

EVOLUCIÓN DOCTRINAL DEL FINALISMO

Dr. Carlos DAZA GÓMEZ *

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Evolución histórica de la teoría del delito.* 3. *Teoría de los elementos subjetivos del injusto.* 4. *Teoría normativa Reinhard Frank.* 5. *Estructura del delito. Alexander Graf Zu Dohna.* 6. *Aportaciones de H. Von Weber.* 7. *Escuela de Kiel. Desvalor del resultado y del acto.* 8. *Teoría de la acción final de Hans Welzel.* 9. *Finalismo en el Derecho Penal Mexicano.* 10. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio, tiene como objeto fundamental estudiar la Teoría del Delito, tomando como punto de partida el concepto de delito.

La Teoría del delito, tiene como naturaleza, el estudio de las *características comunes*, que debe tener cualquier ilícito, para ser considerado como delito.

Esto es, las diversas figuras delictivas, tienen características muy especiales, no es lo mismo el *Hostigamiento sexual*, artículo 259, “Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a personas de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días de multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilice los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo. Solamente será punible el hostigamiento sexual cuando se cause un perjuicio o daño; *Robo*, artículo 367: “Comete el delito de robo, el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley”; *Violación*, artículo 265: “Al que por medio de la violencia física o moral,

* Profesor de la División de Estudios de Posgrado y Profesor por concurso de oposición de las materias de Delitos en Particular I-II y Especiales, Facultad de Derecho, UNAM.

realice cópula, con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años”.

“Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción, del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo”.

“Se sancionará con prisión de tres a ocho años al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido”.

Cada una de estas figuras típicas tiene una descripción y su punibilidad, pero estos tipos, tienen características que le son comunes, a las diversas hipótesis legales. Estas características comunes se encuentran plasmadas en la Parte general y las características especiales en la Parte especial.

A través del tiempo, hemos encontrado una gran evolución de la Teoría del delito, por ello, resulta indispensable en primer plano definir qué es el delito; situación que no resulta fácil, ya que, el concepto de delito, varía de acuerdo al tiempo y el lugar, nosotros por cuestiones sistemáticas, partiremos del concepto de delito en el ámbito estrictamente jurídico y del Derecho positivo, para evitar caer, en razones bizantinas.

La Teoría del delito, se encarga de estudiar las características o elementos comunes de todo hecho, para ser considerado delito. Esta definición, considera que la Teoría del delito, está compuesta por elementos, los cuales deben ser comunes a todos los delitos; radicando en esta afirmación, el punto medular, por lo que resulta necesario estudiar la evolución sistemática de la estructura del delito, pues depende de la doctrina, a que se esté afiliado, para saber, si se trata de dos, tres, cuatro, cinco, seis o siete, los elementos que conforman el ilícito.

A continuación hacemos una reseña histórica a través de las principales doctrinas como son: Causalismo (naturalista y valorativo) y Finalismo para estudiar la reestructuración que ha sufrido la Teoría del delito, y con ello, entender el pensamiento de los diversos autores que contribuyeron con sus aportaciones a lo que conocemos actualmente como la moderna Teoría del delito.

Se inició hace 60 años y aún se mantiene latente, la lucha doctrinaria, entre el sistema causalista y finalista. Por ello, el objeto de estudio, es exponer la evolución doctrinaria del finalismo, partiendo de

un breve análisis del sistema tradicional del Derecho penal (causalismo),¹ el cual presenta las siguientes características:

La Dogmática jurídico penal clásica (causalismo),² iniciada por Liszt,³ Binding y Beling presenta una particular estructura, basada en un concepto causal mecanicista de la acción humana, es decir, la acción es el sostén, o como apunta Bustos Ramírez: la acción aparece como lo sustantivo, las demás características como simples adjetivaciones.

Esta doctrina hace la distinción entre el aspecto externo y el interno. El aspecto objetivo o externo, comprende: la acción, tipicidad y anti-juricidad, el aspecto subjetivo o interno: la culpabilidad. Para el primero, hay un sentido naturalista en la acción, como la causación del mundo exterior por una conducta corporal deseada. El aspecto externo representa al tipo; y de no existir causa de justificación habrá anti-juricidad. El aspecto subjetivo del delito es la culpabilidad. En el causalismo naturalista, es comprendida la culpabilidad como: "La relación psíquica del autor con el aspecto externo del hecho", teniendo como formas al dolo y culpa; la imputabilidad es entendida como presupuesto de la culpabilidad, consideramos que el aspecto objetivo-subjetivo, es igual a anti-juricidad-culpabilidad.⁴

Como se observa, la teoría tradicional o sistema causalista, se veía sólido, pero los casos prácticos, comenzaron a resquebrajar su base; con las aportaciones de Hegler, Weber, Dohna, Escuela de Kiel, Frank y otros juristas, nace la concepción de la acción final expuesta por Hans Welzel.

A continuación exponemos las teorías que dan nacimiento, con sus aportaciones, a la Teoría finalista.

¹ ROSENBLUETH, ARTURO, *Mente y cerebro*, Ed. Siglo XXI, 1994, pp. 240-253. 1. Causalidad. Es la conexión necesaria de eventos en serie del tiempo, citando a Russell en su estudio "la noción de la causalidad", define el concepto de causalidad, como una definición oscura, incompleta e inexacta.

² El causalismo ha vivido dos momentos: causalismo naturalista (culpabilidad psicologista) y el causalismo normativista (culpabilidad valorativa).

³ Franz Von Liszt nació en Viena, Austria, el 2 de marzo de 1851. Habilitado como docente en Derecho penal en 1875. impartió dicha asignatura en las Universidades de Gratz, Giessen, Marburgo, Halle y Berlín (desde 1899). Este autor es ubicado en el contexto histórico de la filosofía positivista en el mundo del pensamiento y ciencia en general.

⁴ En la estructura finalista, el injusto representa la tipicidad y anti-juricidad, separado de la culpabilidad, para conformar el injusto y culpabilidad como presupuestos de la consecuencia jurídica: pena.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TEORÍA DEL DELITO

Para estudiar la evolución de la teoría del delito nos basamos en la metodología de Jescheck, que consiste, en estos tres puntos:

- Concepción clásica
- Concepción neoclásica
- Concepción finalista del delito

Concepción clásica

Von Liszt y Beling pertenecen al positivismo científico de la segunda mitad del siglo XIX.

La Dogmática clásica jurídico penal utiliza como fundamento la distinción entre el aspecto externo (objetivo) y el aspecto interno (subjetivo) del delito.

Para la Teoría clásica lo objetivo está constituido por la acción, tipicidad y antijuricidad, y la parte subjetiva corresponde a la culpabilidad con sus especies o elementos, dolo y culpa.

Acción: El sistema Liszt-Beling es el que se identifica con el naturalismo causalista. Liszt se apoya en las ciencias naturales y las aplica a la Teoría del delito.⁵ La acción es el primer elemento externo, "la acción aparece como lo sustantivo, las demás características como simples adjetivaciones".⁶ Este elemento se entiende en un sentido naturalístico como una causa que altera el mundo exterior por una conducta corporal voluntaria.

La acción se compone de movimiento corporal (conducta) que produce una modificación del mundo externo (resultado). Ambos deben estar unidos por una relación de causalidad,⁷ de modo que la conducta es causa del efecto. No se incluyen en la acción los predicados de valor, es decir, no contiene elementos subjetivos, ni elementos de valoración.

La acción es un movimiento corporal, según Hans Jescheck: "...El concepto causal de acción está en el mundo exterior que nuestros sen-

⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal español*, parte general, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, p. 159.

⁶ *Ibidem*, p. 159.

⁷ Existe la relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto (*Conditio sine qua non*). JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, p. 221.

tidos pueden percibir y la voluntad del individuo no está contenida en la acción como parte integrante de ella, sino que la acción, para ser tal, requiere meramente de voluntariedad, que es diferente de la voluntad".⁸

Hans Welzel manifiesta: "La voluntad es voluntad de algo concreto: cuando queremos, queremos algo. En tanto que voluntariedad es querer cualquier cosa, un querer simple, llano, no concreto". (El nuevo sistema de derecho penal, p. 28).

V.gr.: "A" decide matar a "B", toma un puñal, realiza un movimiento corporal y le introduce el arma en el corazón. La acción es el movimiento corporal.

Tipicidad: Era entendida como la descripción externa de la acción sin contenido normativo ni elemento subjetivo. Su relación con la antijuricidad se fijó como indicio. La tipicidad resulta una característica objetiva sin valoración o subjetividad (incolora o sin sangre). Lo que interesa constatar es el resultado producido por la acción y la relación de causalidad. La tipicidad es descriptiva y objetiva.⁹

Antijuricidad: Es un juicio de valor que recae sobre la acción, contemplada como un aspecto objetivo; en el juicio de valor, no se toma en cuenta el elemento subjetivo.

La valoración de este proceso de la naturaleza, al considerar su dañabilidad social o ataque a bienes jurídicos, es la antijuricidad. La antijuricidad como segunda determinación o adjetivación de la acción viene a ser una valoración. La antijuricidad es un elemento, entonces: objetivo y valorativo.¹⁰

Culpabilidad: Es un proceso psicológico, que se encuentra en el sujeto y está relacionado con el hecho. La culpabilidad es el aspecto subjetivo del delito.

Su presupuesto es la imputabilidad y sus especies el dolo y la culpa.

Existiendo una segunda esfera del delito que se denomina formas de aparición del delito, y que son: *Iter criminis*, Participación y curso de delitos.

⁸ JESCHECK, Hans H., *op. cit.*, p. 292.

⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *op. cit.*, p. 159.

¹⁰ *Ibidem*, p. 159. Entiéndase como injusto, la acción típica y antijurídica. Tiene un carácter fundamental: la objetividad. Sea objetivo descriptivo si se trata de la tipicidad o bien objetivo-valorativo si es antijurídico.

Concepción neoclásica

A esta concepción se le ha llamado Teoría normativa o causalismo valorativo.

La Teoría clásica empezó a tener fisuras en su estructura al no poder explicar los delitos de omisión cuando hay olvido, por no tener un nexo causal en el resultado.

Reinhardt Frank, profesor de la Universidad de Munich, es señalado como el padre de esta escuela; para tal doctrina la acción es comprendida:

Acción: La Teoría normativa y la clásica conciben a la acción como la conducta humana, una manifestación de la voluntad en el mundo exterior.

El acto interno de voluntad y la manifestación externa de este acto, son requisitos de la acción.

Tipicidad: Se le considera como *ratio essendi*, de la antijuridicidad. Se habla así del tipo de injusto. En su condición de mera descripción, exenta de valoración, que pugnaba la Teoría clásica, se ve afectada por el descubrimiento de los elementos normativos del tipo y los elementos subjetivos del injusto.

Antijuridicidad: Refiere Bustos Ramírez, en relación a la afirmación de Beling, que el tipo es ajeno al valor. Explica que la antijuridicidad es una lesión objetiva de las normas de valoración; la acción típica surge como la creación de una lesión, en la medida que no hay causas de justificación. Ésta es la forma en que se afirma la valoración de la tipicidad y la antijuridicidad, con lo cual se verifica la existencia de elementos normativos específicos del tipo.

Culpabilidad: La concepción normativa, es un juicio de reproche al autor por haber realizado un hecho típico y antijurídico, pudiendo haber actuado conforme a lo que ordena el derecho. La culpabilidad además de tener un contenido determinado de carácter psicológico (dolo y culpa), es un juicio de desvalor, la culpabilidad es reproche. Para esta doctrina la imputabilidad, el dolo y la culpa son formas de ella.

Concepción final de la acción

Esta teoría nace con la publicación del libro "Derecho Penal Alemán" de Hans Welzel.

Como asevera Sainz Cantero, se abandonará el pensamiento lógico abstracto para sustituirlo por una consideración ontológica de los problemas.¹¹

Esta teoría es iniciada por Von Weber y Graf Zu Dohna y seguida por Hans Welzel, Niese, Reinhardt Maurach, Günter Stratenwerth, Armin Kauffman, Claus Roxin, Günter Jacobs.

La Teoría de la acción final dio un nuevo contenido al delito; la acción es final y no causal como afirma Welzel: "...La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su actividad, proponerse por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan. Actividad final es obrar orientando conscientemente a un fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido a un fin, sino que es resultado de los componentes causales en cada caso. Por eso la finalidad es vidente, la causalidad es ciega."¹²

La conducta humana es ejercicio de acción final, es decir, posee una estructura lógico objetiva final; debe ser un concepto ontológico.¹³ La acción es conducta humana, conducida por la voluntad hacia un determinado fin. La finalidad perseguida, y por tanto, el contenido de la voluntad del sujeto, forman parte de la acción.

La Teoría finalista de la acción parte de esta idea: en los tipos de los delitos dolosos o en los culposos nos hallamos ante dos categorías autónomas, en las cuales, la acción presenta diversa estructura ontológica.

A continuación se analizan los elementos:

Acción: En la Teoría finalista, el dolo es natural y finalidad; pertenece a la acción, apartándolo de la culpabilidad. La antijuricidad es un predicado de la acción y deberá comprender también esa finalidad, por lo que se define que la antijuricidad tiene naturaleza subjetiva, Hans Welzel lo llama Teoría del injusto personal.

El Derecho penal describe los elementos que diferencian delitos como el homicidio, robo, la falsedad; del mismo modo que para cada uno

¹¹ Cfr. SAINZ CANTERO, JOSÉ A., *Lecciones de Derecho penal*, parte general, 3a. ed. Ed. Bosh, Barcelona, 1990, p. 469. Al respecto señala que el finalismo en el ordenamiento jurídico está construido sobre estructuras lógico-reales (lógico objetivas) y que la estructura lógica objetiva del objeto del conocimiento determina la estructura del concepto.

¹² WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, pp. 53 y 54.

¹³ ONTOLÓGICO (gr. on, el ser y lógia). Parte de la metafísica que estudia el ser en general y sus propiedades trascendentales. MIGUEL, Palomar de, *Diccionario para juristas*, p. 940.

de ellos se señalan diferentes penas. Existen principios y elementos que son comunes a todo delito, de la misma forma que ciertas consideraciones afectan a toda pena.

El doctor Raúl Zaffaroni, define a la teoría del delito, como la parte de la ciencia del derecho penal, que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito.

Para Hans-Heinrich Jescheck, autor alemán, la teoría del delito se ocupa de los presupuestos jurídicos generales de la punibilidad de una acción.

Delito: La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere* y significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la Ley.¹⁴

Consideramos, que debe hacerse un estudio de los diversos conceptos de delito, de los pensadores, más sobresalientes de cada escuela. Hemos de estudiar el concepto de delito a través de los más connotados tratadistas. Iniciando con el gran maestro de Pisa.

Tipicidad: En la tipicidad hay una parte objetiva y una subjetiva del tipo. La primera es la objetivización de la voluntad integrante del dolo, comprende características externas del autor, la parte subjetiva, está formada por el dolo y los elementos subjetivos. El dolo se agota en la finalidad dirigida al tipo objetivo; la antijuricidad no es un elemento del tipo, el dolo no se extiende sobre ella, no comprende el conocimiento de la antijuricidad.

La antijuricidad: Es un juicio de valor el cual expresa que la acción puede ser contraria a la norma y lo será cuando no exista causa de justificación. Toma en cuenta la conducta externa del autor.

Al injusto sólo le importa el fin que el sujeto se ha propuesto. Injusto es la acción antijurídica personal referida al autor.

Culpabilidad. Es un juicio de reproche que se formula al autor por no haber adecuado su conducta al derecho, a pesar de que estaba en situación de hacerlo.

Sus componentes son:

- a) Imputabilidad
- b) Conocimiento de la antijuricidad
- c) Exigibilidad

¹⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho penal*, Ed. Porrúa, 32a. ed., 1993, México, p. 126. El diccionario para juristas que viene del delito, a.f.v. y éste del latín *delictum*.

Teoría del delito

Concepto: La Teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley.

El delito y la pena, junto con el binomio peligrosidad-medida de seguridad, constituyen los objetos centrales del derecho penal.

Noción jurídica: Francisco Carrara es el mayor exponente de la escuela clásica y define al delito como: "La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."¹⁵

De la definición anterior, podemos concluir lo siguiente:

1. *Infracción a la ley.* Expresa la idea general del delito, porque ningún acto puede tener la calidad sin que la Ley lo prohíba.
2. *Del Estado.* Limita su concepto a las leyes positivistas.
3. *Promulgada.* La ley humana sólo puede ser conocida por su promulgación. Es decir, que sea el resultado de un precedente establecido.
4. *Proteger la seguridad pública o privada.* Sólo el ataque a la seguridad es delictivo.
5. *Ciudadanos.* En la idea especial del delito va incito el ataque a la seguridad pública.
6. *Acto externo.* El fin del derecho es la defensa del orden externo y no el perfeccionamiento interno. El pensamiento no delinque. Sólo se sanciona el acto externo del hombre.
7. *Del hombre.* Ya que es el único que tiene voluntad nacional.
8. *Positivo o negativo.* Es decir, de acción o de omisión.
9. *Moralmente imputable.* La imputabilidad moral es presupuesto de la imputación política.
10. *Socialmente dañoso.* Para ratificar la idea del ataque a la seguridad pública por medio del daño mediato e inmediato.

Noción Sociológica (Escuela Positiva. Enrique Ferri)

Para Ferri, el delito legal consiste en que el hombre (sujeto activo) ofende a otro (sujeto pasivo), violando un derecho o un bien (objeto jurídico), que se concreta en la persona o en la cosa (objeto material),

¹⁵ CARRARA, FRANCISCO *Programa de Derecho criminal*, vol. I, p. 60.

mediante una acción psíquica que determina y guía una acción física, produciendo un daño público y privado; esto lo encontraremos en sus estudios: Principios de Derecho Criminal.

Noción sustancial

Ésta mira el contenido ético, social y político de los hechos que en abstracto prevé la ley como punibles.

Este concepto tiene una tendencia a los contenidos extrajurídicos.

1. *La Teoría objetiva.* Es ataque a un bien o a un interés jurídicamente tutelado.
2. *Teoría subjetiva.* Es la desobediencia al deber jurídico de acatamiento al Derecho y al Estado.
3. *Ecléctica.* Depende del aspecto que presente en primer plano la lesividad para el bien jurídico o la violación de un deber jurídico.

Noción legal. La noción legal la encontramos en la ley. En México, el artículo 7o. del Código Penal define al delito como: "...el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

El delito es:

- I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.
- II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo; y,
- III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viole el mismo precepto legal.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico, producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta comisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.¹⁸

Noción dogmática: La teoría clásica considera al delito como la conducta típica, antijurídica y culpable, o en palabras de Mezger: acción típicamente antijurídica y culpable.

Para el finalismo, sólo existen tres elementos según Welzel: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

¹⁸ Código Penal, Ediciones Andrade, 1994, *Reformas al Código Penal que entran en vigor el día 1o. de febrero de 1994*, p. 22.

Para nosotros que nos afiliamos al finalismo, la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad son los presupuestos de la consecuencia jurídica: pena.

3. TEORÍA DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO ¹⁷

Con la Teoría general del derecho de H. A. Fischer, quien en el Derecho civil demostró, que lo antijurídico en ciertos casos, requiere no sólo un comportamiento objetivo a externo, sino de un proceso basado en tendencias, propósitos o fines del autor. Fue Hegler ¹⁸ en 1914, quien en su obra *Teoría de los elementos subjetivos del injusto*, tomó como base los estudios de Fischer, para exponer que la prohibición es objetiva, pero en algunos casos depende de particulares elementos psicológicos que el legislador al crear el tipo, los exige, y sin los cuales la conducta no está prohibida, es decir, no es antijurídica. Consideramos que el injusto, en algunos supuestos, está integrado por elementos subjetivos de carácter esencial en que la desvaloración normativa se funda.

En algunos tipos penales, el contenido del injusto, no se puede integrar sin la ayuda de aspectos subjetivos.

En la antijuricidad, la valoración de la conducta humana depende de la intención, actitud o propósitos, *v. gr.*, el tipo penal de robo requiere del ánimo de apropiación para su integración; un mismo tratamiento puede ser examen médico, o también, si se efectúe con fines lascivos, abuso sexual. Con el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto, que Mezger, los ubica dentro del tipo y afirma que también pertenecen a la culpabilidad, se cambia la posición objetiva del injusto (tipicidad-antijuricidad) para introducir elementos subjetivos. Concluimos: señalando que la antijuricidad es objetiva, pero que en ciertas disposiciones legales (tipos) hay factores psicológicos es-

¹⁷ Sobre la teoría de los elementos subjetivos del injusto, *cfr.* Díez RIPOLLÉS, José Luis, "Los elementos subjetivos del injusto. Bases metodológicas", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990; MORSELLI, Elio, "La función del comportamiento interior en la estructura del delito", Ed. Temis, Colombia, 1992; VALLE MUÑOZ, José Manuel, "El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal", Ed. PPU, S. A., Barcelona, 1994.

¹⁸ *Cfr.* La teoría de los elementos subjetivos del injusto, es llevada al ámbito del Derecho penal por Hegler y desarrollada por Max Ernest Mayer y Edmund Mezger. En México, existen los estudios del doctor FRANCO GUZMÁN, Ricardo, quien en su obra "Los Elementos Subjetivos del Injusto", expone en forma por demás brillante su criterio.

peciales, *v. gr.*, el artículo 259 bis del Código Penal vigente, hostigamiento sexual señala: "con fines lascivos". Los elementos subjetivos del injusto no deben confundirse con el dolo, son cosas diferentes, los primeros, por así decirlo, son factores anímicos o psicológicos, tendencias o fines especiales; El dolo es querer realizar el tipo objetivo.

Afirmamos, que la elaboración dogmática actual, tiende a introducir elementos subjetivos en las diversas categorías delictivas.

A continuación se exponen los casos prácticos utilizados por la doctrina alemana, para explicar los elementos subjetivos de justificación.

A. Caso Albrecht, recogido por Binding:

Un joven quiere matar a su padrastro y cuando, con tal finalidad, penetra armado en su alcoba, le encuentra en el instante de acometer, con intención homicida, a su mujer. Interesa aquí la modificación de los hechos propuesta por Binding: ¿qué hubiera ocurrido —pregunta el maestro alemán— si el joven, debido —por ejemplo a la oscuridad, no se hubiera percatado de la inminencia de la agresión de que era objeto su madre, dando muerte en tal situación a su padrastro?

Dohna, plantea el siguiente caso:

Un gamberro que arroja una piedra contra la ventana, desconociendo que en aquella vivienda está a punto de perecer por asfixia un niño de corta edad, quien resulta, de esta manera salvado.

H. Von Weber comenta el siguiente ejemplo:

Un soldado que, mientras controla el puesto, concibe la decisión de matar a su superior aprovechando el crepúsculo. Tras disparar contra quien toma por dicho superior, en el momento de efectuar la ronda, comprueba que se trata de un soldado del ejército enemigo.

Spendel, ofrece 3 ejemplos:

Una mujer, irritada, golpea fuertemente con un rodillo a un delincuente armado que fuerza de noche la puerta de la vivienda, confundíéndole con su marido, quien frecuentemente vuelve a casa, completamente ebrio, a esa misma hora.

Dos cazadores furtivos se apostan en distintos puntos del bosque para agredir al guarda, pero al disparar sobre éste, el primero de ellos alcanza a su compañero.

A interviene como de costumbre en ayuda de su hermano B, que pelea con un desconocido X, sin percatarse de que esta vez, de modo excepcional, no era su hermano el atacante (como cree A), sino el atacado.

Por último Stratenwerth, propone los siguientes casos:

El médico no sabe que su paciente, a causa de una repentina complicación, se encuentra en peligro de muerte y conduce hacia él a velocidad no permitida sólo porque no quiere que se le pase la hora de comienzo del concierto.

Un médico conduce imprudentemente hacia el lugar del accidente, donde su ayuda puede resultar valiosa, sin saber, no obstante, nada de tal accidente.

Los anteriores ejemplos no llevan a confirmar, aunque sea de manera teórica, los supuestos de estado de necesidad justificante, pudiendo presentarse el error *in persona* o la *aberratio ictus*. Y demostrando la existencia de los elementos subjetivos justificantes.

4. TEORÍA NORMATIVA REINHARD FRANK

Frank, fue catedrático de la Universidad de Munich, y en 1907 publica su trabajo *El concepto de culpabilidad*, obra que es considerada la piedra angular de la Teoría normativa de la culpabilidad.

Reinhard Frank,¹⁹ en su obra *Teoría normativa de la culpabilidad*,²⁰ enfrenta el concepto de culpabilidad psicologista, según la cual ésta se agota con sus formas dolo y culpa.

Frank descubre que en el estado de necesidad el sujeto activo, actuaba con dolo, por ello, la culpabilidad no sólo era una relación psíquica del autor con el aspecto objetivo; lo que demuestra que en el estado de necesidad no desaparece el dolo, y que la culpabilidad psicologista era insuficiente para determinar los supuestos.

Frank, señala que la culpabilidad no está en la psique del autor, sino que la culpabilidad es un juicio que a la conducta antijurídica, por hechos dados en la realidad le serían reprochados, fundamenta su doctrina, en la libertad interior y dominio del hecho por la voluntad, elementos que integran a la imputabilidad, entendida ésta como presupuesto de la culpabilidad.

El juicio de reproche —apunta Frank—, es dable, cuando el hecho es desaprobado al autor, y esto es una valoración negativa. Incluye a la normal motivación como elemento de la culpabilidad.

¹⁹ Véase REINHARD, Frank, "Estructura del concepto de Culpabilidad", Ed. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, Santiago, 1966, trad. Sebastián Soler.

²⁰ Véase a GOLDSTEIN, Raúl, "Culpabilidad e inculpabilidad", Ed. Trillas, México, 1977; CÓRDOBA ROA, Juan, "Culpabilidad y Pena", Ed. Bosch, Barcelona, 1977.

Para Reinhard Frank la culpabilidad no se agota, en una relación psicológica subjetiva, sino que es antes que nada, un reproche al sujeto, porque no utilizó sus capacidades para actuar conforme al derecho. Por lo tanto, la culpabilidad es un problema valorativo.

Junto con Reinhard Frank, se encuentran las aportaciones de James Goldschmidt,²¹ Berthol Freudenthal²² y Mezger.

Para esta doctrina, la culpabilidad normativista, se basa en la violación del deber jurídico impuesto por la prohibición o el mandato típico. Su específico carácter normativo consiste en la constatación de tal contrariedad al deber, que es lo que se llama juicio de reproche, debe así entenderse que, en este contexto, el reproche de culpabilidad se pronuncia contra un sujeto por haberse decidido a actuar contra derecho, cuando hubiera de hecho podido (imputabilidad, normal motivación de la voluntad, dominio del hecho), y en derecho debido (exigibilidad), determinarse a actuar conforme al deber de la norma inculminadora”.

Resumiendo el pensamiento de Reinhard Frank, podemos inferir lo siguiente:

1. Demostró que era insuficiente el concepto de culpabilidad psicológica, ya que en determinados hechos el dolo subsistía, con independencia de la culpabilidad.

2. Consideró que los elementos de la culpabilidad son la imputabilidad, dolo o imprudencia; y que el error de la concepción se encuentra, cuando se descuida alguno de los elementos de la culpabilidad. Aporta la idea que en la culpabilidad el dolo y la imprudencia no deben de estar en el mismo nivel, es decir, no pertenecen a la culpabilidad ya que no son de la misma especie.

3. Define a la culpabilidad como reprochabilidad, el actuar culpable es el actuar reprochable, aquel por el cual puede hacerse un reproche al actor. Luego entonces, comportamiento culpable es comporta-

²¹ GOLDSCHMIDT, James, en su teoría, concluye: La culpabilidad es sólo un juicio de reproche que se compone de la exigibilidad (deber de motivarse por la representación del deber indicado en la norma de derecho) y de la no motivación por la representación del deber jurídico a pesar de la exigibilidad.

²² FREUDENTHAL, Berthold, infiere que la culpabilidad contiene en sí la desaprobación de una conducta, quiso precisar cuál era la falta del poder del autor, según el hecho y las circunstancias concomitantes. Debe analizar las circunstancias del caso, como habría actuado el sujeto activo, entonces no se le puede hacer reproche. Si esa circunstancia no le era exigible.

miento reprochable. La reprochabilidad, para este autor, es sinónimo de culpabilidad.

4.. Considera que las causas de exclusión de la culpabilidad son:

- a) La legítima defensa y,
- b) El estado de necesidad.

La primera al existir niega la culpabilidad, al mismo tiempo afirma que el bien jurídicamente tutelado, fue puesto en peligro por un ataque. Reconoce que el dolo requiere la conciencia de que los elementos positivos se presentaron, y por lo tanto, requiere el conocimiento de que faltan los negativos.

5. En cuanto a la antijuricidad, Frank la considera, que es el carácter positivo del hecho. Cuando la ley impone una amenaza penal a una acción, la pena se torna aplicable tan pronto como la acción designada en la ley haya ocurrido, pues aquella con sólo ser es antijurídica.

Por ello, en el dolo se encuentra la conciencia de la antijuricidad, por lo que, la reprochabilidad de un comportamiento no depende del conocimiento de la norma jurídico prohibitiva, bajo estas condiciones, se afirma que el error excluye la reprochabilidad. Por último Frank adopta el principio según el cual el autor se encuentra en dolo con respecto al resultado deseado, definiendo, por ello, al dolo como el conocimiento de las circunstancias de hecho que pertenecen al *Tatbestand* o que agravan la penalidad concomitante con la actuación voluntaria.

James Goldschmidt,²³ es considerado otro de los grandes exponentes del Normativismo, por su obra "La Concepción Normativa de la Culpabilidad". Para nuestro autor, la norma es el sustento de juicio de culpabilidad.

Goldschmidt afirma que el elemento normativo es la contrariedad al deber. Y fundamenta el problema de la conciencia de la culpabilidad, sobre la base de la norma del deber, explicando, debe examinarse si la norma del deber es independiente o se refiere a la norma de cultura que determinaría la parte material de la antijuricidad. La norma de deber es autónoma y convive junto con la norma jurídica de acción, tomando como base el pensamiento de Kant, concluye que la libertad es *a priori* de la voluntad, de modo que ella es indepen-

²³ GOLDSCHMIDT, JAMES, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Ed. Depalma, trad. Morgorate de Goldschmidt y Ricardo Núñez, Buenos Aires.

diente de la experiencia, lo que conlleva, a que el sujeto se deja determinar categóricamente por el motivo del deber.

Para este autor, la norma del deber aparece en forma independiente con la exigibilidad, que es la base de la Teoría normativa. La reprochabilidad aparece como el no dejarse motivar por la representación del deber.

En resumen, para Goldschmidt, la Teoría normativa se basa en la contraposición de dos normas: la norma de derecho, que se refiere al injusto y la norma de deber, que se refiere a la culpabilidad.

5. ESTRUCTURA DEL DELITO.

ALEXANDER GRAF ZU DOHNA

Alexander Graf Zu Dohna,²⁴ quien en su obra la *Estructura de la Teoría del delito*, publicada en 1936, y posteriormente, en 1941, tuvo su segunda impresión. Esta obra aborda el pensamiento del autor en cuanto a la teoría del delito, rechazando por primera vez el sistema tradicional de objetivo-subjetivo, cambiándolo por el de objeto de valoración (acción típica) y valoración del objeto, que contiene dos niveles: valoración del tipo objetivo, que nos lleva a la anti-juricidad o justificación de la acción típica y valoración del tipo subjetivo, que trae consigo la culpabilidad o inculpabilidad del autor. Su libro lo divide Dohna en dos capítulos, los elementos del concepto del delito y las modalidades en la ejecución del delito.

Graf Zu Dohna, define al delito como: la transgresión culpable de la norma. Considera que el delito al ser concebido con un enfoque dual puede entenderse como la inobservancia de la norma contenida en el ordenamiento jurídico, que contiene una amenaza de imposición de pena.

Una vez definido el concepto de delito, afirma que los elementos del delito son: acción, tipo, antijuricidad y culpabilidad. Partiendo de la hipótesis de que no hay delito sin acción, con la valoración del objeto nace la antijuricidad y finalmente la culpabilidad. Haciendo notar que hace falta, la presencia de elementos que nos lleven a determinar qué conductas deben de ser susceptibles de subsumir en el ámbito penal, denominando a esto, adecuación típica de la acción realizada.

²⁴ GRAF ZU DOHNA, Alexander, *La estructura de la teoría del Delito*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.

Dohna es el primero en colocar al dolo en el tipo;²⁵ entiende al tipo como tipo de acción y el dolo como dolo de tipo, trasladando a la conciencia de antijuricidad a la culpabilidad²⁶ y no al tipo subjetivo por lo que, el error de prohibición excluye a la culpabilidad, sin excluir al dolo.

Opinamos, que las aportaciones de Dohna, fueron básicas en la construcción del finalismo, ya que aportó la división del tipo objetivo y subjetivo.

6. APORTACIONES DE H. VON WEBER

Von Weber, nació el 4 de junio de 1893 en Dresden. Cursó sus estudios universitarios en Freinburg y Leipzig. Universidad, esta última, que despertó su interés por el Derecho penal, siendo discípulo de Richard Schmidt. A decir del doctor Zaffaroni, Weber realizó su trabajo de habilitación sobre el Estado de necesidad, siendo rendido en Leipzig en 1924. En 1926 es nombrado profesor por la Universidad Alemana de Praga, en 1928 en la de Jena y en 1937 en la de Bonn. En 1934 fue impedido su traslado a Leipzig por razones políticas. Muere el 10 de mayo de 1970, siendo profesor Emérito de Derecho penal y Criminología en la Universidad de Bonn.

Weber en sus estudios considera que el desarrollo del Derecho penal alemán, en las dos últimas generaciones, habla de los veintes, ha sido determinante por el enfrentamiento de las escuelas penales clásica y moderna que disputan en torno al dilema "retribución o protección de la sociedad", "pena o seguridad" afirmando: "La estructuración del sistema de Derecho penal se ha tornado problemática".²⁷

Parte nuestro autor de que el sistema Clásico del Derecho penal está erigido sobre la elemental y obvia diferenciación entre parte objetiva y parte subjetiva del delito. Una —dice Weber—, funda la antijuricidad sobre las características externas de determinada conducta —conforme a la causación del resultado— mientras la culpabilidad es una relación

²⁵ Característica fundamental del finalismo, es la ubicación del dolo en el tipo subjetivo.

²⁶ En la teoría finalista el dolo, es entendido como dolo natural o neutro, ya que, el conocimiento de la antijuricidad es un elemento del juicio de reproche.

²⁷ En el curso de esta evolución científica, la incorporación de los elementos subjetivos del tipo penal y de la teoría normativa de la culpabilidad, rompieron el primitivo esquema sistemático simplista del injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva. ZAFFARONI, Eugenio Raúl.

psíquica para este resultado, que contiene un doble requerimiento: la imputabilidad del autor y una particular posición respecto del hecho en concreto, que se manifiesta en alguna de sus formas o clase de culpabilidad: dolo y culpa. Tentativa y participación son consideradas modificaciones de las formas fundamentales, "formas de aparición del delito".

Von Weber, después de analizar la teoría clásica, apunta que la teoría normativa y la teoría de los elementos subjetivos del injusto, han estremecido la sistemática clásica.

Este autor, hace una reflexión que consideramos fundamental y trascendente, ya que, analiza los verbos utilizados en las descripciones legales, y encuentra que en los tipos dolosos, la voluntad del autor, está dirigida al resultado:

Él ha matado: él ha causado la muerte.

Él ha intentado matar: él ha dirigido su conducta hacia la muerte, pero la muerte no ha acontecido.

Él ha realizado la conducta de matar: él ha dirigido su conducta hacia la muerte, pero, si la muerte no ha acontecido, da igual.

Él ha matado dolosamente, él ha dirigido su conducta hacia la muerte, y ha causado la muerte.

La reflexión que realiza Weber resulta de gran importancia, ya que de su análisis surge para la dogmática penal el conocimiento de que el legislador tiene fundamentalmente dos posibilidades para explicar una conducta humana antijurídica. Puede asentar la norma sólo sobre el aspecto exterior y prohibir una conducta causal de un resultado, o bien, puede tomar como fundamento la voluntad del autor y poner bajo pena una conducta dirigida a un resultado, por lo tanto, las conductas podrán ser señaladas como antijurídicas; tanto objetiva como subjetivamente. Dicho con palabras de moda, afirma Weber: "Tenemos aquí derecho penal de acto y allá derecho penal de voluntad":

Este tratadista alemán realiza una clasificación de los tipos en causales y finales; los primeros prohíben un resultado, cualquiera que sea la actividad que los genere y para los segundos lo prohibido está en la conducta misma, con independencia del resultado. Esta aportación de Weber se traduce en una variante dentro de la Teoría del delito, que convierte todos los tipos penales, es decir, lo prohibido no es nunca la causación como tal, sino la conducta dirigida a producir el re-

sultado, aun en los pocos casos en que el resultado posee relevancia. Weber contribuye a darle soporte al problema de los delitos culposos al fundamentarlos en "el desvalor de la acción" (lo injusto de los delitos culposos no es la causación del resultado extra-final, sino el modo de realización de la acción, el modo de dirección de los medios en forma contraria al cuidado objetivamente requerido en el respectivo ámbito de relación; el resultado pertenece al tipo de tales delitos, pero no al injusto de los mismos, representando a lo sumo una condición objetiva de punibilidad (Enrique Bacigalupo).

Podemos afirmar que las aportaciones de Von Weber, fueron fundamentales para la construcción de la estructura del finalismo, al hacer una separación de injusto y culpabilidad sobre las categorías del deber y el poder.

7. ESCUELA DE KIEL. DESVALOR DEL RESULTADO Y DEL ACTO

Esta doctrina aparece en Alemania en 1935, bajo el régimen nacional socialista, siendo sus principales expositores Dahm y Schaffstein, nace esta doctrina como una reacción a la concepción individualista y liberal del derecho.

Para estos autores del delito, es un todo orgánico, es decir, sus componentes no pueden separarse constituyendo su esencia el deber de fidelidad al Estado.

Lo más importante de esta escuela es que relega al tipo legal a un segundo plano, concediéndole al autor una mayor preponderancia, toda vez que lo decisivo es que el autor reúna las condiciones que el legislador tomó en cuenta al descubrir la conducta, es decir, si reúne los caracteres de tipo de autor para el que está prevista la pena que la ley establece.

El gran maestro español Rodríguez Devesa, afirma: "Con la escuela de Kiel, se abre camino la idea de un derecho penal de autor, voluntarista, en el que debe predominar no la letra de la ley, sino la ética-social, el sano sentir del pueblo":

Esta escuela aportó el desvalor del acto con respecto al desvalor del resultado, atacó con severidad la concepción objetivista del delito como atentado contra bienes jurídicos y defendió la doctrina subjetivista, que lo concebía, sobre todo, como violación de deberes jurídicos de la lealtad frente al estado y el derecho.

En conclusión esta doctrina propuso:

- a) El planteamiento unificador, que debía superar la idea de separación del sistema kantiano.
- b) La lucha contra el desarrollo de las causas de exculpación, como debilitamiento del derecho penal, y
- c) La doctrina del tipo de autor.

8. TEORÍA DE LA ACCIÓN FINAL DE HANS WELZEL ²⁵

Esta doctrina nace en los treinta, con la magnífica obra, *Derecho penal alemán*, del maestro Hans Welzel, quien posteriormente, modificando algunos de los puntos básicos de su doctrina, en su libro intitolado: *El nuevo sistema del Derecho penal*.

Este autor busca con su obra, delimitar el poder punitivo del Estado, que en su momento histórico era el creciente Estado nacional socialista. Retoma el pensamiento de diversos autores y lo plasma en su obra, que constituye un cambio sustancial o radical en el Derecho penal, y que posteriormente, autores como Kauffman, Maurach, Jescheck, Roxin, Jacobs, adoptan esta ideología en el país alemán.

Actualmente, encontramos una marcada tendencia al finalismo en Europa occidental, y en Latinoamérica, siendo España un importante formador de juristas afiliados al finalismo, entre otros, Santiago Mir Puig, Enrique Gimbernard, Francisco Muñoz Conde, Jesús María Silva. En México, a partir de 1994 se ha marcado un camino hacia el finalismo en la reforma penal, teniendo como uno de sus principales precursores al doctor Moisés Moreno, asimismo, existe la aportación hecha por la doctora Olga Islas de González Mariscal, quien en su obra *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, fundamenta su trabajo, con Filosofía de la estructura finalista.

El finalismo, es la consecuencia de la evolución del Derecho penal, que en la práctica resultó insuficiente la doctrina clásica, por lo que, el pensamiento de diversos autores que hemos destacado en el presente trabajo llevaron consigo la reestructuración de los diversos estratos o niveles de la teoría del delito.

²⁵ Cfr. Para adentrarse al estudio de la teoría de la acción final consultar a: RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*, 2a. ed., Ed. Universidad de Valencia, España, 1978; CÓRDOBA RODA, Juan, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Ed. Ariel, Barcelona, España, 1963.

Esta teoría parte de la base en que los tipos de los delitos dolosos o en los culposos nos hallamos mediante dos categorías autónomas, en las cuales el decurso de la acción presenta una diferencia estructural ontológica.

Para Hans Welzel; la acción finalista es la realización de una voluntad plena de sentido que está dirigida a lograr objetivos determinados y que no se puede separar el contenido objetivo de la acción, sin que ésta, en cuanto fenómeno social, pierda su valor de realidad. La acción sólo puede entenderse a partir de esta dirección de la voluntad. La acción causal designa la causación ciega, no sustentada por voluntad alguna, de un cambio en el mundo exterior. Ella adquiere significado jurídico penal sólo cuando es evitable. Éste es el caso del delito culposos.

9. EL FINALISMO EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

Como afirma nuestro querido maestro Rafael Márquez: “El día 9 de enero nos acostamos causalistas y el 10 de enero de 1994, nos despertamos finalistas”:

Por nuestra parte pensamos que era necesario un cambio en nuestro Derecho penal, ya que se encontraba anquilosado y dormido; después de la reforma penal que entró en vigor el día 10. de febrero de 1994, como señala el maestro doctor Ricardo Franco Guzmán, ha de estudiar más; teniendo una gran razón ya que en todos los niveles, académicos, ejercicio de la profesión, procuración y administración de justicia, se iniciarán foros, mesas, simposios sobre la reforma, no pudiendo ponerse de acuerdo; repercutiendo en la estructura de la integración de la averiguación previa, auto de plazo constitucional, y desde luego, la sentencia.

Se ha modificado la jurisprudencia, los criterios doctrinarios se encuentran en pugna, y los grandes maestros de este siglo en México, exponen su criterio. Nosotros, que iniciamos el estudio del finalismo en 1990, coincidimos con sus fundamentos y filosofía, porque, abren un camino nuevo, el cual está enfocado a un mejor Derecho penal. En México, con la reforma penal de 1994, se nota una marcada tendencia al finalismo, reflejándose en los siguientes artículos:

El artículo 70., párrafo segundo (calidad de garante), el término dolosamente utilizado en diversos preceptos; el artículo 60 donde se utilizan números cerrados dividiendo en delitos dolosos y culposos;

y desde luego, el artículo 122 del CPPFC, el cual contiene los elementos del tipo, colocando al dolo en este.

10. CONCLUSIONES

El estudio realizado de la dogmática jurídico penal (alemana), se puede concluir: la sistemática de la teoría clásica se sustentó en las categorías de acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Una de las características que han intentado modificar sustancialmente la teoría del delito, es la aportación hecha por Maurach, quien propuso el cambio de culpabilidad por el de atribuibilidad, integrada ésta por la responsabilidad por el hecho. La teoría final de la acción ha tomado como fundamento: 1) La integración del dolo en el tipo; 2) La integración del desvalor de la acción y el desvalor del resultado en el injusto; 3) La ubicación del error de tipo en la tipicidad y el error de prohibición en la culpabilidad; 4) La teoría del dominio del hecho como fundamento de las formas de intervención del sujeto activo; 5. La teoría normativa de la culpabilidad.

En la actualidad la teoría del delito finalista ha sufrido embates y críticas severas y retoma el camino hacia la sistematización, que consiste en orientar, las categorías de la teoría del delito a los fines del derecho penal. Roxin, sostiene la postura de orientar el Derecho penal a la *política criminal*, separándose del método deductivo-axiomático del finalismo.

Por lo anterior, la dogmática jurídica penal alemana se ha caracterizado en cuatro corrientes:

A) El causalismo (psicologista y valorativo); B) El finalismo ortodoxo; C) El finalismo radical; D) La sistemática funcionalista.