene como finalidad ocasionar el resultado, es su voluntad pasar por alto con el cuidado debido.

Sin embargo, WELZEL justifica su teoría finalista de la acción en delitos culposos, alegando que las críticas contra el finalismo en los delitos culposos se fundamentaban en el desvalor del resultado, cuando para él el problema consistía en el desvalor de la acción, pues si bien en los delitos culposos el sujeto no se representa el resultado, sí opta por violar la norma de cuidado, esto se hace evidente al dar lectura a lo expuesto por el autor consultado, que sobre el tema expone:

²⁹⁷ Vid. WELZEL, Hans. *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Colección de Maestros de Derecho Penal número 14, B de F, Buenos Aires, 2004, Pág. 9

²⁹⁸ Cfr. WELZEL, Hans. *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Colección de Maestros de Derecho Penal número 14, B de F, Buenos Aires, 2004, Págs. 9-10

“... Los delitos culposos se basan también en que la acción humana es una obra: la voluntad que partiendo del fin, **selecciona los medios de la acción, necesarios para la consecución de él, tiene que atender también en la selección y utilización de los medios a las consecuencias que éstos puedan producir, junto al fin o en su lugar.** En este punto interviene el ordenamiento jurídico y *ordena* que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia (no querida) la lesión de un bien jurídico, se observe ‘el cuidado necesario en el tráfico’ para evitar dichas consecuencias; El contenido decisivo de lo injusto de los delitos culposos consiste, por ello, **en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico.** Consiste, sobre todo, en el *desvalor de la acción*, mientras que el desvalor del resultado producido (la lesión o el peligro de un bien jurídico) tiene sólo una significación restrictiva, delimitadora, al destacar entre las conductas que no responden al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el derecho penal...”²⁹⁹

En efecto, WELZEL considera que las críticas de los causalistas referentes a la culpa en el finalismo es errónea, en virtud que la culpa era un problema de desvalor del resultado, cuando en la teoría finalista se ubica la culpa en el desvalor de la acción, pues es ahí donde se ubica la resolución de la voluntad y no en el resultado³⁰⁰. Es decir que desde que se estudia la acción se debe analizar si se observó el deber de cuidado, ello lo evidenciamos al dar lectura a lo expuesto por el autor citado, que en el prólogo de la obra citada señala:

²⁹⁹ Cfr. WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal... *Op. Cit.* Págs. 111-112

³⁰⁰ Enseguida se transcribe la parte conducente de lo que a concepto de Welzel es el desvalor de la acción y el desvalor del resultado: “...La lesión del bien jurídico (el desvalor del resultado) tiene sólo relevancia en el derecho penal dentro de una *acción* personalmente antijurídica (dentro del desvalor de la acción). El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el derecho penal. El desvalor del resultado (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento, que carece de independencia, de numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro). El desvalor del resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de la acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea.” Cfr. WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal... *Op. Cit.* Pág. 109

“Aquí se advierte que el elemento esencial de lo injusto de los delitos culposos no consiste en el resultado causado, sino en la forma de ejecución de la acción emprendida; lo importante es si en ésta se ha observado, o no, el cuidado necesario en el tráfico. Con el desvalor de la acción queda fundamentado ya completamente lo injusto material de los delitos culposos, mientras que el resultado producido lleva a cabo solamente una “selección” dentro de él, en relación con su punibilidad.”

“La estructura concreta de la acción pasa a ocupar también con ello, el centro de relevancia jurídica en los delitos culposos. Así como en los delitos dolosos la tentativa fue el escollo en que fracasó la doctrina de la acción causal, en los delitos culposos fracasa en el *desvalor de la acción*, que se determina en función del cuidado objetivo.”³⁰¹

Así pues, WELZEL considera que el problema con los delitos culposos, no se da en la óptica del desvalor del resultado, sino del desvalor de la acción, tomando en cuenta la forma en que se desarrolló la acción³⁰², ello lo sustenta con el siguiente ejemplo:

“los coches A y B chocan en una curva sin visibilidad, quedando lesionados los dos conductores A y B. La acción de cada uno de ellos ha causado la lesión del otro. Sin embargo, con esto no se ha determinado aún la antijuridicidad de su conducta. Pues el que haya actuado uno u otro antijurídicamente depende de cómo fueran sus acciones: para A se trataba de una curva a la izquierda, que cortó entrando en la banda de A. La acción de A era –a pesar de la lesión de B– correcta, cuidadosa, conforme a Derecho; la de B, al contrario, incorrecta, imprudente, antijurídica. No hay duda de que es la consideración de la forma de ejecución de la acción y no la mera

³⁰¹ Cfr. WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal... Op.Cit.* Págs. 37-39

³⁰² Vid. WELZEL, Hans. *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Colección de Maestros de Derecho Penal número 14, B de F, Buenos Aires, 2004, Pág. 26

comprobación de la producción del resultado la que proporciona el fundamento objetivo para el juicio de la antijuridicidad.”³⁰³

Nos decantamos con la postura de WELZEL, pues con el anterior ejemplo, se demuestra que aún y cuando ambas personas fueron lesionadas, no se puede atribuir la responsabilidad a ambos conductores, pues únicamente B violó la norma de cuidado y tal determinación se efectúa al estudiar la acción, no en el resultado, pues si fuéramos a estudiar únicamente éste, no se podría llegar a resolver quien es responsable, pues para ello, hay que estudiar la forma en que se efectuó la acción.

De lo anterior, WELZEL concluye que se debe atender a la voluntad del sujeto activo al momento de actuar, ello para determinar la finalidad de violar el deber de cuidado y así justificar la culpa en el finalismo, lo cual se evidencia al dar lectura a dicho autor, que dice:

“Precisamente en el delito culposo se advierte con una claridad meridiana, que también en él la dogmática del Derecho penal sólo está en condiciones de deslindar los elementos del delito, de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad sobre la base del concepto de la acción finalista, de la acción dirigida(‘cibernética’) y no sobre el concepto causal de la acción: **una acción es típica, en el sentido de los delitos culposos, si su dirección real no corresponde al cuidado necesario en el tráfico y a consecuencia de ello ha producido un resultado típico.** Esta tipicidad es un indicio de la antijuridicidad; ésta se da si no concurría ninguna causa de justificación de la acción imprudente. **La culpabilidad es la reprochabilidad de la inobservancia de cuidado objetivamente debido;** se da, si el autor ha previsto o ha podido prever, la infracción del cuidado objetivamente debido.

³⁰³ Cfr. WELZEL, Hans. *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*. Colección de Maestros de Derecho Penal número 14, B de F, Buenos Aires, 2004, Págs. 26-27

Con ello la doctrina de la acción finalista('cibernética') ha fundado la dogmática del delito culposo. ..."³⁰⁴

Así pues, queda robustecida la solución que da Welzel a los delitos culposos en el sistema finalista, consistente en que el elemento decisivo de lo injusto en dichos delitos es el **desvalor de la acción**, como ya se había mencionado anteriormente. Este desvalor de la acción se determina mediante el análisis de la conducta del sujeto comparada contra la exigida, si no se efectuó la conducta exigida, entonces se violó el deber de cuidado y la voluntad del sujeto se dirigió a ese fin precisamente, es decir a la violación de la norma de cuidado.³⁰⁵

ROXIN considera que los problemas de la culpa, no fueron superados en el finalismo y sobre el tema se ha pronunciado expresamente al señalar:

"Por otro lado, el sistema finalista tiene también debilidades de consideración, de entre las cuales solamente puedo destacar aquí las más importantes. Así, todos los intentos realizados por el finalismo para aclarar la punibilidad de la acción imprudente han fracasado. El autor imprudente no dirige directamente el curso causal hacia el resultado obtenido y sin embargo es sancionado"³⁰⁶

Así pues, ROXIN considera que el delito culposo no dirige su acción hacia el resultado obtenido y por ello, señala la culpa como uno de los problemas que el finalismo no pudo superar.

³⁰⁴ Cfr. WELZEL, Hans. *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*. Colección de Maestros de Derecho Penal número 14. B de F, Buenos Aires, 2004, Págs. 29-30

³⁰⁵ Cabe señalar que WELZEL precisa que el aumento del tráfico automovilístico fue de fundamental importancia para que replanteara la teoría final de la acción en relación a los delitos culposos, ello debido a que su teoría final de la acción la planteó en 1930 entre ese año y 1960, en que se elaboró la cuarta edición de la obra en cita, aumentó el número de accidentes automovilísticos en Alemania, los cuales se ocasionan de forma culposa en su gran mayoría y eso llevó a los causalistas a acrecentar sus críticas contra la culpa en el finalismo. Vid. WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal...* Op. Cit. Pág. 40

³⁰⁶ Cfr. ROXIN, Claus, traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del delito en Alemania...* Op. Cit. Págs. 17-18

De igual forma, en México, DÍAZ ARANDA, discípulo de ROXIN, ha considerado que las críticas formuladas al finalismo no fueron superadas por WELZEL, pues considera que la conducta culposa no se dirige a la producción de un resultado típico ni a una violación del deber de cuidado, lo cual se desprende en su crítica, en la cual controvierte directamente la postura del referido autor alemán al señalar:

“De todas formas Welzel no conseguía superar su alejamiento del concepto general de acción final sobre el cual había erigido su sistema y debía recurrir al desvalor del resultado para hacer descansar en éste la tipicidad de la acción culposa. En efecto, la **conducta culposa no se dirige ni a la producción de un resultado típico ni a la violación de un deber de cuidado**, sino simplemente dicho deber no se observa dando lugar a la producción de un resultado típico.”³⁰⁷

Por tanto, DÍAZ ARANDA considera que las críticas a la teoría final de la acción de WELZEL no fueron superadas en la parte correspondiente a los delitos culposos, pues considera que en los delitos culposos simplemente hay una inobservancia al deber de cuidado, sin que ésta esté dirigida al acaecimiento de un resultado típico ni a la violación al deber de cuidado.

Nosotros consideramos que las críticas de ROXIN y DÍAZ ARANDA, son incompletas, pues si bien, señalan que en los casos de delitos culposos no hay alguna finalidad, pues el deber de cuidado simplemente no se observa, ha que destacar que ninguno de ellos, se dirige a controvertir directamente los argumentos de WELZEL.

Sin embargo, las anteriores críticas se desvirtúan con aquella llamada por WELZEL “expresión de sentido” que justifica la voluntad en la teoría final de la acción, tanto en los delitos dolosos como culposos, ella la expone JAKOBS primero describiendo la naturaleza de la conducta humana al señalar:

³⁰⁷ Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dolo...* Op. Cit, Pág. 66

“El ser humano es el ser que actúa. No está... ‘fijado’, esto es, sigue siendo para sí mismo un cometido; es también, con otras palabras, el ‘ser que toma postura’. Los actos de toma de postura hacia fuera los llamamos acciones, y precisamente en la medida en que sigue siendo un cometido para sí mismo, toma postura frente a sí mismo y ‘se convierte en algo’. ...El ser humano...es *previsor*. Necesita de lo lejano, de lo que no está presente en espacio y tiempo, vive –al contrario que el animal- en el futuro y no en el presente. Esta determinación forma parte de las circunstancias de una existencia en la que se actúa, y no que en el ser humano es conciencia humana en sentido propio debe entenderse desde esta perspectiva.”³⁰⁸

En efecto, el ser humano toma una postura, y su postura hacia el exterior lo llama “acción”. Que el ser humano es previsor, que su conducta la toma hacia el futuro y no en el presente, como lo hacen los animales. Posteriormente, JAKOBS continúa justificando la culpa mediante la “expresión de sentido”³⁰⁹ en el finalismo y señala:

“El resultado alcanzado-todo hecho doloso es expresión de sentido y por ello acción- no aprovecha al completo el punto de partida; **también una acción imprudente es expresión de sentido, entendiendo que la imprudencia evitabilidad individual.** Por consiguiente, **una persona sólo se comporta imprudentemente si para ella misma, y no para algún tipo de persona ideal, era evitable la consecuencia de la que se trata.** Una consecuencia es evitable si no se habría producido en el supuesto de quien actúa hubiese estado motivado para evitarla, con otras palabras: **son evitables las consecuencias cognoscibles, sólo que en los supuestos de hecho jurídico-penalmente relevantes lo importante no es conocerlas(en ese caso, el autor imprudente se convierte en autor doloso) sino evitarlas;** No puede disponerse de lo inevitable a través de la motivación de una

³⁰⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. *El concepto jurídico penal de acción*, Primera Edición, Cuadernos de Conferencias y Artículos número 11, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996. Págs. 21-22.

³⁰⁹ Vid. *Ibidem*. Págs. 22-23.

persona; por ello, ésta tampoco puede tomar postura frente a ello. ¿Qué ocurre con lo evitable que no fue reconocido, esto es, con lo imprudente? La respuesta es fácil cuando quien actúa se comporta de manera indiferente frente a una consecuencia y precisamente por ello no se preocupa si se produce o no. ...; La acción, por tanto, es expresión de un sentido; esa expresión de sentido consiste en la causación individualmente evitable, esto es dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias: son individualmente evitables aquellas causaciones que no se producirían si concurriese una motivación dominante dirigida a evitar las consecuencias. ...³¹⁰

Por tanto, es el hecho de menospreciar el deber de cuidado, lo que justifica la culpa en el finalismo, es decir, el sujeto al actuar considera que no hay nada que tomar en cuenta para efectuar la conducta que configuró el resultado típico, lo cual implica que fue la voluntad del sujeto no conducirse conforme al deber de cuidado³¹¹, lo anterior nos lo ilustra el citado autor con el siguiente ejemplo:

“un conductor, distraído por un cartel fascinante, no se fija en un paso de peatones y lesiona por ello a un peatón. Seguro que el automovilista no desea que se le atribuya que su comportamiento significa lo siguiente: ‘los automovilistas están autorizados a distraerse, aunque con ello generen el peligro de que se produzca un daño’. Pero en un primer momento, esa parecía ser su toma de postura: aunque le era posible configurar la realidad *incluyendo* la atención a los peatones, escogió una configuración sin tal atención. El sujeto estaba erróneamente motivado al admitir la distracción; bien es cierto que no ha convertido el perjuicio del peatón en contenido ‘expreso’ de su comportamiento, pero sí la distracción, y ésta era cognitivamente incompatible con la protección del peatón.”³¹²

³¹⁰ Cfr. *Ibidem*. Págs. 23-26

³¹¹ *Vid. Idem*.

³¹² Cfr. *Idem*.

Este concepto de “expresión de sentido” es el que da la solución a la problemática en el finalismo de los delitos culposos, pues de lo transcrito se desprende que mediante ésta, el sujeto decide si va a violar el deber de cuidado o no, la transcripción anterior, casi completa del subtema “finalismo e imprudencia” sirve para ilustrar de una manera amplia dicho concepto de “expresión de sentido”, el ejemplo transcrito es de gran utilidad para entender la defensa a las críticas de la culpa en el finalismo, pues JAKOBS lo complementa señalando que seguramente el automovilista no pensaba excusarse diciendo que ‘los automovilistas están autorizados a distraerse, aunque con ello generen el peligro de que se produzca un daño’, siendo obvio que el automovilista sabía que no debía distraerse, pero el escogió actuar sin atender dicha norma de cuidado, es decir no tuvo la motivación dominante de evitar el resultado y por ello es que se considera su actuación como culposa y la misma encuentra lugar en la teoría de la acción final al ser justificada con la voluntad del sujeto de violar la norma de cuidado.

Los argumentos previamente señalados, son cuestionados por DÍAZ ARANDA, pues se decanta por las críticas de MEZGER y considera que tratándose de delitos culposos el sujeto activo no se haya conducido conforme a la norma de cuidado, es de hecho un juicio de reproche que surge en la sede de la culpabilidad, al finalismo, pues considera que la violación al deber de cuidado considerando los argtéstas ya en el aspecto sistemático de ubicar a la culpa en el tipo, al señalar lo siguiente:

“Pero lo anterior nos lleva a reconsiderar que si lo importante en los delitos culposos no es la acción en si misma entendida como finalidad realizada, sino la posible acción finalista que no se realizó conforme a lo establecido por la norma jurídica, ello ha supuesto la elaboración de un juicio valorativo y ese juicio no es un juicio moral sino un juicio jurídico, que nos lleva a reprochar una conducta que se ha realizado contrariamente a lo establecido por el orden jurídico. ¿Acaso no es esto la culpabilidad?”³¹³

³¹³ Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique citando a Mezger. *Dolo... Op. Cit.* Pág. 67

En efecto, aquí DÍAZ ARANDA, toma la solución que da WELZEL sobre el finalismo en los delitos culposos y aún así señala críticas, pues poniéndose en el supuesto de éste, señala que el sujeto no obró como lo dispone la norma jurídica, y dice que ello ha supuesto la elaboración del juicio valorativo que lleva a reprochar la conducta que se ha realizado contrariamente a lo establecido por el orden jurídico y que ese juicio de reproche es materia de la culpabilidad.

No nos extrañamos del punto de vista de DÍAZ ARANDA, en el sentido de que el juicio de valor mediante el cual se determina si se violó la norma de cuidado se debe efectuar a nivel de culpabilidad, pues el mismo WELZEL se refiere a la misma en términos similares, pues dice:

“Culpabilidad es lo que adeuda el autor que podía actuar conforme a las normas, a la comunidad jurídica por su conducta contraria al derecho...”³¹⁴

En efecto, en la culpabilidad se valora si el sujeto podía actuar conforme a las normas y si pesar de ello, no lo hizo así, entonces se le puede considerar culpable. Sin embargo, basta dar lectura al mismo WELZEL, quien para desvirtuar las críticas de los causalistas a su concepto de acción, señala:

“La culpabilidad es un concepto *valorativo* negativo y por tanto, un **concepto graduable**. La culpabilidad puede ser **mayor o menor**, según lo importante que sea la exigencia del derecho y según lo fácil o lo difícil que le fuera al autor satisfacerla; Con arreglo a este criterio, la voluntad de la acción *tiene*(o es portadora de) una culpabilidad mayor o menor, *es* más o menos *culpable*; pero ella misma no es la culpabilidad. La culpabilidad es una cualidad valorativa negativa de la voluntad de la acción pero no es la voluntad misma. Por ello es falsa la antigua doctrina, que repercute aún hoy muchas veces, de que la culpabilidad sea un determinado estado anímico(por

³¹⁴ Cfr. WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal...*Op. Cit.* Pág. 127

ejemplo, el estado anímico en el tipo subjetivo). Un estado anímico puede *ser portador* de una culpabilidad mayor o menor, pero no puede *ser* una culpabilidad(mayor o menor)...³¹⁵

En efecto, de lo anterior se desprende que para WELZEL en la culpabilidad no se determina la voluntad del autor, sino que más bien, en la culpabilidad se efectúa la valoración de la conducta para determinar si la culpabilidad será mayor o menor, pero no considera a ésta como un estado anímico, de lo que se hace notar que para dicho autor, el estado anímico de la culpa se ubica en el tipo, al ser ahí donde el sujeto resuelve pasar por alto la observancia al deber de cuidado y en la culpabilidad se determina el grado ya sea menor o mayor de esa inobservancia al deber de cuidado.

Posteriormente, el mismo autor, explica la diferencia de la concepción de la teoría causalista y la finalista en referencia a la culpabilidad:

“La polémica entre la doctrina de la acción causal y la doctrina de la acción finalista, no versa, sin embargo, sobre el problema de si el dolo pertenece también a la culpabilidad(como su posible portador), sino sólo sobre si pertenece *únicamente* a la culpabilidad; **A la culpabilidad, en el sentido del derecho penal, ‘pertenece’ todos los caracteres del delito previos a ella: acción(conducta), tipicidad y antijuridicidad; sólo una acción(o conducta) típica y antijurídica puede ser culpable; sólo ella puede ser portadora, en el derecho penal, del reproche de la culpabilidad. No obstante, aunque todos estos elementos son también constitutivos para el juicio de la culpabilidad(la reprochabilidad), no son *sólo* elementos de la culpabilidad. Por ello, **la voluntad de acción-aunque es también portadora del reproche de la culpabilidad-es ya antes un elemento de la acción; el dolo es ya antes un elemento del tipo de los delitos dolosos y con ello un presupuesto de la antijuridicidad de estos delitos; la voluntad de la acción que como consecuencia de una falta de observancia del cuidado****

³¹⁵ Cfr. *Ibidem*. Págs. 127-128

debido realiza en forma no dolosa un tipo, es ya antes un presupuesto de la antijuridicidad de los delitos culposos; En la **culpabilidad se examina hasta qué punto puede serle reprochada personalmente al autor esta voluntad de acción**. Este es el problema nuevo y específico de la culpabilidad dentro del concepto del delito.³¹⁶

Por lo anterior podemos advertir que a nivel tipo se estudia la culpa o el dolo, pues ambos primero pertenecen al tipo y como consecuencia de ello, son parte de la culpabilidad, es decir, el dolo y la culpa no pertenecen únicamente al tipo, pues al ser éste un elemento de la culpabilidad también pertenecen a la culpa. Sin embargo, se desprende que en el tipo se determina si la conducta es culposa o dolosa y en la culpabilidad se valora el **grado de de la culpabilidad, es decir hasta que punto puede serle reprochada la voluntad de acción al autor, si va a ser menor o mayor**.

Lo afirmado por WELZEL, en el sentido de que en la culpabilidad, se mide la lesión jurídica, puede considerarse actual, dado que JAKOBS, en su obra "Culpabilidad en Derecho Penal", al estudiar sobre la diferencia de los defectos cognitivos y volitivos, se refiere a los grados de la culpabilidad, lo cual se evidencia al dar lectura a la siguiente transcripción de su obra:

"...en cuanto menor sea la voluntad del sujeto de tener en cuenta la norma, esto es, en cuanto mayor y más obstinada sea la infidelidad a la norma de la actitud de su comportamiento denota, más grave será la culpabilidad, y es menos grave si la infidelidad a la norma aparece más bien como un paso en falso atípico. Sin embargo, en cuanto mayor sea la distancia que separa a un sujeto de los conocimientos necesarios, menor será su culpabilidad, y en cuanto mayor sea la posibilidad de superar el desconocimiento, mayor sea su culpabilidad."³¹⁷

³¹⁶ Cfr. *Ibidem*. Pág. 129

³¹⁷ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel y SANCINETTI, Marcelo A. *Culpabilidad en Derecho penal. Dos cuestiones fundamentales*. Primera Edición, Colección de Estudios número 27, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, Pág. 16

En efecto, la cita anterior se hace con el objeto de demostrar que en la culpabilidad es donde se señala el grado de la lesión de la norma, relacionado con el tema dado que se analiza la voluntad y entre mas voluntad haya tenido un sujeto de trasgredir la norma mayor va a ser la culpabilidad, es la fórmula de WELZEL.

Nosotros consideramos, que de las críticas al finalismo hasta ahora expuestas, la primera de ellas, consistente en la falta de finalidad en la culpa, fue superada por WELZEL al señalar que el sujeto activo escoge violar el deber de cuidado y por tanto su voluntad va dirigida a violar dicho deber, pues no se considera que la culpa pueda ser puramente causal, aunque no hay finalidad de obtener el resultado, sigue habiendo una voluntad y esa se debe estudiar desde la acción, entendiendo la acción como expresión de sentido, ésta es lo importante, si lo importante fuera el resultado, entonces no habría para que estudiar el dolo o la culpa y hacer esa diferencia en cuanto la sanción al momento de imponer la pena, por ello se considera que es correcta la fundamentación de WELZEL, pues en la culpa es importante el aspecto volitivo que se debe estudiar desde la acción y determinar la voluntad que va dirigida a violar el deber de cuidado. Si el sujeto activo conoce el deber de cuidado y si no actúa conforme a él entonces su finalidad es no observar dicho deber de cuidado y si lo desconoce entonces está frente a un error de tipo, que no eximiría al sujeto activo de la culpa si el error era vencible.

Por las mismas razones, nosotros no estamos de acuerdo en que por estudiarse en la culpa la violación al deber de cuidado, dicha violación debe ser en la culpabilidad. Si notamos las críticas, van encaminadas a demostrar que la culpa no debe estudiarse en la sede de tipo sino en la culpabilidad, pero dichas críticas no objetan la inclusión del dolo en el tipo, ni mencionan porque el dolo si se debe estudiar en el tipo y la culpa no.

Consideramos lógico que si se estudia el dolo en el tipo también la culpa debe estudiarse ahí, pues en los casos en que se desprenda que no hay dolo entonces se determina ahí en el tipo que no hay culpa; además si se califica un delito como culposo

hasta la culpabilidad se tiene que regresar al tipo para reclasificar el delito como culposo, al menos que al llegar a la culpabilidad haya llegado como culposo, caso en el que volveríamos al finalismo donde se califica un delito como culposo o doloso desde el tipo, pues la culpa es un elemento de éste. Por ello, desde nuestro punto de vista, ninguna de las críticas son procedentes y ninguna de ellas son suficientes para que consideremos cambiar la ubicación sistemática del dolo y la culpa del tipo a otro de los escalones del delito.³¹⁸

4.4.1. CRÍTICAS AL FINALISMO EN LOS DELITOS DE OMISIÓN.

Al igual que la teoría causalista, la finalista también fue objeto de críticas con referencia a los delitos de omisión, pues en la omisión no se podía considerar que había una “acción” final. Dicho tema, lo aborda ROXIN, quien dice:

“Tampoco el injusto de los delitos de omisión puede entenderse como una acción final. Así, el autor de un delito de omisión no dirige el curso causal hacia el resultado producido, sino que simplemente no interviene en el desarrollo de un acontecimiento causal que es independientemente de él.”³¹⁹

En sentido similar, en México, DÍAZ ARANDA expone:

“El presupuesto óntico del cual partía el sistema final de la acción encontraba problemas para sustentar los delitos de omisión, los cuales no tienen una relación causal(óntica) entre la conducta y el resultado y sin embargo son captadas por el legislador penal. En efecto, si sólo se podía considerar como conducta, a efectos del derecho penal, aquella capaz de

³¹⁸ No pasamos por alto, que no se mencionó las críticas sobre la culpa con representación, sin embargo, si se considera que el problema de la culpa inconsciente se ha superado con mayor razón, se resuelva el de la culpa con representación, dado que en ésta, el sujeto se representa el resultado pero cree que no se consumará y entonces es más evidente que optó por no prever la norma de cuidado.

³¹⁹ Cfr. ROXIN, Claus, traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania...* *Op.Cit.* Pág. 18

producir el resultado típico, por consiguiente, la omisión podía ser considerada una acción final y tampoco una conducta sancionada por el Derecho Penal. Pues, quien omite evitar un resultado no ha desencadenado proceso causal alguno y su omisión es incapaz, desde el punto de vista óntico, de provocar lesión alguna a bienes jurídicos tutelados.¹²⁰

Como podemos observar, las críticas estaban enfocadas en señalar que en la omisión no se podía considerar una acción final, pues quien omite evitar un resultado no ha desencadenado proceso causal alguno y viendo la omisión desde el punto de vista ontológico, no puede ser capaz de provocar lesión alguna de bienes jurídicos, pues la omisión carece de nexo causal entre la conducta y el resultado.

Sobre la respuesta a los delitos de omisión del finalismo, JAKOBS encuentra la respuesta en el concepto de actuar, en el cual se puede englobar la acción y la omisión, pues para él lo relevante es que dicha actuación sea determinante para el resultado, pues al respecto dice:

“actuar significa, por tanto, lo siguiente: convertirse, de manera individualmente evitable, en la razón determinante de un resultado, rigiéndose la calificación “determinante” por un esquema social de interpretación. Una vez que se percibe que se trata de realizar una atribución y no de algo que pertenece a la naturaleza, también se resuelve el problema de la omisión. También en la omisión tiene lugar la atribución de un suceso a un ser humano; en el ámbito de la omisión de pleno peso, equivalente a la comisión, esta atribución no se hace a cualquiera que pudiese haber evitado el resultado, sino exclusivamente a una persona esencialmente implicada. Estas personas esencialmente implicadas se llaman garantes, ... quien omite la salvación ante un peligro sólo responde si su abstención es determinante. Que se denomine esta ‘abstención determinante’ a su vez ‘acción’ ..., o que se escoja el término más específico ‘omisión’, unificando después acción y

¹²⁰ Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dolo...Op.Cit.* Págs. 71-72

omisión bajo el concepto 'comportamiento', es indiferente: en todo caso se trata de la vinculación de un ser humano con un curso que conduce a un resultado."³²¹

La respuesta a dichas críticas a la omisión en el finalismo, se sustenta en el deber que tiene la persona como garante de proteger el bien jurídico, si el sujeto permite que se lesione un bien jurídico a pesar de que con sus conocimientos sabe que lo puede impedir entonces su omisión resulta vinculante con el resultado, siempre y cuando su abstención sea "determinante" para el resultado, pues de acuerdo a la cita transcrita, la acción se refiere a la conducta del hombre la cual puede ser de hacer o de no hacer y si mediante ella se puede vincular su comportamiento con el resultado, entonces la omisión se puede considerar ocasionada mediante la conducta final del garante quien tuvo la voluntad final de no actuar.³²²

Cabe señalar, que ROXIN ha señalado que la omisión y la culpa, se han resuelto en el finalismo, e incluso los destaca como méritos de dicha teoría, lo cual se evidencia al dar lectura a lo expuesto por él en la Jornada Internacional de Derecho Penal llevada a cabo con el título "Problemas Capitales del Moderno Derecho penal a principios del Siglo XXI" donde señala:

"Antes de desarrollar mi propia concepción quiero, sin embargo, enfatizar que también **debemos agradecer a la teoría de la acción final avances, imperdibles(sic) en la dogmática penal, ...** Yo veo sobre todo grandes conquistas y, si bien estas también existen independientemente del concepto

³²¹ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIÓ MELIA, Manuel. *El Concepto Jurídico Penal de Acción*, Cuadernos de Conferencias y Artículos, Número 11, Universidad Externado de Colombia Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998, Págs. 31-32

³²² En México ORELLANA WIARCO se pronuncia en términos similares a JAKOBS, señalando que lo reprochable en los delitos de omisión en el hecho, es el hecho de que el sujeto activo cumplió con su obligación de impedir el resultado en su calidad de garante. *Vid.* ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *Teoría del Delito*, Decimotercera Edición, Porrúa, México, 2003, p.146. Un concepto de garante, se encontró descrito en la doctrina española y es el siguiente: "Determinados sujetos tienen un deber específico de actuar para evitar que se produzca un resultado típico. A éstos se les denomina 'garantes' y se dice que han cometido un delito de omisión impropio si se abstienen de cumplir con el deber específico mencionado" Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal Parte General... Op.Cit.* Pág. 180

final de la acción, este último ha dado el impulso decisivo para que aquellas se impongan; En *primer lugar*, el finalismo ha contribuido decisivamente a **descubrir el desvalor de la acción** como uno de los elementos constitutivos en el injusto penal y a delimitarlo de la culpabilidad y de los demás presupuestos de la responsabilidad penal. Ciertamente, la finalidad solamente constituye un factor entre varios que determinan el injusto penal. Además ella solamente abarca en parte el desvalor de la acción, porque éste sobre todo consiste también en la creación de un riesgo no permitido, el cual es independiente de los objetivos que se haya fijado el autor. No obstante, el **finalismo**, después de todo, **ha visto correctamente** que las representaciones y los objetivos del autor juegan un papel importante en la determinación del injusto penal. **Esto rige también para los hechos omisivos y -como ha demostrado Struense de la manera más convincente- incluso para los delitos imprudentes.**³²³

Como observamos al estudiar la respuestas a las críticas a la culpa en el finalismo, se respondió a las mismas señalando que dicho problemas se resolvía a analizando el desvalor de la acción, esto es lo que señala ROXIN como un avance del finalismo, el descubrimiento del desvalor de la acción en el injusto penal y delimitarlo de la culpabilidad. Que el desvalor de la acción, consiste también en la creación de un riesgo no permitido, el cual es independiente de los objetivos que se haya fijado el autor, como sucede en los casos de los delitos culposos en los cuales según WELZEL, el objetivo no es el resultado sino violar la norma de cuidado. Asimismo, se resalta la importancia de la representación y objetivos que se ha fijado el autor en el injusto penal como lo es en los delitos de omisión donde el autor se representa el resultado y mediante la omisión obtiene el resultado querido, lo cual considera correcto, pues dice que el finalismo ha visto correctamente que las representaciones y objetivos del autor juegan un papel importante en

³²³ Cfr. ROXIN, Claus, traducido por el Doctor Manuel A. Abanto Vásquez (Universidad Nacional Mayor de San Marcos Lima-Perú), "Normativismo, Política y Emprirismo en la Dogmática Penal" conferencia integrante de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal tituladas "Problemas Capitales del moderno Derecho penal a principios del Siglo XXI", Primera Edición, Ius Poenale, México, 2003, Pág. 26

la determinación del injusto penal, lo cual dice rige para los hechos omisivos y los culposos.

Nosotros consideramos que las críticas a los delitos de omisión en el sistema finalista, pueden ser también contestadas fundadamente a través de los razonamientos expuestos en anteriores renglones de esta tesis, en las que se contestó a las críticas de la culpa.

En efecto, ahí se desprendió que el sujeto activo decide no respetar el deber de cuidado, es decir es su voluntad no cumplir con la norma de cuidado y por ello se ocasiona el delito culposo, en los delitos de omisión, la voluntad del sujeto es no actuar con el fin de que se produzca el resultado.

Es decir, los casos de los delitos culposos como en los casos de delitos de omisión, dependen de la voluntad del sujeto, en el primer caso ésta es no cumplir con el deber de cuidado, el resultado típico y en la segunda por no haber tenido la voluntad de haber evitado el resultado típico, diferenciándose en que en la culpa no se pretende que se obtenga el resultado y en la omisión por el contrario se pretende que se obtenga el resultado, salvo en los casos en que sea una omisión culposa.

4.4.3. EL ERROR.

Una críticas más hacia el finalismo, consiste en la indeterminación del error de hecho y el error de derecho y de igual forma, en que ambas clases de errores deberían estudiarse en la sede de la acción, lo cual implicaba que los mismos se ubicarían únicamente en el tipo y nunca en la culpabilidad.³²⁴ Sin embargo, ello se resolvió mediante la teoría de la culpabilidad, mediante la cual, se hizo la separación sistemática entre el error de tipo y el error de prohibición, ubicando al primero en el tipo y el segundo tiene efectos en la culpabilidad, ello lo evidenciamos al dar lectura a MUÑOZ CONDE, que sobre el tema dice:

³²⁴ Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dolo...Op. Cit.* Págs. 72-73.

“La teoría de la culpabilidad, consecuencia de la teoría final de la acción, supuso una culminación de todo este proceso. Ciertamente partía de la relevancia del error tanto si se refería al tipo, como si se refería a la prohibición; pero, al incluir el dolo, como ‘dolo natural’ en el tipo y el conocimiento de la antijuridicidad en la culpabilidad, atribuyó a ambas clases de error distancia trascendencia práctica y sistemática. El dolo, entendido como consecuencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo no tiene, en efecto, nada que ver con la conciencia de antijuridicidad; se puede realizar dolosamente un tipo(matar a un hombre) y creer que se realiza amparado por una causa de justificación(matarlo en legítima defensa). El error de tipo invencible excluye el dolo y, si es vencible, fundamenta en su caso el castigo por imprudencia; el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad y si es vencible permite atenuarla, pero no afecta en nada el tipo de lo injusto.”³²⁵

Efectivamente, en la teoría de la culpabilidad se hace la división sistemática referente a los efectos del error de tipo y al error de prohibición, el primero de ellos teniendo efectos en el tipo ya que excluye el dolo o bien, fundamenta el castigo mediante la conducta culposa, mientras que el segundo de ellos, repercute en la culpabilidad, pues si es invencible excluye la culpabilidad y si es vencible la atenúa.³²⁶

³²⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito...*Op.Cit.* Pág.123. Cabe señalar que previo a la teoría de la culpabilidad, se había desarrollado la teoría del dolo mediante la cual se establecía que tanto el error de tipo como el error de prohibición se repercutían en la culpabilidad y los efectos debían ser igual en todos los casos, independientemente de que se tratara del desconocimiento de los elementos del tipo o de la antijuridicidad, se excluía la culpabilidad si el error era invencible y se excluía el dolo pero se castigaba culposamente si el error era vencible, lo cual se hace evidente al dar lectura a MUÑOZ CONDE, que sobre el tema dice: “Un paso adelante importante supuso la *teoría del dolo*, según la cual este exigía, como forma de culpabilidad, tanto el conocimiento de los elementos del tipo como el de la antijuridicidad. Para esta teoría, el tratamiento del error debería ser el mismo en todos los casos: **excluir la culpabilidad** si el error era invencible; **excluir el dolo**, pero castigar por imprudencia, si era vencible. Para la teoría del dolo, el error, tanto si era error de tipo como si era de prohibición, recibía el mismo tratamiento.” Cfr. *Idem*.

³²⁶ Cabe señalar, que lo señalado por MUÑOZ CONDE tiene sustento en WELZEL, lo que se desprende al ver la separación que hace el último de los autores mencionados sobre el error, que dice: “*Error sobre el tipo* es el error sobre una circunstancia objetiva del tipo legal; **excluye el dolo**. El autor puede ser castigado como responsable del hecho culposo, si éste está sancionado con pena(art. 59). *Error de prohibición* es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo(por consiguiente, con dolo). ‘El autor sabe lo que hace, pero cree erróneamente que está permitido’(BGHG 2,197); no conoce la

Recientemente, ROXIN aún y cuando reconoce que la teoría de la culpabilidad es aceptada por la jurisprudencia y legislación alemana, señala que desde la perspectiva de política criminal la teoría de la culpabilidad fracasa, ello se hace evidente al dar lectura a lo expuesto por dicho autor, que dice:

“... la teoría final de la acción final tiene, sin embargo, consecuencias en la estructura del delito que han influido permanentemente en la jurisprudencia y la legislación alemanas; Así, la **teoría de la culpabilidad**, la cual no concede ninguna influencia al error de prohibición en el dolo, constituye una derivación de la estructura de la acción asumida, según la cual p. ej. una acción de homicidio solamente puede consistir en que el autor ha causado finalmente la muerte de otro. **Si se considera correcta la teoría de la culpabilidad-que ha sido adoptada en la parte general del Código Penal alemán(art. 17)-entonces uno se verá ligeramente inclinado a ver en ella una prueba de la fertilidad de la concepción finalista...** Pero la teoría estricta de la culpabilidad, la cual también evalúa y pena como hecho doloso el error sobre los presupuestos objetivos de causas de justificación, aún es un derivado de la estructura final; y sin embargo, este resultado es considerado falso por la opinión ampliamente mayoritaria y correcta. Y es que, desde la perspectiva de una evaluación razonable de política criminal, no se entiende por qué alguien, quien también desde un análisis objetivo, quería algo ajustado a derecho, deba ser marcado como criminal doloso debido a un simple error en los hechos.”³²⁷

norma jurídica, o no la conoce bien(interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causa de justificación. Cada uno de estos errores excluye la **reprochabilidad si es disculpable**, o la disminuye, de acuerdo con el párrafo 2º del art. 51 y el art. 44, si es culpable.” Cfr. WELZEL, Hans, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal...* Op. Cit. Pág. 178

³²⁷ Cfr. ROXIN, Claus, traducido por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Normativismo, Política Criminal y Empirismo en la Dogmática Penal*, en Problemas Capitales del Moderno Derecho Penal a Principios del Siglo XXI, Ius Poenale, México, 2003, Pág. 25

Nosotros consideramos que las críticas respecto al error en finalismo fueron superadas, pues las críticas tendían a señalar que el error de tipo y el error de prohibición, ambos trascendían al tipo, sin embargo, mediante la teoría de la culpabilidad se logró hacer la separación sistemática correspondiente a la ubicación de ambos tipos de errores.

4.4.4. CULPABILIDAD VACÍA EN EL FINALISMO.

El cambio de ubicación del dolo, culpa y demás elementos subjetivos que se efectuó en el finalismo, de la culpabilidad hacia el tipo fue objeto de críticas por parte de los causalistas, quienes consideraban que se dejaba vacía la culpabilidad. Sobre ese punto, WELZEL defiende su teoría señalando que la culpabilidad no queda vacía en la teoría finalista de la acción, sino que más bien cada elemento se coloca en su lugar y además, la reprochabilidad se sigue manteniendo en la culpabilidad. Ello se hace notar al dar lectura a dicho autor, que sobre el tema precisa:

“El concepto de la culpabilidad, como tal, no conserva sólo el crimen normativo de la *reprochabilidad*, con arreglo al cual se examina si la voluntad de acción es *culpable*. **En este proceso no se ha perdido ninguno de los elementos anteriores, sino que cada uno ha recibido su lugar más apropiado**, debido al conocimiento de la estructura final de la acción; con lo cual estamos en condiciones de poder llegar a la solución correcta de los problemas de la acción, de la tipicidad y antijuridicidad de los delitos dolosos y culposos del concepto de culpabilidad, del error sobre el tipo y del error de prohibición, de la participación, etcétera; Las objeciones tradicionales a la doctrina de la acción finalista por ‘la subjetivización de lo injusto’, o ‘el vaciamiento del concepto de la culpabilidad’, son, por ello, completamente infundadas. Con la inclusión del dolo en el tipo no se le quita a éste ningún elemento *objetivo*, ni queda, por tanto, subjetivado en lo más mínimo; por otra parte el objeto del reproche de la culpabilidad no queda reducido, en absoluto, puesto que la actitud subjetiva del autor en relación con el hecho es un elemento constitutivo de la reprochabilidad... con ello se

destaca, sin embargo, claramente todo el contenido objetivo y subjetivo de la acción típica, así como la esencia y los elementos constitutivos de la culpabilidad; En los delitos *culposos*, la culpabilidad queda completamente depurada de elementos extraños, al incluir la infracción del cuidado debido en el tipo; al mismo tiempo, con el destaque el desvalor de la acción, quedan constituidos el tipo y la antijuridicidad. El supuesto 'vaciamiento del concepto de la culpabilidad', es en realidad su depuración de elementos extraños.³²⁸

Las frases claves son las que a nuestra consideración, justifican el contenido de la culpabilidad en el finalismo; "En este proceso no se ha perdido ninguno de los elementos anteriores, sino que cada uno ha recibido su lugar más apropiado" y "el supuesto 'vaciamiento del concepto de culpabilidad' es en realidad su depuración de elementos extraños".

En efecto, mediante el finalismo cada elemento recibe un lugar más adecuado, como se ha demostrado anteriormente en esta obra, el dolo, culpa y demás elementos subjetivos pasan al tipo y a la culpabilidad le queda la reprochabilidad, la graduación del hecho u omisión dolosa o culposa, la examinación del error de prohibición, si este fue vencible o invencible, como debe ser. De lo contrario de seguir con el concepto causalista de la culpabilidad, continuarían los problemas que se mencionaron al tratar los temas de las críticas a los sistemas causalistas y neocausalistas.

4.4.5. ÚLTIMO COMENTARIO DE CAPÍTULO DE FINALISMO.

Si bien de lo anteriormente expuesto se desprende que el finalismo, también fue objeto de críticas, destacando como la más importante, la culpa en el finalismo, también cabe señalar, que incluso se podrá dar el caso de que los modernos juristas tengan críticas contra el finalismo, pero ninguno de ellos, pedirá el regreso al causalismo, por el contrario, las críticas al finalismo, llevaron a superarlo y a elaborar la teoría del funcionalismo.

³²⁸ Cfr. WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal... *Op. Cit.* Págs. 131-132

Incluso, GIMBERNAT ORDEIG, considera la sistematización de los elementos del delito, como la gran aportación del finalismo a la teoría del delito, la cual ha permanecido desde hace más de medio siglo y que incluso se ha mantenido en la teoría funcionalista, precisando sobre el tema lo siguiente:

“Con el profesor creo, también, que el gran mérito de Welzel es lo que para mi supone la culminación de la teoría jurídica del delito, tratada por Liszt, Beling y Mezger; y yo creo que con Welzel alcanza su culminación, y no ha sido superada independientemente de la teoría general de la culpa; es decir, esa gran evolución del pensamiento occidental europeo en la teoría jurídica del delito, la *tipicidad*, la *antijuridicidad*, la *culpabilidad*, alcanza su última evolución importante con Welzel. Pero yo realmente creo... que no toda innovación supone un progreso; yo creo que desde Welzel-y llevamos más de medio siglo con él- no se había producido un cambio en la sistemática del derecho penal que sea digno de tener en consideración; ese es, en mi opinión, el gran mérito de Welzel.”³²⁹

Coincidimos con GIMBERNAT ORDEIG en el sentido de que el principal logro del finalismo, consistió en el traspaso de los elementos subjetivos desde la culpabilidad al tipo, lo cual trajo las consecuencias en la estructuración del delito ya mencionadas en este apartado en que se estudió el finalismo, aunado a lo que expuso el autor citado, consideramos que además, el mayor logro consistió en resolver el problema de los delitos que incluyeran elementos subjetivos en la figura descriptiva.

³²⁹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “*Problemas Capitales del moderno Derecho penal a principios del Siglo XXI*”, Primera Edición, Jus Poenale, México, 2003, Pág. 249

CAPÍTULO 5° **FUNCIONALISMO**

A diferencia del causalismo y el finalismo, en los que se resuelve los problemas los problemas relacionados a la sistematización de los elementos del delito desde el punto de vista causal y desde el ontológico, en el funcionalismo se tratan de resolver los problemas tomando en cuenta la función del individuo con la sociedad. Sin embargo, al momento, no hay consenso sobre las particularidades del funcionalismo, pues el mismo se ha dividido principalmente entre la versión de ROXIN, quien es reconocido como el primer elaborador de la teoría del funcionalismo teológico político-criminal, incorporando a la teoría del delito la teoría de la imputación objetiva y agregando la necesidad de la pena a la culpabilidad y por otra parte, la teoría del funcionalismo normativo de JAKOBS quien elaboró su propia vertiente de la teoría de la imputación objetiva y elabora su propia versión de la prevención general positiva a través del derecho penal del enemigo, es por ello que abordaremos el estudio de dicha teoría desde el punto de vista de ambas vertientes. En el entendido de que estudiaremos lo necesario para demostrar su aplicación en el sistema penal de Nuevo León.

5.1. EL FUNCIONALISMO DE ROXIN.

Distanciándose del finalismo, ROXIN elaboró una teoría muy diferente a las teorías causalista y finalista, mismas que basaron sus teorías desde el punto de vista del *Ser*(la causalidad o la finalidad de la conducta)³³⁰.

Fundamentándose el funcionalismo de ROXIN en la función social, en la finalidad del derecho penal y de la pena. Incorporando a la culpabilidad el elemento de necesidad de la pena, conformando la suma de ambas, la responsabilidad. Señalando que en

³³⁰ *Vid.* ROXIN, Claus traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*, Colección Vanguardia en Ciencias Penales, número 1, UBLIUS, México, 2008, Págs. 18-19.

caso de que la conducta sea culpable, la misma debe ser sancionada de forma proporcional al daño ocasionado, es decir la culpabilidad, limita la sanción. Sobre dicho tema el autor consultado señala:

“...he llegado a la conclusión de que la categoría del delito que se ubica después del injusto y que por regla general decide la pena a imponer, debiera denominarse *responsabilidad*. Entiendo por responsabilidad al concepto superior de necesidad de pena basado en la culpabilidad y la prevención que conjuntamente determinan la punibilidad.”³³¹

De lo anterior, se desprende que la responsabilidad, se compone de la suma de la culpabilidad agregando la necesidad de la pena.³³² De igual forma, ROXIN considera que para que haya punibilidad, la conducta del sujeto debe ser culpable, lo cual implica que hay que determinar si mediante su conducta para el autor no haya sido posible evitar el resultado típico carece de sentido castigarlo. Ello lo matiza ROXIN al señalar:

“si alguien –por las razones que sean–no puede evitar el injusto típico por él realizado, carece de objeto castigarlo; cualquiera que sea la teoría de la pena que se mantenga, no se puede querer retribuir una culpabilidad inexistente; no tiene sentido querer apartar la generalidad de la causación de consecuencias inevitables; y un efecto de prevención especial en personas, a

³³¹ Cfr. *Ibidem*, 30-31. De igual forma, en diversa obra señala: “La responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley...” Cfr. ROXIN, Claus traducido por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Derecho Penal Parte General...*Op. Cit.* Pág. 792.

³³² Aquí es necesario destacar que hay una diferencia entre el merecimiento de la pena y la necesidad de la pena, el primero de ellos, se refiere al merecimiento de que el autor sea afectado por la pena por su conducta realizada, mientras que la necesidad de la pena va enfocada a la necesidad preventiva de punición, lo cual se evidencia al dar lectura a ROXIN quien señala: “... se dará el ‘merecimiento de la pena’ cuando una conducta sea típica, anijurídica y culpable(aunque de un modo más sobrio y más exacto debería hablarse de la concurrencia de una ‘posibilidad de punición’); pero una conducta ‘merecedora de pena’ sólo estará ‘necesitada de pena’ si se añade una necesidad preventiva punición” Cfr. *Ibidem*. Pág. 983

las que no se le puede reprochar su conducta, es innecesario o, como sucede con los enfermos mentales, no se puede alcanzar por medio de la pena.”³³³.

Así pues desde el punto de vista de la función de la pena, no se puede considerar culpable a alguien que no haya podido evitar el resultado, pues carece de sentido sancionar penalmente a quien haya cometido una conducta típica sin que la haya podido evitar, ello lo considera ROXIN innecesario, ya que no sería necesario aplicar sanción alguna para que el autor regrese al camino del derecho y respete así el ordenamiento jurídico y renunciar a la pena en nada afecta al reconocimiento del orden jurídico por parte de la sociedad³³⁴.

De igual forma, surge la siguiente pregunta; ¿Cuándo se considera una conducta culpable? la respuesta nos la expone el autor citado enseguida:

“El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho.”³³⁵

Por otra parte, a nuestra forma de ver el autor citado, considera la proporcionalidad como otro de los elementos del principio de culpabilidad, pues considera

³³³ Cfr. ROXIN, Claus, traducido por MUÑOZ CONDE, Francisco, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, BOSCH, Barcelona, 1972, Págs. 67-68

³³⁴ Vid. ROXIN, Claus, traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania...* Op. Cit. Pág. 33.

³³⁵ Cfr. ROXIN, Claus traducido por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Derecho Penal Parte General...* Op. Cit. Pág. 792. Lo anterior, lo vuelve a confirmar en obra diversa a la consultada al señalar: “La punibilidad del autor que se ha conducido de forma contraria a derecho no procederá cuando no sea culpable. Según entiendo la culpabilidad esto se traduce en lo siguiente: no será culpable quien no pueda comprender o no pueda ser influenciado por la norma prohibitiva, es decir, quien no ‘es motivable por la norma’. Este sería el caso de una persona demente o de quien se encuentra en completo estado de ebriedad, de tal forma que no comprenden el sentido de la norma o que ya no pueden dirigir su forma de actuar...” Cfr. ROXIN, Claus traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania...* Op. Cit. Pág. 31

que la pena debe estar en proporción a la gravedad de la lesión el bien jurídico³³⁶, pues dice:

“Si la pena depende solamente de las necesidades preventivas y se limita al marco de dichas necesidades, entonces, conforme a mi concepción, el autor culpable debe ser sancionado tan solo en la medida de que esto sea indispensable desde el punto de vista social, si conforme al grado de culpabilidad de un sujeto se justifica imponerle una pena de cinco años de prisión, el Tribunal deberá condenarlo a una pena menor, siempre que ello resulte mejor para la reintegración del autor a la sociedad. Así conforme a mi teoría de los fines de la pena, culpabilidad y prevención se limitan recíprocamente: una pena nunca podrá imponerse sin culpabilidad y no podrá ser superior al grado de culpabilidad. La pena impuesta debe basarse en la culpabilidad y será impuesta en tanto sea indispensable desde el punto de vista preventivo.”³³⁷

Así pues, en el funcionalismo, únicamente se aplican las penas cuando sean necesarias, siendo que a diferencia del causalismo y neocausalismo, la comisión de un hecho doloso o culposo presupone la pena, y de igual forma, en el sistema finalista, si la

³³⁶ La proporcionalidad la define LUZÓN PEÑA de la siguiente manera: “la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto. Aquí cuenta fundamentalmente la gravedad intrínseca del hecho, por el grado de desvalor del resultado y de la acción ... pero también puede influir, aunque secundariamente y sin excesos, la gravedad ‘extrínseca’ del hecho, esto es, el peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, que también cabe incluir en el desvalor objetivo de la acción. Si un hecho es poco grave, no se puede castigar igual que otro más grave. Si un hecho es poco grave, no se puede castigar igual que otro más grave. Y ello –aunque no se acepte la concepción retributiva– porque no es necesario para la prevención general, pero sobre todo porque así lo requiere la eficacia e idoneidad preventivo-general de las penas, ya que, si se castigaran igual los hechos poco graves que los graves, cuya frecuencia podría aumentar, y además se produciría una gravísima confusión en los esquemas valorativos de los ciudadanos y la sociedad; en suma, la proporcionalidad es necesario funcionamiento de la prevención general. ... Desde el punto de vista político-constitucional, en cuanto que deriva de los principios de necesidad y de eficacia, se trata de una exigencia de origen liberal y acorde también con el Estado social, pero además responde directamente al *principio de igualdad*, que exige tratar por igual lo igual, pero desigualmente lo desigual, propio del Estado democrático.” Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal Parte General...*Op. Cit.* Págs. 85-86. Vid. También, DIAZ ARANDA, Enrique. Dolo...*Op. Cit.* Pág. 107.

³³⁷ Cfr. ROXIN, Claus traducido por ONTIVEROS ALONSO; Miguel. Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania...*Op. Cit.* Pág. 30

conducta era típica, antijurídica y culpable, también presuponía la pena³³⁸. Ello implica, que antes de la elaboración del sistema funcionalista, la pena se medía hacia arriba(hacia el límite máximo de sanción penal) y hacia abajo(hacia el límite mínimo de sanción), entendiendo por el primero de ellos, lo cual ocasionaba que una vez que se llegaba a la culpabilidad, había que imponer forzosamente la pena³³⁹.

En este sentido DÍAZ ARANDA señala que en la teoría de ROXIN, la pena sigue midiéndose hacia arriba, sin poder exceder su culpabilidad, pero deja de ser determinante hacia abajo, pues como ya se ha mencionado, únicamente se aplicará la sanción en los casos que sea necesario de forma proporcional al grado de culpabilidad. Siendo el caso de delitos menores, en los cuales puede no ser necesaria la resocialización, incluso su reclusión pudiera ser peor para el autor como para la sociedad por lo cual la prevención especial sería excluida al no ser necesaria la pena y la prevención general también, si resulta innecesaria la sanción para confirmar la observancia por el resto de la sociedad³⁴⁰.

Un ejemplo en que se aplica de forma parcial el finalismo de ROXIN, lo encontramos en el artículo 69 del Código Penal de Nuevo León, en que se excluye la punibilidad en casos de homicidio y lesiones, cuando cualquiera de estos sean ocasionados de forma culposa y el sujeto activo esté ligado por afinidad, afecto o respeto con el sujeto pasivo, ello se evidencia al dar lectura a dicho artículo, que dice:

“Artículo 69. No se impondrá pena alguna a quien por culpa cause lesiones o la muerte a su cónyuge, pupilos, familiares, concubina, concubinario o personas con las que esté ligada por afecto o respeto, excepto cuando se encuentre bajo los efectos de bebidas embriagantes o de enervantes. En este caso, la sanción no excederá de las tres cuartas partes de la señalada en el artículo 65.”

³³⁸ Vid. DÍAZ ARANDA, Enrique. *Dolo...Op. Cit.* Pág. 107

³³⁹ Vid. *Idem*.

³⁴⁰ Vid. *Ibidem*.

Como se desprende del artículo anteriormente transcrito, no se impondrá pena alguna en los casos en que culposamente se ocasionen lesiones o la muerte de personas con las que el sujeto activo esté ligada por afecto o respeto, ello se debe a la falta de intención del activo de ocasionar el resultado, lo cual implica que no representa un riesgo para la sociedad, lo cual en consecuencia implica que no es necesario resocializarlo y además, el castigo de remordimiento de conciencia que le produce haber ocasionado cualquiera de los dos resultados, que se prescinde de la imposición de la pena.

Por lo tanto, consideramos que se aplica en parte la teoría funcionalista de ROXIN en lo relacionado a la necesidad de la pena, pues el hecho de que el sujeto activo haya lesionado o privado de la vida a los sujetos que refiere el referido numeral de forma culposa, implica que al no ser su intención, no requeriría aplicar sanción alguna para que el autor regrese al camino del derecho y respete así el ordenamiento jurídico y de igual forma, renunciar a la pena en nada afecta al reconocimiento del orden jurídico por parte de la sociedad. Sin embargo, consideramos que la teoría de ROXIN no es totalmente aplicable a dicho artículo, pues como se mencionó anteriormente, dicho autor, considera que para que se prescinda de la pena, necesita haber sido inevitable para el actor haber cometido el resultado, lo que no se presenta en los casos de los delitos culposos, en los cuales para el sujeto activo si era posible evitar el resultado, sin embargo, por su falta de cuidado, acaeció el hecho delictivo y no por haber sido imposible evitarlo.

Es por ello, que consideramos que en dicho artículo se aplica únicamente de forma parcial la teoría de dicho jurista, siendo la parte que se aplica la relacionada a la carencia de aplicar sanción alguna para que el autor regrese al camino del derecho y respete así el ordenamiento jurídico, sin embargo, consideramos que no se aplica en la parte correspondiente a que para el autor era inevitable la comisión del resultado, pues dicho artículo trata de casos de delitos culposos, en los cuales el resultado se pudo evitar si se hubiera tenido en cuenta el cuidado necesario, sin embargo por no haberse cumplido con dicho presupuesto es que se produjo el resultado.

Cabe destacar, que ROXIN logró superar el anterior intento de VON LIZST de unir la política criminal con la dogmática penal, quien consideraba que la Dogmática Penal y la Política Criminal no debían estar limitadas una de la otra, sino que se debían complementar, sin embargo, no llegó a concretizar la forma en que ello ocurre³⁴¹, lo cual ROXIN logró con su propuesta del funcionalismo creando así una ciencia totalizadora, mediante la cual se auxilia la Dogmática Penal de la Política Criminal, a lo cual ROXIN señala en resumidas cuentas: "...el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho Penal"³⁴².

En palabras de ROXIN, la función del derecho penal es; "asegurar a los ciudadanos una vida en común que sea segura, pacífica, y más aun, debe garantizar la libertad personal"³⁴³, teniendo de igual forma, como finalidad primordial la protección de "bienes jurídicos", tal y como lo son, la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la libertad de movimiento, la propiedad o el derecho de familia, etc...³⁴⁴, siendo el caso, que sin la protección de dichos bienes jurídicos la vida común sería imposible. Ello lo puntualiza el referido autor de la siguiente manera:

"La función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, en tanto éstos no puedan ser salvaguardados mediante medios menos gravosos (como el derecho civil o a través de medidas político-sociales). Los medios menos gravosos deben preceder al derecho penal, porque limitan menos la libertad del ciudadano en comparación con la pena, que muchas veces puede poner en peligro la propia existencia."³⁴⁵

Dicha protección de bienes jurídicos se logra mediante el derecho penal de forma subsidiaria, en virtud de que según el autor referido, antes de aplicar la espada del derecho Penal para proteger bienes jurídicos, se debe acceder a medios más leves y

³⁴¹ Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*, COLEX, Madrid, 2001, Págs. 116-118.

³⁴² Cfr. ROXIN, Claus, traducido por MUÑOZ CONDE, Francisco. *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, BOSCH, Barcelona, 1972, Pág. 33

³⁴³ Cfr. ROXIN, Claus traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania...* Op. Cit. Pág. 19

³⁴⁴ Vid. *Idem*.

³⁴⁵ Cfr. *Ibidem*. Pág. 20

únicamente en caso de que estos no prometan tener éxito, entonces se procede a aplicar el Derecho Penal y así ROXIN señala:

“El Derecho penal sólo es incluso la última entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema-como la acción civil, las regulaciones de policía jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.-. Por ello se denomina la pena como la ‘última ratio de la política social’ y se define su misión como protección *subsidiaria* de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho Penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza fragmentaria del Derecho penal.”³⁴⁶

De igual forma, ROXIN considera que la función del derecho penal es únicamente preventiva, cuya tendencia debe ser inhibir futuros hechos delictivos, teniendo una finalidad de tipo social, privilegiando el principio de humanidad, mediante el cual se “marca una progresiva tendencia hacia la humanización de las sanciones penales haciéndolas menos duras en duración y en contenido aflictivo hasta donde sea compatible con los mínimos satisfactorios de eficacia preventiva de las mismas”³⁴⁷, prohibiendo las penas y medidas de seguridad inhumanas y degradantes, que sean incompatibles con la dignidad personal, que sean incompatibles con la dignidad personal, procurando compatibilizar en lo posible el máximo disfrute de los derechos del sentenciado con la aplicación de las sanciones, las cuales deben tener la tendencia a ser menos restrictivas de la libertad posible y privilegiar la resocialización³⁴⁸. Dicho autor cree que una reacción punitiva que no se sustenta en las necesidades sociales carece de legitimación alguna.

³⁴⁶ Cfr. ROXIN, Claus traducido por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Derecho Penal Parte General... *Op. Cit.* Pág. 65.

³⁴⁷ Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal Parte General... *Op. Cit.* Pág. 89

³⁴⁸ *Vid. Idem. Vid.* también sobre el tema a DIAZ ARANDA, Enrique. Dolo... *Op Cit.* Pág. 109

La pena para el jurista que estamos analizando, tiene dos finalidades preventivas, la especial y la general. La primera de ellas, tiene como finalidad primordial resocializar a la persona sancionada y de igual forma, que no vuelva a delinquir³⁴⁹ regresando en consecuencia, al camino del derecho y respetando el ordenamiento jurídico³⁵⁰. La segunda de ellas, tiene como objeto influir en la sociedad para que el derecho sea reconocido por los ciudadanos y que éstos tengan presentes las consecuencias de cometer acciones punibles, lo cual deberá evitar la comisión de delitos y el respeto al derecho de la vida diaria³⁵¹.

Otra de las aportaciones de ROXIN al funcionalismo, fue la elaboración de la teoría de la imputación objetiva, mediante la cual se trata de determinar si un resultado se le puede atribuir a su persona. A diferencia del causalismo y del funcionalismo, mediante los cuales se determinaba la responsabilidad de una conducta mediante el nexo causal y mediante la finalidad de la conducta, en la teoría de la imputación objetiva propuesta por ROXIN, se determina si se puede achacar un resultado a una persona desde la relación del sujeto con la sociedad, en particular, si su conducta excedió el riesgo permitido. De dicha teoría nos referiremos enseguida.

5.1.1. LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS MEDIANTE EL DERECHO PENAL.

Tal y como se expuso en párrafos anteriores, la teoría de ROXIN en el sentido de que el derecho penal protege bienes jurídicos y que es necesario que éstos sean salvaguardados para preservar la vida común. Sin embargo, de lo anterior nos surge la siguiente duda, cuya respuesta da el paso para abordar el tema de la teoría de la imputación objetiva: ¿Cómo se protegen los bienes jurídicos mediante el derecho penal? a dicha pregunta el mismo ROXIN responde:

³⁴⁹ Vid. ROXIN, Claus traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania... *Op. Cit.* Págs. 29

³⁵⁰ Vid. *Ibidem.* Pág. 33

³⁵¹ Vid. *Ibidem.* Págs. 28-29, 33

“si se prohíbe superar los límites del riesgo tolerado para proteger los bienes jurídicos y alguien supera mediante su actuar los límites permitidos del riesgo y éste se realiza en el resultado, entonces se es autor de un hecho prohibido.”³⁵²

Es decir, los bienes jurídicos se protegen prohibiendo superar los límites de riesgo. Esto anterior resulta de fundamental importancia para exponer la teoría de la imputación objetiva de ROXIN, pues el mismo considera que la afirmación anterior consiste en la base de la teoría en cuestión, al matizar:

“Con esto he referido el pensamiento básico de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por mí: un sujeto es autor de un injusto penal cuando, sin estar amparado por una causa de justificación, ha creado un riesgo no permitido para un bien jurídico penalmente protegido y este riesgo ha realizado en un resultado prohibido.”³⁵³

Así pues, siguiendo la metodología de ROXIN nos formulamos la siguiente pregunta, ¿Cómo se protegen los bienes jurídicos mediante el derecho penal? Esta pregunta nos resulta de fundamental importancia, pues su respuesta conduce a otro de las aportaciones de ROXIN a la teoría del delito, la de la imputación objetiva.

Según dicho autor, la fórmula para determinar si una conducta es imputable al sujeto que la realizó, se puede determinar con los siguientes tres elementos³⁵⁴:

1) Que el autor de una conducta, sin estar amparado por una causa de justificación, haya creado un riesgo prohibido.

2) Que dicha conducta sea inherente a un bien jurídico penalmente relevante.

³⁵² Cfr. *Ibidem*. Pág. 20

³⁵³ Cfr. *Idem*.

³⁵⁴ Al respecto ROXIN señala: “Con esto he referido el pensamiento de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por mí: un sujeto ha creado un riesgo no permitido para un bien jurídico penalmente protegido y este riesgo se ha realizado en un resultado prohibido.” Cfr. *Ibidem*. Págs. 20-21

3) Que la conducta haya traído como consecuencia un resultado prohibido.

En base a los postulados anteriores, ROXIN ha elaborado una serie de criterios, para determinar los casos en que un resultado es imputable al realizador de una conducta, de ellos nos referiremos enseguida:

a) La disminución del riesgo.

En los casos en que mediante la conducta no se aumenta el riesgo, sino por el contrario, se disminuye un riesgo previamente creado³⁵⁵. Por ejemplo: El sujeto A va caminando por las vías de tren cuando un tren se dirige a alta velocidad directamente contra el sujeto A, por otra parte, el sujeto B, quien va caminando al lado de las vías de tren se percata de tal situación y se da cuenta de que si continúa en las vías de tren el sujeto A será impactado por el tren y las consecuencias serían fatales por lo que empuja al sujeto A y ambos caen fuera del alcance del tren, sin embargo, el sujeto A sufre lesiones consistentes en la fractura en el antebrazo. Viendo el asunto, desde el punto del resultado causado, el sujeto B ha ocasionado lesiones al sujeto A, sin embargo, embargo, viéndolo desde el punto de vista del riesgo, el sujeto B redujo el riesgo de la lesión al sujeto A, lo cual en consecuencia produjo lesiones en el antebrazo, cuando si B no hubiera intervenido el riesgo hubiera mucho mayor, de una muerte casi segura.

b) La falta de realización del riesgo.

Los casos en los cuales el "riesgo general de vida" ocasionan la lesión de un bien jurídico, son jurídicamente irrelevantes y por ello, no son imputables a quien haya ocasionado la lesión.³⁵⁶ En efecto, el caso de una conducta con la cual no se pone en riesgo

³⁵⁵ Vid. ROXIN, Claus, traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del delito en Alemania...*Op.Cit.* Pág. 24

³⁵⁶ Vid. *Idem*.

de modo relevante el bien jurídico protegido, únicamente podrá traer como consecuencia el resultado lesivo por casualidad, por ello, se excluye la imputación en tales supuestos.³⁵⁷

Un ejemplo de lo anterior, se da en los casos, en que **A** invita a **B** a dar una conferencia o simplemente a pasar unas vacaciones en un lugar en el cual se verifica una catástrofe natural o el invitado pierde la vida al sufrir un accidente, la persona que lo ha invitado no ha cometido el tipo penal de homicidio, aunque él haya sido parte del curso causal del acontecimiento, ello en virtud de que tal invitación en sí no genera algún riesgo que sea considerado fuera del rango del "riesgo general de vida",³⁵⁸ por ello, la conducta de **A** no es imputable.

c) Riesgo permitido.

En los casos en que el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, se excluye la imputación si se trate de un riesgo permitido. Dichos casos los acota ROXIN, señalando que se presentan cuando:

"...a través de un comportamiento se crea un riesgo estadísticamente relevante para el bien jurídico, y que debido a los intereses superiores de la sociedad, dicho riesgo será permitido siempre que se mantenga dentro de los límites establecidos."³⁵⁹

En efecto, en este caso, se trata de riesgos que son aceptados por la sociedad debido a sus superiores intereses, sin embargo, debe mantenerse dentro de los límites establecidos, esto quiere decir, que sí se puede imputar una conducta si se creó un riesgo no

³⁵⁷ Vid. ROXIN, Claus, traducido por LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel. Derecho Penal. Parte General ...*Op. Cit.* Pág. 367

³⁵⁸ Vid. ROXIN, Claus, traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania... *Op. Cit.* Pág. 24

³⁵⁹ Cfr. ROXIN, Claus, traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del delito en Alemania...*Op. Cit.* Pág. 25. Asimismo, cabe señalar, que ROXIN define el riesgo permitido de la siguiente manera: "...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." Cfr. ROXIN, Claus, traducido por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Derecho Penal Parte General...*Op. Cit.* Pág. 371

permitido³⁶⁰ y asimismo, que se hayan cumplido con las observancias del deber de cuidado, ya que al respecto ROXIN dice:

“Por el contrario, si se infringen las medidas de seguridad y se crea así un riesgo no permitido seguido de un resultado, nos encontraremos ante una acción imprudente, o quizás ante un tipo doloso, siempre que el daño causado al trabajador hubiera sido considerado previamente.”³⁶¹

Así pues, para que se presente este tipo de supuestos, primero hay que determinar que el riesgo haya sido permitido y de igual forma, que se cumplan con las observancias del deber de cuidado.

El supuesto más claro en que se presenta este caso es el claro en que se presenta este tipo de imputación es en el tráfico automovilístico, mediante el cual aún y respetando todas las normas de cuidado se puede ocasionar un accidente automovilístico.

Lo anterior se puede ilustrar con el siguiente ejemplo: una ama de casa prepara la comida de su familia mientras su hijo de 3 años, a quien normalmente se encarga de cuidar, sin embargo, al estar preparando su mamá la comida para la familia se descuida por un momento del niño y es en ese momento cuando el niño sale de su casa a jugar a fuera, ya estando ahí el niño se percata de una caja de cartón que está en la calle que está frente a su casa, por lo que para jugar camina hacia la caja de cartón y se mete dentro de ella, momentos después, estando el niño todavía dentro de la caja de cartón pasa un camión y el conductor aunque sí ve la caja de cartón, no se da cuenta que el niño está dentro de ella y además no tiene el deber detenerse por causa de objetos que están colocados sobre la calle, por lo que procede a pasar sobre ella, ocasionando la muerte instantánea del niño.

³⁶⁰ Sobre el tema en particular ROXIN dice: “La imputación del resultado es entonces posible, siempre que se fundamente en la creación de un riesgo no permitido.” Cfr. ROXIN, Claus, traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del delito en Alemania...* Op. Cit. Pág. 25.

³⁶¹ Cfr. ROXIN, Claus, traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del delito en Alemania...* Op. Cit. Pág. 25.

En virtud de que el conductor del camión al conducir su vehículo creó un riesgo relevante, similar, si no es que igual que el que crean todos los conductores de vehículos automotrices, tan es así que ocasionó la muerte del menor, sin embargo, conducir el vehículo resulta importante para los intereses superiores de la sociedad y no se pudiera prohibir el tráfico de automóviles por el hecho de que pudiera haber en las calles cajas de cartón con niños adentro de ellas.

d) La exclusión de la imputación objetiva en el caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado.

En anteriores renglones vimos que no se excluye la imputación en los casos en que se cruzó la barrera delimitadora del riesgo permitido. Sin embargo, aún en esos casos se puede excluir la imputación, si el resultado producido no era el protegido por el fin de la norma de cuidado. Sobre dicho tema ROXIN señala:

“La imputación objetiva no se verificará a pesar de haber superado los límites del riesgo permitido y con ello haberse realizado un resultado, en aquellos casos en los que el resultado específico producido no sea abarcado por el fin de protección de la norma.”¹⁶²

Este caso de exclusión de la imputación objetiva, se puede ejemplificar con el siguiente caso del cual nos ilustra ROXIN; dos ciclistas, conducen sus bicicletas de noche, siendo el caso que ninguno de los dos lleva encendida la lámpara que está integrada en su bicicleta, por tanto, ante la falta de iluminación el ciclista que conduce por delante choca con otro que venía en sentido contrario.¹⁶³ El resultado se pudo haber evitado si el ciclista que conducía atrás, llevaría encendido su faro de iluminación, sin embargo, al ciclista de atrás no se le puede imputar el resultado, en virtud de que la obligación de traer la lámpara de iluminación encendida tiene el fin evitar accidentes con su propia bicicleta y

¹⁶² Cfr. ROXIN, Claus, traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del delito en Alemania...* Op. Cit. Págs. 25-26

¹⁶³ Vid. ROXIN, Claus, traducido por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho Penal Parte General...* Op. Cit. Pág. 377

no con la de terceros. Para resolver dicho ejemplo, el Tribunal Supremo Federal alemán, se ha apoyado en la teoría de la imputación objetiva para resolver en tal sentido.³⁶⁴

Aquí es necesario destacar, que ROXIN señala que para que sean procedentes los supuestos que aquí nos referimos los resultados no deben cubrir el fin de la norma de cuidado, mas no así la norma típica e incluso señala que los mismos no deben mezclarse, al ser casos diversos.³⁶⁵

e) La participación de la víctima en una autolesión consciente.

De igual forma, se excluye la imputación en los casos en que haya participación de la víctima para la verificación de una autolesión, autopuesta en peligro dolosa y autoresponsabilidad de la víctima.³⁶⁶ Lo anterior, se da en el siguiente ejemplo de un distribuidor de drogas que entrega heroína a otro y éste, estando consciente del riesgo, la consume y ello le ocasiona la muerte, al respecto el distribuidor de drogas puede ser sancionado por distribuir las drogas, mas no así por la muerte de la persona que a pesar de que tenía conocimiento del riesgo de consumir heroína procedió a hacerlo. El Tribunal Supremo Federal Alemán ya 1984 ha aplicado a aplicado la teoría de la imputación objetiva en tal sentido,³⁶⁷ el argumento en que se sustenta esta teoría de la imputación objetiva,

³⁶⁴ Vid. ROXIN, Claus, traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del delito en Alemania... *Op.Cit.* Págs. 25-26

³⁶⁵ Sobre el tema ROXIN señala: Sólo hay que ser consciente de que en la realización del riesgo no permitido se trata siempre del **fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido**(del mandato de iluminación, del deber de consultar a un médico especialista, etc.), y **no** del fin de protección del tipo penal. En cambio, los casos propiamente dichos de exclusión de la imputación por el fin de protección del tipo son aquellos en que la norma típica no abarca de antemano determinadas conductas y consecuencias. Estos supuestos se discuten aquí desde la perspectiva del 'alcance del tipo', y, contra lo que mayoritariamente se hace, no deberían mezclarse con los casos en los que la imputación se excluye ya porque el fin de protección de los mandatos de cuidado no cubre el resultado producido." Cfr. ROXIN, Claus, traducido por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Derecho Penal, Parte General.... *Op. Cit.* Págs. 378-379. Para estudiar más sobre el tema en particular *Vid. Ibid.* Págs. 386-402.

³⁶⁶ Vid. ROXIN, Claus, traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del delito en Alemania... *Op.Cit.* Pág. 27. De igual forma sobre el mismo tema *Vid. ROXIN, Claus, traducido por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Derecho Penal Parte General... Op.Cit.* Págs. 387-388.

³⁶⁷ Vid. ROXIN, Claus, traducido por ONTIVEROS ALONSO, Miguel. Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del delito en Alemania... *Op.Cit.* Pág. 27. De igual forma sobre el mismo tema *Vid. ROXIN, Claus, traducido por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Derecho Penal Parte General... Op.Cit.* Págs. 389

obedece a que la función del derecho penal se sustenta únicamente en evitar bienes jurídicos ajenos y no en impedir autolesiones.³⁶⁸

Así pues, de lo anteriormente expuesto, se desprende que la teoría la vertiente de ROXIN de la teoría de la imputación objetiva se determina si el autor autor de una conducta, sin estar amparado por una causa de justificación, haya creado un riesgo prohibido, que dicha conducta sea inherente a un bien jurídico penalmente relevante y que la conducta haya traído como consecuencia un resultado prohibido.

5.2. LA VERSIÓN DE JAKOBS DEL FUNCIONALISMO.

En sentido amplio, el funcionalismo lo podemos definir como la doctrina que se ocupa de estudiar la forma en que una actividad se utiliza para llegar a un fin.³⁶⁹ Con respecto al derecho penal, JAKOBS define el funcionalismo de la siguiente forma:

“... el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho Penal, **está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad...**”³⁷⁰

Así pues de la anterior descripción podemos entender que dicha doctrina se ocupa de estudiar la forma en que es posible garantizar la identidad normativa y la

³⁶⁸ *Vid. Idem.*

³⁶⁹ Sobre el tema PÉREZ PINZÓN dice: “a.- Función: Quiere decir acción propia de una persona, órgano o mecanismo. Es actividad, ocupación, ejecución, cumplimiento, es el proceso que se sigue para cumplir, para desempeñar. Como deriva de *funj.*, significa cumplir con un deber. b.- Funcional: Es el predicado de cualquier obra o técnica eficazmente adecuada a unos fines. Es la construcción que reúne la mejor disposición, forma y medidas para la función a la que se destina. **Es lo práctico, eficaz y utilitario.**” c.- *Ismo*: Es un elemento compositivo que se pospone a una doctrina, escuela, sistema, modo o partido.” d.- *Ista*: Significa que se adhiere a, partidario de; caracterizado por: especialista, quien profesa o ejerce; es el que hace.” “Desde este punto de vista, el funcionalismo es, entonces, la doctrina que estudia aquellos comportamientos que son obligatorios en pro de la materialización de un propósito.” “O, de otra manera: el funcionalismo es la escuela o corriente que se ocupa del análisis de los deberes del hombre en aras de la eficacia. Y funcionalista es el que hace funcionalismo, se adhiere a él o lo profesa o, mejor dicho; funcionalista es quien está de acuerdo con que el hombre tiene que cumplir unas obligaciones que produzcan utilidad.” Cfr. PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. *El funcionalismo en Derecho Penal*, Tomo I, Primera Edición, Colombia, 2003, Págs. 119-120.

³⁷⁰ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Sociedad Norma Persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*, Cuaderno de Conferencias y Artículos número 13, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996 Pág. 9.

constitución de una sociedad. Ello se logra en materia penal, mediante la aplicación efectiva de la sanción penal.³⁷¹

Por lo tanto, la sociedad está integrada por normas, consistentes en expectativas que deben cumplirse para que ésta mantenga su configuración y a ese sistema de normas pertenece el derecho penal³⁷². De hecho, JAKOBS considera la norma como la piedra angular de la sociedad, pues al respecto dice:

“Una mera reunión de individuos humanos no configura una sociedad. Una sociedad comienza, más bien, con la vigencia de la norma que obliga a las personas a adoptar una conducta determinada, como, por ejemplo, la de no lesionar la propiedad de otra persona...”³⁷³

JAKOBS fundamenta su funcionalismo en la teoría de los sistemas de LUHMAN, quien concibe el derecho como medio para estabilizar la sociedad, la cual está integrada por personas a las que les corresponde una expectativa con la cual tienen que cumplir para que la sociedad cumpla con sus objetivos³⁷⁴.

En efecto, JAKOBS considera que cada persona en la sociedad tiene una responsabilidad con la cual cumplir frente a ella, a la cual le denomina “rol”, asimismo, la sociedad requiere que cada una de sus integrantes cumplan con su “rol” para que así mantenga su configuración, la persona obligada a cumplir su rol se le da el carácter de garante, lo anterior lo simplifica PÉREZ PINZÓN en las siguientes líneas:

³⁷¹ Vid. JAKOBS, Günther traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. *Sobre la teoría de la Pena*, número 16, Cuadernos de Conferencias y Artículos, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Pág. 28

³⁷² Vid. POLAINO-ORTS, Miguel. “Vigencia de la Norma: El Potencial de Sentido de un Concepto”, en *El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2007, Pág. 337

³⁷³ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel y SANCINETTI, Marcelo A. “Culpabilidad en Derecho Penal”, en *Colección de Estudios*, No. 27, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003, Pág. 59.

³⁷⁴ Vid. LUHMANN, Niklas. “Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?”, en *Die Funktion des Rechts. Vorträge des Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie*, suplemento de revista número 8, ARSP, 7.9-12.9.1973, Weisbaden, Alemania, Págs. 31-45.

“ la *posición de garante*, que significa; Socialmente, de cada persona se espera cierto comportamiento, el desarrollo de aquello que le compete; En el mundo social, no todo le incumbe a todos. Por ende, **la persona está obligada a comportarse, haciendo(acción) o no haciendo(omisión) aquello que la sociedad le exige**; El cumplimiento del papel que le corresponde a cada uno dentro de la sociedad. Si es **correctamente realizado, llena las expectativas; si no, defrauda**; Despréndese de lo anterior que **el reproche penal sólo puede recaer sobre quien respecto de determinadas actuaciones tiene *función de garante***. En sentido, contrario si la persona obra, realiza una conducta, pero no le compete o no tiene posición de garante en relación con esa actividad, no es viable el rechazo jurídico-penal.”³⁷⁵

Así pues, cada rol desde el punto de vista del integrante de la sociedad, genera una responsabilidad y la misma frente a la sociedad genera una expectativa, la cual debe de cumplir la persona, primero para que mantenga la vigencia de la norma y a consecuencia de ello, se mantenga la sociedad. Luego entonces, la persona al cumplir con su rol, cumple con lo que la sociedad espera de él; es decir, asegura la expectativa, en caso contrario, incumple con lo que la sociedad esperaba de él, defrauda la expectativa y ello trae consecuencia si es en materia penal, el ataque a la vigencia de la norma, lo cual ocasiona a su vez una agresión a la configuración de la sociedad. De ahí, la configuración normativa de la sociedad a través del funcionalismo.

Lo anterior resulta fundamental en la teoría de JAKOBS, pues en su visión del funcionalismo, la finalidad es la configuración social, mediante el cumplimiento de las expectativas, que le corresponden a cada quien de acuerdo al “rol” que desempeña en la sociedad. Para dicho autor, lo anterior rige para la prevención general positiva y de igual forma, rige para la teoría de la imputación objetiva, mismas teorías que trataremos enseguida.

³⁷⁵Cfr. PÉREZ PINZÓN, Alvaro Orlando. El Funcionalismo en Derecho Penal...*Op. Cit.* Págs. 125-126.

5.2.1. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA.

Frente al desarrollo del funcionalismo de ROXIN, se encuentra la propuesta desarrollada por JAKOBS, el cual se centra en el cumplimiento de las expectativas y en mantener la vigencia de la norma.

Sobre el primero de los dos temas, JAKOBS considera que cada persona en la sociedad tiene una responsabilidad con la cual cumplir frente a ella, a la cual le denomina "rol", asimismo, la sociedad requiere que cada una de sus integrantes cumplan con su rol para que así mantenga su configuración. Asimismo, cada rol desde el punto de vista del integrante de la sociedad, el rol genera una responsabilidad y la misma frente a la sociedad genera una expectativa, la cual debe de cumplir la persona, primero para que mantenga la vigencia de la norma y a consecuencia de ello, se mantenga la configuración de la sociedad.

Luego entonces, la persona al cumplir con su rol, cumple con lo que la sociedad espera de él, es decir, cumple con su expectativa, en caso contrario, incumple con lo que la sociedad esperaba de él, defrauda la expectativa y ello trae consecuencia si es en materia penal, el ataque a la vigencia de la norma, lo cual ocasiona a su vez una agresión a la configuración de la sociedad. La configuración de la sociedad se mantiene vigente si se aplica la pena.

En base a los anteriores postulados, JAKOBS elabora su vertiente de la prevención del delito, que es la prevención general positiva, se llama "prevención" en virtud de que el fin que persigue es precisamente evitar que se cometan hechos delictivos mediante el mantenimiento de la vigencia de la norma, la misma tiene como objeto a la sociedad en general, por ello se "general" y se denomina "positiva" en virtud de que no se pretende intimidar a la generalidad de las personas, sino se busca la configuración de la sociedad a través del respeto a la vigencia de la norma, ello lo podemos corroborar cuando JAKOBS explica:

“Se habla de *prevención general positiva, positiva*, porque no se pretende alcanzar la intimidación de la generalidad de las personas, sino el mantenimiento de la norma como esquema de orientación, *prevención*, porque se persigue un fin, precisamente, el mantenimiento de la fidelidad a la norma, y ello, concretamente, respecto del conjunto social, por ello, *prevención general*.”³⁷⁶

Con posterioridad, el propio autor indica:

“se habla de *prevención general positiva*, debiendo ser la generalidad la destinataria del proceso, siendo confirmada en su actitud de fidelidad al ordenamiento-*por ello prevención general -*, pero-*por ello ‘positiva’-no* mediante intimidación, sino mediante un aprendizaje de la fidelidad al ordenamiento como actitud natural. Por consiguiente, la pena significa una contradicción del significado del hecho”³⁷⁷

Lo anterior, resulta de fundamental importancia para el tema, pues ahí se desprende la influencia de HEGEL en la teoría de JAKOBS, ello en virtud de que el primero consideraba el que hay una voluntad general que está constituida por el derecho abstracto, y el hecho delictivo acaece en el momento en que frente a ella se contraponen una voluntad particular, que con su comportamiento, niega esa voluntad general. Teniendo la finalidad de la pena, restablecer la voluntad general a través de una negación, es decir, se trata de una doble negación, la primera, consiste en la contradicción de la norma al cometer el sujeto el hecho delictivo y la segunda, en que al momento de aplicar la pena se nulifica la primera negación, tratándose así de una doble negación, una negación de la negación³⁷⁸.

³⁷⁶ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel y FEDOO SÁNCHEZ, Bernardo. “La Pena Estatal: Significado y Finalidad”, en *Función de la Pena Estatal y Evolución Dogmática Post-Finalista*, Porrúa, México, 2006. Págs. 42-43. Sobre el tema, ZÚNIGA RODRÍGUEZ dice: “La doctrina de la prevención general positiva, también llamada ‘estabilizadora’ o ‘integradora’ dispone que la pena no sólo tiene un efecto negativo de coerción o intimidación, sino también positivo, configurador, orientador de las normas sociales de conducta de los individuos.” ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*, Editorial COLEX, Madrid, 2001. Pág. 120

³⁷⁷ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. “¿Cómo Protege el Derecho Penal y que es lo que Protege? Contradicción y Prevención: Protección de Bienes Jurídicos y Protección de la Vigencia de la Norma”, en *El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther JAKOBS*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2007. Págs. 7-8

³⁷⁸ Vid. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Reclam, Alemania, 2002. Págs. 194-195

En JAKOBS sucede lo mismo, se presenta al momento en que una vez cometido el delito, se aplica la pena, pues es ahí donde el estado el Estado nulifica la negación del sujeto al mostrarle que su contradicción no vale y que debe imperar la voluntad general, siendo esta, la segunda negación, ello se desprende al dar lectura a dicho autor, que en su parte conducente:

“Una infracción normativa, es por tanto, una desautorización de la norma es, por tanto, una desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación. La determinación exacta de cuándo concurre una contradicción a la norma es el problema de la teoría de la imputación.”³⁷⁹

De lo anteriormente expuesto, se desprende la primera negación de la norma, que se presenta en el momento en que se comete la infracción de la norma, pues el sujeto niega cumplir con lo ordenado por la norma. Es decir, lo que niega el derecho penal no es que el hecho delictivo haya acaecido, lo que niega es que el mismo sea una regla de conducta válida que cualquiera puede efectuar. Posteriormente el mismo autor, nos expone la segunda desautorización de la norma, al señalar:

“Así se pone también de relieve ya cómo ha de entenderse la pena en cuanto reacción al conflicto: La pena -como infracción de la norma- no debe ser considerada sino como un suceso no exterior(dado que entonces sólo aparece la sucesión irracional de dos males), sino que también la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma... *Esta réplica*

³⁷⁹ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CUELO CONTRERAS, Joaquín y Otro. Derecho Penal Parte General... *Op. Cit.* Pág. 13.

*ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor, es la pena.*³⁸⁰

Por lo tanto, la segunda negación, consiste en la aplicación de la pena a quien negó la norma, ello se da en virtud de que la actitud del infractor no es determinante, sino que el Estado impera y aplica la sanción, lo cual mantiene la vigencia de la norma, así pues se da la segunda negación.

De no ser el caso de que se busque la configuración de la sociedad mediante la aplicación de la pena ante la infracción de la norma, se corre el peligro de que la ley se vaya erosionando y pierda su razón de ser, ello se desprende al dar lectura a lo dispuesto por dicho autor, quien considera como presupuesto para considerar real el hecho de que sus normas mantenga su vigencia y al respecto dice:

*"...La declaración de que una sociedad es real equivale a la de que las normas que la constituyen se hallan en vigencia."*³⁸¹

Asimismo, el citado autor, menciona que en caso de que la norma deje de aplicarse, pierde su razón de ser a no poder formar parte de la configuración social. Al respecto el autor referido, menciona:

*"...Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida."*³⁸²

³⁸⁰ *Cfr. Idem* De igual forma el autor dice: "El significado puramente jurídico de la pena es la contradicción contra la infracción de la norma." *Cfr. JAKOBS, Günther*, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. *¿Cómo se protege el Derecho Penal y qué es lo que Protege? ...Op. Cit.* Pág. 18.

³⁸¹ *Cfr. JAKOBS, Günther*, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel y SANCINETTI, Marcelo A. *Culpabilidad en Derecho Penal. ...Op. Cit.* Pág. 60

³⁸² *Cfr. JAKOBS, Günther*, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. *El Derecho Penal del Enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005. Págs. 37-38. Cabe señalar que la importancia de la norma como fundamento para la configuración de la sociedad y la importancia de que la generalidad la respete: "Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos de las personas deberían partir de que los demás se comportarían conforme a la norma, es decir, precisamente no infringiéndola." *Cfr. Idem.*

Así pues de ahí la importancia de que se aplique la norma, pues de no ser así la misma perdería su valor, pues sería una promesa vacía y no cumpliría con su función de configurar la sociedad. Lo anterior lo resume JAKOBS al señalar:

“el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que aquella inflinge, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama ‘prevención general positiva’. Esta conclusión de la primera parte preconfigura ya la que deriva de la segunda: lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma.”³⁸³

A lo anterior surge la siguiente pregunta: ¿Por qué la confirmación de la identidad normativa que se realiza mediante el derecho penal resuelve un problema social?, a dicha pregunta, JAKOBS responde:

“Porque la constitución de la sociedad (del mismo modo que la de las personas o incluso de sujetos) tiene lugar a través de normas.”³⁸⁴

En efecto, JAKOBS considera que las normas son la estructura de la sociedad y que regulan el contenido de las relaciones entre los integrantes de una sociedad y que por eso son un asunto social y su estabilización a su vez, implica la estabilización de la sociedad.³⁸⁵

A diferencia de ROXIN, quien considera que el derecho penal protege bienes jurídicos, para JAKOBS el derecho penal protege la vigencia de la norma, ello es así en virtud de que JAKOBS señala que el derecho penal no puede proteger los bienes jurídicos, pues hay bienes como la vida, que para todo ser humano es algo que dura por un tiempo

³⁸³ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿Cómo se protege el Derecho Penal y qué es lo que Protege?...*Op.Cit.* Págs. 1-2

³⁸⁴ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. “Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional”, en *Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados*, Segunda Edición, Porrúa, México, 2006, Pág. 8.

³⁸⁵ Vid. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en *El Funcionalismo en Derecho Penal, Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003, Pág. 53

limitado y la vida puede terminar por alguna causa natural, en la que no tenga que ver alguna interrelación social, lo cual escapa al ámbito del derecho penal, por ello, de acuerdo a la función social que tienen las normas, JAKOBS considera que el derecho penal protege la vigencia de la norma y que sólo de forma mediática protege bienes jurídicos, únicamente cuando seres humanos participan en la lesión de los mismos, siempre teniendo prioridad la vigencia de la norma³⁸⁶. Al respecto el autor citado dice:

“La tesis de la protección de bienes jurídicos implica que existen bienes previos al Derecho Penal, o constituidos por éste –la vida, el cuerpo, la propiedad, pero también el funcionamiento de los órganos estatales y otros- de cuya integridad el Derecho Penal debería ocuparse. Sin embargo, ya una observación superficial de los bienes de estas características enseña que en la mayoría de los casos, éstos son lesionados por procesos que carecen de relevancia jurídico-penal, incluso de toda la relevancia jurídica –y hay que añadir: ¡por suerte!-, que son sencillamente el decurso de la naturaleza: los seres humanos mueran al alcanzar edades avanzadas o enferman por infección; el óxido corroe instalaciones ferroviarias, barcos, coches, catástrofes naturales destruyen las cosechas. ¿Son todos estos procesos de lesiones de bienes jurídicos?”³⁸⁷

Por otra parte, sobre el mismo tema, el autor consultado indica:

“Extendamos un poco más el asunto: ¿cuándo un bien es un bien jurídico? La respuesta es: cuando esté configurado como derecho del titular. No existen los bienes jurídicos que fluctúen libremente, sin estar asignados a un titular, sino sólo aquéllos a cuyo uso tiene derecho un individuo o un colectivo, y no es el bien, sino el titular el que –puesto que tiene derecho-

³⁸⁶ En este sentido JAKOBS señala: “...la pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma. La protección de bienes jurídicos en todo caso se obtendrá como resultado *mediato*.” Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. “¿Cómo protege el Derecho Penal y Qué es lo que Protege? Contradicción y Prevención; Protección de Bienes Jurídicos y Protección de la Vigencia de la Norma”, en *El Pensamiento Filosófico y Jurídico Penal de Günther JAKOBS*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2007, Pág. 9

³⁸⁷ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. “¿Cómo protege el Derecho Penal y Qué es lo que Protege? Contradicción y Prevención; Protección de Bienes Jurídicos y Protección de la Vigencia de la Norma”, en *El Pensamiento Filosófico y Jurídico Penal de Günther JAKOBS*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2007, Pág. 10

puede exigir que su bien no sea lesionado. Dicho de otro modo: el Derecho no es un muro protector colocado alrededor de los bienes, sino que es una relación entre personas. Por lo tanto, la idea del Derecho Penal como protección de bienes jurídicos sólo puede significar que se protege a una persona o a la generalidad, en cuanto colectivo imaginado de todas las personas, en su relación con otra persona, contra la lesión de los derechos sobre sus bienes.³⁸⁸

Nosotros nos adherimos con la propuesta de JAKOBS en el sentido que el derecho penal protege principalmente la vigencia de las normas, pues tal y como lo dice, hay bienes como la vida, el cuerpo, la propiedad, que escapan el ámbito del derecho penal y que éste tampoco los puede proteger frente a causas naturales que lo lesionan. Además comulgamos con la idea de dicho autor en el sentido de que la sociedad se compone a través de normas y a través de la vigencia de éstas mantiene su configuración.

Ahora bien, en cuanto a la prevención especial JAKOBS profundiza la teoría de ROXIN en el sentido que la pena no debe rebasar la culpabilidad, ello en virtud de que si bien ROXIN señala que únicamente es culpable la persona cuando no tuvo oportunidad de comportarse de otra manera que pudiera evitar del delito, por el contrario JAKOBS, considera que además hay que tomar en cuenta el rol que tenía el sujeto activo en la sociedad y si de acuerdo al mismo cumplió con su expectativa. En este orden de ideas JAKOBS señala:

“en cuanto menor sea la voluntad del sujeto de tener en cuenta la norma, esto es, en cuanto mayor y más obstinada sea la infidelidad de la norma de la actitud que su comportamiento denota, más grave será su culpabilidad, y es menos grave si la infidelidad a la norma aparece más bien como un paso en falso atípico. Sin embargo, en cuanto mayor sea la distancia que separa a un sujeto de los conocimientos necesarios, menor será su culpabilidad, y

³⁸⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELLÁ, Manuel. “¿Cómo protege el Derecho Penal y Qué es lo que Protege? Contradicción y Prevención; Protección de Bienes Jurídicos y Protección de la Vigencia de la Norma”, en *El Pensamiento Filosófico y Jurídico Penal de Günther JAKOBS*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2007, Págs. 10-11.

los tipos penales³⁹², este es el derecho que se aplica por regla general³⁹³. Asimismo, JAKOBS, equipara a la persona con ciudadano y señala que éste es quien actúa conforme al deber impuesto en el ordenamiento social y no conforme a un esquema individual de satisfacción e insatisfacción. Al respecto dicho autor señala:

“...persona es, por lo tanto, a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del Derecho. La persona no actúa conforme al esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino conforme a un esquema de deber y espacio de libertad; Es una persona real aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma. Han de cumplirse dos condiciones: el comportamiento debe estar regido por normas, y ha de resultar adecuado a la norma.”³⁹⁴

Por otra parte, el derecho penal del enemigo, se aplica a aquellos que no presentan garantía alguna de que respetarán las normas jurídicas de la sociedad, que se hayan, en este sentido el citado autor establece:

“...apartado probablemente de modo permanente, pero, en todo caso, con cierta seriedad, del Derecho, dicho de otro modo: que no prestan garantía cognitiva mínima que es imprescindible para el trato como persona en Derecho.”³⁹⁵

³⁹² Vid. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIA, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, Pág. 37

³⁹³ Así al respecto JAKOBS señala: “El derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física hasta llegar a la guerra.” Cfr. *Ibid.* Pág.30 De igual forma, dicho autor señala que nunca se deben entremezclar el derecho penal del ciudadano y el del derecho penal del enemigo, ello para evitar que los primeros sean tratados como los segundos, al respecto dice: “...el Derecho penal de enemigos tiene que ser también separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar cualquier otra forma en el Derecho penal de ciudadanos...” Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por PEÑARANDA RAMOS, Enrique. “Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico”, en *Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados*, Segunda Edición, Porrúa, México, 2006, Pág. 430

³⁹⁴ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIA, Manuel. “Sobre la Teoría de la Pena”, en *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, No. 16, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998, Pág. 16-17

³⁹⁵ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIA, Manuel y FELIJO SÁNCHEZ, Bernardo. La Pena Estatal: Significado y Finalidad...*Op. Cit.* Pág. 54. De igual forma, sobre el mismo tema del enemigo, JAKOBS dice: “la persona en el Derecho, esto es, la titular de deberes y derechos, sólo puede ser tratada como persona en la medida en que lo fundamental se conduzca de manera conforme a la norma: si se comporta permanentemente como un diablo, se convierte en un enemigo, es decir, en una no-persona.” Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIA, Manuel. ¿Cómo se protege el Derecho Penal y qué es lo que Protege? ...*Op. Cit.* Pág. 6. Asimismo, diferencia en las dos perspectivas que el Estado debe ver a los delincuentes: “...el Estado puede proceder d dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos

De igual forma, sobre la descripción del enemigo, el citado autor señala:

“...Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad;...”³⁹⁶

Por lo tanto, se diferencia entre dos tipos de delincuentes, los que por algún deslíz llegan a cometer un delito y los que se apartan de manera duradera del derecho, que no presentan garantía cognitiva de ser.

Sin embargo, no hay que pasar por alto, que si bien en el derecho penal del enemigo, se da un trato distinto al ciudadano y al enemigo, en los casos de este último, siempre se le respetan sus derechos y ello lo constatamos al dar lectura a JAKOBS, que dice:

“Esta despersonalización -esto debe destacarse- se produce de modo puntual, exclusivamente en lo que se refiere al posible uso defectuoso de la libertad. Por lo demás, la personalidad jurídica queda incólume; en un ejemplo, el delincuente a asegurar mantiene su derecho a su integridad corporal, a su propiedad, y debe pagar impuestos.”³⁹⁷

Incluso, el mismo sentido, vuelve a mencionar en su discurso del “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo” donde expone:

personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico...” Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo... Op. Cit.* Pág. 52

³⁹⁶ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIA, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo... Op. Cit.* Pág. 63

³⁹⁷ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIA, Manuel y FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “La Pena Estatal: Significado y Finalidad”, en *Función de la Pena Estatal y Evolución Dogmática Post-Finalista*, Porrúa, México, 2006, Pág. 55

“el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo lo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz”³⁹⁸

En efecto, si bien se trata de dar un trato excepcional al enemigo, en ningún momento se le priva de todos sus derechos, más aún, si en el derecho penal del enemigo, se privara a la persona de todos sus derechos, no sería “derecho penal”, puesto que no se puede hablar de “derecho” si a una persona se le va a despojar de todos sus derechos. Cabe señalar, que tal y como lo dice PAWLIK al analizar la teoría del derecho penal del enemigo, puntualiza que es el enemigo quien se autoexcluye de la sociedad³⁹⁹. Incluso, JAKOBS señala que el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo pertenecen a un mismo sistema jurídico, pues al respecto señala:

“no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir los polos de *un solo* mundo o de mostrar dos tendencias opuestas e un solo contexto jurídico-penal. Tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros.”⁴⁰⁰

Así pues el derecho penal del enemigo, es parte del mismo ordenamiento jurídico, sin embargo, se da un trato excepcional a aquellas personas que no ofrecen garantía alguna de respetar el ordenamiento de la sociedad en la cual se encuentran y es de

³⁹⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. *El Derecho Penal del Enemigo... Op. Cit.* Págs. 30-31

³⁹⁹ Vid. PAWLIK, Michael. *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V., Heft 31, Verlag C.H. Beck, Munich, 2008, Págs. 30-31. Vid. También PAWLIK, Michael. *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, en Schriften zum Strafrecht Heft 153, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, Págs. 35-43.

⁴⁰⁰ Cfr. JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, traducido por CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, 2005, Pág. 19.

fundamental importancia señalar que según JAKOBS, se deben delimitar las diferencias entre uno y otro, para que no se mezclen entre ellas, de modo que no exista peligro de que "se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma"⁴⁰¹ el Derecho Penal del enemigo, al Derecho Penal de ciudadanos.

Ahora bien, cabe destacar que el Derecho Penal del enemigo, se aplica en los ordenamientos penales de Nuevo León; No obstante, primero veremos cuáles son los elementos del derecho penal del enemigo para posteriormente analizar el marco jurídico neoleonés.

En primer lugar, CANCIO MELIA, refiere sobre el tema, lo siguiente:

"...en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva(punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de-como es lo habitual-retrospectivo(punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionalmente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas."⁴⁰²

POLAINO NAVARRETE, comentando las características del Derecho Penal del Enemigo expone:

"-Adelantamiento de la punibilidad..."

"-No modificación de la pena: a pesar de que se adelanta a la barrera de protección a un momento anterior a la consumación, la pena se mantiene inalterada."

⁴⁰¹ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico... Op.Cit. Pág. 430

⁴⁰² Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. "¿Derecho Penal del Enemigo?" en *Derecho Penal del Enemigo*, Hammurabi, 2005, Buenos Aires, Págs. 90-91

“-Cambio de los fines del ordenamiento penal: de manera que se produce un tránsito de la legislación de Derecho penal, a la de lucha para combatir la delincuencia(economía transnacional, terrorismo, etc.)”⁴⁰³

En sentido similar, en México, MARTÍNEZ ALVAREZ, en su estudio especializado sobre el tema en particular expone:

“Los elementos del Derecho penal del enemigo son: 1. La anticipación de la punibilidad; 2. La ausencia de reducción proporcional de la pena con relación a tal anticipación; 3. La particular restricción de garantías.”⁴⁰⁴

De lo anteriormente expuesto, se desprende que los elementos que están incluidos las normas del derecho penal del enemigo son los siguientes:

1. La anticipación de la punibilidad del estado previo a la lesión del bien jurídico.
2. La ausencia de reducción de la punibilidad.
3. La restricción de garantías.
4. Cambio de los fines del derecho penal.

Enseguida elaboramos una descripción sobre los cuatro puntos referidos.

1. La anticipación de la punibilidad del estado previo a la lesión del bien jurídico.

En virtud de que el penal del enemigo, a diferencia del derecho penal del ciudadano, (que tiene como finalidad mantener la vigencia de la norma) tiene como

⁴⁰³ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. “La Controvertida Legitimación del Derecho Penal en las Sociedades Modernas: ¿más Derecho penal?” en *El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas*, Flores Editor y Distribuidor, México, Pág. 84

⁴⁰⁴ Cfr. MARTÍNEZ ALVAREZ, Isabel Claudia. *El Derecho Penal del Enemigo*, Porrúa, México, 2009, Pág. 81. Por su parte, en sentido similar, POLAINO-ORTS especifica las siguientes tres características: “1. La técnica de adelantamiento, ... 2. La restricción de la esfera de libertad... 3. La falta de reducción de la pena.” Cfr. POLAINO-ORTS, Miguel. “Cuatro Preguntas sobre el Derecho Penal del Enemigo”, en *El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2007, Pág. 417

objetivo combatir peligros⁴⁰⁵, es por ello, que se trata de proteger la vigencia de la norma antes de que se llegue a ocasionar la agresión a la misma, por ello se anticipa la criminalización antes de que se lesione el bien jurídico; JAKOBS al respecto precisa:

“La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza,... por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”⁴⁰⁶.

Dicha protección anticipada de los bienes jurídicos, se logra mediante las normas de flaqueo, que están destinadas a proteger la vigencia de una norma principal⁴⁰⁷. Sobre el tema JAKOBS dice:

“Si la norma principal no ha sido quebrantada todavía, porque falta aún a ese respecto una perturbación externa, puede existir ya, sin embargo, la lesión de una norma de flaqueo y ello, en efecto, porque el autor da a entender que próximamente tendrá lugar una perturbación externa, al menos si sus planes tienen éxito. Se trata de casos en los que el autor hace públicos sus actos preparatorios reales o supuestos o, al margen de ello, los ejecuta del tal modo, que pueden ser percibidos sin intromisión alguna en su vida privada. Así se produce una lesión de la norma de flaqueo si el autor compromete en los preparativos a una persona que es representante de lo público.”⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ Al respecto del tema JAKOBS expone: “En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la *contradicción*; en el Derecho penal del enemigo la *eliminación de un peligro*.” Cfr. JAKOBS, Günther traducido por CANCIO-MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo... Op. Cit.* Pág. 63

⁴⁰⁶ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELLIA, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo... Op. Cit.* Pág. 40

⁴⁰⁷ Al respecto JAKOBS dice: “En los delitos con un injusto meramente parcial no se infringen normas de flaqueo (las normas de los delitos de lesión), sino normas de flaqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales...” Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico... Op. Cit.* Pág. 419

⁴⁰⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico... Op. Cit.* Pág. 42. En un sentido parecido a las normas de flaqueo en el sentido a que también se criminaliza antes de la lesión del bien jurídico, POLAINO-ORTS se refiere a las normas obstáculo, para ello *Vid.* POLAINO ORTS, Miguel. “La Anticipación de la punibilidad como Derecho Penal del Enemigo: Los Delitos

En efecto, el Estado haciendo uso de su derecho de punir (*ius puniendi*), decide castigar actos que son preparativos, tendientes a ocasionar la lesión de un bien jurídico, pues dicho autor considera que la vigencia de las normas pueden ser menoscabadas por el anuncio de su futuro quebrantamiento, dicho anuncio, infringe las referidas normas de flaqueo, que protegen la norma principal, reaccionando frente al peligro, antes de que se dañe la norma principal⁴⁰⁹. En pocas palabras, mediante las normas de flaqueo se activa la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico.

2. La ausencia de reducción de proporcionalidad de la pena con relación a tal anticipación.

Al no estar efectuada la lesión de la vigencia de la norma principal, en estos casos la lesión a la norma de flaqueo, mediante la cual se protege la vigencia de la norma principal, la sanción resulta de similar gravedad que la de la vigencia de la norma principal. Es decir, aún y cuando al no se causa lesión al bien principal y únicamente reaccionó el estado ante actos preparatorios que lesionarían dicho bien, se imponen sanciones del mismo grado que si se hubiera sancionado el mismo⁴¹⁰.

3. La restricción de garantías.

Como se expuso anteriormente, el mismo JAKOBS, menciona que el enemigo no pierde todos sus derechos, que su personalidad jurídica queda incólume⁴¹¹. Así pues en el sentido del derecho penal del enemigo se restringen las garantías necesarias para evitar que se pueda llegar a consumir el ataque contra la seguridad comunitaria, al respecto POLAINO-ORTS, incluso, señala que las norma que combate al enemigo supone la

Obstáculo", en *Derecho Penal Funcional. Aspectos Fundamentales*, Flores Editores y Distribuidores, México, 2009, Págs. 35-62

⁴⁰⁹ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico... *Op. Cit.* Pág. 431

⁴¹⁰ Sobre este tema *Vid.* MARTÍNEZ ALVAREZ, El Derecho Penal del Enemigo, Porrúa, México, 2009, Págs. 64-70

⁴¹¹ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel y FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "La Pena Estatal: Significado y Finalidad", en *Función de la Pena Estatal y Evolución Dogmática Post-Finalista*, Porrúa, México, 2006, Pág. 55

anticipación de la punibilidad en virtud de la enemistad que muestra hacia la sociedad⁴¹².

Sobre la restricción de garantías, CANCIO MELIÁ, refiere que la misma abarca la restricción de garantías procesales, incluso suprimidas⁴¹³. Por otra parte, POLAINO-ORTS, se refiere a dicha garantía como “La restricción de la esfera de libertad”⁴¹⁴ y al respecto señala que la misma se da dicha restricción de libertades a favor de las libertades colectivas, para ello pone como ejemplo el delito de asociaciones delictuosas, al señalar:

“Así, en el mencionado delito de asociación ilícita a los sujetos que se asocian –‘enemigos’- se les restringe su esfera de libertad de actuación, considerando punible algo que en condiciones normales sería ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido. El de asociación.”⁴¹⁵.

Así pues vemos que dicho autor, se refiere a una privación de libertad, sin embargo, no se refiere a la libertad corporal, sino se refiere a la libertad de asociarse, la cual se permite a los ciudadanos, pero ella se restringe a través de considerarla punible en los casos que se quieran asociar para obtener fines ilícitos.

⁴¹² Al respecto POLAINO-ORTS dice: “...aunque no se traten normalmente como ejemplos prototípicos, puros o propios del Derecho penal del enemigo en sentido estricto, lo cierto es que las técnicas de anticipación de la punibilidad comparten una equivalencia y una semejanza estructural integral con la técnica incriminatoria de los ejemplos clásicos de Derecho penal del enemigo, en sentido estricto, lo cierto es que las técnicas de anticipación de la punibilidad comparten una equivalencia y una semejanza estructural integral con la técnica incriminatoria de los ejemplos clásicos de Derecho penal del enemigo, como puede ser la pertenencia a banda armada. Aquí se combate a un sujeto igualmente de manera anticipada, pues no se espera a que cometa un delito cuya comisión pretenda en realidad, sino que basta con que se asocie con otros guiado por ese fin ilícito. El mero asociarse con ese fin supone ya una desestabilización de las condiciones de vigencia comunitaria. Ese ejemplo clásico de norma combate norma contra el enemigo y todas las técnicas de anticipación de punibilidad comparten la idea de necesidad de combate anticipado precisamente porque se afecta contra la convivencia social: la conducta anticipada(según el paradigma de la lesión individual consumada) supone ya un ataque intolerable contra la seguridad comunitaria. Esto es, se sanciona de manera anticipada no por la concreta lesividad a bienes individuales, sino por el grado de enemistad que el sujeto, mediante esa conducta primera, manifiesta.” Cfr. POLAINO-ORTS, Miguel. “La anticipación de la punibilidad como Derecho penal del enemigo: los delitos obstáculo”, en *Derecho Penal Funcionalista. Aspectos Fundamentales*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2009, Pág. 61-62

⁴¹³ Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. “¿Derecho Penal del Enemigo?” en *Derecho Penal del Enemigo*, Hammarabi, 2005, Buenos Aires, Págs. 90-91

⁴¹⁴ Vid. POLAINO ORTS, Miguel. *Cuatro Preguntas Sobre el Derecho Penal del Enemigo*, en *El pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2007, Pág. 417

⁴¹⁵ Cfr. POLAINO ORTS, Miguel. *Cuatro Preguntas Sobre el Derecho Penal del Enemigo*, en *El pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2007, Pág. 417

En Nuevo León, se tipifica la conspiración, la cual consideramos nosotros como un caso similar sobre el punto en particular de restricción de garantías, mismo que se encuentra previsto en el artículo 163 del Código Penal de dicha entidad que dispone:

“Se comete el delito de conspiración cuando dos o más personas convengan en realizar alguno de los delitos de los que tratan los dos capítulos anteriores; La sanción aplicable será de seis meses a cinco años de prisión, y multa hasta de cuatrocientas cuotas.”⁴¹⁶

En efecto, las personas tienen la libertad de convenir o llegar a acuerdos, sin embargo, esa libertad se restringe en el supuesto del delito de conspiración (que en Nuevo León hace el reenvío a los casos de rebelión, sedición y otros desórdenes públicos) considerando punible dicha conducta en los casos que dicho convenio o acuerdo de voluntades, sea con fines de rebelión, sedición y otros desórdenes sociales, ello en atención a la gravedad de dichos actos, se trata de anticipar la lesión del bien jurídico, que en este caso es la paz social y para ello, se le da prioridad a dicho bien, sobre la libertad que tiene todo individuo.

Por su parte MARTÍNEZ ÁLVAREZ, en su estudio especializado sobre el tema, señala que la restricción de garantías siempre debe incluir el principio de proporcionalidad que abarca todo sistema jurídico en conjunto, dicho principio permite el equilibrio de forma racional entre la injerencia estatal y los derechos de los particulares⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Los delitos a los que refiere dicho dispositivo son la rebelión y el llamado “Sedición y Otros Desórdenes Públicos”. El delito de rebelión aparece en el artículo que dispone: “Artículo 150.- Cometen el delito de rebelión, los que se alcen en armas contra el Gobierno del Estado, para:” “I.- Impedir la elección o renovación de alguno de los poderes, la reunión del Congreso o del Tribunal Superior de Justicia o de algún Ayuntamiento o Consejo Municipal; o para coartar la libertad de alguno de estos cuerpos en sus deliberaciones y resoluciones;” “II.- Separar de su cargo al titular del Poder Ejecutivo o a cualesquiera de los titulares de las distintas Dependencias que integran la Administración Pública Central, en los términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de Nuevo León; y” “III.- Substraer de la obediencia del Gobierno, todo o una parte del Estado, o algún cuerpo de seguridad.” La sedición aparece en el artículo 158, que establece: “Artículo 158.- Cometen el delito de sedición los que reunidos en número de diez o más personas, pero sin armas y con el propósito de impedir el libre ejercicio de sus funciones, resistan a la autoridad o la ataquen.” El delito de otros desórdenes públicos aparece en el artículo 161 y dice: “Artículo 161.- Cometen el delito de desorden público y se les aplicará la pena de seis meses a cuatro años de prisión y multa de tres a quince cuotas, a:” “I.- Quienes ejerzan violencia para reclamar su derecho o pretexten su ejercicio; y” “II.- Quienes para evitar el cumplimiento de una ley, se reúnan en número de diez o más personas para evitar el cumplimiento de una ley y perturben el orden público o amenacen a la autoridad para obligarla a tomar alguna determinación.”

⁴¹⁷ Al respecto MARTÍNEZ ÁLVAREZ señala: “Ahora, si bien es cierto la restricción de garantías es un elemento característico de las normas de Derecho Penal del enemigo, respecto del enemigo debe seguirse respetando el principio de

Según MARTINEZ ÁLVAREZ dicho principio contiene las siguientes tres características; la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto⁴¹⁸.

La necesidad, se refiere a que sólo se debe aplicar la restricción de la garantía cuando sea esa la única manera con la cual se puede obtener el objetivo⁴¹⁹. Por otra parte, la idoneidad, se refiere a la utilidad de la medida restrictiva, es decir si con ella es útil para conseguir el fin⁴²⁰. Por lo que se respecta a la proporcionalidad en sentido estricto, se alude a la ponderación de intereses, realizada ésta, entre la del interés general y otros bienes y valores en conflicto, dando jerarquía a cada uno de ellos⁴²¹.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que la restricción de derechos, debe ser de forma limitada, sin que pierda el individuo su carácter de ser humano, máxime que hay que tomar en cuenta el principio de proporcionalidad, mediante el cual se trata de restringir los derechos de los particulares mediante la intervención del estado de forma equilibrada en relación a las derechos de los individuos.

4. El cambio de los fines del derecho penal.

Es decir, se trata de que a el enemigo se le da un trato excepcional en relación al ciudadano, distinguiendo los dos tratos que da el Estado en cada uno de los casos: En el derecho penal del ciudadano la finalidad de la aplicación de la pena es

proporcionalidad." Cfr. MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Isabel Claudia. *El Derecho Penal del Enemigo*, Porrúa, México, 2009, Pág.75. "...las restricciones de garantías –tanto en carácter sustantivo como procesal y penitenciario– en normas de Derecho penal del enemigo pueden ser legítimas y están sujetas a los medios de control del propio sistema-jurídico." Cfr. *Idem*. De igual forma Vid. *Ibidem*. Pág. 73

⁴¹⁸ Vid. MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Isabel Claudia. *El Derecho Penal del Enemigo...Op. Cit.* Pág. 73

⁴¹⁹ Con respecto a la necesidad MARTINEZ ÁLVAREZ puntualiza: "En el caso del juicio de necesidad se revisa si es la única medida con la cual puede obtenerse la consecución del objetivo –varias medidas podrían ser idóneas para obtener un resultado específico, pero no todas necesarias.–" Cfr. *Idem*.

⁴²⁰ Al respecto MARTÍNEZ ÁLVAREZ dice: "Para el juicio de idoneidad se estudia la medida con relación al objetivo de la restricción, ello supone conocer la finalidad de la actuación estatal, sea esta protección, prevención, sanción, reparación, etcétera. Lo que supone saber si la medida tomada es útil para la consecución del fin." Cfr. *Idem*.

⁴²¹ Sobre dicho MARTÍNEZ ÁLVAREZ precisa: "Para establecer la proporcionalidad en sentido estricto, se realiza una revisión relativa a los bienes ponderados: el interés general y los otros bienes o valores en conflicto, con lo que se establece una jerarquía entre ellos." Cfr. *Ibidem*. Págs. 73-74. De igual forma, dicha autora, dice que respondiendo una serie de preguntas, se tendrá el indicador mediante el cual se determine que se está violentando el principio de proporcionalidad, al decir: "Tratándose de restricciones a derechos fundamentales el estudio de proporcionalidad deberá responder a las siguientes preguntas: ¿cuál es el objetivo? ¿qué medidas pueden tomarse para llegar a dicho objetivo? ¿cuál es la media más eficaz para lograrlo? ¿tal medida es proporcional? ¿se protege con un bien otro valuado con igual o mayor jerarquía?" Cfr. *Ibidem*. Pág. 74

mantener la vigencia de la norma, mientras que la finalidad del derecho penal del enemigo, lo primordial es la eliminación del peligro⁴²².

Así, en nuestra opinión, las disposiciones que incluyan todas las características anteriores, las consideramos derecho penal del enemigo y contrariamente, las que incluyan solo una o varias, se configuran como normas con tendencia al derecho penal del enemigo.

5.2.1.2. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN NUEVO LEÓN.

Consideramos que en Nuevo León se aplica el derecho penal del enemigo, incluso se aplica con todas sus características, ello se evidencia al dar lectura al artículo 176 Bis del Código Penal, que prevé el delito de agrupación delictuosa, que dispone:

“Artículo 176 Bis: Se incurre en agrupación delictuosa, cuando para cometer uno o más delitos se agrupen dos o más personas para planear o participen activamente en su comisión y concurra alguna de las siguientes circunstancias: I. Cuando para su ejecución se cause daño a la integridad física o psicológica de cualquier persona, o se atente contra la vida; o II. Cuando para su ejecución se utilicen uno o varios instrumentos que puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas.”

⁴²² Al respecto JAKOBS señala: “...El Derecho penal del ciudadano es el derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo, es sólo coacción, física, hasta llegar a la guerra. Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo lo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; con toda certeza existen múltiples formas intermedias.” Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIA, Manuel. *El Derecho Penal del Enemigo... Op. Cit.* Págs. 30-31. Cabe señalar que de los autores consultados, el único que prevé como característica de las normas del Derecho penal del enemigo “el cambio de los fines del derecho penal” es POLAINO NAVARRETE, sin embargo, consideramos incluirlo en virtud de que coincidimos con dicho autor en el sentido de que el mismo es una característica del Derecho penal del enemigo, pues aunque no lo señale expresamente la doctrina del estudio de la teoría se desprende dicha característica. Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel. “La Controvertida Legitimación del Derecho Penal en las Sociedades Modernas: ¿más Derecho penal?” en *El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas*, Flores Editor y Distribuidor, México, Pág. 84

“A quienes incurran en la conducta establecida este artículo, se sancionará con prisión de dos a quince años y multa de treinta a ochenta cuotas, con independencia de las penas que correspondan por el delito o los delitos que cometieren.”

Como se desprende se actualiza el delito de agrupación delictuosa en virtud en los casos que se agrupen dos o más personas para planear o participen activamente la comisión de un delito, con las circunstancias que ahí se indican⁴²³.

Enseguida hacemos nuestro análisis sobre dicho artículo, con el fin de demostrar que se aplica el derecho penal del enemigo, ello lo hacemos primero enunciando las características una por una y a la vez que describimos cada una de las características, mencionamos los motivos por los cuales consideramos que se aplica:

Anticipación de la punibilidad en el estadio previo a la lesión del bien jurídico: Como se desprende de la lectura de dicho artículo, la sanción se aplica no únicamente en los casos en que mediante la agrupación se hayan cometido delitos, sino también cuando se planea cometerlos, es decir, también antes de que se ocasione la lesión del bien jurídico, de ahí que se actualiza el supuesto de anticipación de la punibilidad previa a la lesión del bien jurídico.

La ausencia de la reducción de la punibilidad en relación con la lesión del bien jurídico principal: Como se hace mención en el párrafo que antecede, encuadran en el tipo quienes cometan hechos delictivos o “planeen” cometerlos después vemos que a aplicar en caso de que se actualicen los supuestos que prevé dicho artículo es de prisión de dos a quince años y multa de treinta a ochenta cuotas, con independencia de las penas que correspondan por el delito o los delitos que cometieren. Ello implica que da la posibilidad de que la sanción sea igual, independientemente de se planee cometer delitos o que los mismos se cometan, es decir a quienes caigan en el supuesto se les puede aplicar la misma

⁴²³ Cabe señalar, que conforme al artículo 16 Bis del Código Penal de Nuevo León, la agrupación delictuosa está catalogada como grave. Por otra parte, cabe señalar que dicho Código prevé el delito de “Delincuencia Organizada” sin embargo, dicho Código ninguno de los tipos aparece con dicho rubro.

sanción por lesionar el bien jurídico, que si lo planean lesionar(es decir, previo a la lesión del bien jurídico), por ello, se actualiza la ausencia de reducción de la punibilidad en este caso, pues se sanciona igual la lesión del bien jurídico que si se realizan actos previos, como lo es la agrupación, previos a la lesión del bien jurídico.

La restricción de garantías. Normalmente no hay dispositivo que prohíba agruparse, por lo que la libertad de agruparse es un derecho, sin embargo, en estos casos previstos en dicho numeral se restringe dicha libertad al considerar punible dicha conducta en los casos que se agrupen para delinquir o planear delinquir en los supuestos que prevé el mismo numeral.

El cambio de los fines del derecho penal. Como dijimos en anteriores renglones de este mismo apartado, en el caso del derecho penal del enemigo se trata de eliminar el peligro, en este caso se elimina el peligro cuando se tipifica la conducta previa a la lesión del bien jurídico, es decir, cuando el hecho de "planear" cometer un delito entre dos o más personas, al aplicarse la sanción en los casos de individuos que planean cometer el hecho, sin haberlo cometido, es evidente que la finalidad del derecho penal en tales supuestos es la eliminación del peligro.

5.2.1.3. CRÍTICA DE ROXIN.

La teoría del Derecho Penal del Enemigo de JAKOBS, como es de esperarse, ha sido objeto de críticas, entre ellas las de ROXIN, que sobre el tema señala:

"Ein Sonderstrafrecht für bestimmte Personengruppen..., das deren Personstatus: negierte, würde gegen zahlreiche zentrale Verfassungsgrundsätze verstößen: die Menschenwürde, das Schuldprinzip, das Rechtsstaatsprinzip(das die Gleichbehandlung vor dem Gesetz einschliesst), das Tatprinzip(denn das Feindstrafrecht wäre ein Täterstrafrecht) und die Unschuldsvermutung. Dazu käme die enorme Missbrauchsgefahr. Denn wer ein 'Feind' ist, würde der Machthaber

*definieren, so dass die Bürgerfreiheiten zu seiner Disposition stünden, das Strafrecht also seine liberale Funktion als Magna Charta des Verbrechens verlöre. Das kann niemand wollen.*⁴²⁴

En nuestro idioma la traducción versa de la siguiente manera:

“Un derecho penal especial para un determinado grupo de personas..., el cual niega el estatus de persona, sería contrario a los siguientes principios constitucionales: la dignidad de las personas, el principio de culpabilidad, el principio de estado de derecho, (que encierra la igualdad de trato frente a la ley), el principio del hecho (pues el derecho penal del enemigo sería en derecho penal del autor) y el principio de presunción de inocencia. A esto vendría el enorme peligro del abuso. Luego entonces, quien es un ‘enemigo’ sería definido por el ‘gobernante’, así que las libertades civiles quedarían a su disposición ... y el derecho penal perdería su función de Carta Magna del delito. Ello nadie lo puede querer.”⁴²⁵

Así pues, de lo antes transcrito, se desprende que ROXIN critica al derecho penal del enemigo, al considerar que el mismo atenta contra diversos principios constitucionales, como lo es la dignidad de las personas, el principio de igualdad y el principio de presunción de inocencia.

Nosotros no estamos de acuerdo con la objeción de ROXIN, pues un ordenamiento jurídico tiene que prever la forma de protegerse asimismo y por ello, debe crear mecanismos que establezcan que siempre debe mantener su vigencia, para ello debe prever todos los supuestos y uno de ellos, es precisamente establecer mecanismos de

⁴²⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil... Op.Cit.* Pág. 56. Cabe señalar, que en este caso tuvimos que acceder directamente al texto original de ROXIN, pues en la última versión de la obra de dicho autor “Derecho Penal Parte General” traducida por LUZÓN PEÑA, ya citada en múltiples ocasiones, no se desprende que la referida edición incluya un apartado correspondiente al “Derecho Penal del Enemigo”.

⁴²⁵ La traducción es nuestra. Cabe señalar que en el texto de la traducción incluimos la palabra “gobernante” cuando el texto original ROXIN utiliza en su lugar la palabra “Machthaber” que significa “tenedor de poder”, sin embargo, en virtud del texto traducido, consideramos que la intención del autor al referirse al “tenedor de poder” se refiere al gobernante.

defensa contra personas que no presenten garantía de respetar las leyes. Máxime, si tal y como lo expusimos en renglones anteriores, la restricción de garantías únicamente se realiza de forma proporcional.

Incluso, la Constitución Mexicana vigente, prevé el estado de excepción para poder hacer frente a situaciones que pongan en riesgo su vigencia, ello se desprende al dar lectura al artículo 29 de dicha Ley Suprema, que dice:

“Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde; En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la

tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.”

En efecto, nuestra constitución prevé el estado de excepción en el cual, incluso se restringen algunas garantías que fueran necesarias para hacer frente a la situación que pone en riesgo su vigencia, entre las cuales se encuentre la invasión al país o una guerra interna que desestabilice al país, pues establece que se aplica por cualquier causa que “ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto”, lo cual implica que tiene características del derecho penal del enemigo.

Sirve de sustento a lo anterior, lo señalado por POLAINO NAVARRETE en el sentido de que mediante el derecho penal del enemigo, se trata de crear mecanismos para proteger la constitución, que sobre el tema en particular expone:

“No se habla, pues, como pretenden con excesivo simplismo no pocos críticos de JAKOBS, de Estados totalitarios, al estilo de la Alemania nazi, sino de Estados legítimos con un mecanismo de control de constitucionalidad de sus normas”⁴²⁶.

En efecto, incluso los estados modernos legítimos tienen mecanismos para poder controlar la constitucionalidad de sus normas y mantener la configuración de su sociedad.

Por otra parte, es importante destacar, que la teoría del derecho penal del enemigo, incluso se puede considerar como una teoría descriptiva, pues se ocupa de un derecho preexistente, al ya estar incluidos los dispositivos legales con características de dicho derecho, en los ordenamientos legales⁴²⁷.

⁴²⁶ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. “La Controvertida Legitimación del Derecho Penal en las Sociedades Modernas: ¿más Derecho penal?” en *El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas*, Flores Editor y Distribuidor, México, Pág. 85

⁴²⁷ Al respecto POLAINO NAVARRETE dice: “El llamado Derecho penal del enemigo no es una construcción inventada, por así decir, por un autor, sino un fenómeno que existe realmente en la Sociedad, en las legislaciones de muchos países democráticos... Normas de Derecho penal dirigidas frente a lo que JAKOBS llama enemigo se da, en efecto, en la Alemania actual y en la España del Siglo, y ejemplos de ellas existen en todos los países democráticos de

Nosotros coincidimos con dicha teoría del derecho penal del enemigo, pues consideramos que todos los ordenamientos legales deben prever normas mediante las cuales se proteja la subsistencia del ordenamiento jurídico vigente no únicamente contra personas que respeten el orden jurídico y que por alguna ocasión particular cometen algún hecho delictuoso, sino también contra personas que no presentan garantía alguna de estar sometidos al orden jurídico.

5.2.1.3. LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE JAKOBS.

Mediante la teoría de la imputación objetiva, se trata de resolver si a una persona se le puede atribuir un resultado mediante su conducta, la cual en la versión del citado autor, gira principalmente en torno al cumplimiento de las expectativas que cada quien tenga de acuerdo al rol que desempeña en la sociedad, para así mantener la configuración de la sociedad, es decir, si se incumple con un rol se defrauda a la expectativa y en consecuencia, se defrauda a la sociedad, que espera que cada quien cumpla el rol que le corresponda. Ello se hace evidente al dar lectura a JAKOBS, que sobre el tema señala:

“El principio fundamental de esta teoría es el siguiente: al mundo social no está ordenado de manera cognitiva, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo, sobre la base de competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto. ... Simplificando, se trata de delimitar comportamiento socialmente adecuado y comportamiento socialmente inadecuado; Una vez realizada esta delimitación, queda determinado cuál es el comportamiento que se exige de una persona en cada contexto. Si la persona no cumple con esa exigencia, su comportamiento tiene un significado delictivo.”⁴²⁸

Latinoamérica...” Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. “La Controvertida Legitimación del Derecho Penal en las Sociedades Modernas: ¿más Derecho penal?” en *El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas*, Flores Editor y Distribuidor, México, Pág. 85

⁴²⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIA, Manuel. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Cuadernos Civitas, España, 1996, Págs. 11-12

De igual forma, en su obra "La Imputación Objetiva en Materia Penal" dice:

"1. Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforma a un determinado standard; 2. Entre autor, víctima y terceros, según los roles que desempeñen, ha de determinarse a quien compete, por sí los o junto con otros, el acontecer relevante, es decir, quién por haber deficiente responde jurídico-penalmente, si fue la víctima quien quebrantó su rol, debe asumir el daño por sí misma. Si todos se comportan conforme al rol, sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia."⁴²⁹

Como podemos inferir, cada ser humano se encuentra en el mundo social teniendo un rol que cumplir y dependiendo de si quebrantó el rol y si dicho quebranto es jurídico penalmente relevante, entonces quien incumplió con su rol debe responder por el mismo. Si se da un caso de que mediante una relación social acaecer un resultado que afecta un bien jurídico y si cada uno de los intervinientes respetó cumplió con su rol, queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia.

Por ello, es necesario determinar si el sujeto se define de modo normativo, a través del rol social que desempeña, podrá considerarse que a éste le corresponden una serie de expectativas generales, y que por tanto realiza comportamientos que se interpretan de modo objetivo-general,⁴³⁰ lo cual es de fundamental importancia para determinar si a una persona le es imputable el resultado.

⁴²⁹ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, AD-HOC, Buenos Aires, 1996, Pág. 25. En términos similares a lo citado, JAKOBS dice: "...ya no se debería hacer el intento de construir el delito tan sólo con base en datos naturalistas-causalidad, dolo-; por el contrario, lo esencial es que concurra el quebrantamiento de un rol..." Cfr. *Idem*.

⁴³⁰ Vid. CANCIO MELIÁ, Manuel, "Estudio Preliminar, La reformulación de la Tipicidad a Través de la Teoría de la Imputación Objetiva", en *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Cuadernos Civitas, España, 1996, Pág. 60

Para determinar si la persona cumplió con el rol que le era asignado, JAKOBS articula la teoría de la imputación objetiva, en esta nos otorga un sistema de interpretar sucesos a través de las siguientes instituciones dogmáticas:⁴³¹

- A) El riesgo permitido.
- B) El principio de confianza.
- C) La prohibición del regreso.
- D) La competencia de la víctima.

A) El riesgo permitido.

Para JAKOBS, la función de la sociedad es posibilitar las interacciones entre ciudadanos y prohibir cualquier puesta en peligro de los bienes jurídicos, pero no es el fin de la sociedad ofrecer la máxima protección de éstos, pues de otra manera haría imposible la interacción social, para dicho autor no hay manera de evitar todos los peligros que se presentan en una sociedad.⁴³² Así pues aún y cuando haya leyes que tienen como objeto evitar lesiones a bienes jurídicos, como lo son los estándares de seguridad para diseñar un automóvil o avión, o los de comportamiento médico, ello no implica que mediante el uso de los vehículos mencionados o mediante el ejercicio de la medicina nunca se van a lesionar los bienes jurídicos, pues hay un riesgo residual que subsiste que normalmente, está permitido.⁴³³

⁴³¹ Sobre el tema JAKOBS dice: "...De este modo, queda esbozado el traslado de la idea del comportamiento social, como comportamiento vinculado a roles, a cuatro instituciones jurídico-penales: 1) riesgo permitido, 2) principio de confianza, 3) prohibición de regreso y 4) competencia de la víctima. En este marco, en el que tan sólo se trata de asentar los fundamentos, queda sin discutir la cuestión acerca de si sólo son relevantes las cuatro instituciones mencionadas o si, por el contrario sería más conveniente fragmentarlas más, al igual que queda sin discutir la cuestión acerca de si la subdivisión presentada es necesaria o si cabe contentarse con un menor nivel de detalle. En todo caso, los fundamentos del edificio de la imputación objetiva, quedan delimitados." Cfr. JAKOBS, Günther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Cuadernos Civitas, España, 1996, Pág. 112-113. Sobre este tema también Vid. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, "Estudio Introductorio a la obra de Günther Jakobs", en *Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. El Funcionalismo en Derecho Penal*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, Pág. 29

⁴³² Vid. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIA, Manuel. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Cuadernos Civitas, España, 1996, Págs. 103-104

⁴³³ Vid. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIA, Manuel. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Cuadernos Civitas, España, 1996, Págs. 103-104. De igual forma, tratando de delimitar el riesgo permitido, JAKOBS señala que "...nadie tiene el deber de configurar su organización de tal manera que otros resulten protegidos también de los peligros que en la vida cotidiana son prácticamente ineludibles." Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por REY SANFIZ, Luis Carlos y SÁNCHEZ VERA, Javier. "Acción y Omisión en Derecho Penal", en *Cuaderno de Conferencias y Artículos*, No. 23, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2000, Pág. 32

Por ello, señala JAKOBS, únicamente siendo un ermitaño, se puede prescindir de todas las interacciones sociales cuyo riesgo esté permitido, pues como ya se dijo, gran parte de las interacciones sociales generan de cierta manera un riesgo. En esta línea de argumentos JAKOBS señala:

“Cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe: a través de un apretón de manos puede transmitirse, a pesar de todas las precauciones, una infección; en el tráfico rodado puede producirse un accidente, que, al menos mientras exista tráfico, sea inevitablemente; un alimento que alguien ha servido puede estar en mal estado sin que sea posible percatarse de ello; una anestesia médicamente indicada, y aplicada conforme a la *lex artis*, puede provocar una lesión; un niño puede sufrir un accidente de camina a la escuela aunque se hayan establecido las medidas de seguridad adecuadas,... Esta trivial constancia nos conduce, sin embargo, a la conclusión de que esos contactos sociales deben ser evitados: desde el contacto corporal, pasando por el tráfico rodado, la invitación a comer y beber...y ello por una doble razón; en primer lugar, porque en la mayoría de los casos renunciando a este tipo de contactos no se obtiene un balance positivo-el ermitaño probablemente sólo en la leyenda viva sano y feliz-, y, en segundo lugar, y sobre todo, porque por regla general no hay alternativa a estos contactos: ¿quién puede permitirse en un ermitaño?”⁴³⁴

Así pues, no se pueden eliminar todos los riesgos inherentes a la interacción cotidiana en una sociedad y debido a ello, en la misma, se elaboran normas con las cuales se pretenden acotar los riesgos para que se pueda prohibir cualquier puesta en peligro y posibilitar las interacciones, sin embargo, con todo y ello, quedan los riesgos residuales que de hecho, son los riesgos permitidos.

⁴³⁴ Vid. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIA, Manuel. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Cuadernos Civitas, España, 1996. Págs. 117-118.

Sobre la forma de determinar el riesgo permitido, JAKOBS, considera que ella se logra principalmente permitiendo aquellos riesgos que sean adecuados para la sociedad y que así se hayan admitido por ésta. A ello le da prioridad sobre el cálculo de beneficios y costes⁴³⁵. Ello se evidencia al dar lectura a lo señalado por dicho autor que al respecto dice:

“...por regla general lo socialmente adecuado precede al Derecho; su legitimación la obtiene del hecho de que constituye una parte de la configuración social que ha de ser preservada. Utilizando de un nuevo ejemplo relativo al tráfico rodado: el hecho de que se considere que el tráfico de los particulares en un día de fiesta es un lujo fácilmente renunciable, o que sencillamente es lo normal, o incluso una manifestación especialmente importante de la libertad general de actuación, es decir, **que pueda conllevar en todo caso, costes reducidos, normales o incluso altos, depende de cómo la sociedad se defina a sí misma**, y esta autodefinición es parte de la configuración que el Derecho ha de preservar...”⁴³⁶.

En efecto, dependiendo de la forma en que una sociedad se defina a sí misma, de los valores que pretenda preservar, de la expectativa social y del grado de tolerancia de la sociedad en particular, se puede determinar el grado de importancia que tienen los beneficios comparados contra los costes en caso de que se pueda producir el resultado a consecuencia de la aceptación del riesgo.⁴³⁷

⁴³⁵ JAKOBS conceptualiza los beneficios y costes de la siguiente manera: “... el beneficio estaría constituido por la libertad del comportamiento que se obtiene con la ayuda de la permisión de riesgos, mientras que los costes serían la pérdida de aquellos bienes a cuya destrucción conduce el riesgo, debiendo ambos lados mantener una proporción adecuada.” Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIA, Manuel. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Cuadernos Civitas, España, 1996, Pág. 119.

⁴³⁶ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIA, Manuel. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Cuadernos Civitas, España, 1996, Págs. 121-122.

⁴³⁷ Sobre dicho tema POLAINO-ORTS explica: “¿Dónde reside la línea divisoria, el tránsito de lo permitido y lo prohibido? Desde luego, no existe un límite matemático exacto al respecto. Ello quiere decir lo siguiente: el nivel de permisividad lo delimita la propia sociedad, en función de sus expectativas sociales. Por ejemplo: si es de suponer- en la Argentina o en España se cometen diez mil defraudaciones a Hacienda cada año mientras que en Suecia o en Noruega se comete diez cada tres años es evidente que la *expectativa social* y, por tanto, el *grado de tolerancia* frente a actos defraudatorios será muy diferente en unos y en otros países. O sea: la propia composición de *expectativas sociales* determinará el *nivel de tolerancia social frente a conductas internamente disfuncionales*.” Cfr. POLAINO-ORTS, Miguel.

De igual forma, JAKOBS, considera que los riesgos se generan primero, de forma histórica por la sociedad y después, se determinan por el derecho, para corroborar lo anterior, basta con dar lectura al citado autor, que sobre el tema dice:

“Ha de llegarse a la conclusión de que lo socialmente adecuado, especialmente también cuando aparece en forma de permisión de un riesgo no queda legitimado por la referencia al Derecho, son los que se legitima de manera histórica, es decir, por su propia evolución. El Derecho termina de definir el esbozo de lo socialmente adecuado y lo perfila. Esto, como veremos, tiene lugar en parte incluso a través de normas jurídicas; el Derecho, sin embargo, no desempeña más que esta función auxiliar.”⁴³⁸

En efecto, la pauta para determinar los riesgos la marca la adecuación social, antes que los costos y beneficios, ello en virtud de que la sociedad es la que determina los valores que están en juego al decidir si los riesgos serán permitidos o no. Incluso, ello se puede confirmar con la simple lectura de las conclusiones que expone dicho autor en su obra “La Imputación Objetiva en Derecho Penal”, que enseguida se transcribe para una mejor ilustración:

“Lo permitido se rige, principalmente, por la configuración social generada a lo largo del tiempo, y no por un cálculo de costes y beneficios que se pueda aislar de lo anterior.”⁴³⁹

“¿Qué es la imputación Objetiva?”, en *Derecho Penal Funcionalista. Aspectos Fundamentales*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2009, Pág. 79.

⁴³⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIA, Manuel. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Cuadernos Civitas, España, 1996, Pág. 122. En sentido similar JAKOBS abunda exponiendo: “Un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal, no porque en el caso concreto está tolerado en virtud del contexto en el que se encuentra, sino porque en esa configuración es aceptado de modo natural.” Cfr. *Ibidem*, Pág. 123 De igual forma, sobre el tema en particular JAKOS dice: “El Derecho no puede desvincularse de la evolución de la sociedad en la que ha de tener vigencia.” Cfr. *Ibidem*, 104.

⁴³⁹ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIA, Manuel. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Cuadernos Civitas, España, 1996, Pág. 141

De lo anteriormente expuesto, se desprende que para JAKOBS, es imposible vivir en una sociedad sin riesgos, el riesgo permitido se conforma por aquella parte de riesgo que permanece aún y cuando se cumplan las leyes que rijan para la seguridad, según sea el caso. Asimismo, la forma de determinar el riesgo permitido se conforma de acuerdo a los riesgos que acepta la sociedad principalmente, los que son adecuados para su configuración. Nosotros estamos de acuerdo con esa postura de JAKOBS, creo que es importante que el riesgo permitido se determine en base a la sociedad, ello para nosotros es más importante que el cálculo de beneficios y costes, pues es la sociedad la que puede determinar sus propios valores y ello le puede servir para ponderar cuáles de éstos pueden ponerse en riesgo sin que el costo sea mayor al beneficio.

B) El Principio de Confianza

El principio de confianza consiste en determinar la confianza de cada quien para con un tercero, en el sentido de que cumplirá con su rol y no defraudará las expectativas. Si bien la experiencia nos dice que las otras personas cometen errores, se autoriza a confiar en ellas, considerando que su comportamiento será correcto. Sobre dicho principio el autor citado señala lo siguiente:

“El Principio de confianza significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar –en una medida aún por determinar- en su comportamiento correcto(entendiéndolo no como suceso psíquico, sino como *estar permitido* confiar).”⁴⁴⁰

Este principio es de fundamental importancia para que se cumplan las expectativas, pues de ello depende de que en las relaciones sociales se pueda repartir el

⁴⁴⁰ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO CONZALES DE MURILLO, José Luis. Derecho Penal Parte General...*Op. Cit.* Pág. 253. Para LUHMAN, desde el punto de vista sociológico, la confianza es una forma de reducir la complejidad social, una de las formas de ello, es anticipando el futuro, pues al respecto dice: “No se necesita más que una inspección superficial para mostrar que el tema de la confianza implica una relación problemática con el tiempo. Mostrar confianza es anticipar el futuro. Es comportarse como si el futuro fuera cierto. Uno podría decir que a través de la confianza, el tiempo se invalida o al menos se invalidan las diferencias en el tiempo.” Cfr. LUHMAN, Niklas, traducido por FLORES, Amada. *Confianza*, Primera Reimpresión, Anthropos, México, 2005, Pág. 15. De igual forma, sobre el mismo tema dice: “La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico en la vida social.” Cfr. *Idem*.

trabajo. Así pues confiando cada uno de los participantes en que los demás cumplirán con su rol se logra conseguir los resultados pretendidos. Sobre dicho tema el autor consultado expone:

“El principio de confianza está destinado a hacer posible la división de trabajo; por consiguiente, concluye cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente, cuando puede verse que la otra parte no hace, o no ha hecho, justicia a la confianza de que cumplimentará las exigencias de su rol. En tales casos, ya no resulta posible repartir el trabajo para alcanzar un resultado exitoso.”⁴⁴¹

Así pues la confianza, es de fundamental importancia para lograr los fines en la sociedad, es mediante el reparto de trabajo el cual se logra de acuerdo a su rol, al cumplir con su rol, se logra mantener la confianza, en caso de no cumplir con el rol, la confianza termina y ya no resulta posible alcanzar un resultado exitosamente.

Por su parte, REYES ALVARADO, sobre el principio de confianza explica:

“Bajo ideales circunstancias, una comunidad social debería funcionar de manera tal que sus integrantes, sin excepción, llenaran las expectativas de comportamiento que de ellos se esperan, razón por la cual cuando determinadas conductas se apartan de los criterios trazados por la sociedad se recurre al empleo de mecanismos que, como el derecho, tienen la pretensión de reconducir la actividad de las personas en busca de ese ideal de convivencia social.”⁴⁴²

Por otra parte, POLAINO-ORTS, conceptualiza el referido principio de confianza de la siguiente manera:

⁴⁴¹ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÀ, Manuel. *La Imputación Objetiva en Materia Penal*. AD-HOC, Buenos Aires, 1996, Págs. 30-31. De igual forma, sobre el reparto de trabajo, el autor señala *Ibid.*, Pág.74

⁴⁴² Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación Objetiva*, Tercera Edición, Temis, Colombia, 2005. Pág. 148

“Se trata de uno de los criterios o instituciones más sugerentes de toda la doctrina de la imputación objetiva. Las relaciones sociales encuentran uno de sus más firmes apoyos o basamentos en la confianza. No se trata de una confianza individual, psicológica, sentimental. Se trata, en todo caso, de una confianza mediada por lo social. Uno –ser racional, fiel al Derecho- confía razonablemente en que los demás ciudadanos se comportarán de igual manera: respetando la norma, satisfaciendo las expectativas sociales, respetando a todos como personas en Derecho. Es posible que yerre. Pero la confianza existe en las relaciones normales. Y esa confianza en la vigencia normativa mueve o impulsa la relación social. La confianza social, colectiva y normativa, propicia que la relación de los ciudadanos con la norma se fomente e impulse, mediante el fomento de la confianza en la correcta Administración del dinero público. Es decir, existe una confianza generalizada en que las personas se comportarán de acuerdo a la norma. Sobre esta confianza se funda el *desenvolvimiento de la sociedad*. Por ello, el ámbito de vigencia del principio de confianza suelen ser aquellas situaciones en las que intervienen una pluralidad de sujetos (confiar es verbo transitivo: se confía en algo o en alguien) y en las que existe una división de trabajo.”⁴⁴³

Así pues, queda evidenciado lo importante que es el principio de confianza para el desarrollo de la sociedad, pues con el cumplimiento de dicho principio se logran los fines de la misma, en virtud de que se parte del punto de vista, de anticipar que cada uno de los integrantes cumple con la expectativa que le corresponde y así las metas que cumple la sociedad queda colmada, ello como lo dice POLAINO-ORTS, pues depende de gran medida de la persona a quien se le responsabiliza el reparto del trabajo, pues es ésta, quien debe saber los roles de cada sujeto y si el mismo cumplirá con sus expectativas, de igual

⁴⁴³ Cfr. POLAINO-ORTS, Miguel. *¿Qué es la imputación objetiva?*, en “Derecho Penal Funcionalista. Aspectos Fundamentales”, Flores Editor y Distribuidor, México, 2009, Pág. 84. Incluso al respecto POLAINO-ORTS abunda: “Pero además el principio de confianza puede ser argüido como una garantía para eximir de responsabilidad a quien confió dentro de los parámetros normales en cumplimiento de la norma por parte de los demás...” Cfr. *Idem*.

forma, en caso de que alguno de los integrantes no haya cumplido con su rol, también quien se ocupó de repartir el trabajo, lleva implícita su responsabilidad⁴⁴⁴.

Por otra parte, hay que tomar en cuenta el principio de confianza, es presupuesto del riesgo permitido y de la prohibición del regreso. Ello en virtud de que al confiar en las personas se toma un riesgo, de que éstas cumplirán con sus expectativas y de igual forma, al involucrar a otras personas es importante tomar en cuenta la prohibición del regreso para determinar si es imputable o no la participación del tercero, que consiste precisamente en que las personas podrían no cumplir con el rol que les corresponde y ahí también hay que tomar en cuenta si la conducta tuvo un significado delictivo y si es así es imputable la conducta y si no es así, no es imputable⁴⁴⁵. Asimismo, al igual que el riesgo permitido, el principio se manifiesta en todos los ámbitos vitales, ello en virtud de que todas partes se encontrará organización en régimen de reparto de tareas⁴⁴⁶.

Nosotros estamos de acuerdo con JAKOBS en la importancia que tiene el principio de confianza para determinar la imputación objetiva de las conductas, creemos que va acorde con sus postulados principales del cumplimiento de las expectativas, coincidimos en que es de fundamental importancia para las sociedades tener confianza en

⁴⁴⁴ Aquí hay que tomar en cuenta que el mismo POLAINO-ORTS, refiere que en lo referente al reparto de trabajo, es importante tomar en cuenta la responsabilidad que tiene quien reparte el trabajo, llevando esto al territorio de pago de impuestos, señala que el Estado reconoce al ciudadano como capaz de autogestionar determinados riesgos, pero ella tiene la contrapartida de la responsabilidad por las consecuencias, al respecto dice: "El reconocimiento de una cierta capacidad de gestión de un riesgo por parte del ciudadano tiene como consecuencia la apertura de un ámbito de autorresponsabilidad. El Estado reconoce al ciudadano como un ser capaz de autogestionar determinados riesgos, lo que significa que reconoce su libertad de actuación dentro de ese sector. Pero, como cabe comprender, la *libertad de actuación tiene como contrapartida la responsabilidad por las consecuencias*. Por ello, junto a la primera tendencia o vector que hemos llamado familiarización con el riesgo existe una segunda tendencia que se cifra en el reconocimiento de un ámbito de autorresponsabilidad personal por parte del sujeto gestor. Desde luego, que el Estado reconoce esa libertad únicamente a sujetos que *no hayan manifestado expresamente una idoneidad absoluta para gestionar el riesgo*. Diciéndolo gráficamente, nadie confía a un notorio defraudador la gestión de una caja, como hada confía la educación o cuidado de unos menores a un conocido pedófilo. Pero el que conoce una libertad de gestión a alguien no impedido *ab initio* para tal gestión no garantiza que lo gestione de manera correcta." Cfr. *Ibidem*. Págs. 82-83.

⁴⁴⁵ Sobre la interrelación entre el principio de confianza, el riesgo permitido y la prohibición del regreso, JAKOBS dice: "...El principio de confianza no es sólo un supuesto particular del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso. No se trata únicamente de que las personas, en las acciones comunes o contactos anónimos, puedan ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales impredecibles (en esta medida, riesgo permitido), sino no que también se trata de la responsabilidad de estas personas por sus fallos (en esta medida, prohibición de regreso). Mientras que en el riesgo permitido cabe definir un conflicto como fallo del autor, o de la víctima, o como desgracia, en la prohibición de regreso se añade la posibilidad de definir el conflicto como fallo del tercero interviniente..." Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO CONZALES DE MURILLO, José Luis, *Derecho Penal Parte General... Op. Cit.* Pág. 253

⁴⁴⁶ Vid. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel, *La Imputación Objetiva en Materia Penal*, AD-HOC, Buenos Aires, 1996, Pág. 31

modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente *existe una prohibición de regreso* cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida.⁴⁴⁹

Sin embargo, para que sea procedente la prohibición del regreso es necesario que la conducta del tercero carezca de sentido delictivo; ello lo evidenciamos al dar lectura al autor citado, que al respecto establece:

"se trata de casos en los que un autor desvía hacia lo delictivo el comportamiento de un tercero que *per se* carece de sentido delictivo... y he aquí el punto decisivo, la aportación de un tercero no sólo es algo común, sino que su significado es de modo estereotipado inocuo. El autor no puede por su parte modificar esta definición del significado del comportamiento, ya que en todo caso el tercero asume con el autor un comportamiento común limitado y circunscrito por su propio rol; comportamiento común del que no forma parte un delito."⁴⁵⁰

Como se desprende, el autor de nueva cuenta se fundamenta en el rol que le corresponde al tercero que fue introducido a la cadena de hechos que ocasionaron el resultado delictivo para determinar si le es imputable una conducta, por lo cual si a un tercero se le introduce en una cadena de condiciones que producen el resultado delictivo, se excluye su imputabilidad si actuó con apego a su rol, aún y cuando el resultado sea

⁴⁴⁹ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, AD-HOC, Buenos Aires, 1996, Pág. 31

⁴⁵⁰ Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, AD-HOC, Buenos Aires, 1996, Pág. 32. Cabe señalar, que de lo analizado, se desprende que la prohibición del regreso se aplica tanto el delitos culposos como dolosos, para ello Vid. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. *Prohibición de Regreso en los Delitos de Resultado...* Op. Cit. Págs. 377 y ss.

palpable⁴⁵¹. Como fundamento de su afirmación el citado autor expone el siguiente ejemplo:

1. Un taxista escucha casualmente la forma en que dos clientes que él transporta se comunican entre ellos para planear ejecutar un robo en el lugar a donde él los conduce, en este caso se excluiría de responsabilidad, pues no está comprendido dentro del rol de un taxista vigilar a sus clientes para saber sus intenciones cuando lleguen al lugar de destino⁴⁵². Ello en virtud de que el autor no puede modificar el rol que tiene un tercero, en este caso, el taxista, en la sociedad, ya que si bien el tercero asumió con el autor un comportamiento común, ello fue limitado y circunscrito por su propio rol. En este caso, el taxista, asumió llevar a cabo un transporte, y dentro de su rol está llevar al cliente al lugar que le indique puntualmente y sin poner en peligro al cliente, a resumidas cuentas, el conductor transporta al cliente que le paga⁴⁵³. Incluso, JAKOBS para defender su teoría explica el caso opuesto, establece lo siguiente:

“...El taxista no participa en las buenas obras del cliente; si éste al llegar a su destina realiza una piadosa donación, nadie ensalzará al taxista por ello. Del mismo modo permanece distanciado de las malas obras, puesto que éstas tampoco forman parte del segmento de la realidad que tienen en común.”⁴⁵⁴

Aún así, JAKOBS, considera que aún y cuando los límites de la prohibición del regreso pueden ser discutidos, dicho principio debe ser aceptado para efecto de

⁴⁵¹ Al respecto el autor consultado dice: “A diferencia de lo que sucede respecto del principio de confianza, la prohibición de regreso rige incluso cuando la planificación delictiva de la otra persona es palmaria, y ello porque se trata de casos en los que un comportamiento estereotipado carece de significado delictivo.” Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal, AD-HOC... Op. Cit.* Pág. 33

⁴⁵² Dicho caso lo expone JAKOBS, de la siguiente manera: “...si un taxista escucha casualmente cómo dos clientes que él transporta planean cometer un hurto en el lugar de llegada, queda no obstante libre de responsabilidad, ya que no pertenece al rol de un taxista vigilar al cliente para saber qué tiene previsto hacer en el lugar de destino (puesto que cuando él conduce al cliente a su destino hay una comisión).” Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por REY SANFIZ, Luis Carlos y SÁNCHEZ VERA, Javier, *Acción y omisión en derecho penal*, en “Cuadernos de Conferencias y Artículos”, No. 23, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2000, Pág. 32

⁴⁵³ Así JAKOBS dice: “El conductor de un taxi, explicando lo anterior por medio de este ejemplo, ha asumido llevar a cabo un transporte, y debe ocuparse de que éste tenga lugar puntualmente y sin poner en peligro al cliente. Esto es lo que forma parte de su rol, ni más ni menos. Lo que conjuntamente se ha realizado con el cliente se limita, en consecuencia, a un segmento vital circunscrito: el conductor transporta al cliente que le paga. Como se llame el cliente, lo que quiera hacer en el punto de destino, etc., no atañe al conductor.” Cfr. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal, AD-HOC... Op. Cit.* Pág. 33

⁴⁵⁴ Cfr. *Idem*.

continuar garantizando que la libertad de perseguir fines propios de acuerdo a los roles que otorga la sociedad a cada quien, de otra manera, dicha libertad se ahogaría en el mar de los posibles contactos sociales⁴⁵⁵.

Nosotros nos decantamos con la institución de la prohibición del regreso, pues consideramos que es una forma importante de determinar cómo se determina la responsabilidad de un tercero que es introducido a la cadena causal de un hecho delictivo por parte del autor y estamos de acuerdo a que ello sea siempre y cuando la conducta carezca de sentido delictivo.

D) La competencia de la víctima.

En el caso de la competencia de la víctima, se trata de excluir la imputación al sujeto activo, en los casos que de alguna manera la víctima voluntariamente autorizó al sujeto activo a que se ocasionara la afectación al bien jurídico del cual es titular la misma. Así pues, la lesión del bien jurídico puede competir no únicamente al autor, sino puede ser la propia víctima la que fundamente que se le impute una consecuencia lesiva, y puede que ello sea por consentimiento o bien, por infortunio⁴⁵⁶. El consentimiento se refiere a los casos en que el titular del bien jurídico, conoce anticipadamente que hay el riesgo o bien que se afectará el bien jurídico, y el infortunio se refiere a los casos de un curso lesivo no cognoscible para alguno de los intervinientes quedando, como única explicación la desgracia⁴⁵⁷. En dichos casos, tampoco es imputable el autor, dado que participó con el consentimiento de la víctima.

De acuerdo a MIR PUIG⁴⁵⁸, la doctrina alemana divide el consentimiento, se puede dividir en dos clases, que son las siguientes⁴⁵⁹:

⁴⁵⁵ Cfr. *Idem*.

⁴⁵⁶ Vid. JAKOBS, Günther, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, AD-HOC, Buenos Aires, 1996, Pág. 34.

⁴⁵⁷ Vid. *Idem*.

⁴⁵⁸ Dicho autor, aclara que dichas causas de consentimiento se prevén en la doctrina dominante de Alemania y señala que la doctrina española no distingue entre 'acuerdo' y 'consentimiento', al respecto Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Séptima Edición, B de F, Buenos Aires, 2005, Págs. 503-506. Vid. también sobre este tema a REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación Objetiva*, Tercera Edición, TEMIS, Colombia, 2005, Págs. 171-174.

1. Acuerdo o conformidad.

2. Consentimiento.

El acuerdo o conformidad.

Para que se presente el acuerdo o conformidad, el tipo debe prever como uno de sus elementos que no haya consentimiento de la víctima o bien, que esté en contra del consentimiento de la víctima, ello lo puede disponer de forma expresa el texto legal o bien de forma implícita, por lo que al estar de acuerdo con ello la víctima, entonces no encuadraría el elemento del delito consistente en que se actuó en contra de la víctima y por ello el acuerdo excluye la tipicidad⁴⁵⁹. Como uno de los ejemplos en el Estado de Nuevo León, tenemos el robo, que aparece en el artículo 364 del Código Penal de dicha entidad, que dispone:

⁴⁵⁹ Dicho autor, aclara que dichas causas de consentimiento se prevén en la doctrina dominante de Alemania y señala que la doctrina española no distingue entre 'acuerdo' y 'consentimiento', al respecto Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*, Séptima Edición, B de F, Buenos Aires, 2005, Págs. 503-504.

⁴⁶⁰ Al respecto MIR PUIG dice: "a) Por una parte, ciertos delitos se dirigen directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio. Es lo que ocurre en los delitos contra la libertad, como las detenciones ilegales, las coacciones o el allanamiento de morada. Faltando la oposición del sujeto pasivo, es indudable que desaparece toda lesividad de la conducta; no puede haber delito de detenciones ilegales si el detenido quiere ser detenido, ni puede concurrir allanamiento de morada si el morador acepta en su casa al extraño. En algunos casos el consentimiento del sujeto pasivo hace desaparecer la propia acción definida por la ley: así, dejará posiblemente de concurrir una verdadera 'detención' -y no sólo por su ilegalidad- en muchos supuestos en que el sujeto pasivo se ponga voluntariamente en manos del agente. ... Cuando alguien toma una cosa de otro con consentimiento de éste, no puede hablarse de 'hurto' ni de 'robo'. No se trata de que concorra un hurto o un robo que queda exento de responsabilidad penal, sino de que empieza por faltar el concepto mismo de 'hurto' o 'robo'. La doctrina alemana emplea en este primer grupo de casos un término específico para designar la conformidad del afectado: el 'acuerdo' (*Einverständnis*). "La ley permite a veces reconocer estos casos porque requiere expresamente la ausencia de conformidad por parte del sujeto pasivo. Así, en el allanamiento de morada, es preciso que un particular 'que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma *contra la voluntad de su morador*' (art. 202 CP). Del mismo modo, el artículo 234 CP requiere para el hurto que se tome la cosa mueble ajena 'sin la voluntad del dueño'. Mas es mayor el número de casos en que el texto legal no requiere literalmente la falta de conformidad del sujeto pasivo, sino que ello constituye sólo una exigencia implícita. Así, p.ej., en el delito de detenciones ilegales del art. 162 CP." Cfr. *Ibidem*, Pág. 504. Sobre el mismo tema REYES ALVARADO señala: "Pese a que dentro de la más tradicional concepción dogmática el consentimiento suele ser considerado exclusivamente como una causal excluyente de antijuridicidad, desde hace varios lustros viene reconociendo la doctrina una modalidad de consentimiento que excluye directamente la tipicidad de la conducta y que desde su formulación inicial fue caracterizada con un nombre diverso para establecer una rotunda diferencia con la justificante del consentimiento; esta forma de exclusión de tipicidad es lo que puede denominarse *conformidad*. La *conformidad* surge de la estructura misma de la norma penal, en cuanto existen descripciones típicas que suponen una conducta del autor contra o sin la voluntad del bien; como en dichos eventos la *falta de voluntad* del sujeto pasivo es un elemento del tipo, su ausencia (vale decir, la aquiescencia del titular del bien) impide el surgimiento de la conducta típica." "Así, por ejemplo, la violación de domicilio solo surge desde el punto de vista del derecho penal en cuanto alguien penetre(o permanezca) en un inmueble ajeno contra la voluntad del titular del bien, como se evidencia con el hecho de que en nuestra vida diaria de relación social penetramos continuamente a habitaciones ajenas con aquiescencia de los dueños sin que por ello surjan conductas típicas de violación de domicilio..." Cfr. REYES ALVARADO, YESID. *Imputación Objetiva...* Op.Cit. Pág. 171

“Comete el delito de robo: El que se apodere de una cosa mueble, ajena, **sin el consentimiento** de quien tenga derecho a disponer de ella.”

Así pues en el caso del delito de robo, el mismo ve como uno de sus supuestos que quien se apodere de la cosa ajena debe ser “sin consentimiento” de la persona que tenga derecho a disponer de ella.

El consentimiento.

Por su parte el consentimiento se presenta en los casos en que se ocasiona la lesión al bien jurídico y la misma no desaparece por virtud del consentimiento, sin embargo, en virtud del propio consentimiento⁴⁶¹. Es decir, la realización de una lesión consentida puede no ser delito, pero la lesión subsiste. Un ejemplo, puede ser las lesiones que se ocasiona una cirugía estética que no esté justificada por estado de necesidad.

En ambos casos, puede decirse que la intervención de la víctima se pueda imputar a ella y no a otras personas que intervengan en el hecho, pues ambos casos dependen de la voluntad de la víctima.

Como vemos, dichos supuestos también son importantes para las interacciones sociales diarias, pues acciones como entrar a casa de alguien, tomar prestado

⁴⁶¹ Sobre este tema MIR PUIG dice: “b) En un segundo grupo de casos se contemplan los supuestos en que el consentimiento de la víctima tiene lugar en hechos que atacan un bien jurídico del consentimiento. La doctrina alemana mayoritaria incluye en este grupo el consentimiento de la víctima tiene lugar en hechos que atacan un bien jurídico del que se puede disponer su titular, pero cuya lesión no desaparece por virtud del consentimiento. La doctrina alemana mayoritaria incluye en este grupo el consentimiento las lesiones p.ej., el consentimiento en una operación de cirugía estética no justificable por estado de necesidad). La lesión de la integridad física no desaparece por el hecho de que el afectado consienta, y sin embargo se admite en ciertos casos mencionados en el apartado a) la conformidad del sujeto pasivo excluiría toda lesión, en este segundo grupo el consentimiento excluiría la responsabilidad penal por tratarse de bienes jurídicos disponibles, en ciertas condiciones, por su titular, pero no impediría la lesión de dichos bienes.” “En este segundo grupo de casos se designa en Alemania como ‘consentimiento’ (*Einwilligung*) en sentido estricto.” *Cfr. Ibidem.* Págs. 504-505. De igual forma, el mismo autor abunda más señalando cuales es la naturaleza dogmática de ambos casos: “La distinción de los dos grupos de casos mencionados sirve a la doctrina alemana mayoritaria de punto de partida para decidir la naturaleza dogmática de la conformidad del afectado. Respecto del primer grupo (‘acuerdo’) existe unanimidad en considerar que resulta excluida la tipicidad de la conducta: no sólo resultaría excluida la antijuridicidad (justificación), sino que ni siquiera llegarían a concurrir los elementos que fundamentan positivamente su tipicidad. Así, p.ej., en el apoderamiento patrimonial consentido no habría un ‘hurto justificado’, sino que ni siquiera podría hablarse de ‘hurto’. En cambio, en el segundo grupo (‘consentimiento’ en sentido estricto) se discute si sucede lo mismo o, por el contrario, concurre sólo una causa de justificación que no excluye la tipicidad. Esta última solución es la mantenida por la doctrina dominante.” *Cfr. Ibidem.* Págs. 505-506. Vid también sobre este tema a REYES ALVARADO, Yesid. Imputación Objetiva... *Op. Cit.* Pág. 173

el automóvil de alguien, etc... son conductas que serían objetivamente imputables en caso de estar en contra de la voluntad de la víctima.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que la teoría de la imputación objetiva, como principal fundamento el cumplimiento de las expectativas y que ello se logra mediante el cumplimiento de los roles asignados a cada uno de los integrantes de la sociedad. Para nosotros resulta de fundamental importancia el principio de confianza, en virtud de que el mismo, aparte de ser integrante del riesgo permitido y de la prohibición del regreso, resulta de fundamental importancia para que las sociedades mantengan su configuración.

CAPÍTULO 6°

EL CUERPO DEL DELITO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE NUEVO LEÓN

6.1. EL ARTÍCULO 150 BIS DE LA LEY ADJETIVA.

El cuerpo del delito en el Código Adjetivo Penal de Nuevo León, resulta fundamental para nuestra investigación, en virtud de que es la forma mediante la cual en un solo dispositivo, podemos demostrar la aplicación del sistema causalista, finalista e incluso el funcionalista en nuestra entidad.⁴⁶²

Enseguida se transcribe el artículo 150 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León, que a la letra dice:

"Artículo 150 Bis.- Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por el Código Penal vigente en el Estado. Tratándose de la orden de aprehensión y detención, del auto de formal prisión y del auto de sujeción al proceso, deben incluirse los elementos subjetivos o valorativos que en su caso deban considerarse integrantes de la figura penal; La probable responsabilidad la constituye la existencia de datos que arroje la averiguación previa que, en un examen preliminar, produzcan convicción superior a la posibilidad y aproximado a la certeza, sobre la participación del inculpaado en la comisión del delito que se le imputa y hagan razonable y justa su aprehensión o su sometimiento a formal procesamiento; El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que establezca la Ley."

⁴⁶² El funcionalismo, consideramos se aplica únicamente en la forma en que se estructura el delito, pues en el misma teoría no hubo cambios en la forma de estructurar el delito, pues los elementos subjetivos permanecieron en el tipo, al igual que en el finalismo.

El artículo transcrito, prevé dos supuestos para integrar el cuerpo del delito: el primero de ellos, únicamente se requieren los elementos objetivos externos.

En el segundo, previsto en la última parte del primer párrafo, se prevé que en el cuerpo del delito, se tomarán en cuenta los elementos subjetivos y valorativos, en los casos en que el tipo los requiera.

De lo expuesto en este trabajo, se desprende que en el causalismo, se ubica al dolo y la culpa en la culpabilidad y en el finalismo, se ubican dichos elementos subjetivos en el tipo.

Esto implica, que en el artículo citado, se prevé la aplicación de la teoría causalista, en los casos en que la integración del tipo requiera únicamente elementos objetivos y aquellos en los cuales para el mismo efecto sean necesarios los subjetivos, entonces se aplica el sistema finalista.

Esta es una de las maneras en que se acredita la aplicación en el mismo código del sistema causalista, finalista e incluso el funcionalista, dado que en este último, también se ubican los elementos subjetivos en el tipo.

Ninguna de las teorías estudiadas prevé un cambio del estudio del dolo y la culpa al tipo dependiendo del delito que se trate. Sin embargo, encontramos una teoría que cambia los elementos subjetivos al tipo sólo cuando el tipo los requiere;

Nos referimos al estudio de SACHER DE KÖSTER, quien se ocupó de hacer un análisis exhaustivo desde la perspectiva histórica de la evolución del tipo subjetivo y ahí trata sobre la postura de FEUERBACH mediante la cual se dividía el delito en dos partes, primero en el tipo, donde se ubicaban los elementos objetivos y la culpabilidad,⁴⁶³

⁴⁶³ Vid. SACHER DE KÖSTER, Mariana. *Evolución del Tipo Subjetivo*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998, Págs. 25-34

donde se ubicaban los elementos subjetivos. Sin embargo, FEUERBACH trasladaba el dolo y la culpa de la culpabilidad al tipo en los casos de que la integración del tipo requiriera dichos elementos.⁴⁶⁴

Ahora bien, en su estudio, SACHER DE KÖSTER divide el estudio de la evolución de los elementos subjetivos del tipo en cuatro períodos, que son los siguientes⁴⁶⁵: a) la división horizontal en presupuestos externos internos de la punibilidad; b) la división vertical en integrada por un ilícito puramente objetivo y una absolutamente subjetiva, en la cual se encuentra la teoría causalista, c) el traslado de elementos subjetivos al ilícito, donde se ubica el sistema finalista de la acción y el b) donde predomina el tipo objetivo y se traslada elementos subjetivos al tipo objetivo, precisamente mediante la teoría de la imputación objetiva, que es el funcionalismo.

Cabe puntualizar, que la autora citada, estudia la teoría de FEUERBACH en el primer período, antes de que se elaborara incluso la teoría causalista, la autora consultada lo llama “horizontal” porque no hay una clara distinción entre el ilícito y la culpabilidad.⁴⁶⁶

Al período que le siguió le llama “vertical” porque ahí se separó lo ilícito y la culpabilidad⁴⁶⁷, lo cual implica que se estudiaba primero el ilícito y si éste se presentaba se pasaba a estudiar la culpabilidad, es aquí donde se ubica el sistema causalista.

Si bien, SACHER DE KÖSTER reconoce que la teoría de FEUERBACH fue una de las más destacadas de su época,⁴⁶⁸ aún así, pudimos constatar que misma fue criticada entre otros puntos, por no tener definido el concepto de la acción y sobre dicho tema, MATTASCH dice:

⁴⁶⁴ Vid. VON FEUERBACH, Anselm, *Revisión der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, T. I, Erfurt, 1799, Pág. 41, Vid. también SACHER DE KÖSTER, Mariana. Evolución del Tipo Subjetivo... *Op. Cit.* Pág. 31

⁴⁶⁵ Vid. SACHER DE KÖSTER, Mariana. Evolución del tipo subjetivo... *Op. Cit.* Pág. 20

⁴⁶⁶ Vid. *Ibid.* Pág. 14

⁴⁶⁷ Vid. *Ibid.* Pág. 15

⁴⁶⁸ Según la obra consultada FEUERBACH vivió de 1775-1883. Vid. SACHER DE KÖSTER, Mariana. Evolución del Tipo Subjetivo... *Op. Cit.* Pág. 25

“Obwohl der Verbrechensbegriff die Handlung enthält, gibt es in der Verbrechenlehre Feuerbachs keinen strafrechtlichen Handlungsbegriff”⁴⁶⁹

Lo anterior, en nuestro idioma se traduce de la siguiente manera:

“Aún y cuando el concepto del delito contiene la acción, en la teoría del delito de Feuerbach no se definía la acción.”⁴⁷⁰

En similares términos SACHER DE KÖSTER, puntualiza lo siguiente:

“Pese a que el concepto de acción de FEUERBACH es utilizado en su definición del delito, para él la acción no posee una significación central para el ilícito, y menos aún su parte subjetiva.”⁴⁷¹

Así pues, se desprende la principal crítica, consiste en que FEUERBACH, no tenía definido el concepto de acción. De igual forma, la última de las autoras citadas, refiere que para FEUERBACH, solo importa la parte objetiva de la acción, pues para él, solo la acción externa puede lesionar un derecho⁴⁷², esto lo constatamos al consultar directamente a FEUERBACH, que sobre el tema en particular señala:

“...jede Handlung, wenn sie als Verbrechen beurtheilt werden soll, voraus I) äusserliche Erkennbarkeit; den nur eine äussere Handlung kann ein Recht verletzen...”⁴⁷³

Lo cual traducimos en nuestro idioma de la siguiente manera:

⁴⁶⁹ Cfr. MATTASCH, Sabine. Der Tatbestand des Verbrechens bei Heinrich Luden... *Op. Cit.* Pág. 47

⁴⁷⁰ La traducción es nuestra.

⁴⁷¹ Cfr. SACHER DE KÖSTER, Mariana. Evolución del Tipo Subjetivo... *Op. Cit.* Pág. 26

⁴⁷² *Ibid.* Pág. 27

⁴⁷³ Cfr. VON FEUERBACH, Anselm. *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. Decimotercera Edición, Georg Friedrich Heyer, Giessen, 1840, Pág. 57

“...cualquier acción, que deba ser considerada como delito, deberá presuponer D) *recognoscibilidad externa*, pues solo una acción externa puede lesionar un derecho...”⁴⁷⁴.

Ahora bien, el hecho de que FEUERBACH no tuviera definido el concepto de acción traía como consecuencia la inconsistencia en la ubicación de los elementos subjetivos, ubicándolos unas veces en la culpabilidad y otras en el tipo, según el delito. Es decir, si el delito no requería para su tipificación elementos subjetivos, los ubicaba en la culpabilidad, pero si sucedía el caso contrario, entonces los trasladaba al tipo.

Por otra parte, como se estudió en anteriores páginas, tanto la teoría causal como la final tienen su concepto de acción bien definido y es a consecuencia de ello, que la sistematización de los elementos del delito está bien definida. En el sistema funcionalista aunque no se han uniformado los criterios para resolver si una persona es objetivamente responsable de un resultado, sí tienen bien definida la sistematización de los elementos del delito.

El hecho de que nuestros legisladores cambien de aplicación de un sistema a otro en el mismo ordenamiento penal del estado de Nuevo León, ocasiona que a nosotros, nos de la impresión de que no tienen bien definido el concepto de acción. Por ello en algunas ocasiones ubican los elementos subjetivos en el tipo y en otros no.

Ahora bien, sobre el cuerpo del delito el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece lo siguiente:

“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

⁴⁷⁴ La traducción es nuestra

existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”⁴⁷⁵

Al dar lectura a la parte conducente de dicho artículo se desprende que para girar orden de aprehensión además de requerirse denuncia o querrela es necesario acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Por su parte en lo relacionado al auto de formal prisión el artículo 19 de la Ley Suprema en su primer párrafo dice:

“**Artículo 19.** Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.”⁴⁷⁶

De nuevo, para dictar el auto de formal prisión también se requiere acreditar el cuerpo del delito.

⁴⁷⁵ No pasamos por alto, que lo transcrito corresponde al texto anterior a la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, mediante la cual se modifica el sistema procesal actual, a uno acusatorio. Sin embargo, dichas reformas no entran en vigor, pues si bien mediante decreto número 182 publicado en el Periódico Oficial del Estado de Nuevo León el día 31 de marzo de 2011, se realizó la adecuación de la Constitución del Estado a las reformas constitucionales, en el artículo “SEGUNDO” transitorio dispone que dichas reformas entrarán en vigor cuando lo establezca el diverso decreto que expida la Ley Adjetiva Penal de nuestra entidad, mismo que entrará en vigor de forma gradual, iniciando la primera fase el 1 primero de enero de 2012, ello de acuerdo al artículo primero transitorio, de la iniciativa presentada ante la Cámara de Diputados que integran la LXXII LEGISLATURA del H. Congreso del Estado de Nuevo León de Nuevo León el día 6 de mayo de 2011. Lo anterior es así, pues la reforma de 18 de junio de 2008 señala en su segundo transitorio, que el mismo entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que exceda de ocho años, contados a partir del día siguiente al de la publicación de dicho decreto.

⁴⁷⁶ En la parte correspondiente al artículo 19 de la Ley Suprema, se suscita la misma cuestión que señalamos en la nota anterior.

Así pues el cuerpo del delito se debe acreditar tanto para girar orden de aprehensión como para dictar en auto de formal prisión.

En efecto, nuestra Ley Suprema exige entre otros presupuestos, la comprobación del cuerpo del delito para que se gire la orden de aprehensión y se dicte el auto de formal prisión. Como ya hicimos notar, el artículo 150 bis del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León aparece el concepto que prevé dicho ordenamiento sobre "cuerpo del delito".

Ahora bien, el motivo por el cual se utilizó el concepto de cuerpo del delito, obedece a que nuestros legisladores, en 1999, consideraron que el hecho de que se incluyeran los elementos que integran el tipo como presupuesto necesario para girar una orden de aprehensión y de igual forma, para dictar el auto de formal prisión trajo consecuencias en el ámbito práctico, toda vez que para cumplir con dicho presupuesto, era necesario estudiar no únicamente que los agentes investigadores estuvieran obligados a reunir un gran cúmulo de probanzas para integrar debidamente una averiguación previa así como para que se resolviera el término constitucional, provocando consecuentemente, mayor delincuencia e impunidad.⁴⁷⁷

Asimismo, es necesario destacar, que según los Legisladores en la reforma referida, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999, aún y cuando reconocieron la ambigüedad de dicho concepto, aún así procedieron a definirlo apoyándose en los criterios que a esa fecha había definido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, precisando que por cuerpo del delito se debería entender los elementos objetivos de la figura delictiva, lo cual se desprende al dar lectura a la iniciativa de la reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su parte correspondiente al tema señala:

⁴⁷⁷ Para un estudio más abundante sobre el tema del "cuerpo del delito", ver en esta misma obra el capítulo titulado "El Cuerpo del Delito en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

“Bajo el nuevo régimen propuesto, para librar una orden de aprehensión se requerirá y así debe decirlo la legislación secundaria, que existen datos que acrediten el cuerpo del delito, entendiendo éste como el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito en la ley...”⁴⁷⁸

Así pues, por cuerpo del delito se deben entender el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito en la ley, lo cual se debe expresar de tal manera en las leyes secundarias, ello en virtud, de que así lo dispusieron nuestros legisladores.

Sin embargo, en la legislación penal de Nuevo León, como se mencionó anteriormente, no se ha seguido el concepto de ‘cuerpo del delito’ que sugirió el legislador en las reformas referidas, pues como se desprende al dar lectura al artículo 150 bis del Código Procesal penal del mismo estado, se permite en ciertos casos, en los que la figura delictiva los requiera, acreditar los elementos normativos y subjetivos. Por lo que el artículo 150 bis citado, no está conforme con la intención del legislador al realizar las reformas referidas.

Además resulta contradictorio, que el ‘cuerpo del delito’ pueda llevar integrados elementos subjetivos, cuando basta ver la lectura de la referida reforma, para darnos cuenta que la intención del legislador es que por cuerpo del delito se entiendan los elementos objetivos externos del tipo penal, más aún, si le agregamos al cuerpo del delito, elementos subjetivos, entonces hablaríamos del tipo.

Lo anterior, se traduce, a que en dicho artículo, se aplica la teoría que mas perjudique al indiciado, pues en virtud de que en delitos como la tentativa, los elementos objetivos no son suficientes para integrar el tipo, entonces ahí si se permite integrar el ‘cuerpo del delito’ para así poderlo procesar.

⁴⁷⁸ Cfr. INICIATIVA DE DECRETO por el que se conforman los artículos 16,19,20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.(Hasta su Aprobación por la Cámara de Senadores el 1 de octubre de 2008).

No se trata de hacer reformas por el sólo hecho de que las doctrinas en las que se basan hayan tenido éxito en otras naciones, sino porque como se demostró en este trabajo, la sustancia de una teoría es lo que debe impulsar a hacer la reforma, en el sistema causalista había problemas para tipificar delitos en los que se requiera aspectos subjetivos.

6.2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008.

Los artículos transcritos del Código de Procedimientos Penales serán modificados en los próximos años, pues mediante la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada el día 18 de junio de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación*, se reformaron entre otros, los artículos 16 y 19 de dicho ordenamiento supremo, ello por ser necesario dicho cambio para adecuarlos al nuevo sistema de justicia penal acusatorio.

En efecto, resulta que en dicha reforma constitucional, se procedió a eliminar nuevamente dicho concepto de cuerpo del delito establecido previamente en los artículos 16 y 19 de la Ley Suprema y en lugar de solicitar la acreditación del cuerpo del delito, ahora se requiere que las constancias que integren la investigación, se desprenda que el indiciado haya cometido el hecho que la ley señale como delito.

En esta ocasión, el motivo por el cual los legisladores decidieron eliminar el concepto del cuerpo del delito de dichos artículos constitucionales, obedece a que consideraron que con la nueva redacción se permite una exigencia probatoria más clara y sencilla para solicitar una orden de aprehensión⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ "En lugar de la obligación de acreditar el cuerpo del delito, se introduce una exigencia probatoria clara y sencilla para solicitar una orden de *aprehensión*, lo que agilizará la conclusión de la investigación, por una parte, y la intervención del juez en el caso, por la otra, en beneficio de una justicia penal pronta y expedita." *Cfr.* Cámara de Diputados, Senado de la República LX Legislatura y Gobierno Federal de los Estados Unidos Mexicanos. *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia. Guía de consulta ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma.* Talleres Gráficos de México, 2008. Pág. 16

Así las cosas, la redacción del artículo 16 en su tercer párrafo⁴⁸⁰ dispone:

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”

Por otra parte, el numeral 19 establece:

“Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”

Ahora bien, en acatamiento a lo dispuesto por la Ley Suprema en el tema relacionado a la orden de aprehensión, el Honorable Congreso del Estado de Nuevo León, modificó el artículo 15 de la Constitución Estatal, quedando el texto en los mismos términos que lo dispuesto en el 16 del Pacto Federal, lo cual se evidencia al dar lectura a dicho dispositivo:

“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 con pena privativa de libertad, y obren datos que

⁴⁸⁰ El texto de la reforma constitucional del artículo 16 Constitucional se efectuó el día 8 de marzo de 2008, en ese momento se colocaba el texto transcrito en su segundo párrafo. Sin embargo, posteriormente en el *Diario Oficial de la Federación*, mediante decreto publicado el día 1 de junio de 2009 se adicionó un texto en el segundo párrafo, por lo que la parte conducente a los requisitos para girar la orden de aprehensión, se recorrieron hacia el tercer párrafo, que es donde actualmente se encuentran. *Cfr.* DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN 1 de junio de 2009.

establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”⁴⁸¹.

Por su parte, en cumplimiento al artículo 19 de la Ley Suprema, el Honorable Congreso del Estado de Nuevo León, modificó el artículo 18 de la Constitución Local, quedando el texto del primer párrafo de la siguiente manera:

“Artículo 18.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso, en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos suficientes que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”⁴⁸².

Del texto de los artículos transcritos, se desprende que para determinar si el indiciado cometió el hecho delictivo, en lugar de determinar si de autos se desprenden elementos suficientes para acreditar el cuerpo del delito, ahora después de la última reforma de las Constituciones Federal y Local, se requiere acreditar que el indiciado cometió o participó en la comisión del hecho que la Ley marca como delito. El hecho que se incluya la expresión “el hecho que la ley señale como delito”, implica desde nuestro punto de vista, que para que se presenten los supuestos para dictar una orden de aprehensión y un auto de formal prisión se requiere estudiar la conducta del indiciado y compararla con la descrita en la Ley como delito, y así determinar si la conducta es típica, es decir, se tendrá que estudiar si se actualizan los elementos del tipo.

En efecto, una conducta típica, es aquella descrita en la ley como delito, por lo que tenemos que se está regresando de facto, a la reforma prevista en 1993, cuando se

⁴⁸¹ Cfr. Decreto número 182 publicado en el *Periódico Oficial del Estado de Nuevo León* el día 31 de marzo de 2011. Pág. 3

⁴⁸² Cfr. *Ibidem*. Pág.7

tenían que acreditar los elementos del tipo. Consideramos que el texto vigente de la Constitución, encuadra en la teoría finalista de la acción, pues existen delitos, como lo es el caso de la tentativa, en los cuales para determinar si se han cometido, aún de una forma presuntiva, se requerirá entrar al estudio de los elementos subjetivos, como el dolo.

Asimismo, a consecuencia de las reformas a la Constitución Federal, la orden de aprehensión ha pasado a ser una providencia precautoria y en el proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales elaborado por el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal de la Secretaría Técnica se encuentra ubicada en el numeral 225, que enseguida se transcribe:

“El juez de control, a solicitud del ministerio público, puede ordenar en los términos previstos por este código, la aprehensión de una persona cuando se ha presentado denuncia o querrela, de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y derivado de la investigación correspondiente obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.”⁴⁸³

Por otra parte en la iniciativa al decreto correspondiente al Código Procesal Penal de nuestra Entidad, en su artículo 178 dispone lo siguiente:

“Cuando de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público se desprendan datos que permitan establecer la probabilidad de que se ha cometido un hecho determinado que la ley señale como delito que se encuentre sancionado con pena privativa de libertad y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, el Juez a solicitud del Ministerio Público podrá ordenar la aprehensión del imputado para ser conducido a su presencia sin previa citación a fin de

⁴⁸³ Cfr. Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, Aprobado mediante acuerdo COCO/01/VI/10 del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, febrero de 2011, Pág.101

formularle la imputación. Cuando de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público se desprendan datos que permitan establecer la probabilidad de que se ha cometido un hecho determinado que la ley señale como delito que se encuentre sancionado con pena privativa de libertad y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, el Juez a solicitud del Ministerio Público podrá ordenar la aprehensión del imputado para ser conducido a su presencia sin previa citación a fin de formularle la imputación.⁴⁸⁴

Como se desprende, en ambos casos para girar la orden de aprehensión, entre otros elementos, se requiere que se haya cometido un hecho determinado que la Ley señale como delito y que haya la probabilidad de que el quejoso haya participado o cometido el hecho. Similares requisitos se presentan en ambas legislaciones para efecto de dictar el “auto de vinculación al proceso”, tal y como se desprende en los siguientes renglones.

Ahora bien, respecto al auto de formal prisión, es importante señalar, que con el nuevo proceso penal acusatorio, contradictorio el mismo ha dejado de incluirse en la Ley Suprema, pues tal y como se menciona en el artículo 19 previamente transcrito, ahora en su lugar, se utiliza el concepto “auto vinculación al proceso” incorporándose dicha terminología de igual forma, en la legislación procesal penal.

De igual forma, en la legislación procesal tanto penal federal la de nuestro Estado, está proyectado cambiar el concepto de “auto de formal prisión” por el de “auto de vinculación al proceso”. Lo anterior queda evidenciado al dar lectura a lo dispuesto sobre el tema tanto a nivel federal como en el estado de Nuevo León, disponiendo el primero de ellos, lo siguiente:

“La vinculación a proceso se decretará por auto debidamente fundamentado y motivado, en el cual se exprese:

⁴⁸⁴Cfr. Expediente: 6906/LLXXII iniciado el 9 de mayo de 2011 del H. Congreso del Estado de Nuevo León, correspondiente a la *Iniciativa de decreto por la que se expide el Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León*, presentada por el Gobernador del Estado de Nuevo León y Otros.

- I. Los datos personales del imputado;
- II. Los datos que establezcan que se ha cometido el hecho que la ley señale como delito que se le imputa, y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, en los términos del artículo 409 de este código;
- III. El lugar, tiempo y circunstancias de ejecución; y
- IV. El plazo de la investigación formalizada.⁴⁸⁵

Asimismo, el referido proyecto del Código Adjetivo para nuestra Entidad, dice:

“El Juez, a petición del Ministerio Público decretará la vinculación del imputado a proceso siempre que se reúnan los siguientes requisitos:”

“I. Que el imputado haya escuchado la formulación de imputación y tenido oportunidad de contestarla mediante su declaración.”

“II. Que de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público se desprendan datos que permitan establecer la probabilidad de que se ha cometido un hecho determinado que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, y”

“III. Que no se encuentre demostrada, por encima de toda duda razonable, una causa de extinción de la acción penal o pretensión punitiva.”

El auto de vinculación a proceso únicamente podrá dictarse por los hechos que fueron motivo de la formulación de la imputación, pero el Juez podrá otorgarles una clasificación jurídica diversa a la asignada por el Ministerio Público, siempre que haya escuchado previamente a las partes.”

En efecto, al igual que en la orden de aprehensión, como requisitos para el auto de vinculación al proceso, se requiere que se haya cometido un hecho señalado como

⁴⁸⁵ Cfr. *Ibidem*. Págs. 181-182.

delito y que exista probabilidad que el imputado lo cometió o participó en él, eliminando del texto procesal penal el concepto de “cuerpo del delito” siendo que ahora, se debe acreditar un hecho señalado por la Ley como delito, lo cual implica que se pueden estudiar los elementos objetivos y subjetivos desde de la figura delictiva, pues ello es lo que marca la pauta, al igual que la probable responsabilidad del imputado, para poder vincularlo al procedimiento penal.

No pasamos por alto, que el auto de vinculación al proceso se asimila al auto de formal prisión únicamente en el hecho de que en ambos casos se le informa al ⁴⁸⁶imputado el delito o delitos por el que se le persigue, sin embargo, su diferencia consiste en que en el primero de los mencionados no se requiere resolver sobre la libertad del imputado, pues ello es materia de las medidas cautelares, de igual forma, para vincular al imputado al proceso, deben obrar en la carpeta de investigación datos que demuestren la probable responsabilidad del imputado y que se cometió un hecho señalado en la ley como delito y no pruebas formalizadas como ocurre con el auto de formal prisión.⁴⁸⁷

⁴⁸⁷ Sobre el tema, nuestros Tribunales Colegiados de Circuito Especializados en Materia Penal han emitido el siguiente criterio: “**AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. SU NATURALEZA Y EFECTOS SON DISTINTOS AL DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE OAXACA).** El auto de formal prisión en los procedimientos tradicionales y el auto de vinculación a proceso en el procedimiento penal adversarial son de naturaleza y efectos distintos, pues el primero no tiene sentido y sustento bajo el nuevo sistema de enjuiciamiento oral, de corte garantista, en el que los imputados deberán ser considerados inocentes, hasta que se dicte sentencia firme en su contra, además, cuenta con nuevas reglas procesales, ya que para dictar un auto de vinculación a proceso únicamente se requiere que los datos (no pruebas formalizadas) que fueron recabados en la carpeta de investigación establezcan el delito que se atribuye al imputado, el lugar, tiempo y las circunstancias de ejecución, y que exista la probabilidad de que él lo cometió o participó en su comisión; incluso se sustituyó la determinación de resolver sobre la libertad del imputado, pues eso, en su caso, será motivo de una medida cautelar, la que de manera independiente deberá solicitar la autoridad investigadora de los delitos; además, el Juez sólo puede decretar la prisión preventiva a petición del Ministerio Público cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado está siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso; y el Juez sólo podrá decretar la prisión preventiva de oficio, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como en delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, y que pongan en riesgo el libre desarrollo de la personalidad y la salud.” *Cfr.* Registro No. 162926. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXXIII, Febrero de 2011. Página: 2253. Tesis: XIII.P.A.28 P. Tesis Aislada. Materia(s): Penal. Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Tercer Circuito.

De lo anteriormente expuesto, consideramos que el hecho de que en la legislación de Nuevo León, deje de ser un requisito comprobar el cuerpo del delito y en su lugar se prevea como requisito acreditar que acaeció un hecho descrito en la ley como delito, ello representa una avance hacia la teoría finalista de la acción, pues ya sean objetivos o subjetivos los elementos de la figura delictiva, los mismos se van a estudiar en la sede del tipo, antes de llegar a la culpabilidad, tal y como lo dispone la referida teoría. Sin embargo, ello no soluciona el problema del concurso de teorías causalista, finalista y funcionalista en el Estado de Nuevo León, como demostraremos en los próximos renglones.

CAPÍTULO 7º

APLICACIÓN DE LAS TEORÍAS DEL DELITO EN LA NORMATIVA DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

7.1. LA APLICACIÓN DEL CAUSALISMO EN EL SISTEMA PENAL DE NUEVO LEÓN.

Después de estudiar la teoría causalista, finalista y funcionalista, ahora veremos la aplicación del causalismo, en la legislación penal de Nuevo León. En el entendido de que en este apartado abundaremos sobre la aplicación de dichas teorías, pues al estudiar cada una de ellas, se señaló sobre su aplicación. Para ello, consideramos que la aplicación de dicha teoría se encuentra expresamente en el artículo 26 del Código Penal de la entidad, que expone el concepto de culpabilidad ubicando al dolo y culpa dentro de dicho carácter, lo cual se hace evidente al dar lectura a dicho numeral que dispone:

“Toda persona acusada de delito se presume inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley, misma que será determinada en juicio, en el que se cumplan todas las formalidades esenciales del procedimiento y se le otorguen las garantías necesarias para su defensa; Sólo podrá realizarse la imposición de las penas, si la acción u omisión juzgada ha sido realizada con dolo, culpa o preterintención.”

Pues bien, para determinar si la acción u omisión de la persona indicada es culpable, entonces además de estudiar los aspectos subjetivos como lo son el dolo y la culpa, también se requiere un elemento valorativo, que lo es el juicio que se sigue en el que se deberá determinar si la acción es culpable o no.

Tal y como se estudió en anteriores páginas, el sistema neocausalista, exige que en la culpabilidad, se ubique el estudio del dolo, la culpa y los elementos normativos.

En el artículo transcrito, se desprende que los elementos subjetivos citados están ubicados en la culpabilidad y al exigir la reprochabilidad de la conducta previo juicio, implica que también se ubican los elementos valorativos en la culpabilidad, por lo tanto en este artículo se aplica la teoría causalista.

Aún y cuando al estudiar el cuerpo del delito, se destacó el avance que se logró en las reformas a la Ley Suprema de fecha 18 de junio de 2008, mediante el cual exige como uno de sus requisitos para dictar la orden de aprehensión y de igual forma, el auto de vinculación al proceso, acreditar que se cometió una conducta tipificada como delito, es decir, que se tiene que para cumplir con dichas disposiciones se requiere estudiar si los elementos de la figura delictiva se actualizan en la conducta, lo cual implica que en el caso de la tentativa, habría que hacer el estudio desde que estamos en la sede del tipo, lo cual implica que con dichas reformas constitucionales, se dio el paso hacia la teoría finalista de la acción, sin embargo, a pesar de ello, el cambio no es total, pues de acuerdo al artículo 26 del Código Penal de Nuevo León previamente transcrito, el concepto de culpabilidad expuesto, implica que se toma de la teoría causalista. Ello implica que el concurso teorías en la legislación penal de Nuevo León, subsiste.

De igual forma, en el artículo 39 del Código Penal de Nuevo León, se desprende que se aplica el causalismo, pues tiene una tendencia hacia la teoría de la relevancia, que estudiamos con anterioridad, lo cual se desprende al dar lectura a dicho numeral, que dispone:

“Responderán por la comisión delictiva, quien o quienes pongan culpablemente una condición de la lesión jurídica, entendiéndose por tal, un comportamiento físico o psíquico, que trasciende al delito, y que de no haberse dado o no haber existido, tampoco se hubiere dado la comisión delictiva. Por tanto, debe entenderse que ponen culpablemente una condición del resultado:”

“I. Los autores intelectuales y los que tomen parte directiva en la preparación o ejecución del mismo;”

“II. Los que inducen o compelen a otros a cometerlos;”

“III. Los que cooperen o auxilien en su ejecución, ya sea por conducta anterior o simultánea; y”

“IV. Los que, por acuerdo previo, auxilien a los delincuentes, después de que estos realicen la conducta delictuosa.”

Dicho artículo tiene en su primer párrafo una clara tendencia causalista, en virtud de que en el mismo, al igual que en la teoría de la relevancia, se debe hacer una supresión mental de la conducta delictiva para determinar si al hacerlo el resultado no hubiera acaecido, si es así entonces el sujeto activo es responsable de la conducta. Sin embargo, a diferencia de la teoría de la relevancia, en este caso, además de forma fraccionada, se acotan las condiciones por las cuales se puede responsabilizar al sujeto por una conducta.

7.2. LA APLICACIÓN DEL FINALISMO EN EL CÓDIGO PENAL DE NUEVO LEÓN.

En los casos de delitos de tentativa, no se puede presumir la probable comisión del delito únicamente con los elementos objetivos materiales del delito. Pues la tentativa requiere la intención de cometer el hecho típico. Es por ello, al tratar el tema de la tentativa, nuestro Código Penal cambia de la teoría causalista a la finalista, lo cual se desprende al dar lectura a lo expuesto en el artículo 31 del Código Penal de la entidad en comento que a la letra dice:

“La tentativa es punible cuando se realizan actos de ejecución idóneos, encaminados directamente a la consumación de un delito, y éste no llega a producirse por causas ajenas a la voluntad de quien representó el hecho.”

De lo anteriormente expuesto, se desprende que para que para integrar el tipo de tentativa, se requiere como elemento principal la voluntad de ejecutar algún delito. Si no

hay voluntad para ejecutar algún delito, entonces no hay tentativa. Además de que la persona debe representarse el resultado, uno de los requisitos de la acción en el sistema finalista.

Para determinar de forma presuntiva que se ha cometido un delito de tentativa, se requiere estudiar forzosamente, aunque sea de una manera teórica, la representación de y la intención a nivel de tipo, sino no se puede considerar ni presumiblemente que se ha cometido un delito de tentativa, pues el mismo delito lleva como uno de los elementos del tipo, el dolo.

Lo anterior se hace más evidente, al dar lectura a las causas por las cuales conductas no encuadran en la tentativa y por ello no son punibles:

“Artículo 32. No es punible la conducta de quien desiste voluntariamente de la ejecución del delito o de quien habiendo participado en su preparación, impide que el resultado se produzca; sin embargo, en ambos casos se sancionará por los delitos consumados en la preparación del delito tentado.”

“Artículo 33. Siendo varios los que participen en el hecho no se sancionará por tentativa, a quien voluntariamente impida la consumación del delito, o a quien demuestre una determinación espontánea y objetiva para impedir su consumación, aunque ésta llegue a realizarse a pesar de su empeño o impedirlo. En ambos casos, se aplicarán a todos los partícipes las sanciones que correspondan por los delitos consumados por ellos o con su intervención en la preparación del delito tentado.”

“Artículo 34. No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa, cuando fuere imposible la consumación del delito.”

Lo anterior hace todavía más evidente la fundamental importancia del elemento subjetivo del dolo en el tipo, de los casos señalados para que no sea punible la

tentativa el único independiente del aspecto volitivo es la prevista en el numeral 34, que se refiere a que no será punible cuando fuere imposible la consumación del delito. Por lo que para determinar si un delito encuadra en el tipo de tentativa, de acuerdo al mismo artículo, es necesario estudiar los aspectos subjetivos del delito desde el tipo, tal y como lo indican los postulados de la teoría finalista. Así que con este ejemplo se demuestra de nueva cuenta la aplicación del sistema finalista en el ordenamiento penal del estado de Nuevo León.

Hay otros tipos de delito donde el tipo exige para su configuración el dolo, entre ellos se exponen los siguientes casos:

“Artículo 217. Comete el delito de peculado:”

“I. Todo servidor público que ...”

“III. Cualquier persona que dolosamente solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos públicos o del disfrute los beneficios derivados de los actos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 208 de este Código; y...”

“Artículo 224. Se impondrán las sanciones previstas en este Capítulo a los servidores públicos, empleados o auxiliares de la Administración y Procuración de Justicia y de los Tribunales Administrativos, que cometan alguno de los siguientes delitos:”

“I. Conocer de negocios ...”

“VII. Dolosamente ejecutar o incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan a alguien una ventaja indebida; ...”

“XXVII. Alterar dolosamente el lugar en donde se cometió un delito, ya sea moviendo, ocultando, alterando, destruyendo, manipulando, obstruyendo o modificando, instrumentos, objetos, indicios, huellas, vestigios o cualquier evidencia involucrada en su comisión, así como ciolando el acordonamiento del lugar o permitir el ingreso al interior del mismo a personas no autorizadas.”

“Artículo 406 Bis. Comete el delito de invasión de inmueble:

“I. El propietario de un inmueble ...”

“II. Quienes reciban o participen **dolosamente** en la recaudación de cuotas en efectivo o en especie a título de gestión, administración, representación o derecho de permanencia en el inmueble al que se refieren las fracciones anteriores, de las personas o familias que conforman el asentamiento humano irregular.”

De los casos transcritos anteriormente, se desprende que para que se actualice su tipo, se requiere que sean cometidos dolosamente, es decir cuando se está haciendo el análisis de la probable comisión del delito, se tiene que estudiar a nivel de tipo, el elemento subjetivo dolo; sino se hace así, entonces no se puede considerar que se ha cometido ni “probablemente” el delito. Esto en virtud de que el dolo lo lleva expresamente en el tipo.

El artículo 553 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León, que señala los casos en que se seguirán los procedimientos orales, establece:

“**Artículo 553.-** Las normas contenidas en el presente Capítulo serán aplicables para el procesamiento de los siguientes delitos previstos en el Código Penal para el Estado de Nuevo León:

“I. Los cometidos por culpa;”

“II. Los de querrela previstos en los Artículos ...”

“III. Los de oficio previstos en los Artículos...”

“Este procedimiento ante los Órganos Jurisdiccionales será **preponderantemente Oral**, se realizará sobre la base de la acusación y se regirá por los principios de oralidad, inmediación, concentración, continuidad, contradicción y publicidad, salvo las excepciones previstas en este Código y las Leyes aplicables. En lo no previsto por este capítulo, se aplicarán supletoriamente las normas comunes de este Código, siempre que las mismas no contravengan los citados principios.”⁴⁸⁸

⁴⁸⁸ En la iniciativa del decreto para expedir el Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León se desprende que en 2012 se irá aplicando de forma gradual por delitos el sistema oral, acusatorio, adversarial hasta culminar todo el catálogo de delitos previstos en el Código Penal de Nuevo León hasta 2016, esto en

Así pues, el juicio oral penal se seguirá además de los artículos previstos de forma enunciativa en las fracciones II y III, contra delitos culposos.

De nueva cuenta tenemos la aplicación del sistema final de la acción, pues en los delitos culposos, hay que estudiar la voluntad del sujeto activo en la sede del tipo, pues forma parte de él. Si por ejemplo estamos ante un delito de lesiones culposas, para determinar si encuadra en ese tipo, se debe hacer el análisis del elemento subjetivo culpa en la sede de tipo.

En los casos de los delitos tipificados en los artículos previamente transcritos, se debe hacer el estudio de la culpa o del dolo forzosamente en el tipo, dado que dichos elementos forman parte del tipo. Con ello demostramos, el concurso de la teoría causalista y finalista en el sistema penal de Nuevo León.

No se puede estimar, que el dolo y la culpa se determinan hasta la culpabilidad, si el artículo 209 del Código Procesal en cuestión, señala que se puede solicitar la orden de comparecencia en los casos de delitos culposos no graves y el indiciado no se encuentre detenido, lo cual se hace evidente al dar lectura a dicho artículo que establece:

“El Ministerio Público solicitará al Juez dicte la orden de comparecencia tratándose de delitos sancionados con pena no privativa de la libertad o alternativa, o bien cuando se trate de delitos perseguibles a instancia de parte sancionados con pena máxima de tres años de prisión o de oficio sancionados con pena máxima de dos años de prisión. Lo mismo sucederá en casos de delitos culposos no graves y el indiciado no se encuentre detenido.”

cumplimiento a lo dispuesto en el artículo Segundo Transitorio de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, lo cual implica que desde enero de 2012 entrará en vigor de forma gradual el nuevo Código Procesal Penal para la entidad el cual inicia a aplicarse para los casos de los delitos expresamente señalados en el Segundo Transitorio de la propuesta referida del Gobernador del Estado.

Como se desprende de lo dispuesto en dicho artículo, en los casos de delitos culposos no graves y el indiciado no se encuentre detenido, se solicitará al Juez se dicte orden de comparecencia.

A nuestro parecer, esto implica que se está estudiando la culpa antes de llegar a la culpabilidad, pues antes de que se siga el juicio, ya se estudió dentro del tipo la culpa, incluso para solicitar la orden de comparecencia, se estudió la culpa en el tipo. Lo anterior, en virtud de que tal y como lo señala el artículo 26 del Código Penal de la entidad, la culpabilidad se determina en juicio, en el que se sigan todas las formalidades esenciales del procedimiento y se le otorguen las garantías necesarias para su defensa.

Nuestro Código Penal no tiene algún artículo en que se exponga en número cerrado, los delitos que puedan ser considerados culposos. Algunos artículos que prevé nuestro Código como delitos culposos, son los siguientes:

“ARTÍCULO 166.- Comete el delito de evasión de presos el que favoreciere la fuga de una o más personas que se encuentren privadas de su libertad.”

“Al responsable de este delito, se le impondrán:”

“I.- De un mes a dos años de prisión, si ...”

“Si la evasión se **ha causado por culpa**, se sancionará con una pena de un mes a tres años de prisión.”

Como se desprende, nuestro código también prevé sanción para el delito de evasión de presos, cuando el mismo se ocasiona en forma culposa. Lo mismo sucede en los delitos de lesiones, homicidio y daño en propiedad ajena, el cual también se puede configurar cuando se comete de forma culposa de acuerdo a nuestro Código, lo cual se evidencia al dar lectura a los artículos 300, 307, 308, 314, 403 y 406 que enseguida transcribo:

"**Artículo 300.** Comete el delito de lesiones el que infiera a otro un daño que deje en su cuerpo un vestigio o altere su salud física o mental."

"**Capítulo II**"

"**Lesiones culposas**"

"**Artículo 307.** Si las lesiones se causan por **culpa**, se aplicarán las sanciones a que se refieren los artículos 65 y siguientes."

"**Artículo 308.** Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro."

"**Capítulo IV**"

"**Homicidio Culposo**"

"**Artículo 314.** Si el homicidio se ha causado por **culpa**, se sancionará conforme a los artículos 65 y 66."

"**Artículo 403.** Comete el delito de daño en propiedad ajena, el que cause incendio, inundación o explosión, con daño o peligro de:"

"I. Un edificio vivienda o..."

"**Artículo 406.** Si el daño es culposo, la sanción se aplicará de acuerdo con los artículos 65 y 71 de éste Código."

Aunque es cuestionable que una evasión de presos pueda ser ocasionada con culpa, así lo determina nuestro Código. Pero lo que al caso ocupa, es que tratándose de los delitos arriba transcritos, se aplica el sistema finalista, dado que de nuevo, la culpa forma parte del tipo, lo cual en los casos de lesiones y homicidio, se hace todavía mas evidentes, dado que incluso se denominan "lesiones culposas" y "homicidio culposo". Cabe señalar que los artículos desde el 65 hasta el 72 prevén las sanciones que se aplicarán por la comisión de delitos culposos.

Así pues, si lo que pretendía el legislador federal mediante su reforma constitucional de 1999, era regresar del sistema finalista al causalista no se logró, dado que como se desprende de lo anteriormente expuesto, nuestro ordenamiento penal continúa aplicando el sistema finalista en algunos de sus delitos, no hay manera en considerar que

los delitos de los que se trató anteriormente se hayan cometido, si no es estudiando la culpa o el dolo en su caso, en la sede de tipo, como lo exige la teoría finalista de la acción.

Sin embargo, con las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, se ha logrado un gran avance, el cual, debido a su obligatoriedad, se verá traducido en el sistema penal de Nuevo León una vez que entren en vigor las reformas, pues en ese entonces, dejará de usarse el concepto de cuerpo del delito y si bien en la reforma constitucional en referencia, no se establece que deberán acreditarse los elementos del tipo para girar la orden de aprehensión y para dictar el auto de vinculación al proceso, si exige que se deberá demostrarse que el hecho deberá ser señalado por la Ley como delito.

7.3. LA APLICACIÓN DEL FUNCIONALISMO EN EL SISTEMA PENAL DE NUEVO LEÓN.

Si bien, en nuestro sistema penal no se ha adoptado el funcionalismo en lo que se refiere a la teoría del delito, lo cual consideramos que al menos por ahora es bueno, pues la imputación objetiva, en la que en gran parte, se basa la teoría del delito funcionalista, no ha sido determinada, pues tal y como se mencionó en el capítulo de funcionalismo, al menos entre ROXIN y JAKOBS hay diferencias en sus postulados. Consideramos que no es lo adecuado elaborar un Código que contenga los criterios de la imputación objetiva, si los criterios actuales no se pueden considerar superados.

Sin embargo, en lo referente a los fines de la pena, nuestro ordenamiento penal sí ha adoptado la aplicación de sistema funcionalista. Para lo cual mencionamos estudiamos algunos artículos donde se desprende el estudio de dicha teoría.

Primero transcribiremos parte de lo expuesto en la exposición de motivos de para las reformas al Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León publicadas en el Decreto número 118, emitido por el Congreso del mismo estado en el

Periódico Oficial del Estado de Nuevo León el día 28 de julio de 2004, sobre el enfoque funcionalista, que desde ese entonces, se pretende dar al fin de la pena:

“Se detectó que nuestra legislación penal se enfoca al castigo del delincuente, sin una verdadera política de prevención del delito y en su caso de readaptación del sentenciado; el sentir común del ciudadano es que sólo existe el castigo para los delincuentes que no cuentan con los recursos necesarios para solventar los gastos que implica la defensa en un procedimiento judicial.”

De lo expuesto se desprende que en nuestro estado, la pena tenía fines retributivos, pues dice que se enfocaba en el castigo del delincuente, sin embargo, lo que se busca en dicha reforma es ahora aplicar teorías preventivas y de resocialización, características del sistema funcionalista, como se desprendió al estudiar dicho tema.

Ahora bien, los objetos de la reforma se ven traducidos al dar lectura al Código Penal en mención, que en el capítulo de sanciones, define prisión como:

“Artículo 48.- La prisión consiste en la privación temporal de la libertad, durante un lapso no menor de tres días ni mayor de sesenta años, de acuerdo con las sanciones que se establezcan para cada delito; se cumplirá en los lugares o establecimientos que fijen las leyes, los reglamentos o las autoridades administrativas, con la finalidad de reinsertar socialmente al interno y procurando que no vuelva a delinquir.”

Como se desprende del artículo 48 del Código Penal para el Estado de Nuevo León, define la prisión como la privación temporal de la libertad, pero lo más importante para el tema en estudio, es la finalidad que se le otorga a la pena, que es ejercer sobre el interno la acción readaptadora.

Después, el mismo Código, continúa exponiendo las sanciones, entre las que se encuentran además de la prisión, la multa y el trabajo en beneficio de la comunidad:

“Artículo 50.- La multa consiste en pagar al Estado la suma que se fije en la sentencia; Para la fijación del monto de la multa, el juzgador deberá tomar en consideración la capacidad económica del sentenciado. Cuando éste no pudiera pagar la multa que se le hubiere impuesto como sanción, el juzgador fijará en substitución de la misma, jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad, que no podrán exceder de noventa.”

De lo anteriormente expuesto, se desprende que se prevé como sanción la multa, sin embargo como sanción substituta se prevé el trabajo en beneficio de la comunidad, sobre el trabajo en beneficio de la comunidad, el Código en consulta expone:

“Artículo 51.- El trabajo en beneficio de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en lugares de interés social e instituciones educativas, de asistencia social, o de beneficencia privada. Este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al destinado al desarrollo de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que puedan exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora. El número de jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad será fijado por el Juez, considerando las circunstancias del caso; El trabajo en beneficio de la comunidad puede ser pena autónoma en los casos en que así lo determine este Código, pena substitutiva de la prisión o de la multa o bien, puede ser de imposición conjunta a otras penas substitutivas de la prisión; Se impondrá como pena substitutiva de prisión cuando la pena a imponer no exceda de cuatro años de prisión y el procesado no represente un peligro para la sociedad. En estos casos, cada día de prisión podrá ser substituido por una jornada de trabajo en beneficio de la comunidad, siempre que el Juez así lo determine. La substitución de la pena

de prisión por trabajo en beneficio de la comunidad, no excluye la aplicación de la multa que corresponda;”

“Para la imposición y ejecución de esta pena, se deberán tomar en cuenta los siguientes aspectos: **I.** Deberá fomentar en el sentenciado los valores primordiales para la sociedad, como lo son el respeto a las instituciones públicas y a los derechos de los demás; **II.** Se desarrollará de manera digna y por ningún concepto se aplicará en forma que resulte degradante o humillante para el sentenciado y de ser posible, la autoridad ejecutora podrá ofrecerle dos o más alternativas para el desempeño de las jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad. El servicio prestado se llevará a cabo en un lugar que no sea propicio para su tendencia delictiva; **III.** Cada jornada de trabajo en beneficio de la comunidad constará de tres horas, bajo la supervisión de la autoridad ejecutora y no podrá exceder de tres veces a la semana; **IV.** Tratándose de los delitos culposos a los que se refiere el artículo 66 primer párrafo de este Código, el trabajo en beneficio de la comunidad jamás será impuesto como pena autónoma o como substitutiva de la prisión, pero siempre se impondrá de manera conjunta con otras penas substitutivas de la prisión, si el Juez hubiere determinado estas últimas; **V.** En los casos en los que esta pena se imponga de manera conjunta con alguna o algunas de las penas substitutivas de prisión, el trabajo en beneficio de la comunidad, tendrá una duración de tres a treinta jornadas de trabajo; y **VI.** Cuando el trabajo en beneficio de la comunidad se hubiere impuesto como pena substitutiva de la prisión o de manera conjunta a otra de las substitutivas de prisión, si el sentenciado no cumple con el trabajo en beneficio de la comunidad, se le hará efectiva la pena de prisión substituida y las jornadas de trabajo comunitario no cumplidas, se conmutarán por internación en cualquier centro penitenciario.”.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que para la procedencia de dicha sanción, se debe tomar en cuenta la peligrosidad del procesado, dado que la pena a imponer no debe exceder de cuatro años y no debe representar un peligro para la sociedad.

Ello implica que si no es un peligro para la sociedad, es mejor para ésta, que el procesado realice trabajo en beneficio de la comunidad en lugar de estar privado de su libertad sin producir. Por ejemplo, un maestro que haya sido procesado por un delito de lesiones culposas ocasionadas por accidente automovilísticos, es más útil a la sociedad impartiendo educación que estando recluido en un centro penitenciario.

El trabajo en beneficio de la comunidad; de acuerdo a dicho artículo, debe fomentar al sentenciado los valores primordiales para la sociedad, como lo son el respeto a las instituciones públicas y a los derechos de los demás, lo que implica que se sigue la doctrina funcionalista de ROXIN sobre el fin de la pena, que señala que se debe prevenir el delito no mediante intimidación sino mediante la resocialización.

Asimismo, se exige que el trabajo comunitario no debe ser denigrante ni humillante, otra característica de la teoría del fin de la pena de ROXIN, que como vimos al estudiarla, considera que la pena siempre se debe buscar respetar la dignidad humana.

En el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León, encontramos otro ejemplo del funcionalismo, que es la suspensión del procedimiento a prueba del procesado, mediante el cual como medio alternativo para del cual transcribimos los artículos 610 de dicho ordenamiento:

Artículo 610. La suspensión del procedimiento a prueba del procesado, es la medida decretada por el Juez o Tribunal, a petición del inculcado y la defensa que tiene como propósito suspender los efectos de la acción penal a favor del primero y evitar la determinación del Juicio de responsabilidad penal en una sentencia, sujetándose a los siguientes requisitos: **I.** Que no exista oposición fundada del Ministerio Público o del ofendido; **II.** Que se trate de un delito no calificado como grave y cuya pena máxima de prisión no sea mayor de ocho años incluyendo las modalidades o circunstancias modificativas del delito; **III.** Que el inculcado no haya sido

condenado con anterioridad por sentencia ejecutoria, por delito doloso, o que se encuentre sujeto a un proceso penal. **IV.** Que no se haya concedido el mismo beneficio en proceso diverso. **V.** Que de la circunstancia del hecho y personales del inculcado no existan datos que permitan racionalmente presumir que, de concederse la suspensión, se presentarían riesgos graves a los bienes jurídicos de las personas. **VI.** Que el inculcado celebre con la víctima u ofendido, si los hubiere, un acuerdo reparatorio de daño y/o perjuicio; Dicho acuerdo deberá contener el monto y la forma en que habrá de pagarse. El inculcado se libera de la obligación pagando o consignando en el juzgado de su proceso la cantidad acordada. La víctima u ofendido comparecerá a recibir el pago o a ver la cantidad consignada a su favor; **VII.** Que se solicite antes del desahogo de pruebas, y tratándose del Procedimiento regulado en el capítulo Primero del Título Décimo Cuarto, hasta antes de que se dicte auto de apertura de juicio Oral. **VIII.** Que se comprometa a cumplir con las medidas y condiciones que el Juez fije.”

Como podemos advertir se prevé una salida alterna previa a la conclusión del proceso, lo cual se prevé para casos en los cuales si se cumplen con los supuestos de dicho artículo y se cumplen las condiciones fijadas por el Juez, entonces sería innecesaria la pena, por lo que se actualiza el supuesto previsto por ROXIN, que considera que las penas deben aplicarse únicamente cuando sea necesario y de igual forma, se trata de prevenir el delito mediante figuras resocializadoras(al igual que el funcionalismo) y no retribucionistas.

De igual forma, en el nuevo Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León publicado en el Periódico Oficial del Estado de Nuevo León el día 5 de julio de 2011, prevé la misma figura de suspensión del procedimiento a prueba del procesado, en términos similares a lo previsto en el numeral previamente transcrito, ello se hace evidente al dar lectura al artículo 231 que regula la procedencia de dicha figura, que al efecto dispone:

“La suspensión del proceso a prueba del procesado, es la medida decretada por el Juez o Tribunal, a petición del imputado, su defensor o el Ministerio Público, que tiene como propósito suspender los efectos de la acción penal a favor del primero y evitar la determinación del juicio de responsabilidad penal en una sentencia, sujetándose a los siguientes requisitos: I. Que no exista oposición fundada del Ministerio Público o de la víctima u ofendido;” II. Que el auto de vinculación a proceso se haya dictado por un delito, considerando sus modalidades, cuya pena máxima de prisión no exceda de ocho años, incluyendo las modalidades o circunstancias modificativas del delito; III. Que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por sentencia ejecutoria, por delito doloso, o que se encuentre vinculado a un proceso penal; IV. Que no se haya concedido el mismo beneficio en el mismo proceso o uno diverso; V. Que de la circunstancia del hecho y personales del imputado no existan datos que permitan racionalmente presumir que, de concederse la suspensión, se presentarían riesgos graves a los bienes jurídicos de las personas; y VI. Que se comprometa a cumplir con las medidas y condiciones que el Juez le fije.”.

Aunque en el caso se trata de un medio alternativo para la solución de una controversia y no de una pena, pues esta tiene que solicitarse antes del desahogo de pruebas, consideramos que la suspensión del procedimiento a prueba del procesado como una figura funcionalista, en virtud de tiende a prevenir el delito mediante medidas, no retribucionistas, sino resocializadoras.

Esto en virtud de que las medidas que se imponen para que sea procedente, tienen como finalidad la integración del procesado a la sociedad, pues se solicita mantener una ocupación lícita estable o capacitarse para adquirirla, incluso señalar que deberá prestar determinado servicio a la comunidad.

Asimismo, se desprende que si cumple con las condiciones que se le impusieron al otorgarse la suspensión del procedimiento dentro del plazo que el Juez haya

señalado para ello, entonces se extinguirá la pena, de lo contrario se revocará la medida referida y se continuará el procedimiento.

Por otra parte, en el nuevo Código Procesal Penal establece los criterios de oportunidad mediante los cuales el Ministerio Público, puede prescindir de ejercitar la acción penal entre otros, en los casos de delitos considerados de mínima sanción lo cual se hace evidente al dar lectura al artículo 94 del último de los ordenamientos citados anteriormente, que dice:

“El Agente del Ministerio Público ejercerá la Acción Penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley; No obstante, el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguno o a varios hechos o a alguna de las personas que participaron en su realización, cuando: I. En los casos en que proceda el perdón del ofendido y éste se niegue sin causa justificada a participar en un método alternativo a la solución de conflictos; II. Cuando se trate de delitos calificados como graves, en este código o que afecten a un número significativo de personas, que sean de investigación compleja y el imputado colabore eficazmente con la misma, brindando información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado, u otros conexos, o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, y siempre que en todos los casos su participación sea menos grave que la de estos últimos o los hechos delictivos por el cometido resulten considerablemente más leves que aquellos cuya persecución facilita o cuya continuación evita; III. El imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o psicológico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando en ocasión de un delito culposo haya sufrido un daño moral de difícil superación; o; IV. La pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se

debe esperar por otros hechos, o la que se le impuso o se le impondría en un proceso tramitado en otro fuero; El Agente del Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad y otras facultades discrecionales sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las pautas descritas en cada caso individual, según los criterios generales que al efecto se hayan dispuesto por la Procuraduría General de Justicia del Estado. En los casos en que se verifique un daño, éste deberá ser previamente reparado en forma razonable. En el supuesto de la fracción II de este artículo, no será un requisito indispensable el pago de la reparación del daño cuando el imputado a favor del cual se ejerce el criterio de oportunidad carezca de los recursos económicos o bienes suficientes para cubrir la misma. Quedando a salvo los derechos de la víctima u ofendido para reclamar al imputado el pago de la reparación del daño.”

Ahora pasaremos a estudiar el procedimiento abreviado, para lo cual transcribimos el artículo 601 y 608 del Código Procesal Penal vigente en Nuevo León;

“**Artículo 601.**- Se seguirá procedimiento abreviado ante el Juez de lo Penal, de Preparación de lo Penal o Mixto, según sea el caso, cuando así lo solicite el inculpado y se cumplan los siguientes requisitos: **I.** Que se haya dictado auto de formal prisión o de sujeción a proceso y que las partes se hayan conformado con el mismo; **II.** Que exista ante la autoridad judicial y en presencia de su defensor, aceptación y reconocimiento del inculpado de su participación en la comisión del hecho que se le imputa descrito en la ley como delito, y que a juicio del Juez no sea inverosímil; **III.** Que el inculpado manifieste, con anuencia de su defensor, que no tiene pruebas que ofrecer, salvo las conducentes para la individualización de la pena; o bien, en su caso, se desista, también con anuencia de su defensor, de las pruebas ya ofertadas, y que además manifieste su anuencia a ser juzgado con los elementos de prueba que existan en la causa; **IV.** Que cubra la reparación del daño o exista un convenio para dicha reparación, a satisfacción de la víctima;

V. Que no exista oposición por parte del Ministerio Público; y VI. Que se solicite dentro de los quince días siguientes a la notificación del auto de formal prisión o de sujeción a proceso. La solicitud interrumpe el término de ofrecimiento de pruebas. Sin embargo, necesariamente se revocará la apertura del procedimiento abreviado para seguir la tramitación del procedimiento que corresponda, cuando así lo solicite el inculcado o su defensor, en este último caso con ratificación del primero, dentro de los tres días siguientes de notificado el auto relativo.”

Por su parte el artículo 608 del Código Procesal Penal citado, dispone:

“En caso de dictar sentencia condenatoria dentro del Procedimiento Abreviado, el Juez, tratándose de delitos no graves, reducirá un tercio de la pena que le correspondería al inculcado.”

“Si el delito fuere grave, la reducción será de un cuarto de la pena que correspondería al inculcado.”

Así pues, al procedimiento abreviado, lo consideramos una figura funcionalista, pues mediante la confesión, el procesado obtiene una cuestión que le favorecería, en virtud de que se le reduzca la pena en un tercio en los casos de delitos no graves y un cuarto de la pena cuando el delito sea grave. El estado también se beneficia al no tener que dedicar tanto tiempo y recursos a dicho procedimiento, los cuales podrá invertir en procedimientos que por sus características así lo requieran.

De igual forma, la figura del procedimiento abreviado se encuentra prevista en el artículo 404 del nuevo Código Procesal Penal publicado en el Periódico Oficial del Estado de Nuevo León el día 5 de julio de 2011, el cual establece:

“El procedimiento abreviado se tramitará únicamente a solicitud del Ministerio Público, en los casos en que el imputado reconozca su participación en el delito que le atribuyera aquél en su escrito de acusación, y

consienta la aplicación de este procedimiento.” “La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos. Se escuchará a la víctima u ofendido, a pesar de que no se haya constituido como acusador coadyuvante, pero su criterio no será vinculante. La incomparecencia injustificada de la víctima u ofendido a la audiencia no impedirá que se resuelva sobre la apertura del procedimiento abreviado y, en su caso, se dicte la sentencia respectiva.” “El Ministerio Público solicitará el procedimiento abreviado, según los criterios generales que para tal efecto haya dictado el Procurador General de Justicia.”

Por su parte en cuanto a la reducción de la sanción en el último párrafo del artículo 405 del mismo ordenamiento señala:

“En el procedimiento abreviado el Ministerio Público podrá solicitar la imposición de una pena inferior a la prevista en el tipo penal aplicable al caso. La pena que se podrá solicitar será de dos terceras partes del mínimo a las dos terceras partes del máximo.”

Como se desprende de lo anterior, al igual que en el ordenamiento vigente, en el nuevo Código Procesal Penal del Estado, se prevé el procedimiento abreviado, lo consideramos una figura funcionalista, pues mediante la confesión, el procesado obtiene una cuestión que le favorecería, sin embargo, una diferencia de lo que sucede en el Código que actualmente se encuentra en vigor, donde se prevé la reducción de la pena en un tercio en los casos de delitos no graves y un cuarto de la pena cuando el delito sea grave, en el nuevo Código (que entrará en vigor para ciertos delitos el 1 de enero de 2012), se prevé la posibilidad de que la pena inferior sea de dos terceras partes del mínimo a dos terceras partes del máximo.

Lo anteriormente expuesto demuestra la aplicación de las tres teorías mencionadas en el sistema penal de Nuevo León, ello resulta fundamental para nuestra

investigación, pues en este caso, tratamos de demostrar el concurso de dichas teorías en el estado de Nuevo León y así queda evidenciado.

CONCLUSIONES

Además de las conclusiones expuestas en cada uno de los temas correspondientes a esta investigación, enseguida se presentan las siguientes conclusiones de la investigación realizada.

PRIMERA. La tendencia moderna dominante sobre la estructura del delito es la división tripartita, integrada por la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, siendo dicha estructura propuesta por BELING en 1906.

SEGUNDA. En la referida división tripartita, se subsume la conducta en la tipicidad y por ello el tipo configura uno de los elementos del delito, en el cual se incluye la conducta.

TERCERA. Sin embargo, queda evidenciado que la doctrina dominante no considera a la punibilidad como elemento del delito en virtud de que para que se presente la punibilidad se deben integrar con las condiciones objetivas de punibilidad y que dichas condiciones pudieran ser parte del tipo y que por ello, no se considera la punibilidad como cuarto elemento del delito.

CUARTA. El problema principal en el desarrollo de la teoría del delito ha sido determinar el lugar en el cual se ubicarían los elementos subjetivos del delito, es decir, si se ubicarían en la tipicidad o si se ubicarían en la culpabilidad.

QUINTA. El causalismo fue la primera de las teorías elaboradas en la estructuración vertical de los elementos del delito, en la misma se ubican los elementos objetivos en la tipicidad y los elementos subjetivos en la culpabilidad, ello en virtud de que

los partidarios de dicha teoría la consideran la conducta como un acontecimiento causal, ciego y la voluntad humana pasaba a segundo plano.

SEXTA. Sin embargo, el causalismo fue objeto de grandes críticas en lo referente a los delitos cuyo tipo contenía elementos subjetivos, de los cuales nunca logró superar las críticas, al grado de que se elaboró una vertiente nueva de causalistas, que incluyeron elementos subjetivos distintos al dolo y a la culpa en el tipo, incluso MEZGER llegó a afirmar que la única forma de conformar la tentativa es estudiando el dolo y la culpa en el tipo.

SÉPTIMA. Asimismo, en el causalismo, fue muy criticada la teoría de la equivalencia de las condiciones, especialmente por no haber acotado las condiciones a tomar en cuenta para determinar quienes han participado en el resultado.

OCTAVA. Con todo y las críticas al causalismo, dicha teoría resulta de fundamental importancia para el desarrollo de la teoría del delito, pues fue la primera en la que se elaboró una estructura, en la que se ubicaron los elementos objetivos en el tipo y los subjetivos en la culpabilidad de una forma definida.

NOVENA. De igual forma, la teoría de la equivalencia de las condiciones también logró ser de fundamental importancia para la teoría del delito, en virtud de que con el fin de superar dicha teoría fue que se elaboraron posteriores teorías, en las que tuvieron como objeto acotar la ilimitada forma de atribuir los resultados de la teoría de la equivalencia de las condiciones, primero elaborando la teoría de la condición adecuada, en la que se trató que fueran imputables únicamente aquellas condiciones que fueran adecuadas para el logro del resultado, posteriormente, en similares términos se elaboró la teoría de la relevancia, en la cual únicamente se tomarían en cuenta aquellas condiciones que fueran relevantes para el acaecimiento del resultado y así sucesivamente, hasta llegar a la teoría de la imputación objetiva, la cual tiene sus dos vertientes principales del ROXIN y de JAKOBS, el primero tomando como punto medular el riesgo y el segundo, tomando como punto central el cumplimiento de las expectativas y si bien ambas teorías difieren en

la forma de determinar si a una persona se le imputará un resultado, es necesario destacar que se elaboraron con la finalidad de acotar la equivalencia de las condiciones.

DÉCIMA. Posteriormente en el neocausalismo, se lograron ciertos avances con respecto al causalismo, pues en el neocausalismo, el tipo dejó de componerse únicamente por los elementos objetivos, también se incorporaron los elementos normativos y elementos subjetivos distintos al dolo y la culpa.

DÉCIMOPRIMERA. En el finalismo cambió la forma de sistematizar los elementos del delito en comparación con el causalismo, pues a diferencia del causalismo, donde el tipo se configuraba con elementos objetivos, normativos y elementos subjetivos distintos al dolo, en el finalismo se incorporaron además los elementos subjetivos al tipo, dejando en la culpabilidad con el juicio de reproche.

A diferencia de los causalistas, la conducta era final y vidente, por ello, cambiaron la forma de estructurar el delito respecto a aquéllos, pues al ser la conducta final obligaba al cambio en la estructura de los elementos del delito, obligando a que los elementos volitivos del delito se estudiaran antes de la culpabilidad.

Consideramos la crítica más importante al sistema finalista, consiste en la culpa, incluso, de lo investigado se desprende que gran parte de la doctrina considera que no pudo ser superada por parte de los causalistas, ello en virtud de que consideran que una conducta culposa no está dirigida hacia un resultado determinado y en atención a ello, no se puede considerar que el resultado es producto de la conducta del autor.

DECIMOSEGUNDA. Estamos de acuerdo con la teoría del derecho penal del enemigo, pues consideramos que los ordenamientos jurídicos tiene que prever mecanismos para que subsistan y una de esas formas de subsistir es previendo las figuras como lo es el enemigo y que se creen mecanismos legales para poder combatirlos y que se mantenga vigente la norma y en consecuencia la configuración de la sociedad.

DECIMOTERCERA. El funcionalismo de JAKOBS tiene como fin primordial buscar el respeto a la vigencia de la norma, para lograr de esta manera la configuración de la sociedad.

DECIMOCUARTA. La teoría de la imputación objetiva de JAKOBS, tiene como punto fundamental el cumplimiento de las expectativas.

DECIMOQUINTA. Para ROXIN resulta de fundamental importancia la necesidad de la pena dentro del elemento de la culpabilidad. Ello implica que se busca aplicar la pena únicamente en los casos en que sea necesario, teniendo la pena como finalidad primordial, la resocialización.

DECIMOSEXTA. Consideramos que queda evidenciado que en el Estado de Nuevo León se actualiza el concurso de las teorías causalista, finalista y funcionalista. Sin embargo, es necesario destacar que ello ha sido consecuencia a las pautas marcadas por la Constitución Federal.

DECIMOSÉPTIMA. Todas las teorías estudiadas han sido objeto de críticas. El causalismo, por haberse estrellado en los delitos cuyo tipo contenía elementos subjetivos, al grado de que se elaboró una vertiente nueva de causalistas, que incluyeron elementos subjetivos distintos al dolo y a la culpa en el tipo, incluso MEZGER llegó a afirmar que la única forma de conformar la tentativa es estudiando el dolo y la culpa en el tipo.

Asimismo, en el causalismo, fue muy criticada la teoría de la equivalencia de las condiciones, especialmente por no haber acotado las condiciones que se pueden tomar en cuenta para determinar quienes han participado en el resultado.

DECIMOOCCTAVA. Que en la teoría del derecho penal del enemigo, se establece una división entre el derecho que se aplica a los ciudadanos, quienes tienen la

tendencia de respetar la vigencia de las normas y entre los enemigos, quienes no presentan ninguna garantía cognitiva que respetarán las normas.

Que las normas que contienen el derecho penal del enemigo tienen las siguientes características:

- a. La anticipación de la punibilidad en el estadio previo a la lesión del bien jurídico.
- b. La ausencia de la proporcionalidad de las normas en que se aplica la anticipación de la punibilidad previo a la lesión del bien jurídico.
- c. La restricción de algunas garantías.
- d. El trato excepcional que se da a las personas que presentan las características de enemigos.
- e. El derecho penal del enemigo, no tiende a tratar a los enemigos como cosas, ni despojarlos de todos sus derechos, pues de se llamaría "derecho" (ello en virtud de que no consideramos correcto llamar "derecho" a un sistema jurídico que no prevea derechos a favor de quienes se aplique).

DECIMONOVENA. Que el derecho penal del enemigo, es una teoría que trata de un derecho preexistente, pues en parte trata de normas que ya existen.

VIGÉSIMA. Que en México, así como en Nuevo León hay la tendencia hacia la aplicación del Derecho Penal del Enemigo, dado que dichos ordenamientos contienen normas con características de dicha teoría.

VIGÉSIMAPRIMERA. Que en Nuevo León se aplican las teorías causalista, finalista y funcionalista, por lo que sí se actualiza en concurso de teorías en el

sistema penal de dicha entidad y con ello demostramos nuestro principal punto de esta investigación.

BIBLIOGRAFÍA

AMUCHATEGUI REQUENA, Griselda. *Derecho Penal*, Tercera Edición, Oxford University Press, México, 2005

BELING, Ernst. *Die lehre vom Verbrechen*, Verlag von J.C.B. Mohr, Tübingen(Stuttgart), 1906

BELING, Ernst. *Grundzüge des Strafrecht*, onceava edición, Tübingen, 1930

Código Penal Alemán, Traducido por LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, y Otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición, Editorial Praxis, España, 1999

CASTALDO, Andrea Raffaele, traducido por BONNANO, Antonio. *La Imputación Objetiva en el Delito Culposos de Resultado*, B de F, Buenos Aires, 2004

CÓRDOBA ANGULO, Miguel. *Derecho Penal Parte General*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2002

DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría General del Delito*, Quinta Edición, Flores Editor y Distribuidor, México, México, 2006

DIAZ ARANDA, Enrique. *Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo*, Quinta Edición, Porrúa, México, 2004

- DIAZ ARANDA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, Tercera Edición, Porrúa, México, 2008
- HALL, Karl Alfred. *Die Lehre vom Corpus Delicti*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 1933
- HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª Edición, C.H. Beck's Verlagsbuchhandlung, München, 1990
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Reclam, 1970
- HEGLER, August. *Die Merkmale des Verbrechens*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista), 36(1915)
- HÜBNER, Christoph. *Die Entwicklung der Objektiven Zurechnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004
- JAKOBS, Günther traducido por Joaquín Cuello Contreras. *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Marcial Pons, Madrid, 1997
- JAKOBS, Günther. *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, AD-HOC, Buenos Aires, 1996
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y el Delito*, Cuarta Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005
- KARGL, Walter. *Handlung und Ordnung im Strafrecht*, Duncker & Humbolt, Berlin, 1991
- KRÜGER, Rolf y Hufgard, Gerd, *Grundlagen Wissen Strafrecht*, Cuarta Edición, Alpmann und Schmidt, Münster, 2007

- KÜHL, Kristian. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 5ª Edición. Verlag Vahlen. Alemania. 2005
- LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y Conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la Imputación Objetiva*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996
- LUDEN, Heinrich. *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, Tomo II, Göttingen, 1840
- LUDEN, Heinrich. *Handbuch des teutschen gemeinen un particularen Strafrechtes*, Tomo I, Jena, Alemania, 1842
- LUZON PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General I*, Editorial Universitaria, Madrid, 1996
- MATTASCH, Sabine. *Der Tatbestand des Verbrechens bei Heinrich Luden*, *Jenaer Schriften zum Recht*, Tomo 36, Richard Boorberg Verlag, 2005
- MAYER, Max Ernst. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Segunda Edición, Verlag Winter, Heidelberg, 1923
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz traducidos por BOFILL GENZSCH, Jorge y AIMONE GIBSON, Enrique. *Derecho Penal Parte General*, Séptima Edición, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MEZGER, Edmund. *Die Subjektiven Unrechtselemente*, *Der Gerichtssaal*(revista),T.89,1924
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Funcionalismo en el Derecho Penal*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003

- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*, Segunda Edición, Temis, Bogotá, 1999
- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del Delito*, Decimo Tercera Edición, Porrúa, México, 2003
- PAWLIK, Michael. *Der Terrorist und sein Recht, Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V., Heft 31, Verlag C.H. Beck, Munich, 2008
- PAWLIK, Michael. *Person, Subjekt, Burger, Zur Legitimation von Strafe*, en Schriften zum Strafrecht Heft 153, Duncker & Humblot, Berlin, 2004
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Decimatercera Edición, Porrúa, México, 1997
- PORTE PETIT, Celestino. *Apuntes de la Parte General del Derecho Penal*, I, México, 1960
- REYES SALAS, Gonzalo Francisco. *La racionalidad Legislativa y los principios de una reforma procesal penal*, Revista Internacional de Derecho y Ciencias Penales de la Universidad de Monterrey, Volumen número 2, 5, Editorial Plata, México, 2004
- REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación Objetiva*, Tercera Edición, Temis, Colombia, 2005
- ROXIN, Claus traducido por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición, Civitas, Madrid, 1997
- ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo I, Cuarta Edición, Verlag C.H. Beck, Munich, 2006

ROXIN, Claus. *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*, UBIJUS, México, 2008

RUDOLPHI, Hans Joachim, traducido por López Díaz, Claudia. *Causalidad e Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998

SACHER DE KÖSTER, Mariana. *Evolución del Tipo Subjetivo*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998

UROS RAMIREZ, Gerardo Armando. *El Cuerpo del Delito y la Responsabilidad Penal*, Segunda Edición, Porrúa, México, 2004

Strafgesetzbuch, cuádragesima cuarta edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2007

VON FEUERBACH, Anselm Ritter. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gueltigen Peinlichen Rechts*, treceava edición, Georg Friedrich Heyer, Giessen, 1840

VELÁZQUEZ ESTRADA, Alfonso. *Nuevo Sistema de Justicia Penal para México*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2009

VON LIZST, Franz. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, tercera edición, Berlin, 1888

VON LIZST, Franz. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cuarta edición, Berlin, 1891

WELZEL, Hans traducido por José Cerezo Mir. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Reimpresión de la Primera Edición, Editorial B de F, Buenos Aires, 2002

WELZEL, Hans traducido por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. *Estudios de Derecho Penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2003

WESSELS, Johannes y BEULKE, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, trigésimaséxta edición, C.F. Müller Verlag, 2006

ZARAGOZA HUERTA, José. *El Sistema Penitenciario Mexicano*, ELSA G. DE LAZCANO, México, 2009

ZARAGOZA HUERTA, José. EL "NUEVO" SISTEMA DE JUSTICIA MEXICANO: ALGUNOS COMENTARIOS. *CULTURA CONSTITUCIONAL, CULTURA DE LIBERTADES*, SECRETARÍA TÉCNICA DEL CONSEJO DE COORDINACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL, 2010

Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008.

INICIATIVA DE DECRETO por el que se reforman los artículos 16,19,20,22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (hasta su aprobación por la Cámara de Senadores el 1 de octubre de 1998)