

# LA INFLUENCIA DEL FINALISMO EN LA DOGMÁTICA PENAL MEXICANA (EL MODELO LÓGICO DEL DERECHO PENAL)

Moisés MORENO HERNÁNDEZ\*

SUMARIO: I. *Palabras introductorias.* II. *De la dogmática penal en general: función y desarrollo.* III. *El finalismo y sus implicaciones en la dogmática penal.* IV. *El finalismo y su influencia en la dogmática penal mexicana.*

## I. PALABRAS INTRODUCTORIAS

1. Mis primeras palabras son para expresar que constituye un verdadero honor el poder participar en este libro promovido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México en homenaje a la distinguida doctora Olga Islas de González Mariscal, quien sin duda no sólo es una de las investigadoras nacionales que más se ha ocupado del desarrollo de la dogmática penal en nuestro país, sino que es una de las juristas más sobresalientes del México moderno, que le da prestigio a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, que ella dirigió durante ocho años. Independientemente de los diversos cargos públicos que ha desempeñado en el ámbito de la procuración de justicia, a doña Olga Islas<sup>1</sup> se debe, también, el desarrollo —desde mediados de la década de los sesenta del siglo pasado— de una forma de explicar el derecho penal, que ella y otros colegas han caracterizado como el “modelo lógico-matemático del derecho penal”, que sin duda se trata de una construcción teórica propia, sin desconocer sus fuertes vinculaciones ideológicas o de carácter metodológico con otras elaboraciones dogmáticas.

\* Academia Mexicana de Ciencias Penales.

<sup>1</sup> Conjuntamente con otros colegas, como Elpidio Ramírez.

2. Ahora bien, dado que tanto el derecho penal mexicano como la forma de su explicación no son autóctonos, es decir, auténticamente mexicanos, sino que se han visto fuertemente determinados por las influencias del derecho penal y de la ciencia penal de otras latitudes, que en distintas épocas han manifestado sus influjos decisivos en el ámbito nacional,<sup>2</sup> como sucede con la dogmática penal, quisiera ocuparme en esta ocasión de los impactos que ha recibido la dogmática penal mexicana, sobre todo en la versión que corresponde a la construcción teórica sostenida por la ahora homenajead, donde parece que la influencia del *sistema finalista* es innegable.

Para ello, previamente haré algunas consideraciones generales sobre la dogmática penal, o sobre lo que entendemos por tal y su función, así como en torno a las diversas construcciones sistemáticas que se han dado en los últimos ciento veinticinco años, a partir de las primeras elaboraciones de Franz von Liszt en Alemania, ya que cada una de ellas de alguna o de otra manera ha dejado sentir su influjo.

## II. DE LA DOGMÁTICA PENAL EN GENERAL: FUNCIÓN Y DESARROLLO

### 1. *Función e importancia de la dogmática penal*

a) Si se parte de la base de que la dogmática penal tiene como objeto de conocimiento al derecho penal positivo,<sup>3</sup> cuyos contenidos —que son tomados como “dogmas”— los explica y sistematiza, entonces su función o misión debe consistir en “desarrollar y explicar el contenido de las reglas jurídicas en su conexión interna”, es decir, “sistemáticamente”, como señala Welzel,<sup>4</sup> o en “procurar una correcta interpretación de los textos posi-

<sup>2</sup> Lo que se ha debido, en gran medida, a que en el ámbito latinoamericano hemos sido muy adictos a copiar o imitar las novedades provenientes del exterior; situación que no sólo se observa en el campo del derecho penal, sino en los diversos campos del orden jurídico.

<sup>3</sup> Deben, por ello, distinguirse derecho penal y ciencia (dogmática) del derecho penal, es decir, “objeto del conocimiento” y “conocimiento del objeto”.

<sup>4</sup> *Das deutsche Strafrecht*, 11a. ed., 1969, p. 1; véase trad. al español de Bustos y Yáñez, *Derecho penal alemán*, Santiago, 1970, p. 11; *cfr.*, también, Muñoz Conde, F., *Introducción*, pp. 117 y ss., 135 y ss.: “la Dogmática jurídico penal trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, delimitar los hechos punibles de los impunes, de conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general

tivos, buscar las relaciones existentes entre éstos, descubrir las ideas, principios e instituciones ínsitos en la ley y, luego, construir y sistematizar sobre esa base una teoría completa y bien asentada de las bases orgánicas del derecho positivo”, como dice Novoa.<sup>5</sup> En el mismo sentido, Struensee señala que “la dogmática jurídico penal se ocupa de la aplicación, sistematización, perfeccionamiento y aplicación de razonamientos de las órdenes de la ley, de las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal. Para ello, el dogma es una palabra que significa opinión, disposición”.<sup>6</sup>

Esa función la desarrolla la dogmática penal con objeto de posibilitar una aplicación racional y uniforme de la ley, que ayudará esencialmente a garantizar la seguridad jurídica y a “procurar una administración de justicia igualitaria y justa”,<sup>7</sup> pero también puede aportar los criterios que, previamente, debe tomar en cuenta el legislador para determinar los contenidos de la ley. En otras palabras, la dogmática penal puede aportar los criterios teóricos para posibilitar una adecuada toma de decisiones político-criminales, tanto en lo que concierne a la aplicación concreta de la ley penal como también en lo que se refiere a su proceso de creación. En términos más concretos, si se atiende a las exigencias del Estado democrático de derecho, la dogmática penal tiene en definitiva la importante función de proporcionar las bases teóricas adecuadas para el diseño y desarrollo de una política criminal que responda a tales exigencias, así como la misión de proporcionar seguridad jurídica para los individuos, es decir, debe ser funcionalmente adecuada a exigencias democráticas.<sup>8</sup>

expresada en la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo. En este sentido, la Dogmática jurídico penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites”.

<sup>5</sup> Novoa Monreal, E., *La evolución del derecho penal en el presente siglo*, Caracas, 1977, pp. 42 y ss. Cfr. también, Porte Petit, C., *Importancia de la dogmática jurídico penal*, México, 1954.

<sup>6</sup> Struensee, Eberhard, “Función e importancia de la dogmática jurídico penal”, *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, México, núm. especial 1, Ed. Jus Poenale, Cepolcrim, 1999, pp. 13 y ss.

<sup>7</sup> Welzel, H., *op. cit.*, nota 4, p. 1; cfr. también Jescheck, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., 1969, p. 136; 2a. ed., 1972; también hay traducción al español de Mir Puig y Muñoz Conde, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1981.

<sup>8</sup> Y se resalta esto, porque también puede haber construcciones dogmáticas que resulten funcionales, pero con relación a exigencias *autoritarias*.

b) De las anteriores afirmaciones se desprende, por lo menos para un considerable y representativo sector de penalistas, que la dogmática penal no es una disciplina que deba desarrollarse sólo como *l'art pour l'art*, sin importar sus implicaciones prácticas, sino que debe buscar conectarse con la realidad e incidir en la solución de los problemas concretos a través de sus aportaciones sistemáticas.<sup>9</sup> Sin embargo, como lo destaca Novoa Monreal,<sup>10</sup> la finalidad anteriormente señalada no siempre ha sido así, sino que muchas veces se ha visto distorsionada por ciertos dogmáticos, quienes han originado “una disciplina pretenciosa y abstrusa, de menor substancia de la que se le atribuye, apta para ser recorrida solamente por iniciados que poseen sus claves lingüísticas y que creen, debido a su propio aislamiento, formar parte de una supuesta elite científica”. En otras palabras, que tales dogmáticos son “verdaderos gimnastas intelectuales que ejercen en el vacío, los cuales se caracterizan por sumergirse en una progresiva complicación de sus elaboraciones abstractas, en la agudización de discusiones tan inútiles como extravagantes y en una ciega y gradual desconexión con la realidad, con deplorables consecuencias por lo que se refiere a alcanzar el verdadero y único fin de un derecho penal”.<sup>11</sup>

No hay duda que en las intensas discusiones dogmáticas que se han observado de manera particularmente acentuada en la polémica causalismo-finalismo, a partir de la segunda mitad de la década de los treinta del siglo XX en Alemania, y que ahora se observan entre el finalismo y el funcionalismo, o entre ontologismo y normativismo, ciertamente se han originado elaboraciones teóricas complicadas que no siempre encuentran conexión con la realidad, mucho menos con la realidad latinoamericana. Sin embargo, como el propio Roxin<sup>12</sup> ha reconocido, “la teoría final de la acción, con su giro a las estructuras ónticas y a la realidad social, ha intentado restablecer, y no sin éxito, la referencia de la dogmática jurídico penal a la realidad, devolviendo sobre todo a la teoría de la acción y a la del tipo

<sup>9</sup> Podría decirse que un gran porcentaje de juristas, al hacer sus elaboraciones teóricas, tienen siempre la pretensión muchas veces no manifiesta expresamente de que tales elaboraciones tengan aplicación en la práctica.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, nota 5, p. 43.

<sup>11</sup> Novoa Monreal, E., *op. cit.*, nota 5, pp. 43 y ss. *Cfr.* también Roxin, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2a. ed., Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1973, pp. 3 y ss.; existe trad. al español de Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972.

<sup>12</sup> Quien ha sido caracterizado como uno de los más agudos críticos del finalismo.

la plasticidad de una pura descripción del suceso”.<sup>13</sup> Y es incuestionable que ese objetivo de vincularse a la realidad lo ha remarcado Welzel desde el inicio de su obra,<sup>14</sup> cuando afirmó que la ciencia del derecho penal, como ciencia sistemática que es, “da la base para una administración de justicia igualitaria y justa, pues sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho libera a su aplicación del acaso y la arbitrariedad”. De ahí que puedo sostener que no tienen razón quienes afirman que las ideas, conceptos o categorías, a los que se asigna un carácter prejurídico, carecen realmente de fecundidad para la dogmática penal, pues tales ideas o categorías procuran, precisamente, lograr bases firmes para garantizar la seguridad jurídica y una más racional interpretación y aplicación de la ley penal. De ahí que resulta recomendable admitir y creer más en los resultados que se deducen de los conceptos sistemáticos superiores y confiar más en la utilidad práctica de tales categorías, pues sólo así pueden superarse las construcciones dogmáticas y alcanzar mayores rendimientos prácticos.

c) Por otra parte, es cierto que desde hace algún tiempo la discusión en torno al concepto “final” de acción encuentra sólo poco interés en Alemania, en donde en los años cincuenta condujo a las más fuertes polémicas, pero ello de ninguna manera quiere decir que tal categoría haya sido superada o abandonada, pues hasta ahora no se ha demostrado su inutilidad práctica. La discusión, en efecto, ha disminuido en el país en que se originó, al punto que podría decirse incluso que ha cesado; pero esa disminución de la intensidad de la discusión ha obedecido, más que nada, a que el concepto final de acción se ha impuesto en la doctrina penal<sup>15</sup> —ya sea como objeto de regulación de las normas penales o como base de la estructura del delito—, al grado que desde hace varias décadas ya casi nadie quiere ser caracterizado como partidario de un concepto *causal* de acción, y de ahí que la atención ahora se haya enfocado a otros aspectos. Por ello, desde (principios de) la segunda mitad del siglo XX la mayor parte de la doctrina se denomina “finalista”, por lo menos “objetivo-finalista”,<sup>16</sup> o incluso “finalista-funcionalista”. No es, entonces, que tal categoría haya sido sustitui-

<sup>13</sup> Roxin, C., *Kriminalpolitik...*, p. 37.

<sup>14</sup> *Das deutsche Strafrecht*, 1969, p. 1.

<sup>15</sup> Independientemente de haber resaltado también su “relevancia social”.

<sup>16</sup> *Cfr.* Kaufmann, Armin, “La función del concepto de la acción en la teoría del delito”, trad. del alemán por Cerezo Mir, en *Revista Jurídica Veracruzana*, núms. 1-2, enero-junio 1974, pp. 51 y ss.

da por otra, más funcional a los fines político-criminales, pues la utilidad práctica del concepto “final” de acción sigue siendo evidente,<sup>17</sup> como lo pone de manifiesto el principio *nullum crimen sine conducta*.<sup>18</sup> En efecto, conforme al concepto final de acción, las normas penales no pueden o no deben prohibir u ordenar meros procesos corporales “ciegos”, carentes de sentido, sino sólo procesos de “sentido”, en los que esté presente la consideración de las características humanas del hombre, como destinatario de tales normas; de ahí que la voluntad humana sea considerada en la estructura de la acción no sólo en su aspecto externo como factor causal (manifestación de la voluntad), sino también en su aspecto interno como factor de dirección (contenido de la voluntad). Por lo tanto, sólo la acción final constituye el punto de referencia al legislador para dar contenido a los tipos penales que a él corresponde crear, y eso sin duda es una garantía para los destinatarios de la norma.

De acuerdo con lo anterior, ningún teórico de la política criminal o dogmático penalista que se precie de ser racional y opte por un derecho penal garantizador puede negar la importancia práctica o político-criminal del concepto final de acción, pues el reconocimiento de su estructura óptica por parte del legislador de alguna manera implica la aceptación de límites al poder penal estatal, precisamente por las exigencias que ella establece para afirmar su existencia, sobre todo a la hora de determinar la existencia de un delito. Si bien no han faltado los intentos para desplazarlo, es evidente que ninguna otra categoría podría desplazar al concepto de acción, sobre todo si se quiere que las regulaciones penales sean racionales, como tampoco cualquiera otra categoría que se quisiera manejar como presupuesto de la pena podría fundadamente prescindir de la acción, que en sistemas democráticos es lo único que una norma penal puede prohibir u ordenar.<sup>19</sup> Y aun cuando se le quiera reconocer al legislador un gran poder para dar origen o para estructurar los tipos penales, o para señalar los presupuestos de la pena, tampoco puede fundada y lógicamente negarse que el contenido de ciertas categorías tenga que ver con la que corresponde a la

<sup>17</sup> El propio Kaufmann lo pone de manifiesto en el trabajo citado en la nota anterior.

<sup>18</sup> Pero lo propio puede decirse con relación a la doctrina del “injusto”, al grado que se ha afirmado que la teoría de la acción final es, en realidad, una “doctrina final del injusto” (ver nota 75).

<sup>19</sup> Cuando se habla de “acción”, se la utiliza en sentido amplio, abarcando tanto a la acción en sentido estricto como a la omisión, si bien puede también hablarse de “conducta” e independientemente de reconocer una estructura distinta para la omisión.

estructura ontológica del objeto de regulación. De ahí que es evidente el efecto político-criminal y dogmático de esta categoría. Pero el que las discusiones al respecto se hayan prolongado no obedeció sino a la necesidad de precisar lo que el legislador podría regular penalmente, así como a la propia resistencia doctrinaria a lo que sin duda era obvio, por el temor a ver derrumbada de pronto una construcción dogmática que se consideraba sólida, como era la construcción “causalista” del delito, que tanto arraigo tuvo en los antiguos autores de habla hispana, entre los que también se encuentran latinoamericanos, incluyendo a los mexicanos.

## *2. Breve reseña histórica de la dogmática penal en torno al delito*

### *A. Importancia de la visión retrospectiva*

1) Para una mejor comprensión de la influencia que las diversas construcciones teóricas en torno al delito han tenido en la dogmática penal mexicana, resulta necesaria una breve visión retrospectiva, por lo menos en todo aquello que aun tiene importancia palpable en el presente, sobre todo ahora que se habla del derecho penal del siglo XXI, que sin duda se ve fuertemente impactado por la internacionalización del delito y por la internacionalización de la política criminal y del derecho penal. Es incuestionable que los cambios que experimentan tanto la política criminal como el derecho penal, producto de las transformaciones que va manifestando su objeto de regulación —que es el delito—, tienen igualmente repercusiones en el ámbito de la dogmática penal, si se sostiene la idea de que ésta debe estar estrechamente vinculada a la política criminal y, por tanto, vinculada a su objeto de consideración, que es el derecho penal positivo. De ahí que la breve referencia a su evolución permite ver, por una parte, qué tanto la dogmática penal ha estado vinculada a la política criminal y, por otra, cuál ha sido la ideología que la ha animado, para ver si ella ha propiciado el desarrollo de una política criminal de corte democrático o una de corte autoritario, y si ella está en condiciones de responder y mantener una línea coherente de pensamiento ante los cambios que experimenta el derecho penal a raíz de los procesos de globalización en que los países del mundo se encuentran inmersos.

Lo propio habrá que hacer con relación a la dogmática penal mexicana, para determinar si ella se ha mantenido a tono o no con los avances que di-

cha disciplina ha experimentado en otras latitudes y si ha observado los cambios que ha tenido su propio objeto de estudio; en fin, habrá que ver, también, si la dogmática penal mexicana ha influido o no en la propia evolución —o involución— del derecho penal en México, ya sea desde su proceso de creación o al momento de su interpretación y aplicación; es decir, si de alguna manera la dogmática penal ha influido en las decisiones político-criminales del legislador y del juzgador, o si se ha mantenido ajena a ellas. Y ante los cambios que ha experimentado su objeto de estudio, sobre todo a raíz de su internacionalización y de la puesta en entredicho de ciertos principios garantistas, cabría preguntarse si la dogmática penal mexicana tiene o no un futuro, en que ella no se reduzca a un simple desarrollo de la dogmática por la dogmática, sino a un desarrollo en donde ella incida de manera decisiva en las decisiones político-criminales.

2) Para ello, entonces, habrá que hacer referencia a sus antecedentes generales que, en su sentido moderno, arrancan del *Tratado de derecho penal* de Franz von Liszt (1881), cuya primera edición apareció hace casi ciento veinticinco años. Y, brevemente, también habrá que referirnos a lo que ha sucedido en el ámbito de la dogmática penal mexicana, para ver la influencia que ella ha recibido de las construcciones dogmáticas elaboradas en otras latitudes —como Alemania, Italia y España—,<sup>20</sup> pero particularmente la influencia que ha tenido del sistema finalista, a propósito de la construcción teórica que ha desarrollado y seguido nuestra ahora homenajead en México, Olga Islas.

Es innegable que la sistemática del derecho penal ha experimentado en ese lapso de alrededor de ciento veinticinco años, sobre todo en su lugar de origen, Alemania, una considerable evolución, debido tanto a la permanente discusión en torno al “método” como a la necesidad de adecuarla constantemente a la realidad prevaleciente en cada momento y lugar. Por otra parte, esa evolución siempre se ha visto vinculada a una determinada ideología que, de alguna o de otra manera, ha influido en sus postulados, en sus contenidos conceptuales y en sus consecuencias. Habrá que aceptar de antemano que los desarrollos que ha experimentado la dogmática penal en

<sup>20</sup> Para este aspecto retomo parte de lo dicho ya en mi trabajo intitulado “Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana. Hacia una mayor vinculación entre dogmática penal y política criminal”, publicado en la revista *Criminalia*, México, año LVIII, núm. 3, sept.-dic. de 1992, pp. 33 y ss., que si bien ya no es tan actual, el aspecto histórico sigue siendo igual.



Alemania no se ha cultivado en México; sin embargo, cada vez se observa en nuestro país un mayor interés en las cuestiones dogmáticas, a raíz de la mayor afluencia bibliográfica especializada que tenemos, que muestra claramente tanto el pasado como el presente de las elaboraciones dogmáticas, si bien todavía sin vincularlas estrechamente con las de carácter político-criminal.

*B. Los sistemas de análisis del delito en general.  
Sus postulados e implicaciones*

Por lo que hace a la dogmática del delito, prevalece aún la opinión desarrollada en Alemania de entender al delito como una “acción típica, antijurídica y culpable”, si bien los contenidos conceptuales de cada uno de esos elementos han ido variando por razón de los postulados de que se parte y de la vinculación filosófico-política que se tiene. Pero el haber llegado a esta opinión, según he afirmado, no ha sido obra de un espíritu sobrepujante único, sino producto de una larga historia de desarrollo de la dogmática penal, en la que han tenido participación grandes pensadores del derecho penal, como Binding, Liszt, Beling, Radbruch, Frank, Mayer, Mezger, V. Weber, Zu Dohna, Welzel, Maurach, Gallas, Kaufmann, Stratenwerth, Baumann, Jescheck, Roxin, Jakobs, Schünemann, Struensee, entre muchos otros. Y, en esa larga historia de más de un siglo y cuarto, la propia doctrina penal se ha ocupado de distinguir diversos periodos en el desarrollo de la dogmática penal en torno al delito, así como diversos sistemas de análisis, atendiendo a sus bases filosófico-políticas, sus postulados y demás rasgos característicos, así como sus consecuencias teórico-prácticas.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Cfr. sobre esto: Zu Dohna, *Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen* (1907); del mismo, *Der Aufbau der Verbrechenlehre* (1936); Busch, *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre* (1955); Hegler, “Die Merkmale des Verbrechens”, *ZStW*, 36 (1915), pp. 19 y ss., 184 y ss.; Jescheck, “Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre”, *ZStW*, 73 (1961), pp. 179 y ss.; Lang Hinrichsen, “Zum Handlungsbegriff im Strafrecht”, *J.R.*, 1954, pp. 88 y s.; Engisch, “Der finale Handlungsbegriff”, *Kohlrausch-Festschrift*, 1944, pp. 141 y ss.; Jescheck, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung”, *Eb. Schmidt Festschrift*, 1961, pp. 139 y ss.; H. Mayer, “Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff”, v. *Weber-Fest.*, 1963, pp. 137 y ss.; V. Liszt, “Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche”, *Strafr. Aufsätze...*, I, 1905, pp. 212 y ss.; E. Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik* (1950); Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem* (1904); del mismo, “Zur Systematik der Verbre-

Detrás de cada uno de esos sistemas de análisis del delito existen bases filosófico-políticas, de la misma manera que cada uno “responde a cierto momento de poder político y a un contexto económico, social y cultural” del lugar y tiempo en que fueron diseñados.<sup>22</sup> Situación que, por regla general, se omite considerar cuando dichos sistemas son transportados al ámbito latinoamericano o a otras realidades, o no se toma en cuenta la propia dimensión política local o regional en que ellos son implantados; por lo que, como lo señala Zaffaroni,<sup>23</sup> tales construcciones teóricas resultan luego incomprensibles, como suele suceder aún ahora en que los desarrollos sistemáticos parecen ser sólo para iniciados cuando llegan a nuestros ámbitos.<sup>24</sup>

1) En efecto, con relación al primer sistema del delito, conocido como *sistema clásico* o *causalista naturalista* (Liszt/Beling/Radbruch), éste se desarrolló a partir del último cuarto del siglo XIX, y fue inspirado fundamentalmente por el positivismo jurídico y el positivismo naturalista; aquel que de alguna manera reconoce al legislador un “poder omnipotente” y éste que determina la aplicación del método “científico naturalista” en el análisis de las cuestiones penales. A partir de ese fundamento, Franz von Liszt desarrolló un sistema concebido a base de “clasificaciones”;<sup>25</sup> así, del con-

chenslehre”, *Frank-Festgabe*, t. I, 1930, pp. 1 y ss.; Roxin, “Zur Kritik der finalen Handlungslehre”, *ZstW*, 74 (1962), pp. 585 y ss.; del mismo, *Schuld und Verantwortlichkeit als Strafrechtlichen Systemkategorien* (1973); del mismo, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2a. ed., 1973; V. Weber, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems* (1935); Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (1935); del mismo, “Studien zum System des Strafrechts”, *ZStW*, 58 (1939), pp. 488 y ss.; *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (1951); *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft* (1965); *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, Ius, 1966, pp. 421 y ss.; *Das deutsche Strafrecht*, 1969; Zimmerl, *Aufbau des Strafrechtssystems* (1930); Jescheck, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts, A.T.* (1978, 1996); Jakobs, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch* (1983); del mismo, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de J. Cuello Contreras y otro (1995); Zaffaroni, *Teoría del delito*, 1973; del mismo, *Manual de derecho penal* (1977); *Tratado de derecho penal*, PG, 5 tomos (1980), y *Derecho penal. Parte general*, Porrúa, 2001, entre otros.

<sup>22</sup> Cfr. Zaffaroni, E. R., *Política y dogmática jurídico-penal*, conferencias magistrales 1, México, Inacipe, 2002, pp. 22 y ss.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 22 y ss.

<sup>24</sup> Véase Moreno Hernández, Moisés, “El ontologismo de Welzel como fundamento de la dogmática penal y de la política criminal”, *Problemas capitales del moderno derecho penal, Libro-homenaje a Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio (1904-2004)*, México, Jus Poenale, Cepolcrim, 2005, pp. 187 y ss.

<sup>25</sup> Cfr. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1a. ed., 1881.

cepto superior de acción humana llegó, mediante la continua clasificación de las acciones, al concepto buscado de delito estructurado en principio de dos elementos: *antijuridicidad* y *culpabilidad*, correspondiendo a la primera todo lo “objetivo” del delito, y a la segunda todo lo “subjetivo”.<sup>26</sup> Estructura a la cual Beling aportó en 1906 el elemento de la “tipicidad”,<sup>27</sup> atendiendo a las exigencias del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*; con la que se arribó finalmente al concepto del delito estructurado de tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que aún determinan la discusión actual, y se le dio al tipo penal su función político-jurídica de garantía.<sup>28</sup>

Ese sistema clásico del delito<sup>29</sup> tiene como fundamento el concepto causal o naturalístico de acción —y de ahí que también se le caracterice como sistema causalista naturalista—, que reduce a la acción a un puro proceso causal que la voluntad ocasiona en el mundo exterior sin importar si el autor lo ha querido o lo ha podido también prever, es decir, sin importar el “contenido de la voluntad”; la voluntad sólo funge como “factor causal”, mas no como “factor de dirección”.<sup>30</sup> Una vez determinada la existencia de la acción, corresponde investigar si esa acción es también típica, antijurídica y culpable. A partir de ese concepto de acción, el tipo fue entendido como mera “descripción” de los elementos exteriores de la acción, es decir, de la parte que se encuentra fuera del ánimo del autor, además de estar totalmente libre de desvalor. La antijuridicidad fue concebida de manera “formal”, como la contraposición del hecho objetivo con el orden jurídico, siendo en la afirmación de la antijuridicidad donde se da por primera vez la

<sup>26</sup> Esta contraposición objetivo-subjetivo es idéntica a la diferenciación antijuridicidad-culpabilidad, ya conocida en Carrara. *Cfr.* sobre el particular, Radbruch, G., “Über den Schuldbegriff”, *ZStW*, 24, 1906, pp. 344 y ss.; Kohlrausch, *Irrtum und Schuldbegriff*, 1903, p. 1.

<sup>27</sup> *Cfr.* Beling, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 7, 20, 99, 110 y ss.

<sup>28</sup> V. *Die Lehre von Verbrechen*, pp. 1, 110 y ss.

<sup>29</sup> Al cual se adhiere también Radbruch con su obra *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904.

<sup>30</sup> Del concepto de acción elaborado por Liszt y Beling se desprenden como elementos: a) la activación de la voluntad; b) el resultado (modificación del mundo exterior), y c) la relación de causalidad entre ellos. Radbruch, como se ha dicho, se adhirió a esta concepción y resaltó que el “contenido de la voluntad” sólo tiene importancia para el problema de la culpabilidad (*Der Handlungsbegriff...*, pp. 131 y ss.).

formulación de un juicio de valoración.<sup>31</sup> La culpabilidad, finalmente, fue concebida puramente subjetiva, como una relación psíquica entre el autor y la parte externa del hecho, siendo en ella donde había que plantear apenas el problema sobre el “contenido de la voluntad”, y de ahí que el dolo y la culpa aparecían como “formas” de ésta.<sup>32</sup> La imputabilidad, en cambio, fue entendida como un “presupuesto” de la culpabilidad,<sup>33</sup> y el estado de necesidad como causa excluyente de la culpabilidad.<sup>34</sup> Los otros elementos subjetivos en el autor, como “intenciones”, “motivos”, “tendencias”, que son previstos en numerosas disposiciones penales, fueron también ordenados como elementos subjetivos en la culpabilidad. Por su parte, la tentativa y la consumación, la autoría y la participación, la unidad y la pluralidad de delitos, fueron vistas como “formas de aparición del delito”.<sup>35</sup>

2) Desde la primera década del siglo XX esa construcción dogmática de Liszt/Beling/Radbruch fue sometida a un proceso de transformación por la dogmática posterior en Alemania, que ha sido caracterizada como el sistema neoclásico o teleológico (o causalista normativista), que se desarrolló por la influencia de la “teoría del conocimiento” de la escuela del neokantismo alemán (Stammler, Windelband, Lask, Rikert), conocida también como “filosofía de los valores” o escuela de Baden Baden. Esta corriente de pensamiento aporta, junto al método “científico-causal” de la ciencia natural, un método “científico-intelectual” (espiritual) propio, que comprende y enjuicia los sucesos en atención a los fines y valores;<sup>36</sup> a partir de ella los conceptos jurídico-penales, incluyendo los relativos a los elementos del delito, deben responder a las exigencias de un derecho penal referido a fines y a valores. Así, las esferas dogmáticas de la acción y del tipo se corresponden en la doctrina penal valorativa con los de la realidad y de los conceptos propios de la escuela sudoccidental alemana: el *tipo* aparece ahora ya no como mera descripción “libre de valor” de un suceso cualquiera, sino como “des-

<sup>31</sup> Cfr. Gallas, W., “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, *ZStW*, Bd. 67, 1955, pp. 1 y ss.; existe trad. al español de Córdoba Roda, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, 1959.

<sup>32</sup> Véase sobre esto, Mayer, M. E., *Die schuldhafte Handlung*, 1901, p. 139; Liszt, *Lehrbuch*, 2a. ed., p. 95; Beling, *L.v.V.*, p. 178. Véase, también, Schmidhäuser, Eb., *Lehrbuch*, Allgemeiner Teil, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1982, p. 132.

<sup>33</sup> Liszt, V., *Lehrbuch*, 2a. ed., p. 95; Beling, *L.v.V.*, p. 178.

<sup>34</sup> Mayer, V. M. E., *Die schuldhafte Handlung*, 1901, p. 139.

<sup>35</sup> Cfr. Jescheck, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts, A. T.*, 2a. ed., 1972, p. 155.

<sup>36</sup> Cfr. Welzel, H., *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, pp. 41 y ss.

cripción legal de la lesión (típica) del bien jurídico”, como “medio o recurso del legislador para distinguir los elementos del injusto característicos para todos los tipos delictivos” y, con ello, de simple indicio de la antijuridicidad (*ratio cognoscendi*), se transforma en portador (*ratio essendi*) del injusto delictual;<sup>37</sup> y, por lo que hace a la culpabilidad, al lado del concepto puramente psicológico ahora también se maneja un concepto acentuadamente *normativo*.<sup>38</sup> Pero, en ambos casos el dolo y la culpa son componentes de la culpabilidad, y, consecuentemente, toda la problemática del error es vista exclusivamente a nivel de ella; llegándose, finalmente, a un orden de elementos del delito como se encuentra en el *Tratado* de Mezger de 1931,<sup>39</sup> con el que la sistemática neoclásica o teleológica llega a su máximo desarrollo. Y así se llega a la segunda mitad de la década de los treinta, en la que los dos sistemas anteriores (clásico y neoclásico) empiezan a ser caracterizados, por sus rasgos comunes, como el “sistema causalista” del delito, al que se enfrenta luego el sistema finalista.

3) Con el desarrollo del sistema finalista del delito a partir de mediados de la década de los treinta, el sistema causalista nuevamente se vio sometido a severas críticas, que se dirigieron tanto en contra de la base filosófica, repre-

<sup>37</sup> Cfr. Schmidhäuser, Eb., *Lehrbuch*, p. 135; Jescheck, *Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling...*, pp. 179 y ss.; Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, p. 3; W. Sauer, *Grundlagen des Strafrechts*, 1921, pp. 339 y ss.

<sup>38</sup> Fue Reinhart Frank el primero que puso de manifiesto la insuficiencia del concepto “psicológico” de culpabilidad en el año de 1907, sobre todo al tratarse de la “culpa”, más aun, de la “culpa inconsciente”, ya que todos los esfuerzos para demostrar aquí la relación psicológica entre autor y resultado, o de que hay un dolo del inimputable, habían sido ilusorios. Véase su ensayo *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giesen, 1907. Hay trad. al español de Sebastián Soler (“Sobre la estructura del concepto de culpabilidad”), Universidad de Chile, 1966. En las elaboraciones de Frank se ve actualmente el origen del concepto normativo de la culpabilidad, sobre el cual se han esforzado posteriormente, sobre todo, J. Goldschmidt (*Der Notstand, ein Schuldproblem*, OZSt, t. 4, Wiena, 1913), Freudenthal (*Schuld und Vorwurf im geltenden Recht*, Tübingen, 1922) y Mezger (*Strafrecht, ein Lehrbuch*, 1949).

<sup>39</sup> El delito es definido ahora sobre todo por Mezger, como la “acción típicamente antijurídica y culpable”. En esta definición, la “acción” comprende tanto el hacer como el omitir; la “antijuridicidad”, en la que se comprende la “tipicidad”, es injusto objetivo, si bien se conforma también de elementos subjetivos del injusto, y es demostrada como “injusto típico”; de ahí que Mezger diga que “el delito es acción antijurídica, pero al mismo tiempo, y siempre típicamente antijurídica”. (Cfr. Mezger, *Tratado de derecho penal*, Madrid, 1985, t. I, pp. 163, 170, 279 y ss.); la “culpabilidad”, finalmente, es entendida como el conjunto de aquellos presupuestos de la pena, que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica (*Tratado*, t. II, p. 1).

sentada sobre todo por la filosofía de los valores de la Escuela sudoccidental alemana, como en contra de la base científica del positivismo naturalista y, por tanto, en contra del postulado “causalista”, como lo muestra la obra de Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (1935).<sup>40</sup> En efecto, no obstante que con el neokantismo se espiritualizaron o normativizaron ciertos conceptos relacionados con la estructura del delito, como es el concepto social de acción y el reconocimiento de elementos normativos en la estructura del tipo penal,<sup>41</sup> o el concepto de culpabilidad, que ahora implica un “juicio de valor” por parte del juez, esta corriente ha sido considerada por Welzel una continuación del positivismo que inspiró al sistema anterior.<sup>42</sup> Por su parte, Zaffaroni señala que

...contra lo que usualmente se afirma, el derecho penal kantiano fue el verdadero saber penal del nazismo. No es cierto que éste haya sido el de la *Kielerschule*, pues los de *Kiel* fueron políticos u oportunistas políticos que escribieron algunos trabajos de muy poco o ningún valor teórico, pero que no servían en absoluto para que los jueces decidieran “que” el derecho penal vigente bajo el nazismo, el vivido por las decisiones judiciales, en general siguió los métodos del neokantismo. La jurisprudencia se orientó más por Edmundo Mezger que por George Dahm o Friedrich Schaffstein, al punto de que el primero llegó a escribir un artículo en el que criticaba a estos, demostrando que su sistema resolvía mejor la aplicación jurisprudencial de la legislación penal vigente.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Pero habrá que considerar en este proceso de crítica y de desarrollo del nuevo sistema del derecho penal a V. Weber y a Graf Zu Dohna, a quienes incluso se les cataloga como precursores del sistema finalista, por haber planteado, aunque siguiendo métodos distintos, la reubicación sistemática del dolo. Habrá que considerar, igualmente, los trabajos de E. Wolf, Lange, Berges, Dahm, Eb. Schmidt, Schaffstein y Dahm, aparecidos en la década de los treinta, que también muestran la necesidad de una reorientación total de la teoría de la acción y la tendencia hacia un concepto final de acción. Véase sobre esto, Moreno Hernandez, Moises, *Der finale Handlungsbegriff...*, pp. 121 y ss.

<sup>41</sup> Además de los elementos *subjetivos* distintos al dolo. Con el reconocimiento de los elementos subjetivos del injusto, la clara separación sistemática entre lo objetivo y subjetivo del delito fue abandonada. Deben mencionarse en este desarrollo los nombres de Hegler (1915), M. E. Mayer (1915), Radbruch (1930) y Mezger (1924,1931), entre otros. Por lo que hace a los elementos normativos del tipo, fue Mayer el primero que se ocupó de ellos, afirmando que son aquellas partes integrantes de un resultado típico que solamente tienen importancia valorativa (1915).

<sup>42</sup> Cfr. Welzel, H., *Naturalismos und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, pp. 41 y ss.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, pp. 32 y ss. Además, afirma que “todo neokantismo (y sus actualizaciones) opera con una selección arbitraria de los datos de realidad: toma de ella lo que le

La discusión iniciada por la teoría de la acción finalista, en oposición a la dirección teleológica se centró en la configuración de un concepto “personal” de acción, por lo que su conclusión está constituida por el sistema de la teoría de la acción final, que lleva a sus mayores límites la evolución iniciada por la dirección teleológica en el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y del elemento normativo de la culpabilidad, al punto de trasladar el dolo del campo de la culpabilidad al de la acción y consecuentemente, al del injusto, precisamente por incluir el “contenido de la voluntad” en el concepto de acción; asimismo, hace un desplazamiento de la atención sobre el aspecto “ético personal” de la infracción penal, es decir, sobre el aspecto personal y ético social del injusto.<sup>44</sup> Y de ahí que se haya afirmado que la teoría de la acción final es, en realidad, una “doctrina final del injusto”. Sobre este sistema volveré y abundaré más adelante, ya que el objeto de este trabajo es destacar la influencia del finalismo en la dogmática penal mexicana.

4) Frente a los sistemas anteriores, en el desarrollo de la dogmática penal también se habla específicamente de una concepción funcionalista del derecho penal, defendida principalmente por Roxin y Jakobs, que es el llamado funcionalismo sistémico, señalándose algunas diferencias entre ellos.<sup>45</sup> Por oposición al finalismo y a su metodología, en los últimos tiempos el funcionalismo ha experimentado importantes desarrollos y ha seguido al menos dos vías distintas: la encabezada por Roxin, quien objeta y se separa del *método deductivo-axiomático* del finalismo por su análisis de los problemas jurídicos como cuestiones básicamente lógico-abstractas,<sup>46</sup> y la seguida principalmente por Jakobs, quien centra su censura al finalismo en el método ontológico y, por tanto, en la idea de vincular al legisla-

conviene y rechaza lo que no le conviene, de modo que inventa una sociedad y una función *preventiva general* de la pena, matizada con apelaciones al kantismo injertadas de modo no muy claro en una pretendida función *retributiva*”.

<sup>44</sup> Cfr. Gallas, W., *op. cit.*, nota 31; véase trad. al español *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, 1959, p. 10; véase también, Busch, R., *Modernas transformaciones de la teoría del delito*, Bogotá, 1970.

<sup>45</sup> Cfr. Moreno Hernández, Moisés, “Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal”, *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, Congreso Internacional Facultad de Derecho de la Uned, 2000, pp. 579 y ss.; publicado, también, en Jakobs, Schünemann, Moreno, Zaffaroni, *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (ontologismo y normativismo)*, México, Jus Poenale, Cepolcrim, 2003, pp. 63 y ss.

<sup>46</sup> Cfr. Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. al español de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972.



dor, así como a la propia ciencia del derecho penal, a las estructuras lógico-objetivas, y anuncia incluso el declive de la dogmática de base ontológica,<sup>47</sup> haciendo valer en su lugar la de base normativa o teleológica.

En ambos exponentes del funcionalismo se observa una clara influencia hegeliana y del pensamiento neokantiano de la filosofía de los valores en sus construcciones sistemáticas, además de una influencia de base sociológica,<sup>48</sup> y de manera coincidente le dan, por oposición al finalismo, preponderancia al aspecto normativo o teleológico de los diferentes conceptos y contenidos conceptuales en torno a la estructura del delito y a los presupuestos de la pena. Por ello, no hay duda de que dicha concepción procura llevar a su culminación a aquel sistema teleológico (funcional) del derecho penal que se inició a principios del siglo XX a raíz de la influencia del neokantismo,<sup>49</sup> consistente en construir las categorías del sistema orientándolas a los fines político-criminales del derecho penal, para que el jurista —según se afirma— pueda contar con conceptos flexibles<sup>50</sup> y no se vea encasillado en construcciones o conceptos cerrados.

Roxin, al orientar la dogmática a la política criminal, acoge las finalidades político-criminales de un modo más amplio, ya que orienta su sistema a los fines del derecho penal y no sólo a los fines de la pena, dándole particular atención a la función preventivo-especial de la pena. Jakobs, por su parte, al partir de la necesidad de renormativizar los conceptos, acoge sin ma-

<sup>47</sup> Cfr. Jakobs, Günter, *Strafrecht*, 1983, prol., p. V.

<sup>48</sup> Por lo que hace al funcionalismo sistémico de Roxin, existe la opinión de que las elaboraciones penales de éste se vinculan más estrechamente con la sociología funcionalista de Robert Merton y de Talcott Parsons, con particular preocupación por la función preventivo especial de la pena, adoptando como principio regulativo el de culpabilidad, que funciona como límite máximo de la prevención especial. El funcionalismo sistémico de Jakobs tiene también una base sociológica, pero más vinculada a Niklas Luhmann; además, tiene componentes hegelianos, y según Zaffaroni “una exaltación sociologizada del funcionalismo ético welzeliano”. Con él se da una vuelta radical al normativismo, “acompañada de un sinceramiento sin precedentes de la función del poder punitivo, que bordea por momentos los límites de lo éticamente tolerable”. Su objetivo es “fortalecer la confianza en el sistema (prevención general positiva) mediante la ratificación simbólica de la vigencia de la norma”. Cfr. Zaffaroni, *op. cit.*, nota 22, pp. 37 y ss.

<sup>49</sup> Cfr. Schünemann, B., “*El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*”, *Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 77 y ss.

<sup>50</sup> Véase sobre esto, Jescheck, H. H., *Lehrbuch*, 4a. ed., p. 184; Schünemann, Bernd, *op. cit.*, nota 49, pp. 77 y ss.; Silva Sánchez, J. M., *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, p. 20.



yores limitaciones o contrapesos la función de prevención general que atribuye a la pena como base de la citada refundamentación normativa de las categorías y los conceptos.<sup>51</sup> Una diferencia más se encuentra en el hecho de que la construcción de Roxin, no así la de Jakobs, admite ciertos límites externos, que tienen que ver con los contenidos de carácter material; además, puede observarse una diferencia metodológica, que se deriva de la influencia que Luhmann ha tenido en el sistema de Jakobs.<sup>52</sup> Por supuesto, un extremo normativismo de todos los conceptos, como lo plantea Jakobs, lleva a alterar tan radicalmente los contenidos de las distintas categorías del delito que, como previene Zaffaroni, “probablemente dificulte a corto plazo el diálogo entre especialistas que, ateniéndose a las denominaciones, será inevitable que se refieran a conceptos absolutamente diferentes”.<sup>53</sup>

Ahora bien, toda vez que el funcionalismo de Roxin y de Jakobs observa grados diferentes de aproximación o de alejamiento con relación al ontologismo de Welzel, cabe afirmar que no se trata de posiciones irreconciliables. En efecto, aun cuando Roxin ha rechazado desde 1963 la posición ontológica de Welzel, haciendo depender sólo del orden jurídico, como producto y

<sup>51</sup> Véase, también, Jakobs, G., *Schuld und Prävention*, 1976; Hirsch, H. J., “El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel”, *Derecho penal. Obras completas*, t. I, B. Aires, 2000, pp. 13 y ss., 28 y ss.

<sup>52</sup> Cfr. Silva Sánchez, José Ma., *op. cit.*, nota 50, p. 20; Zaffaroni, *op. cit.*, nota 22, p. 40. Este último autor expone en forma sintética la construcción teórica de Jakobs, diciendo: a) Se aproxima a la reducción de todas las acciones a omisiones, lo que conduce a la *normativización jurídica de los roles sociales* y al criterio básico de *imputación objetiva* como violación de roles, entendidos como posiciones de garante tanto en delitos activos como omisivos; b) el *bien jurídico* empalidece frente a la general función de fortalecimiento de la *confianza en el sistema*, que tiende a convertirse en el único bien jurídico —también cercano a la usanza del viejo hegelianismo en que todos los bienes jurídicos parecían disolverse en el Estado—; c) la necesidad de reafirmar la *vigencia de la norma* pasa por sobre el requisito de lesividad; lo que lo lleva a postular la punición de deberes inútiles, es decir, que la lesión es normativa y no real; d) el extremo normativismo determina una concepción del *dolo* privado del natural elemento psicológico, de modo que se acerca a la vieja presunción de dolo; e) la *culpabilidad* también se concibe normativamente, o sea, construyéndola a partir de la necesidad de *prevención general positiva*, independiente de todo concepto de persona (ente responsable autodeterminable) y, en definitiva, de modo en que prácticamente se confunde con la *punibilidad*; etcétera (pp. 40 y ss.).

<sup>53</sup> *Op. cit.*, nota 22, pp. 40 y ss. Además, añade Zaffaroni, la teorización de Jakobs coincide con el “debilitamiento del estado bienestar y el consiguiente reforzamiento del control social punitivo interno como consecuencia del deterioro social y del acrecentamiento de riesgos preventivos de la revolución tecnológica.

creación del legislador, la fijación de objetivos,<sup>54</sup> no hay duda que en el fondo no rechaza las consideraciones ontológicas, sino la función que a éstas se les da. Por eso, puede decirse que el distanciamiento es relativo, al menos por lo que hace a Roxin,<sup>55</sup> porque éste, ya sea expresa o tácitamente, se mantiene cerca de las consideraciones ontológicas. Así, en su ponencia presentada en la Jornada Internacional de Derecho Penal, realizada a principios de octubre de 2002 en México, postuló “una incorporación amplia de lo empírico en la sistemática y dogmática de las teorías generales del Derecho penal”, si bien manteniendo su distancia de la forma en que lo hace el finalismo, al afirmar que él se sitúa “entre los frentes de un normativismo libre de lo empírico y un ontologismo que quiere dictar al legislador, de manera vinculante, soluciones determinadas por leyes del ser”,<sup>56</sup> considerando la postura intermedia como correcta y fructífera. Pero, además, a diferencia de Jakobs, Roxin considera motivo central de su concepción sistemática la relación que debe existir entre poder estatal y libertad individual; con lo que vincula los fines político-criminales con las exigencias del Estado de derecho.

Por lo que hace a Jakobs, en cambio, al rechazar expresamente todo contenido de carácter material, la reconciliación parece más lejana. Sin embargo, como lo hace ver Struensee, en la misma Jornada citada anteriormente,<sup>57</sup> es innegable la existencia de consideraciones ontológicas en los normativistas, incluyendo a Jakobs. Lo que quiere decir, que detrás del actual normativismo (funcionalista) se encuentra una innegable base ontológica, de la que no puede desembarazarse súbitamente. De ahí que se afirme

<sup>54</sup> Cfr. Roxin, C., “Zur Kritik der finalen Handlungslehre”, *ZStW*, 74 (1962), pp. 515 y ss.

<sup>55</sup> Véase, p. ej., Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft...*, pp. 257 y 319. Pero lo propio puede observarse en Schünemann, que en los últimos tiempos recurre a dichas estructuras lógico-objetivas, al señalar en torno al problema de la culpabilidad que “no es posible operar sin un sustrato ontológico”. Cfr., *op. cit.*, nota 49, pp. 25, 156 y ss.; véase, también, Silva Sánchez, J. M., *Política criminal en la dogmática*, pp. 107 y ss., 111 y ss. Cfr. Lo propio puede decirse de Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Valencia, 1999, p. 158.

<sup>56</sup> Roxin, C., “Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal”, en Moreno Hernández, M. (coord.), *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI*, México, Jus Poenale, Cepolcrim, 2003, pp. 23 y ss.

<sup>57</sup> Struensee, Eb., “El ontologismo en los normativistas”, en Moreno Hernández, M. (coord.), *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI*, México, Jus Poenale, Cepolcrim, 2003, pp. 227 y ss.

que tanto el ontologismo como el normativismo pueden concurrir para servir de fundamento de la dogmática penal y de la política criminal.<sup>58</sup>

### III. EL FINALISMO Y SUS IMPLICACIONES EN LA DOGMÁTICA PENAL<sup>59</sup>

#### 1. *Los postulados del finalismo*

a) El finalismo, como construcción dogmática en torno al derecho penal, que se ocupa fundamentalmente del concepto y estructura del delito, obedece su caracterización al hecho de partir del concepto final de acción como objeto de regulación de las normas penales y como base de la estructura del delito. Su creador y principal exponente, Hans Welzel, fue objeto de un homenaje en la ciudad de México con motivo de su aniversario número 100 en agosto de 2004, quien desde los inicios de sus elaboraciones se centró en el diseño y desarrollo de un nuevo sistema del derecho penal, sin desatender los aspectos político-criminales, pues él siempre tuvo muy clara la función de la dogmática penal con relación a los fines político-criminales del derecho penal. Además, su objetivo político-criminal no fue otro sino aquel que se acomoda a las exigencias del Estado democrático de derecho, en tanto que trata de combatir el acaso y la arbitrariedad, partiendo del conocimiento de las relaciones internas del derecho penal. Sin embargo, en los últimos tiempos la discusión en torno al método ha arreciado, cuestionándose al finalismo de Welzel que, en virtud de su punto de partida ontológico, tiene pocos rendimientos para los efectos político-criminales, como lo han puesto de manifiesto principalmente Roxin y Jakobs; de ahí que se observe con mayor intensidad la idea de vincular la dogmática penal con la política criminal.

<sup>58</sup> Cfr. Moreno Hernández, Moisés, "Ontologismo y normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal", *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2000; también en *Criminalia*, México, año LXVIII, núm. 3, septiembre-diciembre de 2002, pp. 3 y ss.

<sup>59</sup> Retomo en este punto algunas de mis reflexiones presentadas en el debate con el profesor Francisco Muñoz Conde sobre "finalismo, funcionalismo y sistema moderno de derecho penal", realizado en el Inacipe el 10 de diciembre de 2004, y las expresadas en el trabajo "El finalismo y sus implicaciones en la dogmática penal y la política criminal" publicado en el libro *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, dirigido por Edgardo Donna, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 171 y ss.

Por ello, a raíz de las críticas que el finalismo y el ontologismo de Welzel ha recibido se han realizado diversos foros en los últimos tiempos, para ver qué tanto el pensamiento welzeliano sigue vigente o no. Así, por ejemplo: la I Jornada Internacional de Derecho Penal, que tuvo lugar en México del 7 al 11 de octubre de 2002, con la participación de los profesores Roxin, Jakobs, Schünemann, Struensee y Gimbernat Ordeig;<sup>60</sup> el Congreso Internacional de Derecho Penal, que tuvo lugar en Nápoles, Italia, también en octubre 2002, sobre el “Significado y perspectiva del finalismo en la experiencia jurídico penal”,<sup>61</sup> la Jornada Internacional de Derecho Penal, que en homenaje a Welzel se realizó en la ciudad de México en agosto de 2004, en donde se analizaron las implicaciones de su pensamiento tanto en la dogmática penal como en la política criminal del siglo XXI, sobre todo en el ámbito latinoamericano.<sup>62</sup> En esos diversos eventos he reiterado la afirmación de que la concepción welzeliana puede y debe servir de fundamento tanto de la dogmática penal como de la política criminal, sobre todo en tiempos como los actuales, en que los principios democráticos del derecho penal se debaten por supervivir, y que es tarea de la dogmática penal y de la teoría de la política criminal procurar que dichos principios lleguen a ser realidad.<sup>63</sup>

No debe olvidarse que, por lo que hace a su filiación ideológica, a diferencia del neokantismo, el ontologismo de Welzel arremetió contra el positivismo jurídico, al que consideró la doctrina de la “omnipotencia jurídica del legislador”, así como contra la “filosofía de los valores”, en todo aquello que implicó una continuación de aquél. Para el finalismo, el orden positivo no

<sup>60</sup> Cuyas aportaciones se encuentran publicadas en el libro *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI*, México, Jus Poenale, Cepolcrim, 2003.

<sup>61</sup> Organizado por el profesor Sergio Moccia, de la Universidad de Nápoles, Italia.

<sup>62</sup> *Cfr. Problemas capitales del moderno derecho penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI. Libro-Homenaje a Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio (1904-2004)*, México, Jus Poenale, Cepolcrim, 2005.

<sup>63</sup> Sobre este tema me he ocupado, también, en el *Libro-Homenaje al Prof. Claus Roxin*, tanto en el que se publicó en Alemania en 2001, con motivo de su 70 aniversario, con el título *Über die Verknüpfungen von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 2001, pp. 69 y ss., como en el que se publicó en México por el Inacipe en 2003, con el título *Vinculaciones entre dogmática penal y política criminal (¿ontologismo vs normativismo?)*. *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, México, Inacipe, 2003, t. I, pp. 345 y ss. Por lo que en esta ocasión vuelvo a retomar afirmaciones hechas en esos otros trabajos.

puede tener cualquier contenido arbitrario, como lo cree el positivismo; por el contrario, “el mundo tiene varios órdenes a los que el legislador se vincula por las estructuras lógicas con la realidad”, es decir, el legislador siempre se encuentra ligado a determinados límites inmanentes del derecho positivo, y si el legislador no los observa al hacer sus regulaciones, éstas serán falsas y el derecho pierde eficacia.<sup>64</sup> Con ello, según Zaffaroni,<sup>65</sup> se etizó el derecho penal en una suerte de “funcionalismo ético” de la sociedad; por lo que podría decirse que en esas diversas etapas de desarrollo de la dogmática penal y de la política criminal, en cierto sentido ha habido un determinado funcionalismo, en tanto que se responde a determinadas exigencias, de la misma manera que puede hablarse de diferentes tipos de imputación o de distintas teorías de la imputación, en tanto que en todos los sistemas del delito se plantea la necesidad de establecer una cierta relación o vinculación entre el autor y su hecho, o entre éste y el orden jurídico. Lo que importa, entonces, es determinar frente a qué tipo de exigencias se trata de responder y cómo se trata de responder, para ver el tipo de funcionalismo de que corresponde hablar.<sup>66</sup>

b) Con relación a la teoría general del delito, el sistema finalista colocó a la teoría de la acción como piedra angular de la construcción sistemática del concepto general del delito,<sup>67</sup> pero rechazó la fundamentación “naturalística” y, por tanto, rechazó el que la acción sea entendida como un mero “proceso causal ciego”, carente de sentido, y resaltó en su lugar el momento “final” de todo proceder humano. Según esta concepción, la acción es entendida como el ejercicio de la actividad final humana,<sup>68</sup> es decir, es un acontecer final y no solamente causal, siendo la finalidad lo que le da sentido

<sup>64</sup> Welzel, H., “Naturrecht und Rechtspositivismus”, *Festschrift für Niedermayer*, 1953, pp. 279 y ss.

<sup>65</sup> Zaffaroni, *op. cit.*, nota 22, pp. 34 y ss.

<sup>66</sup> Cfr. Moreno Hernández, Moisés, “El ontologismo de Welzel y sus implicaciones en la política criminal de Latinoamérica”, en Jakobs, Schünemann, Moreno, Zaffaroni, *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (ontologismo y normativismo)*, México, Jus Poenale, Cepolcrim, 2003, pp. 131 y ss.

<sup>67</sup> Cfr. Welzel, H., *Um die finale Handlungslehre*, 1949, p. 29.

<sup>68</sup> Welzel, H., *Lehrbuch*, 11a. ed., pp. 33 y ss.: “La finalidad o el carácter final de la acción se basa —dice Welzel— en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, fijarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermina finalmente”.

a la actividad humana. Y toda vez que Welzel parte de la base de que el derecho penal se dirige al hombre sólo porque es capaz de un obrar con conciencia final, para él las prohibiciones y los mandatos del derecho penal no pueden dirigirse a los procesos causales ciegos, sino sólo a las acciones que pueden configurar finalmente el futuro,<sup>69</sup> es decir, a las acciones en sentido final. De esta manera se inició en Alemania una polémica entre la teoría de la acción causal y la teoría de la acción final, cuya mayor intensidad se manifestó en la década de los cincuenta del siglo XX, y a la nueva estructuración de la acción correspondió una fundamental estructuración del tipo penal y de la culpabilidad y, con ello, de toda la estructura del delito.

En efecto, desde la forma de consideración ontológica, toda acción posee un carácter final, y no solamente causal, precisamente por la consideración del papel que la voluntad juega en la estructura de la acción. A diferencia del concepto causal de acción, que sólo le reconoce a la voluntad la función de ser el factor causal (manifestación de la voluntad), con lo que reduce a la acción a un mero proceso causal ciego, el concepto final de acción reconoce a la voluntad en toda su esencia y le atribuye dos funciones: a) la de ser el factor causal, y b) la de ser el factor de dirección de la actividad corporal. Es decir, reconoce como partes integrantes de la acción tanto la manifestación de la voluntad —que es lo que se vincula con el mundo exterior— como el contenido de la voluntad —que es lo que nos indica el sentido que el sujeto le imprime a su actividad—; y es precisamente la consideración de este último aspecto la que hace que la acción humana sea vista ya no como un mero “proceso causal ciego”, sino como un “proceso de sentido”, con un carácter final, que está dirigido hacia un objetivo determinado, es decir, dirigido finalmente;<sup>70</sup> y de ahí que se le reconozca una estructura ontológica, compuesta de aspectos externos e internos, objetivos y subjetivos. Lo determinante, entonces, es la función que se le reconozca a la voluntad en la estructura de la acción.

<sup>69</sup> Welzel, H., *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 1961, pp. 4 y ss.; véase trad. al español de Cerezo Mir, *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, 1964, p. 30. Véase, también, Struensee, Eb., “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, *Juristenzeitung*, 1987, pp. 53 y ss.; también en español, “El tipo subjetivo del delito imprudente”, en la obra del mismo autor *Avances del pensamiento penal y procesal penal*, Asunción, Paraguay, 2005, pp. 167 y ss.

<sup>70</sup> Cfr. Welzel, H., *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungstheorie*, Karlsruhe, 1953; el mismo, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 1961, traducción de José Cerezo Mir, Barcelona, 1964.

Como se ha dicho, para la fundamentación de este concepto de acción, Welzel partió de la tesis de que “el legislador no sólo está vinculado —en mayor o menor medida— a las leyes de la naturaleza física, sino que él también debe tomar en cuenta determinadas “estructuras lógico-objetivas en el objeto de su regulación; en caso contrario su regulación será necesariamente falsa”.<sup>71</sup> De esta manera, la estructura ontológica de la acción es previa a toda valoración y a toda regulación. Quien quiera normar acciones tiene que observar la estructura ontológica de la acción; de lo contrario, equivocará su objeto de regulación. “El orden jurídico —dice Welzel— determina qué datos ónticos quiere valorar y vincular a consecuencias jurídicas”;<sup>72</sup> pero esos datos ónticos no los puede modificar cuando los describe en los tipos penales; éstos sólo pueden reflejar ese material ontológico previamente dado. Por ello, la estructura final del actuar humano es sencillamente “constitutivo” para las normas jurídico-penales.

c) Por otra parte, Welzel —como la gran mayoría de los autores, sean finalistas o causalistas— considera que el concepto general del delito se estructura de tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que son las características que convierten a una acción en delictiva y que se en-

<sup>71</sup> Cfr. Welzel, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2a. ed., 1955, p. 197; 4a. ed., 1962, pp. 243 y s.; “Naturrecht und Rechtspositivismus”, *Festschrift für Niedermayer*, 1953, pp. 290 y s. (hay traducción al español de E. Garzón Valdés, “Derecho natural y positivismo jurídico”, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1962, pp. 38 y ss.); además, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, 1972 (existe traducción al español de Moisés Moreno, con el título “Lo permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal”, en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, México, núm. 1, enero-junio, 1978, pp. 203 y ss. Véase sobre esto, Cerezo Mir, José, “La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista”, *NPP*, Buenos Aires, año 1, núm. 2, 1972; del mismo, “La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica”, *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 49 y ss.; estos mismos artículos también se encuentran publicados en Cerezo Mir, J., *Temas fundamentales de derecho penal*, Buenos Aires, 2001, t. I, y en *Obras completas*, I y II, Lima, Ara Editores, 2006; Mir Puig, S., *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1982; Silva Sánchez, J. Ma., *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992. Se han ocupado de este problema en Alemania, además de Welzel: Stratenwerth, G., “Das rechtstheoretische Problem der ‘Natur der Sache’”, Mohr, Tübingen, 1957 (*El problema de la naturaleza de las cosas*, Madrid, 1964); Engisch, Karl (*Zur Natur der Sache im Strafrecht*, Fest. für Eb. Schmidt, 1961, pp. 99 y ss.); Kaufmann, Armin (*Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, pp. 16 y ss.); Roxin, Claus (*Zur Kritik der formalen Handlungslehre*), entre muchos otros.

<sup>72</sup> Welzel, H., *op. cit.*, nota 71.



cuentran relacionadas lógicamente, de suerte que cada elemento posterior del delito presupone el anterior; en otros términos, la tipicidad deberá examinarse antes de la antijuridicidad, y ésta antes de la culpabilidad. Esta estructuración del delito, que permite diferenciar claramente diversos grados o niveles de valoración, “proporciona un alto grado de racionalidad a la aplicación del derecho, la facilita y la asegura contra contradicciones y arbitrariedades”, es decir, permite “un resultado final adecuado y justo”.<sup>73</sup> Y la consecución de esos fines político-criminales se asegura con los contenidos que se le atribuyen a cada uno de esos elementos, que en gran medida se derivan de los componentes objetivos y subjetivos en que se estructura la acción. El partir de un concepto final de acción como base de la estructura del delito tiene importantes implicaciones que se observan en toda la estructura del delito.

## 2. Las implicaciones dogmáticas del finalismo

En efecto, a partir del concepto final de acción, el finalismo de Welzel extrajo diversas consecuencias dogmáticas que se manifiestan en los diversos niveles de la estructura del delito y que igualmente tienen sus importantes implicaciones político-criminales.<sup>74</sup>

a) Así, por ejemplo, Welzel extrajo como lógica y determinante consecuencia del concepto final de acción, que “el dolo no pertenece a la culpabilidad sino a la acción”; consecuencia que, en principio, fue válida para la acción dolosa, ya que tratándose de la acción culposa la finalidad sólo era un momento de referencia, pero que más adelante se amplió a ésta. La tesis finalista, conforme a la cual la voluntad final pertenece a la acción como factor integrante, tiene la pretensión de basarse en circunstancias ontológicas y de que la estructura final de la acción es, por ello, sencillamente constitutivo para la norma jurídico penal.

Por razón de lo anterior, el concepto de injusto comprende tanto elementos objetivos como subjetivos;<sup>75</sup> consecuentemente, el tipo penal se es-

<sup>73</sup> Welzel, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11a. ed., 1969, p. 48.

<sup>74</sup> Véase Serrano Maíllo, Alfonso, *Ensayo sobre el derecho penal como ciencia*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 172 y ss.

<sup>75</sup> Cfr. Kaufmann, Armin, “Zum Stande der Lehre vom personalen Utrecht”, *Festschrift für Welzel*, Berlín-Nueva York, 1974, pp. 393 y ss.; también en *Stra-*



estructura, en todos los casos, de elementos objetivos<sup>76</sup> y de elementos subjetivos.<sup>77</sup> En otros términos, como consecuencia lógica y determinante que se extrae de la estructura final de la acción, el dolo no pertenece a la culpabilidad, sino a la acción típica y, por tanto, al injusto.<sup>78</sup> Por ello, la distinción entre un delito doloso y un delito culposo debe hacerse ya en la esfera de la tipicidad. Con relación al dolo, entendido como conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, él está referido sólo a los elementos objetivos del tipo, pero no comprende a la “conciencia de la antijuridicidad”, ya que ésta pertenece a la estructura de la culpabilidad y constituye un requisito necesario para el juicio de reproche.<sup>79</sup>

b) Como consecuencia de lo anterior, la culpabilidad —entendida “normativamente”, como un juicio de reproche que se le hace al autor de una conducta antijurídica, en virtud de haber actuado en contra de las exigencias de la norma pudiendo haberlo hecho de otra manera<sup>80</sup>— adquiere su estructura esencial, entre cuyos componentes ya no se encuentra el dolo —y la culpa—, sino que ahora son requisitos para el juicio de reproche: a) la imputabilidad, b) la conciencia (o cognoscibilidad) de la antijuridicidad y c) la exigibilidad de otra conducta ajustada a derecho.<sup>81</sup>

c) En virtud de la reubicación sistemática del dolo y de la culpa, así como de la conciencia de la antijuridicidad, se derivan consecuencias para el tratamiento del problema del error. Mientras que para el sistema causalista el error es tratado exclusivamente en el ámbito de la culpabilidad, como causa de exclusión o de atenuación de la misma, por ser en ella donde se ubica el elemento que se ve afectado por el error, en el sistema finalista el

*frechtsdogmatik zwischen Sein und Pert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Köln, 1982, pp. 151 y ss.; Struensee, Eb., *op. cit.*, nota 69, p. 172.

<sup>76</sup> Como elementos “objetivos” del tipo se encuentran: una acción de realización; la lesión o puesta en peligro de uno o más bienes jurídicos; la relación de causalidad entre ambos; en caso dado, especiales medios del hecho y formas de realización de la acción; modalidades de lugar, tiempo u ocasión, según el tipo; el objeto de la acción y los sujetos.

<sup>77</sup> Como elementos “subjetivos” está, en primer lugar, el dolo y, en ciertos casos, cuando el tipo así lo señala expresamente, especiales elementos subjetivos en el autor, como son: ánimos, propósitos, deseos, intenciones, tendencias, etc., así como la culpa.

<sup>78</sup> *Cfr.* Moreno Hernandez, M., *Der finale Handlungsbegriff...*, p. 166.

<sup>79</sup> Por ello, en ausencia de conciencia de antijuridicidad el dolo permanece intacto.

<sup>80</sup> *Cfr.* Welzel, *Derecho penal alemán*, pp. 197 y ss.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 201, 214 y ss.; Stratenwerth, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 1976, pp. 157 y ss.; existe trad. al español de Gladys Romero, *Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1982, pp. 165 y ss. Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Untelassungsdelikte*, 1959, pp. 138 y ss.

problema del error es tratado en dos niveles de la estructura del delito y con una nomenclatura diferente: en el nivel de la tipicidad opera el “error de tipo”, que recae sobre alguno de los elementos objetivos del tipo y cuyo efecto es excluir el dolo, si es vencible, o excluir el dolo y la culpa, si es invencible, es decir, funge como causa de atipicidad; en el nivel de la culpabilidad, en cambio, funciona el “error de prohibición”, que recae sobre la conciencia de la antijuridicidad, y su efecto es excluir o atenuar la culpabilidad, dependiendo de si el error es invencible o vencible.<sup>82</sup>

d) Si bien la teoría de la acción finalista sostuvo desde inicio que el concepto final de acción podría servir de base tanto para los delitos dolosos como para los culposos, durante los primeros tiempos de su desarrollo ella encontró en la esfera de los delitos culposos las mayores dificultades y las más agudas críticas. Sin embargo, habrá que reconocer que también tuvo consecuencias decisivas en este campo a partir de las elaboraciones de Niese a principios de la década de los cincuenta,<sup>83</sup> pues de acuerdo con el sistema finalista lo esencial del injusto del delito culposo no yace ya en la simple causación del resultado, como lo estableció la teoría de la acción causal, sino en la “forma” como se causa el resultado; es evidente que éste no es realizado finalmente, pero se presenta como consecuencia de un actuar final. Es decir, lo esencial en el delito culposo no es el fin, sino la defectuosa dirección y conducción de la acción realmente realizada frente a aquella conducta que debió haberse realizado en virtud del “cuidado exigido en el tráfico”.<sup>84</sup> Por lo que, al igual que en los hechos dolosos, el ele-

<sup>82</sup> Véase sobre esto Welzel, H., “Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns”, *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1948, pp. 368 y ss.; del mismo, “Schuld und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit”, *MDR*, 1951, pp. 65 y ss.; Lang-Hinrichsen, Dietrich, “Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Vervotssirrtum”, *Juristische Rundschau*, 1952, pp. 189 y ss.; Zaffaroni, E. R., “La moderna doctrina penal acerca del error”, *DPC*, 20 (1967), pp. 69 y ss.; Moreno Hernández, M., *op. cit.*, nota 66, pp. 206 y ss. del mismo, “La regulación del error en la legislación penal mexicana”, *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, núm. especial 1, México, Jus Poenale, Cepolcrim, agosto de 1999, pp. 77 y ss.

<sup>83</sup> Cfr. Niese, Werner, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951.

<sup>84</sup> Cfr. Welzel, H., *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikt*, 1961; ahora también en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 315 y ss.; Niese, W., *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951, pp. 26 y ss.; Kaufmann, Armin, “Das fahrlässige Delikt”, *ZRv.*, 1964, pp. 41 y ss.; también en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Köln, 1982, pp. 133 y ss.; Bustos, R. J., *Culpa y finalidad*, Santiago, 1967; Cerezo Mir, José, “El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal (una revisión de la crítica de Rodríguez Muñoz de la concepción de la culpa de Welzel)”, *Temas fundamentales del*

mento decisivo del injusto de los delitos culposos se encuentra en el “desvalor de la acción” y no en el simple “desvalor del resultado”.<sup>85</sup>

e) La teoría de la acción finalista también tiene consecuencias en el ámbito de los delitos de omisión, si bien en torno a ellos pueden observarse diversos criterios sobre algunos aspectos. En este campo destacan las importantes consecuencias que extrajo Armin Kaufmann, para quien desde el punto de vista ontológico no puede existir un fundamento común para la acción y la omisión, sino que la teoría de la acción tiene que ser distinta a la teoría de la omisión. La omisión es siempre omisión de una determinada acción —mas no una acción en sí—, y esa acción omitida sólo puede ser una “acción final”.<sup>86</sup> Por eso, la omisión no debe ser entendida como la simple negación de la existencia de una acción o como la simple negación de un movimiento corporal, sino como la no realización de una acción exigida, esto es, como omisión del ejercicio del poder final del hecho, ya que el elemento constitutivo de la omisión es el potencial dominio final del hecho.<sup>87</sup>

*derecho penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, t. I, pp. 9 y ss.; Schöne, Wolfgang, “Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz”, *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlín-Nueva York, 1986, pp. 649 y ss.

<sup>85</sup> Véase sobre esto Stratenwerth, Günther, “Handlungs-und Erfolgswert im Strafrecht”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 79 (1963), pp. 233 y ss.; del mismo, “Zur Relevanz des Erfolgswerts im Strafrecht”, *Festschrift für Schaffstein*, Göttingen, 1975, pp. 177 y ss.; Zielinski, Diethart, *Handlungs-und Erfolgswert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, Berlín, 1973; Struensee, Eb., *op. cit.*, nota 69, pp. 171 y ss.; Sancinetti, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de la acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991.

<sup>86</sup> Véase sobre esto, Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959; Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 1969, pp. 200 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht, A. T. I*, pp. 270 y ss.; Maurach, *Deutsches Strafrecht, A. T.*, 1971, pp. 577 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, 2a. ed., 1972, pp. 452 y ss.; Bacigalupo, E., *Delitos improprios de omisión*, 1970, pp. 67 y ss.; Schöne, Wolfgang, “Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit”, *Juristenzeitung*, 1977, pp. 150 y ss.; Struensee, Eb., “Actuar y omitir —delitos de comisión y de omisión—”, *Avances del pensamiento penal y procesal penal*, Asunción, Paraguay, 2005, pp. 21 y ss.; entre otros.

<sup>87</sup> Así como la finalidad “actual” no le es propia a la omisión, también la causalidad está estructurada de distinta manera para la omisión que para la acción. Entre los finalistas existe total acuerdo de que la causalidad carece de importancia para la omisión, pues ellos ven el fundamento de la pena para los delitos de omisión no en la “causación” del resultado, sino en su “no evitación”.

f) Igualmente, el sistema finalista tiene sus implicaciones en el ámbito de la teoría de la participación, al aportar para el tratamiento de la autoría el criterio final objetivo del “dominio del hecho”, y partir de la idea de que el partícipe (instigador y cómplice) carece en todo caso del dominio del hecho;<sup>88</sup> por lo tanto, el partícipe no realiza por sí la acción típica, sino que él la motiva o determina (como instigador) o la fomenta (como cómplice). Además, conforme a dicho criterio, para la teoría de la acción finalista la participación (instigación o complicidad) sólo puede tener lugar en un hecho principal “doloso”. Ya que el dolo pertenece a la acción, la participación presupone (también para la accesoriedad limitada) la existencia de un hecho principal (injusto) doloso. El dolo, entonces, es decisivo tanto para la determinación de quién de los participantes “domina” la realización del hecho como para la delimitación de las distintas formas de participación *lato sensu*; delimitación que es importante, ya que cada uno de los participantes responde en la medida de su propia culpabilidad.<sup>89</sup>

g) Lo propio puede decirse con relación al problema de la tentativa, que es uno de los principales escollos del sistema causalista. En efecto, la teoría de la acción final se encuentra en mejores condiciones para explicarla de manera coherente la tentativa, en virtud de que el “contenido de la voluntad” es analizado ya en el ámbito de la acción típica y no apenas en el de la culpabilidad, como sucede con la teoría de la acción causal.<sup>90</sup> Además, ella ofrece un criterio más consistente para delimitar los actos preparatorios de los actos ejecutivos, es decir, para determinar el momento del principio de ejecución, que es la teoría del plan individual del autor.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> Cfr. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 1969, pp. 111 y ss.; Maurach, R., *op. cit.*, nota 86, pp. 666 y ss.; Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 3a. ed., Hamburg, 1975; Moreno Hernández, M., *Der finale Handlungsbegriff...*, pp. 213 y ss.; Cerezo Mir, José, “La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal española”, *Temas fundamentales del derecho penal*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, pp. 195 y ss.; Donna, E. Alberto, *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002; Aboso, Gustavo E., “El criterio del dominio del hecho en la teoría del autor”, en Hans Joachim Hirsch y otros, *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 275 y ss.

<sup>89</sup> Como lo prevé desde 1994 el Código Penal federal (a. 13) y desde 2002 el nuevo Código Penal para el Distrito Federal (a. 24).

<sup>90</sup> Si bien Mezger aceptó desde la década de los treinta del siglo XX que con relación a la tentativa el dolo (la resolución) pertenece al injusto penal; con lo que le dio al dolo una doble ubicación sistemática. Cfr. Mezger, E., *Strafrecht I. Allgemeiner Teil*, 5a. ed., Berlin-München, 1954.

<sup>91</sup> Cfr. Welzel, H., *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, 1951; 4a. ed., 1961.

### 3. Críticas al finalismo

a) No hay duda que los cambios que la teoría de la acción finalista produjo en la ciencia del derecho penal, y particularmente en el sistema del delito, fueron realmente profundos, si bien ello no fue ninguna tarea fácil, sino el producto de fuertes y constantes controversias sostenidas por Welzel y sus seguidores<sup>92</sup> con los defensores de la teoría de la acción causal y otros, quienes no sólo defendieron su teoría contra las pujantes observaciones del nuevo sistema, sino que también plantearon críticas a la construcción finalista.<sup>93</sup> Lo que quiere decir que ninguna de las construcciones teóricas ha estado exenta de críticas, incluyendo la del finalismo. El propio Welzel reconoció expresamente en su momento, recordando el mito de los antiguos griegos de que “sólo Atenea salió acorazada y perfecta de la cabeza de Zeus”, que todo aquel que acomete la tarea de deducir un nuevo sistema de un nuevo conocimiento de las cosas tiene que correr el riesgo de que su trabajo de elaboración de un sistema no acierte en seguida con todas las consecuencias jurídicas.<sup>94</sup> Lo anterior, a propósito de las observaciones críticas que se le hicieron, ya sea por el hecho de haber cambiado algunas ideas originales en torno a ciertas cuestiones sistemáticas o por los malentendidos de sus críticos.

<sup>92</sup> Entre los seguidores de la teoría de la acción final destacan, en Alemania: R. Maurach, W. Niese, Armin Kaufmann, G. Stratenwerth, H. H. Jescheck, H. J. Hirsch, Eb. Struensee, D. Zielinski, W. Schöne, etcétera; entre los de habla hispana, Juan Córdoba Roda, José Cerezo Mir, Enrique Bacigalupo, L. Gracia Martín, José Luís Díez Ripollés, C. Ma. Romeo Casabona, Juan Bustos, E. Raúl Zaffaroni, E. A. Donna, N. Agudelo, F. Velásquez, M. Moreno, etcétera, y entre éstos, como se verá más adelante, Olga Islas y Elpidio Ramírez en México.

<sup>93</sup> Entre los diversos críticos, pueden mencionarse: Bockelmann, P., *Täterschaft und Teilnhme*, 1949; Engisch, K., “*Der finale Handlungsbegriff*”, *Kohlrausch Festschrift*, 1944, pp. 141 y ss.; del mismo, *Die Idee der Konfretisierung*, 1953; Klug, U., “*Der Handlungsbegriff des Finalismus...*”, *Festschrift für C. A. Emge*, 1960, pp. 33 y ss.; Mezger, E., *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950; del mismo, “*Die Handlung im Strafrecht*”, *Rittler-Fest.*, 1957, pp. 119 y ss.; Kaufmann, Arthur, *Schuld und Strafe*, 1966; Roxin, C., “*Zur Kritik der finalen Handlungslehre*”, *ZStW*, 74 (1962), pp. 515 y ss.; hay traducción al español del trabajo de Roxin por Luzón Peña, “*Contribución a la crítica de la teoría final de la acción*”, en Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 84 y ss.; Baumann, J., *Strafrecht, A. T.*, 5a. ed., 1968, pp. 217 y ss. También en España hubo observaciones críticas de Rodríguez Muñoz, J., “*Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*”, *ADPCP*, 1953; entre otros.

<sup>94</sup> Cfr. Welzel, H., *El Nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, 1964, pp. 16 y ss.

b) De las críticas formuladas al finalismo, unas tienen que ver con el método de que parte y otras con ciertas cuestiones sistemáticas. Entre las primeras destacan las siguientes:

- Se critica al finalismo por haber dado preponderancia a las consideraciones ontológicas, es decir, a los datos de realidad, y no así a las consideraciones valorativas o normativas;
- Que en virtud de su punto de partida ontológico, el finalismo de Welzel tiene pocos rendimientos para los efectos político-criminales;
- Que no es admisible la fundamentación metodológica del finalismo, porque vincula —casi de manera absoluta— al legislador y a la ciencia del derecho penal a las estructuras lógico-objetivas.

Esas críticas, como ya señalé, se incrementaron en las últimas décadas del siglo XX, por el desarrollo que ha experimentado el funcionalismo de Roxin y de Jakobs, quienes por oposición al finalismo y a su método ontológico hicieron valer el de base normativa o teleológica. Pero esas críticas han encontrado sus respectivas respuestas, algunas por el propio Welzel; y en los tiempos actuales, al ver que el funcionalismo de estos autores observa grados diferentes de aproximación —o de alejamiento— con relación al ontologismo de Welzel, cabe afirmar que el distanciamiento es relativo, al menos por lo que hace a Roxin y Schünemann, es decir, que no se trata de posiciones irreconciliables. De ahí que también he afirmado que tanto el ontologismo como el normativismo pueden concurrir para servir de fundamento de la dogmática penal y de la política criminal.

Por lo que hace a las cuestiones sistemáticas, sin duda fue el concepto final de acción como base de la estructura del delito el que despertó las más grandes controversias, ya que los intentos de lograr un sistema unitario con ayuda de la “estructura final” de la acción chocaron con sólidas resistencias. De ahí que las principales impugnaciones se dirigieron fundamentalmente en contra de las consecuencias que resultan de la consideración de la estructura final de la acción, sobre todo para el tratamiento de los delitos culposos y de los delitos de omisión, así como con relación a ciertos procesos corporales, como los “movimientos reflejos”, las “acciones automáticas” y las “acciones afectivas”, que según los críticos no pueden ser com-

prendidos adecuadamente por el concepto final de acción. Pero es claro que esas críticas —no obstante que algunas aún siguen siendo utilizadas en épocas más recientes— fueron oportuna y fundadamente replicadas por el propio Welzel y los seguidores del finalismo.

#### IV. EL FINALISMO Y SU INFLUENCIA EN LA DOGMÁTICA PENAL MEXICANA

##### 1. *La recepción del finalismo en la dogmática penal mexicana*

Es innegable que el derecho penal mexicano —como el de la mayoría de los países latinoamericanos— ha sido el producto de diversas corrientes de pensamiento, desarrolladas principalmente en países europeos en los últimos ciento veinticinco años (desde las elaboraciones teórico-penales de Franz von Liszt hasta las construcciones sistemáticas de Roxin y Jakobs), tanto las de corte político-criminal como dogmático, que sin duda han repercutido en las decisiones políticas como en las construcciones sistemáticas nuestras.

a) Ciertamente, las construcciones dogmáticas que en México se han desarrollado no pueden ser caracterizadas como propias o autóctonas; ellas también son producto de las influencias europeas, observándose sobre todo el impacto de la dogmática penal de raigambre germánica, tanto en sus primeras como en sus últimas manifestaciones. En efecto, las corrientes de pensamiento dogmático que han repercutido en las elaboraciones sistemáticas de los últimos ciento veinticinco años en Alemania,<sup>95</sup> y que han encontrado terreno fértil en países latinoamericanos, también han sido recibidas en México. Aun cuando con distinto grado de asimilación y de conocimiento de sus fundamentos y de sus implicaciones político-criminales, es innegable la recepción de los sistemas de análisis conocidos como causalismo —en sus vertientes naturalista (Liszt-Beling-Radbruch) y normativista o teleológica (Frank-Mayer-Mezger, entre otros)—, finalismo —de base ontológica (Welzel, Maurach, Stratenwerth, Jescheck, Kaufmann, Struensee, etcétera)— y funcionalismo —de Roxin y Jakobs, con ins-

<sup>95</sup> Iniciadas a partir de las elaboraciones teórico-penales de Franz von Liszt —inspiradas también por la corriente positivista, que sin duda tiene un común denominador con la criminología italiana de fines del siglo XIX— hasta las de nuestros días, en que han adquirido una gran resonancia las construcciones sistemáticas de Roxin y de Jakobs.



piraciones diversas (neokantismo, sociologismo funcionalista, neohegelianismo, etcétera)—.<sup>96</sup> Es decir, además de la influencia del pensamiento de los penalistas italianos (Carrara, Ferri, Antolisei, Maggiore, Manzini, Ranieri, Vannini, Petrocelli, Bettiol, Baratta, Ferrajoli, entre otros)<sup>97</sup> y españoles (Antón Oneca, Jiménez de Asúa, Cuello Calón, Quintano Ripollés, Del Rosal, Rodríguez Devesa, Cerezo Mir, Gimbernat, Mir Puig, entre otros), también la de los alemanes ha sido significativa, si bien no siempre de manera directa.

Hasta fines de la década de los sesenta del siglo XX era aún prevalectante la influencia directa de la doctrina española e italiana, aunque indirectamente el pensamiento de Liszt, Beling, Mezger y otros (sistemas clásico y neoclásico) se encontraba presente. De ahí que la construcción teórica del delito como “acción típica, antijurídica y culpable”, de la que partió la opinión docente en Alemania, fue también receptada en la dogmática penal mexicana; pero aún parece observarse la prevalencia de los postulados del sistema causalista, sobre todo con relación a los conceptos de acción, de tipo y de culpabilidad y a la ubicación sistemática que se le asigna al dolo y a la culpa en la estructura del delito.

b) Puede decirse que en México apenas a mediados de la década de los sesenta del siglo XX empezó a receptarse la influencia del finalismo,<sup>98</sup> cuando algunas obras de autores alemanes aparecen traducidas al español,<sup>99</sup> o cuando autores iberoamericanos se ocupan de él y defienden por primera vez una posición finalista.<sup>100</sup> Sin embargo, aun cuando esta nueva

<sup>96</sup> Cfr. Moreno H., Moisés, “El ontologismo de Welzel y sus implicaciones en la política criminal latinoamericana”, en Jakobs, Schünemann, Moreno, Zaffaroni, *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal*, México, Jus Poenale, Cepolcrim, 2002, p. 137.

<sup>97</sup> Cfr. Porte Petit, C., *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, México, Porrúa, 1984.

<sup>98</sup> Cfr. Moreno Hernández, M., “Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana”, *Criminalia*, México, año LVIII, núm. 3, septiembre-diciembre de 1992, pp. 33 y ss.; también en el libro *Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit Candaudap*, México, INACIPE-AMCP, 2000, pp. 439 y ss.

<sup>99</sup> Como las de Maurach, R., *Tratado de derecho penal*, Barcelona, 1962; Gallas, W., *La teoría del delito en su momento actual* (1959); Welzel, H., *Derecho penal. Parte general* (1956); del mismo, *El nuevo sistema del derecho penal* (1964); Busch, R., *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, entre otras.

<sup>100</sup> Como las obras de Córdoba Roda, J., *Una nueva concepción del delito* (1963); de Zaffaroni, E. R., “La moderna doctrina penal acerca del error” (*DPC*, 20, 1967); del mismo, *Teoría del delito* (1973); además, del mismo, “Acercas del concepto finalista de la



concepción ha logrado penetrar en los propios contenidos legislativos<sup>101</sup> o en decisiones jurisdiccionales,<sup>102</sup> para lograr una más racional aplicación de la ley penal y garantizar mayor seguridad jurídica, no puede afirmarse que a la fecha el finalismo haya sido debidamente comprendido tanto en sus fundamentos como en sus consecuencias.<sup>103</sup> Mientras tanto, se perciben ya los impactos de las construcciones teóricas del funcionalismo y de la imputación objetiva; y, como ha sucedido en otras épocas, también encuentran uno que otro partidario, aunque sin mayores consideraciones sobre sus implicaciones teórico-prácticas en una realidad, como la de México y demás países latinoamericanos, provocándose con ello, más que esclarecimiento de las cosas, un cierto grado de confusión.

No obstante las críticas profundas que se le han formulado, aún se observa la presencia de los puntos fundamentales que caracterizaron a los antiguos sistemas causalista naturalista de Liszt/Beling/Radbruch y causalista valorativo de Frank/Mayer/Mezger.<sup>104</sup> Pero también se observa que un amplio sector de la doctrina opta por la concepción finalista, que ubica a la “teoría de la acción final” como el centro de gravedad o piedra angular de la construcción sistemática del derecho penal y acepta las consecuencias

conducta en la teoría general del delito” (*Criminalia*, 1971); *Manual de derecho penal. Parte general* (1979); *Tratado de derecho penal* (1980); Hungría, Nelson, “Teoría finalista de ação no direito penal” (*Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Río de Janeiro, 1967); Bacigalupo, E., *Lineamientos de la teoría del delito* (B. Aires, 1974); Bustos, Juan, *Manual de derecho penal. Parte general* (1984); Tavares, Juarez E. X., *Teorías del delito* (B. Aires, 1983); Moreno H. M., *Aplicación de la teoría de la acción finalista al Código penal veracruzano* (tesis, 1971); del mismo, *Der finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht* (tesis, Bonn, 1977); “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad”, *El poder penal del Estado, Libro-Homenaje a Hilde Kaufmann*, 1985); “Sobre el estado actual de la dogmática jurídico-penal mexicana. Hacia una mayor vinculación entre dogmática penal y política criminal”, *Criminalia*, México, año LVIII, núm. 3, septiembre-diciembre de 1992, pp. 33 y ss., entre otros. A partir de entonces muchas más obras de autores latinoamericanos aparecen en este sentido.

<sup>101</sup> Como ha sucedido con las reformas mexicanas a la legislación penal federal de 1984 y de 1994, así como con el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que entró en vigor en noviembre de 2002, y otros.

<sup>102</sup> Como aquellas que se refieren al problema del error, entre otras.

<sup>103</sup> Muestra de ello lo son las reformas penales que en México entraron en vigor en 1999, que echaron por tierra algunas de 1994.

<sup>104</sup> Es lo que se observa, por ejemplo, en las obras de Carrancá y Trujillo, Jiménez Huerta, Porte Petit, Castellanos Tena, Pavón Vasconcelos, Fernández Doblado, Franco Guzmán, Vela Treviño, García Ramírez, etcétera.

que se derivan de seguir un concepto final de acción,<sup>105</sup> entre quienes destaca nuestra ahora homenajead, Olga Islas; mientras que otros prefieren hablar de funcionalismo o de imputación objetiva,<sup>106</sup> a pesar de su falta de unidad de criterios y de lo cuestionable de sus efectos político-criminales. En lo que resta de este trabajo sólo me ocuparé de destacar algunos aspectos que tienen que ver con las influencias del finalismo en la dogmática penal mexicana, sobre todo por lo que hace al modelo seguido por O. Islas.

## 2. *Las implicaciones del finalismo en la dogmática penal mexicana en torno al delito*

### A. *Implicaciones dogmáticas en la estructura del delito*

1) Aun cuando ya desde la década de los treinta del siglo XX se empezó a hablar del análisis dogmático del delito en la doctrina penal mexicana,<sup>107</sup> es a partir de 1950 cuando propiamente se inició el “periodo dogmático” con las obras de Porte Petit y de Jiménez Huerta,<sup>108</sup> quienes con relación a la estructura del delito manifiestan la influencia del pensamiento de Mezger, Bettiol y Jiménez de Asúa, pero también de Antolisei, Maggiore, Manzini, Ranieri, Vannini, Petrocelli, Antón Oneca, Cuello Calón, Del Rosal, entre otros. Es indiscutible que, cuando se habla de dogmática penal mexicana, necesariamente habrá que hacer referencia a Jiménez Huerta y Porte Petit, pues ellos han sido y siguen siendo los dogmáticos más característicos en México, a quienes se han agregado más adelante los nombres de González de la Vega,<sup>109</sup> Villalo-

<sup>105</sup> Así, por ejemplo, se encuentran: Olga Islas de González Mariscal, Moisés Moreno Hernández, Rafael Márquez Piñero, Orellana Wiarco, entre otros.

<sup>106</sup> Así, por ejemplo, Daza Gómez, C., González-Salas Campos, R., Díaz Aranda, E., Ontiveros, M., entre otros.

<sup>107</sup> Sobre todo por Carrancá y Trujillo, *Derecho penal mexicano. Parte general*, México, 1937.

<sup>108</sup> Cfr. Porte Petit, C., *La importancia de la dogmática jurídico-penal*, México, 1954; *Programa de la parte general de derecho penal*, 1958; *Dogmática de los delitos contra la vida y la salud*, 1958; *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, 1961; “Ausencia de conducta y legítima defensa”, *10o. Aniversario del INACIPE (1976-1986)*, México, 1986; Jiménez Huerta, Mariano, *Panorama del delito: nullum crimen sine conducta*, México, 1950; del mismo, *La antijuridicidad*, 1952; *La tipicidad*, 1955; “*Corpus delicti* y tipo penal”, *Cuadernos de Criminología*, México, 1956. Si bien Jiménez Huerta es de nacionalidad española, toda su obra la ha dedicado al derecho penal mexicano.

<sup>109</sup> González de la Vega, Fco., *Derecho penal mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa, 1958.

bos,<sup>110</sup> Castellanos Tena,<sup>111</sup> Pavón Vasconcelos,<sup>112</sup> Franco Guzmán,<sup>113</sup> Cárdenas,<sup>114</sup> García Ramírez,<sup>115</sup> Fernández Doblado,<sup>116</sup> Malo Camacho,<sup>117</sup> Vela Treviño,<sup>118</sup> Díaz de León,<sup>119</sup> Torres López,<sup>120</sup> González Quintanilla,<sup>121</sup> López Betancourt.<sup>122</sup>

<sup>110</sup> Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1960.

<sup>111</sup> Castellanos Tena, F., *Panorama del derecho mexicano*, t. II, México, UNAM, 1967; *Lineamientos elementales de derecho penal*, 4a. ed., México, 1967; 20a. ed., 1984; 34a. ed., 1994, entre otros.

<sup>112</sup> Pavón Vasconcelos, F., *Nociones de derecho penal mexicano*, 1964; *Lecciones de derecho penal P. E.*, 2a. ed., 1965; *Manual de derecho penal mexicano*, 3a. ed., 1974; 6a. ed., 1984; *Breve ensayo sobre la tentativa*, 2a. ed., 1974; *Imputabilidad e inimputabilidad*, México, 1983; 2a. ed., 1989; *La causalidad en el delito*, 4a. ed., México, 1993.

<sup>113</sup> Franco Guzmán, R., *Delito e injusto*, México, 1950; “La culpabilidad y su aspecto negativo”, *Criminalia*, XXII, 1956; “Ensayo de una teoría sobre la culpabilidad de los menores”, *Criminalia*, 1957, pp. 767 y ss.; *La subjetividad y la ilicitud*, 1959.

<sup>114</sup> Cárdenas, Raúl F., *Derecho penal mexicano* (p. e.), México, Porrúa, 1982; *Estudios penales*, México, Jus, 1977.

<sup>115</sup> Si bien la mayor producción jurídica de García Ramírez ha sido dedicada a la cuestión penitenciaria y criminológica, y otro tanto al derecho procesal penal, es incuestionable su presencia en la dogmática penal mexicana. Entre su amplísima y rica obra se relacionan con los temas aquí tratados: *La imputabilidad en el derecho penal mexicano*, México, UNAM, 1968; 2a. ed., 1981; *La reforma penal de 1971*, México, 1971; *Justicia y reformas legales*, México, Cuadernos del INACIPE, núm. 14, 1985; *Derecho penal*, México, UNAM, 1990, etcétera.

<sup>116</sup> Fernández Doblado, L., *Culpabilidad y error. Ensayo de dogmática penal*, México, TSJDF, 1992.

<sup>117</sup> Malo Camacho, G., *La tentativa del delito*, México, UNAM, 1971. Es evidente que en su último trabajo, Malo Camacho se adhiere a las construcciones modernas del derecho penal, como el finalismo y la lógica matemática, como se verá más adelante.

<sup>118</sup> Vela Treviño, S., *Antijuridicidad y justificación*, México, Porrúa, 1976; 2a. ed., Trillas, 1986; *Culpabilidad e inculpabilidad*, México, Trillas, 1977; 2a. ed., 1990.

<sup>119</sup> Díaz de León, Marco Antonio, *Código Penal Federal con comentarios*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997; “El delito de amenazas”, *Criminalia*, México, año LXII, núm. 3, septiembre-diciembre de 1996, pp. 3 y ss.

<sup>120</sup> Torres López, Mario A., “La relación de causalidad formal en el homicidio”, *Criminalia*, México, año LXI, núm. 3, septiembre-diciembre de 1995, pp. 17 y ss.; “El *delictum continuatum* en el derecho mexicano”, *Criminalia*, México, año LXII, núm. 3, sept.-dic. de 1996, pp. 33 y ss.

<sup>121</sup> González Quintanilla, Jorge Arturo, *Derecho penal mexicano*, 4a. ed., México, Porrúa, 1997; “Acción-conducta-comportamiento”, *Criminalia*, México, año LXVIII, núm. 3, septiembre-diciembre de 2002, pp. 71 y ss.

<sup>122</sup> López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, México, Porrúa, 1995; “Nueva orientación del derecho penal”, *Locus Regis Actum*, Tabasco, núm. 12, TSJ, 1997, pp. 173 y ss.

A los nombres anteriores habría que agregar a González de la Vega,<sup>123</sup> Amuchategui,<sup>124</sup> entre otros,<sup>125</sup> que sin duda de alguna o de otra manera siguen preponderantemente las orientaciones dogmáticas de aquellos dos autores. En efecto, con algunas excepciones, en todos ellos se observan ciertos rasgos comunes: *a)* todos parten de un concepto causal de acción como base para la estructura del concepto de delito; *b)* cada uno estructura el tipo penal únicamente de elementos objetivos descriptivos, y sólo de manera excepcional admiten en ciertos tipos la presencia de elementos subjetivos distintos al dolo —como ánimos, propósitos, deseos, etcétera, así como elementos normativos, cuando el tipo penal así lo requiera expresamente; *c)* todos ubican el dolo y la culpa en la culpabilidad, independientemente de que se maneje un concepto puramente psicológico o un concepto normativo (“mixto”) de culpabilidad; *d)* todos tratan el problema del error como causa de inculpabilidad, tal como lo hace la doctrina causalista; *e)* consideran a la tentativa, a la autoría y participación y al concurso de delitos como “formas especiales de aparición del delito”. Puede afirmarse, en definitiva, que la doctrina causalista sigue teniendo un importante peso en la dogmática penal mexicana;<sup>126</sup> incluso puede decirse que dichos autores sólo ocasionalmente hacen mención de la doctrina finalista, a pesar de que en la actualidad, como señala Zaffaroni,<sup>127</sup> “nadie puede afirmar que ignora la evolución dogmática alemana por dificultades lingüísticas”.

Debe destacarse, sin embargo, que ya desde principios de la década de los cincuenta Jiménez Huerta hablaba en realidad de un concepto de acción muy cercano al final, al resaltar que la conducta no sólo es lo que sucede en el mundo exterior, sino que la manifestación de la voluntad está siempre dirigida a un fin, por lo que considera tres elementos componentes de la misma:

<sup>123</sup> González de la Vega, René, *Tratado sobre la ley penal mexicana*, México, Porrúa-UNAM, 2003; *Política criminológica mexicana*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000; *Ciencia jurídico penal*, México, Inacipe, 2003.

<sup>124</sup> Amuchategui Requena, Griselda, *Derecho penal*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2002.

<sup>125</sup> Entre esos otros habrá que incluir a diversos autores procesalistas mexicanos, como Arilla Bas, Franco Sodi, González Bustamante, Sivera Silva, Colín Sánchez, García Ramírez, Adato Green, Díaz de León, entre otros.

<sup>126</sup> Es la doctrina causalista, igualmente, la que más arraigo ha tenido en los criterios de jurisprudencia en materia penal. En otro momento haré un análisis sistemático de la jurisprudencia mexicana en materia penal.

<sup>127</sup> En su “presentación” de la obra de Von Weber, “Para la estructuración del sistema del derecho penal”, *Nuevo Foro Penal*, Bogotá, núm. 13, 1982, pp. 567 y ss.

uno interno (voluntad), uno externo (manifestación de la voluntad) y uno finalista o teleológico (que es el objetivo que dirige a la voluntad).<sup>128</sup> Lo que quiere decir que, además de la manifestación de la voluntad, él observa un elemento final que describe el “contenido de la voluntad”, que en principio coincide con el concepto final de acción; con lo que se separa de la concepción de Liszt y Beling y de todos aquellos autores mexicanos que defienden un concepto causal de acción. Si bien él llega a esta conclusión con base en la consideración de la naturaleza de la acción, cosa que no puede ser criticado, la crítica que se le formula es que al considerar a la acción como objeto de regulación de la norma penal sigue entonces mayormente la concepción de Mezger<sup>129</sup> y de Bettiol,<sup>130</sup> y de ahí que no haya aceptado la consecuencia del finalismo de ubicar al dolo y a la culpa en el tipo penal, sino que los mantiene en la culpabilidad.<sup>131</sup> Por lo que hace a Malo Camacho, en su última obra<sup>132</sup> se observa, por una parte, una amplia aceptación de los criterios finalistas, empezando con el concepto final de acción y la principal consecuencia de ubicar el dolo y la culpa en el ámbito del tipo penal,<sup>133</sup> así como por lo que hace al problema del error<sup>134</sup> y al concepto y estructura de la culpabilidad, si bien le da a ésta un tratamiento fuera de la estructura del delito, entre otras cuestiones; por otra, también se muestra partidario del modelo lógico formal del tipo de O. Islas y E. Ramírez.<sup>135</sup>

2) Desde mediados de la década de los sesenta empieza a desarrollarse en México el llamado modelo lógico-matemático del derecho penal, teniendo como principales exponentes a Olga Islas de González Mariscal y a Elpidio Ramírez, cuyos primeros trabajos conjuntos fueron: *Notas preliminares sobre un modelo lógico matemático del derecho penal* (1966); *Lógica del tipo en el derecho penal* (1970) y *El error en el modelo lógico del*

<sup>128</sup> Que incluso lo reconoce con relación a la conducta culposa. Véase Jiménez Huerta, M., *Panorama del delito*, nullum crimen sine *conducta*, México, 1950.

<sup>129</sup> Expresado en su *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss*, 2a. ed., 1941.

<sup>130</sup> Según su *Diritto penale*, 1a. ed., 1945.

<sup>131</sup> En efecto, afirma Jiménez Huerta que, “no porque la acción sea concebida en un sentido finalístico deben aceptarse las extremas consecuencias a que arriba Hans Welzel, al considerar el dolo y la culpa como elementos integrantes de la acción, y a que desde el inicio del sistema, deba separarse la acción dolosa de la culposa, ...”. *Panorama del delito*, pp. 35 y 49; del mismo, *Derecho penal mexicano*, I, México, 1972, p. 35.

<sup>132</sup> *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1997; 2a. ed., 1998.

<sup>133</sup> *Ibidem*, pp. 354 y ss., 357 y ss.

<sup>134</sup> *Ibidem*, pp. 387 y ss.

<sup>135</sup> *Op. cit.*, pp. 305 y ss.

*derecho penal* (1970); después han aparecido otros trabajos conjuntos o que cada uno ha escrito.<sup>136</sup> En el citado modelo se observa una clara influencia de la moderna dogmática penal alemana, es decir, del finalismo,<sup>137</sup> tanto por partir de un concepto ontológico de acción como por el tratamiento que se le da al dolo y al error, entre otras cuestiones, como consecuencia de seguir un concepto final de acción. A este modelo lógico formal se han afiliado De la Barreda,<sup>138</sup> Barrita López,<sup>139</sup> Monterroso Salvatierra,<sup>140</sup> Márquez Piñero,<sup>141</sup> entre otros.<sup>142</sup>

<sup>136</sup> Así, Islas, Olga, “La tentativa en derecho penal mexicano”, *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, año III, núm. 3, julio 1979-junio 1980, pp. 201 y ss.; *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, Trillas, 1982; 3a. ed., 1991; “El dolo en el derecho penal”, *Jus Semper, Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca*, 1990; “Reflexiones sobre la omisión”, *Liber ad Honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM, 1998, t. II, pp. 1233 y ss.; Ramírez Hernández, Elpidio, “Sistemas de justicia y criminalidad. Funciones del sistema de justicia”, *Jus Semper, Revista del TSJ de Oaxaca*, núm. 19, enero-marzo de 1998; “El finalismo en el marco de una nueva teoría penal”, en Moreno Hernández, M. y otros (coords.), *Problemas capitales del moderno derecho penal. Libro-homenaje a Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio (1904-2004)*, México, Jus Poenale, Cepolcrim, 2005, pp. 291 y ss.

<sup>137</sup> Que para entonces empezaba a conocerse, por la existencia de las traducciones al español de diversas obras de autores alemanes, como las de Maurach (1962), Gallas (1959), Welzel (1956 y 1964), Busch, entre otras.

<sup>138</sup> De la Barreda, L., *Algunos pseudoproblemas en el derecho penal*, tesis, México, 1974.

<sup>139</sup> Barrita López, Fernando, “Algunas consideraciones en torno a la reforma de la fracción I del artículo 20 constitucional”, *La reforma jurídica de 1984 en la administración de justicia*, PGR, 1985, pp. 63 y ss.; “Derechos humanos y culpabilidad”, *Revista Mexicana de Justicia*, 87, núm. 4, vol. V, octubre-diciembre de 1987, pp. 203 y ss.

<sup>140</sup> Monterroso Salvatierra, Jorge Efraín, *Culpa y omisión en la teoría del delito*, México, Porrúa, 1993.

<sup>141</sup> Márquez Piñero, R., *El tipo penal*, tesis doctoral, México, UNAM, 1986; *Derecho penal. Parte general*, México, Trillas, 1986; 2a. ed., 1990; “La estética de la teoría finalista de la acción penal”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, t. LXII, núm. 183-184, mayo-agosto de 1992; “La fundamentación básica del derecho penal”, *Criminalia*, México, año LXV, núm. 2, mayo-agosto de 1999, pp. 3 y ss.; “Las reformas penales desde la perspectiva de la teoría sociológica de Niklas Luhmann y de la teoría jurídica de Günther Jakobs”, en Moreno Hernández, M. y otros (coords.), *Problemas capitales del moderno derecho penal. Libro-homenaje a Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio (1904-2004)*, México, Jus Poenale, Cepolcrim, 2005, pp. 437 y ss.; entre otros. Además de la base finalista, Márquez Piñero también se declara partidario del pensamiento de Jakobs.

<sup>142</sup> Entre ellos puede incluirse, también, a Romero Tequextle, Gregorio, *Cuerpo del delito o elementos del tipo*, México, OGS editores, 1999.

También recepta la influencia de la teoría de la acción finalista y participa en los inicios del modelo lógico formal, E. Raúl Zaffaroni, quien en la segunda mitad de la década de los sesenta hacía investigación y enseñaba derecho penal en nuestro país,<sup>143</sup> donde publicó un artículo sobre “La moderna doctrina penal acerca del error” (1967), en el cual se defiende por primera vez una posición finalista en México. Asimismo, publicó “La capacidad psíquica de delito” (1969), “Acerca del concepto finalista de conducta en la teoría general del delito” (1971), entre otros, y cuando desempeñaba la cátedra en la Universidad Veracruzana inició su obra *Teoría del delito*, que posteriormente publicó en Buenos Aires (1973), la cual se convirtió en uno de los medios importantes para difundir el finalismo en los países latinoamericanos.<sup>144</sup> A esta lista de partidarios de la orientación moderna de la dogmática penal forma igualmente parte Moreno Hernández,<sup>145</sup> quien fue discípulo directo de Hans Welzel y Armin Kaufmann en la Universidad de Bonn.<sup>146</sup>

<sup>143</sup> En 1967 tuve la fortuna de tenerlo como profesor de derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, donde tuve las primeras nociones del finalismo.

<sup>144</sup> Obra que más tarde se ve enriquecida por el propio autor. Cfr. Zaffaroni, E. R., *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1979; *Tratado de derecho penal*, 5 tomos, Buenos Aires, Ediar, 1980; *Derecho penal. Parte general*, México, Porrúa, 2001, además de una gran cantidad de artículos.

<sup>145</sup> Cfr. Moreno Hernández, M., *Aplicación de la teoría de la acción finalista al Código Penal veracruzano*, tesis, Jalapa, Ver., 1971; *Der finale Handlungs begriff und das mexikanische Strafrecht*, tesis doctoral, Bonn, Alemania Federal, 1977; “Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad”, *El poder penal del Estado (Homenaje a Hilde Kaufmann)*, Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 385 y ss.; “Sobre el estado actual de la dogmática jurídico-penal mexicana. Hacia una mayor vinculación entre dogmática penal y política criminal”, *Criminalia*, México, año LVIII, núm. 3, sep.-dic. de 1992, pp. 33 y ss.; “Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal”, *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, Congreso Internacional Facultad de Derecho de la UNED, 2000, pp. 579 y ss.; publicado también en Jakobs, Schünemann, Moreno, Zaffaroni, *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (ontologismo y normativismo)*, México, Jus Poenale, Cepolcrim, 2003, pp. 63 y ss.; “El finalismo y sus implicaciones en la dogmática penal y la política criminal”, *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, dirigido por Edgardo Donna, B. Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 171 y ss.; “El ontologismo de Welzel como fundamento de la dogmática penal y de la política criminal”, en Moreno Hernández, M. y otros (coords.), *Problemas capitales del moderno derecho penal. “Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI”*, Libro-Homenaje a Welzel, México, Jus Poenale, Cepolcrim, 2005, pp. 187 y ss.; entre otros.

<sup>146</sup> Realizar sus estudios de doctorado en dicha Universidad, 1972-1977.



Más recientemente pueden también incluirse dentro de esta línea de pensamiento, al menos por lo que hace a ciertos aspectos fundamentales de la teoría del delito, González-Salas,<sup>147</sup> Berchelmann,<sup>148</sup> Carmona Castillo,<sup>149</sup> Madrazo,<sup>150</sup> Bermúdez Molina,<sup>151</sup> Galván González,<sup>152</sup> Félix Cárdenas,<sup>153</sup> Mancera E.<sup>154</sup>

<sup>147</sup> Quien admite el concepto ontológico de acción y participa de la idea de que el contenido y fundamento del injusto lo constituye no sólo el desvalor del resultado, sino también el desvalor del acto. *Cfr.* González-Salas Campos, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*, México, Pereznieta Editores, 1995; “Teoría de la imputación objetiva”, *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, núm. especial 1, México, Jus Poenale, Cepolcrim, agosto de 1999, pp. 53 y ss.; “El tipo de autor y el tipo de participación”, *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 1, enero-abril de 1998, pp. 143 y ss.; “El delito imprudente en la actividad curativa”, *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 2, mayo-agosto de 1998, pp. 133 y ss.; “Comentario a la nueva regulación del tipo culposo. La teoría de la imputación objetiva”, *Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit C.*, México, Inacipe-AMCP, 2000, pp. 315 y ss.

<sup>148</sup> Berchelmann Arizpe, Antonio, *Derecho penal mexicano. Parte general*, México, Porrúa, 2004.

<sup>149</sup> Carmona Castillo, Gerardo A., *La imputabilidad penal*, México, Porrúa, 1995; “El cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal en la Constitución mexicana: una interpretación desde la perspectiva de la doctrina de la acción finalista”, en Moreno Hernández, M. y otros (coords.), *Problemas capitales del moderno derecho penal. Libro-homenaje a Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio (1904-2004)*, México, Jus Poenale, Cepolcrim, 2005, pp. 563 y ss.

<sup>150</sup> Madrazo Pintado, Carlos, *La reforma penal*, México, Porrúa, 1989.

<sup>151</sup> Bermúdez Molina, Estuardo M., *Del cuerpo del delito a los elementos del tipo penal*, México, PGR, 1996; “La teoría del delito en la función del ministerio público y del juzgador”, *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, núm. especial 1, México, Jus Poenale, Cepolcrim, agosto de 1999, pp. 345 y ss.

<sup>152</sup> Galván González, Francisco, *Unidad de ley. Estudios de legislación, jurisprudencia y doctrina penal mexicana*, México, 2001; “La evolución de la jurisprudencia penal mexicana a raíz de los cambios legislativos y de la influencia dogmática”, *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, núm. especial 1, México, Cepolcrim, Jus Poenale, agosto de 1999, pp. 359 y ss.

<sup>153</sup> Félix Cárdenas, Rodolfo, “Delitos de comisión por omisión impropia dolosos en el Código penal español y en el Código penal federal mexicano. Una reflexión comparada”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 26, núm. 26, pp. 302 y ss.; “Dictamen penal sobre el caso ‘El Encino’ y la responsabilidad penal de Andrés Manuel López Obrador”, *Caso “El Encino”, ¿delito?*, México, Porrúa-UIA, 2005, pp. 13 y ss.; “Enriquecimiento ilícito y principio de legalidad. El criterio del tribunal pleno”, *Revista de Derecho Penal*, 2004-2, B. Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 31 y ss.; también *Criminalia*, México, año LXXI, núm. 2, mayo-agosto de 2005, pp. 37 y ss.

<sup>154</sup> Mancera Espinosa, Miguel A., “¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?”, *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 2, mayo-agosto de 1998, pp. 3 y ss.; “Autoría y partici-



En la misma línea se encuentran Plascencia V.,<sup>155</sup> Azzolini,<sup>156</sup> Jiménez Martínez,<sup>157</sup> Orellana Wiarco,<sup>158</sup> Urosa,<sup>159</sup> Besares,<sup>160</sup> entre otros. Pero lo mismo se puede decir de Díaz Aranda,<sup>161</sup> de Ontiveros Alonso<sup>162</sup> y de Daza

pación en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal”, en Moreno H., M. y Félix Cárdenas, R. (coords.), *Comentarios en torno al nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, México, Jus Poenale, Cepolcrim, 2003, pp. 275 y ss.

<sup>155</sup> Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, México, UNAM, 1998; “La iniciativa de reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución y la propuesta de reformas al Código penal”, *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 1, enero-abril de 1998.

<sup>156</sup> Azzolini, Alicia, “La autoría en el sistema penal mexicano”, *Criminalia*, México, año LXVII, núm 3, sept.-dic. de 2001, pp. 127 y ss.; “La moderna teoría de la imputación objetiva y sus diferencias con el finalismo”, en Moreno Hernández, M. y otros (coords.), *Problemas capitales del moderno derecho penal. Libro-homenaje a Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio (1904-2004)*, México, Jus Poenale, Cepolcrim, 2005, pp. 271 y ss. No obstante que Azzolini es argentina, se la incluye aquí porque toda su obra está referida al derecho penal mexicano.

<sup>157</sup> Jiménez Martínez, Javier, *Fundamentos de la teoría general del hecho punible*, México, Inacipe, 2003; *Introducción a la teoría general del delito*, México, Ángel Editor, 2003.

<sup>158</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del delito. Sistemas causalista y finalista*, México, Porrúa, 1994; *Curso de derecho penal, parte general*, México, Porrúa, 1999.

<sup>159</sup> Urosa Ramírez, Gerardo, “Consideraciones críticas en torno al cuerpo del delito en materia federal”, *Criminalia*, México, año LXVIII, núm. 1, enero-abril de 2002, pp. 47 y ss.

<sup>160</sup> Besares Escobar, Marco Antonio, “La protección penal del medio ambiente en el Código Penal para el Distrito Federal”, en Moreno H., M. y Félix Cárdenas, R. (coords.), *Comentarios en torno al nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, México, Jus Poenale, Cepolcrim, 2003, pp. 381 y ss.; “El derecho penal ambiental y la protección de la biodiversidad en México. Una comparación con el derecho penal ambiental español en materia de regulación de manipulación genética de los organismos vivos modificados (OVMs)”, en *Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit C.*, México, Inacipe-AMCP, 2000, pp. 55 y ss.

<sup>161</sup> Díaz Aranda, Enrique, *Dolo (causalismo, finalismo, funcionalismo y reforma penal en México)*, 3a. ed., Porrúa, 1999; “Legislación y dogmática del dolo”, *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM, 1998, t. II, pp. 945 y ss.; “Consentimiento del sujeto pasivo”, *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, núm. especial 1, México, Jus Poenale, Cepolcrim, agosto de 1999, pp. 109 y ss.; “Teorías del dolo eventual”, *Criminalia*, año LXIII, núm. 2, mayo-agosto de 1997, pp. 47 y ss.; *Derecho penal. Parte general*, México, Porrúa-UNAM, 2003; *Teoría del delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, México, 2006; entre otros. Díaz Aranda, quien también ha tenido formación roxiniana, afirma seguir una “teoría del delito conforme al sistema funcionalista social” (*Teoría del delito*, pp. 61 y ss.).

<sup>162</sup> Ontiveros Alonso, Miguel, *Legítima defensa e imputación objetiva*, México, Inacipe, 2004; quien adopta el método roxiniano “teleológico-funcional” y, por ello, moderado.

Gómez,<sup>163</sup> quienes aun cuando afirman afiliarse al funcionalismo o a la teoría de la imputación objetiva, resulta innegable la base finalista u ontológica en sus construcciones dogmáticas, máxime que también detrás de sus modelos, como Roxin o Jakobs, también existe esa base.

### B. *El finalismo y el modelo lógico del derecho penal*

Como se ha dicho ya, el modelo lógico empezó a divulgarse en 1966, gracias a los esfuerzos de Olga Islas y Elpidio Ramírez, principalmente, con quienes inicialmente también E. Raúl Zaffaroni participó de sus inquietudes. Y, según afirmaciones de sus autores, la metodología que se utilizó para el modelo se funda en la lógica matemática, misma que se mantiene hasta ahora casi invariable. Así, por lo que hace a la teoría general del delito concretamente, se partió de la consideración de que ella se estructura de dos conceptos fundamentales, que son el tipo y la punibilidad, por lo que los componentes de la teoría del delito son la teoría del tipo y la teoría de la culpabilidad. En otros términos, por lo que hace a la metodología, se apartan en principio de la seguida por la dogmática penal tradicional, a la cual se le formulan algunas críticas,<sup>164</sup> y, con relación a la estructura del delito, también se distingue de la opinión dogmática dominante, al considerar que los ingredientes del delito son la tipicidad y la culpabilidad. De acuerdo con esta estructura del concepto de delito, entonces, es clara la diferencia con el sistema finalista, que parte de una división tripartita del delito, ya que además de esos dos componentes también considera a la antijuridicidad como un elemento autónomo, destacando que la clara delimitación de esos tres niveles de valoración proporciona mayor seguridad jurídica, por propiciar un alto grado de racionalidad a la aplicación de la ley penal.

<sup>163</sup> Daza Gómez, Carlos J. M., “Evolución doctrinal del finalismo”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, núms. 209-210, septiembre-diciembre de 1996; *Teoría general del delito*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1997; “Teoría de la imputación objetiva”, *Criminalia*, México, año LXIII, núm. 2, mayo-agosto de 1997, pp. 65 y ss.; “El funcionalismo, hoy”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, núms. 227-228, 1999; también en *Criminalia*, año LXV, núm. 3, México, septiembre-diciembre de 1999, p. 133. Daza Gómez afirma seguir un método ecléctico con fundamentos ontológicos y funcionalistas.

<sup>164</sup> Cfr. Islas, O. y Ramírez, E., *Lógica del tipo en el derecho penal*, México, 1970, pp. 7 y ss.; Islas, O., *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, Trillas, 1982, pp. 5 y ss.

Pero lo anterior no quiere decir que el modelo lógico desconozca a la antijuridicidad como un componente del delito, sino que la trata dentro de la tipicidad, precisamente cuando dentro de la estructura del tipo legal se refiere al “deber jurídico penal” y a la “violación del deber jurídico penal”, como uno de sus subconjuntos o elementos valorativos.<sup>165</sup> Como consecuencia de ello, los autores del modelo lógico afirman que la ausencia de tipicidad (atipicidad) se dará, también, por la ausencia de deber jurídico penal o por la ausencia de violación del deber jurídico penal, presentándose esto último cuando opera alguna causa de licitud, sea penal o extrapenal;<sup>166</sup> y tal afirmación se hace, no obstante que se cuestiona a los “tradicionalistas” de “no precisar la diferencia existente entre la antijuridicidad y la culpabilidad”.<sup>167</sup> En otras palabras, una causa de justificación, que para la mayoría de la doctrina penal tiene como efecto excluir la antijuridicidad, no sólo excluye la antijuridicidad, sino también la tipicidad de la conducta; con lo que, en este punto, el modelo lógico adopta un criterio muy parecido al de la teoría de los elementos negativos del tipo penal, que el principal exponente del finalismo cuestionó fuertemente.<sup>168</sup>

Pero, independientemente del distinto método que se aplica,<sup>169</sup> de la distinta estructuración del delito que se sigue y del diferente marco conceptual que se utiliza, lo cierto es que, como sus propios defensores lo afirman, el modelo lógico adopta bases de la teoría de la acción finalista, aun cuando para ellos el concepto de acción juega sólo un papel secundario; el principal papel lo tiene el concepto de tipo<sup>170</sup> y, a partir de él, el de la acción típica. Por

<sup>165</sup> Cfr. *Lógica del tipo...*, pp. 29 y ss.; *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, pp. 15 y ss.

<sup>166</sup> *Análisis lógico...*, p. 52.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>168</sup> Cfr. Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, 1970, pp. 116 y ss.; Hirsch, H. J., *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmale*, 1960. Para el finalismo, la violación o trasgresión de la prohibición o del mandato da origen a una *conducta antinormativa*, que es distinta a la conducta antijurídica; cfr. Welzel, *op. cit.*, pp. 74 y ss.; Zaffaroni, E. Raúl, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1979, pp. 317 y ss.

<sup>169</sup> Del que por supuesto no se derivan las consecuencias a que los defensores de este modelo llegan. Es decir, a partir de bases lógico-formales o de fórmulas matemáticas no se puede llegar, por ejemplo, a un concepto final de acción; por lo que, para ello, necesariamente se tuvo que tomar en consideración la naturaleza o esencia de la acción, tal como lo hizo Welzel, como en efecto lo reconocen los autores del modelo (ver nota 170).

<sup>170</sup> Que es un concepto muy amplio de tipo, donde se observa la influencia de Zu Dohna (*Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1950; *La estructura de la teoría del delito*,

razón de esas bases, entre las implicaciones dogmáticas o consecuencias de la teoría de la acción finalista que se pueden observar en la estructura del delito del modelo lógico, destacan las siguientes:

a) Se maneja un concepto final de acción o de conducta,<sup>171</sup> si bien ésta sólo tiene consideración a partir del concepto de “tipo penal”, de cuya estructura aquélla constituye uno de los elementos objetivos descriptivos y que en el modelo a su vez se le considera un elemento del *kernel*.<sup>172</sup>

b) Como consecuencia de seguir un concepto final de acción, se admite que el dolo y la culpa forman parte del tipo penal y dejan de ser componentes de la culpabilidad.<sup>173</sup> Por lo que la distinción entre el delito doloso y el culposo puede hacerse ya en el ámbito de la conducta típica, y no apenas en el de la culpabilidad. Para la definición del dolo también se sigue la construcción de Welzel, en tanto que como elemento final de la conducta está referido a los elementos objetivos del tipo, pero con la diferencia de que quedan fuera de estos los “elementos típicos valorativos”.<sup>174</sup>

c) A la culpabilidad se le asigna una estructura distinta a la que sigue el sistema causalista, ya sea en su versión psicológica o normativa, y si bien se acerca más al concepto y a la estructura que le asigna el sistema finalista, por considerarla un juicio de reproche al autor de una conducta antijurídica y por el hecho de que no forman parte de ella el dolo y la culpa —que ahora pasan a formar parte del tipo penal—, existen ciertas diferencias. Mientras que para el finalismo es claro que los requisitos para el juicio de reproche son tres: la imputabilidad, la conciencia o cognoscibilidad de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta, para el modelo lógico no es muy claro cuántas.

1958), Gallas (*La teoría del delito en su momento actual*, 1959) y Maurach (*Tratado de derecho penal*, 1962).

<sup>171</sup> “Conducta (acción u omisión) es el proceder finalístico descrito en el tipo”. Además, tal como lo ha afirmado Welzel, estos autores son también de la opinión de que el concepto jurídico penal de conducta es igual al concepto de conducta propio de vida real, y afirman que “al legislador se le impone la fuerza de los conceptos ontológicos de acción y omisión”. *Cfr.* Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *Lógica del tipo en el derecho penal*, México, 1970, p. 62.

<sup>172</sup> Extraño vocablo que, según los autores del modelo, quiere decir “núcleo”, pero se aclara que es utilizado en el sentido de “conducta típica”, es decir, entendida tal como la describe el tipo. *Op. cit.*, pp. 59 y ss. En los últimos trabajos ya no se habla de *kernel*.

<sup>173</sup> *Op. cit.*, pp. 64 y ss.

<sup>174</sup> En virtud de ello, se define al dolo como el “conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo típico”; con lo que se quiere diferenciar de la concepción causalista, que incluye a la “conciencia de la antijuridicidad” como parte del dolo. *Op. cit.*, pp. 65 y ss.

les son los elementos de la culpabilidad, sobre todo porque la imputabilidad ha sido extraída de ella y llevada al ámbito de los elementos del tipo, como parte del sujeto activo.<sup>175</sup> Además, cuando se aborda el tema de la culpabilidad y su aspecto negativo<sup>176</sup> se afirma que “para que el agente se haga acreedor a un reproche, es necesario que conozca tanto el deber jurídico penal como la violación del mismo”, y se señala que “el único aspecto negativo de la culpabilidad es el error invencible sobre la concreción de los elementos objetivos valorativos del tipo legal particular”.<sup>177</sup> Sin embargo, en otro trabajo se afirma que “cuando ningún reductor del ejercicio de la libertad ha operado, el reproche se da plenamente y el sujeto es culpable”; y que esos reductores son el error y la no exigibilidad de otra conducta, los cuales pueden aniquilar por completo el reproche, dando lugar a la inculpabilidad, o que sólo lo disminuyan, dejando subsistente la culpabilidad.<sup>178</sup>

d) Independientemente de lo anterior, también se observan influencias del finalismo en cuanto al tratamiento del error. Por una parte, también para el modelo lógico-matemático el error ya no funge sólo como una causa de inculpabilidad, sino también como causa de atipicidad, es decir, igualmente se le trata en dos niveles: del tipo penal y de la culpabilidad.<sup>179</sup> Por otra, si bien no se adopta expresamente la nomenclatura moderna, que consiste en distinguir entre error de tipo y error de prohibición, se admite que ante los supuestos de error sobre los elementos objetivos (no valorativos) del tipo se excluye el dolo y la culpa si el error es invencible o inevitable, mientras que en caso de error vencible o evitable sólo se excluye el dolo; en estos casos el error funge como causa de atipicidad.<sup>180</sup> Mientras que el error sobre el deber jurídico penal y la violación del deber, si es invencible excluye la culpabilidad, y si es vencible sólo reduce el grado de reproche, que es el error equivalente al de prohibición y constituye una causa de inculpabilidad.<sup>181</sup>

<sup>175</sup> Véase Islas, O. y Ramírez, E., *Lógica del tipo...*, pp. 51 y s.; Islas, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 1982, pp. 15, 19 y ss.

<sup>176</sup> *Cfr.* Islas, O., *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, pp. 55 y ss.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>178</sup> *Cfr.* Islas de González Mariscal, Olga, y Ramírez Hernández, Elpidio, “El error en el modelo lógico del derecho penal”, *Derecho Penal Contemporáneo*, México, 38, Facultad de Derecho, UNAM, mayo y junio de 1970, pp. 13 y ss., 58.

<sup>179</sup> *Ibidem*, pp. 62 y ss.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 64; *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, pp. 55 y ss.

<sup>181</sup> O de atenuación de la misma. *Cfr.* “El error en el modelo lógico del derecho penal”, pp. 65 y ss. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, p. 57.

### 3. *Palabras finales*

a) El propósito de este trabajo, como puede observarse, no fue exponer toda la doctrina penal mexicana y analizar sus vinculaciones con las construcciones teóricas alemanas, sino sólo describir la recepción que en aquélla ha tenido el sistema finalista. Pero, además, dados los motivos de mi aportación y las particularidades del modelo lógico, cuyo desarrollo en México se debe fundamentalmente a nuestra homenajead, quise limitar esta exposición para —en honor de doña Olga Islas— resaltar algunos aspectos de su importante contribución, y únicamente por lo que hace a su vinculación con el finalismo.

Ahora bien, lo anterior no excluye que en torno al modelo lógico formal también se puedan hacer observaciones críticas, ya sea sobre las cuestiones metodológicas o sobre sus vinculaciones ideológicas, o bien con relación a sus implicaciones prácticas; pero mi objetivo en esta ocasión no fue ése.<sup>182</sup> No obstante, debo destacar que los autores del modelo lógico desde sus inicios han formulado múltiples críticas a las construcciones dogmáticas tradicionales del grupo mayoritario de penalistas mexicanos, buscando siempre que sus ideas pudieran ser confrontadas con las de aquellos penalistas, para poder constatar lo acertado o desacertado de sus afirmaciones y estar en condiciones de evolucionar; pero lo cierto es que hasta ahora no se ha dado prácticamente ninguna confrontación de ideas, debido principalmente a la actitud pasiva de estos últimos, que no es sino muestra del poco interés por el desarrollo de la dogmática penal y de que ésta se vincule con los problemas que se dan en nuestra realidad. Ciertamente, la discusión dogmática y político-criminal en México es muy escasa, e incluso podría decirse que la dogmática penal ha mostrado muy poco interés por influir decididamente en las cuestiones político-criminales. Pero lo propio habrá que decir con relación a la política criminal, donde quienes toman las decisiones po-

<sup>182</sup> De esto me he ocupado ya en mi tesis de grado en la Universidad de Bonn, Alemania, desde hace cerca de treinta años. *Cfr.* Moreno Hernandez, Moisés, *Der finale Handlungsbegriff...*, pp. 267 y ss. En aquel entonces decía yo: “es indiscutible que la aplicación de la lógica matemática, así como de la computación o informática, en otros campos del quehacer intelectual, es en la actualidad muy necesaria; empero, resulta discutible el cómo, en qué medida y para qué finalidad estos métodos deben tener tal aplicación. Pareciera que lo que aquí se pretende es *formalizar* el derecho, es decir, representar los conceptos jurídicos en fórmulas matemáticas; pero el derecho no puede ni debe ser mecanizado, mucho menos deshumanizado”.

líticas —ya sea en el proceso de creación de las normas penales o en el momento de su aplicación concreta— no parecen reconocerle importancia a la aportación de la dogmática penal para darle sustento teórico a sus decisiones políticas; desdeño que puede obedecer al desconocimiento de la función de la dogmática penal, que consiste en ofrecer certidumbre y seguridad jurídica para los individuos, en tanto que procura evitar el acaso y la arbitrariedad.

b) Para concluir esta contribución, quisiera decir que la evaluación de la construcción dogmática de Olga Islas, expresada en el modelo lógico, no debe hacerse en forma aislada, sino en un amplio contexto, atendiendo a las realidades en que surge y se desarrolla, es decir, habrá que hacerlo desde la perspectiva de sus razones, de sus postulados y de sus implicaciones prácticas o político-criminales, tomando en consideración la tarea de la dogmática penal. Si el objetivo primordial de la dogmática penal, aparte de lograr que sus elaboraciones puedan también aspirar a ser universales y no estar sujetas a límite espacial o temporal alguno,<sup>183</sup> por lo acertado de su metodología, de sus postulados y de sus consecuencias teórico-prácticas, es procurar influir en las decisiones político-criminales en los respectivos ámbitos de su propio objeto de consideración, habrá que analizar si el modelo lógico —que tiene el influjo finalista— se ha desarrollado con el propósito de posibilitar una aplicación racional y uniforme de la ley, que ayude esencialmente a garantizar la seguridad jurídica y a procurar una administración de justicia igualitaria y justa; en fin, para posibilitar una adecuada política criminal, tanto en lo que concierne a la aplicación concreta de la ley penal como también en lo que se refiere a su proceso de creación, o bien si se ha construido estando ajena a esos fines político-criminales del derecho penal y, por tanto, que sólo se ha desarrollado como la dogmática por la dogmática. Pues es innegable que una actitud así de la dogmática jurídico-penal resulta inaceptable hoy en día, exigiéndose que sea más reflexiva, tanto con relación a su realidad político-criminal como por lo que hace a los modelos que adopta, ya que sólo de esa manera la dogmática penal, como instrumento para la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales, puede lograr el objetivo anterior. Y, dado que la realidad mexicana está urgida de instrumentos adecuados para una aplicación más igualitaria y racional de la ley penal, no puede admitirse que la dogmática

<sup>183</sup> Véase, sobre esto, Hirsch, H. J., “Existe una ciencia del derecho penal nacionalmente independiente?”, en Hirsch, H. J., *Derecho penal. Obras completas*, t. II, pp. 41 y ss.



penal se cultive sólo como *l'art pour l'art*, sin importar sus implicaciones prácticas. Por otra parte, las elaboraciones teóricas, además de conectarse con la realidad, deben ser comprensibles para esa realidad, para que las discusiones que provoquen sean fructíferas y aporten los mejores criterios para precisar los límites dentro de los cuales debe ejercitarse el poder penal, según exigencias del Estado democrático de derecho.

En virtud de lo anterior, la tarea de la dogmática penal —sea finalista, lógico-matemática o funcionalista—, lejos de hacer suya discusiones “extralógicas”, debe intensificarse en la búsqueda de los criterios que puedan servir de contención a las extralimitaciones, así como profundizar en el análisis de las diversas instituciones jurídico-penales, pero atendiendo fundamentalmente a nuestras realidades. Asimismo, la dogmática penal debe procurar que la consecución de sus objetivos-político-criminales se realice de manera más racional, ya que el problema de la justicia penal es siempre un problema de limitación adecuada de la esfera de libertad; por ello, debe basarse en principios o criterios que pueden cumplir esa importante función de establecerle límites a las potestades gubernamentales y de garantizar los derechos de los individuos frente al ejercicio del poder penal.

Si bien este pudo haber sido el lugar y el momento para profundizar en torno a las aportaciones dogmáticas de Olga Islas, pero es evidente que no los he podido aprovechar, quisiera al menos que a partir de estos comentarios se lograra motivar a quienes en nuestro ámbito se dedican a estos problemas, para ocuparse de las cuestiones antes anotadas que plantea el modelo lógico. Si eso es así, seguramente se contribuirá no sólo al desarrollo de la dogmática penal mexicana, sino también a honrar a una gran jurista que ha procurado desarrollar algo diferente.