

I. La teoría del delito	15
1. Sentido	15
2. El derecho penal y la ciencia del derecho penal	19
3. Ubicación de la teoría del delito en las ciencias penales	26
4. Categorías fundamentales en la teoría del delito o elementos del delito	26

I. LA TEORÍA DEL DELITO

1. SENTIDO

La teoría del delito tiene como objeto analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad³ de un comportamiento humano sea a través de una acción o de una omisión, en estos términos dicho análisis no sólo alcanza a los “delitos” sino incluso a todo comportamiento humano del cual pueda derivar la posibilidad de aplicar una consecuencia jurídico penal, entonces, será objeto de análisis de la teoría del delito aquello de lo cual derive la aplicación de una pena o una medida de seguridad, así como los casos extremos en los que no obstante existir una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el comportamiento humano resulte justificado, no reprochable, o bien, no punible.

En los términos anteriores, resulta conveniente referir los presupuestos de punibilidad, circunstancia que nos remite al análisis sistemático de la ley penal, pues en dicho lugar es donde guardan cabida los tipos penales en su modalidad de “descripción de comportamiento, elaborada por el legislador, bajo cuya base puede sobrevenir una pena o medida de seguridad”,⁴ también resulta conveniente revisar aquellos preceptos legales que no obstante estar inmersos en una disposición de carácter eminentemente administrativo, contemplan tipos penales.⁵

³ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal*, trad. Santiago Mir Puig, Barcelona, Bosch, 1978, pp. 263 y ss.

⁴ Olga Islas de González Mariscal aporta al respecto una depurada idea en torno al tipo, al señalar que es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, 2ª ed., México, Trillas, 1985, p. 25.

⁵ En este sentido nos referimos a los tipos penales contenidos en el Código Fiscal de la Federación, la Ley General de Población, la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de entre una amplia gama.

La teoría del delito guarda una gran cautela en torno a los elementos que constituyen a cada uno de los tipos penales contenidos en la parte especial de un código o de una ley, pues el objeto de análisis son las categorías comunes a todo comportamiento punible.⁶ En este sentido, la dogmática penal identifica a la acción,⁷ la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad,⁸ como elementos del delito, que para nosotros constituyen más bien las categorías sobre la base de las cuales se realiza el estudio del delito y de la teoría del delito.

También existen opiniones en el sentido de que la teoría del delito debería partir de la acción como base de las categorías del delito y analizar el tipo; sin embargo, los elementos metajurídicos de los tipos penales, a pesar de no estar plenamente descritos en la ley juegan un papel de vital importancia en su construcción. Tal es el caso de la norma jurídica, o bien, de las causas de justificación que anulan a la antijuridicidad. Al respecto, el CPF en el artículo 17 señala que “las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento”, con lo cual se pretende evitar una aplicación fría y abstracta de la ley.⁹

6 *Idem.*

7 Algunos autores prefieren hablar de acción en tanto otros de conducta, sin embargo debe quedar claro que sea cual sea el concepto utilizado debe dejar la posibilidad de englobar comportamientos a nivel de acción, omisión y de la llamada omisión impropia, por nuestra parte consideramos conveniente hablar de acción a nivel de un supraconcepto que da cabida a la acción, la omisión y la omisión impropia.

8 Respecto de la punibilidad existe un amplio e importante estudio realizado por Olga Islas con el cual estamos en total acuerdo y refiere la distinción entre los términos pena, punición y punibilidad, siendo la pena “la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano Ejecutivo para la prevención especial, determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización”, en tanto la punición es “la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad”, en este caso, la única objeción a la definición propuesta por Islas radica en no considerar el principio de legalidad en la punición, traducido en la fórmula *nulla poena sine lege*, rectora de la imposición de la pena, pues la pena sólo puede ser impuesta a partir de los límites establecidos en la ley. Finalmente, Islas entiende por punibilidad “la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste”, de donde deriva la posibilidad de aplicar tres tipos de magnitudes de la punibilidad, una para los tipos dolosos de consumación, otra para los culposos de consumación y finalmente para los de tentativa. *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal, op. cit.*, pp. 22-23.

9 Para explicar las causas de justificación, Jescheck cita el famoso caso de Mignonette, en el cual un tribunal inglés tuvo que juzgar la conducta de dos marineros náufragos que, tras haber sufrido largas privaciones, habían matado en su necesidad a un compañero agonizante, de cuyo cuerpo se alimentaron hasta ser rescatados. El tribunal impuso primeramente la pena de muerte, pero después la sustituyó en vía de gracia por una pena de privación de la libertad por seis meses. *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 264.

Por otra parte, el Código Federal de Procedimientos Penales prevé en el artículo 168, tercer párrafo, la necesidad de constatar previamente si no existe acreditada, en favor del inculpado, alguna causa de licitud, y en materia de responsabilidad penal plantea la exigencia de datos suficientes para hacer probable la culpabilidad, siendo sorprendente la variante en el sentido de la calificación señalada por el Código Penal al referirlas como causas de exclusión del delito, en tanto el Código Procesal las aborda considerándolas causas de licitud, que sólo incluyen en este supuesto las de justificación que en su caso anulan la posibilidad de estar ante la antijuridicidad.

Al afirmarse que la ciencia del derecho penal engloba a la teoría del delito, se adopta una clara postura en el sentido de atribuirle un origen derivado de la ley penal, lo cual es tanto como otorgarle una naturaleza meramente positiva, pues en el derecho penal cobra bases en la teoría del delito cuyo contenido se ha incorporado paulatinamente a los preceptos legales, en este orden de ideas, las categorías de acción y omisión, la tipicidad (necesaria para fundar una imputación penal), la antijuridicidad y la culpabilidad, se encuentran plenamente recogidas por el legislador e inmersas en la ley penal, bajo cuya ausencia resulta absurdo plantear la posibilidad de la existencia de un delito y de una consecuencia jurídico penal.

La proyección de la teoría del delito sobre el derecho penal, específicamente sobre la ley penal, no es ni ha sido siempre la misma, pues vemos cómo en el transcurso de la historia las reformas legales incorporan nuevos conceptos acuñados por diversas teorías, tal es el caso del tema relativo a los delitos impropios de omisión, que en nuestro país no existía formalmente en el Código Penal Federal sino hasta 1994, no obstante que algunos CPs de los estados ya la contemplaban, así como la ubicación del dolo y la culpa en el tipo penal como consecuencia de la ubicación del comportamiento humano, traducido en la acción, omisión u omisión impropia, dentro del tipo penal, tal y como se desprende del contenido del artículo 7o. de CPF y del artículo 168 del CFPP, al establecer que en los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo.

En estos casos, se considerará al resultado como consecuencia de un comportamiento omisivo, cuando se determine que quien omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato de su

propio actual precedente, lo cual es una muestra clara de la incorporación por parte del legislador de la calidad de garante, sujeta a los postulados que ya Maurach planteaba en el sentido de atribuirla a cuestiones legales, contractuales, de vida o a ciertas comunidades de peligro, en que ha sido colocado el sujeto activo para proteger un determinado bien jurídico.

En el mismo tenor se encuentra la reforma de 1994 al artículo 168 del CFPP en materia de los elementos del tipo, al señalar que consistirán en: la existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido; la forma de intervención de los sujetos activos; y la realización dolosa o culposa de la acción u omisión. Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

No obstante, a partir de 1999 se introdujo el concepto de cuerpo del delito, mismo que se integra al conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, en el caso que la descripción típica lo requiera.

Lo anterior, nos orilla a pensar en una nueva tendencia de las leyes penales mexicanas al considerar a la acción y a la omisión dentro del tipo penal, así como al dolo y la culpa como aspectos de la acción, es decir se integra al tipo penal acción y dolo, postulados que representan pilares fundamentales del finalismo, unido a los restantes elementos del tipo penal que retoman con gran precisión los postulados que sobre la teoría se mantienen en la actualidad como dominantes.

Los cambios introducidos a partir de los últimos 10 años, contrastan con el anterior contenido del CPF, sobre todo porque desde los orígenes de la codificación penal mexicana existió por tradición una clara tendencia por adoptar posturas eminentemente clásicas o bien causalistas; en tal virtud, desde el primer código nacido en 1871, pasando por el de 1929 hasta el actual de 1931, se adoptaron postulados clásicos y neoclásicos, siendo un ordenamiento que por el momento mismo de su origen, ignoraba en toda medida las tendencias finalistas, circunstancia que reflejó en gran medida la corriente adoptada y defendida por muchos autores mexicanos.

2. EL DERECHO PENAL Y LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

La denominación de derecho penal es un término relativamente novedoso, pues fue hasta principios del siglo XIX que se empezó a utilizar en sustitución de “derecho criminal”, el cual aludía al crimen, la tendencia de los autores en nuestro país ha sido (desde sus orígenes como Estado independiente en el siglo XIX) adoptar el término derecho penal.

De igual manera encontramos la tendencia por el manejo de conceptos como derecho criminal, derecho de defensa social, derecho represivo, principios de criminología y derecho protector de los criminales.

Al abordar el derecho penal debemos partir del supuesto de que comprende dos aspectos fundamentales como son el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo, el primero refiere el conjunto de normas jurídicas, en tanto el segundo alude al derecho a castigar o lo que podríamos considerar como la facultad del Estado para crear y aplicar en los casos concretos las normas penales, modernamente vista como una potestad del Estado desde la óptica de la punición y de ejecutar las sanciones y medidas de seguridad.

Al definirse el derecho penal objetivo, resulta conveniente citar a Von Liszt para quien el derecho penal es “el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian el crimen, como hecho, a la pena como legítima consecuencia”, en tanto para Jiménez de Asúa “es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociado a la infracción de la norma, una pena o una medida de seguridad”, ambos autores destacan la presencia de normas jurídicas a nivel de presupuesto de existencia del derecho penal, cuestión válida, pues indiscutiblemente la distinción entre la esfera de la teoría y de la ley se marca precisamente por el nivel en el cual la encontramos.

Para Eugenio Cuello Calón “es el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente”, en tanto para Pessina “es el conjunto de principios relativos al castigo”, resaltando en estas definiciones la clara diferencia en torno a la concepción del derecho penal como conjunto de leyes, conjunto de principios, así como al castigo por la consecuencia necesaria del delito, y al derecho penal como el elemento definidor de ambos, con lo cual olvidan que el derecho penal también contempla infinidad de temas entre los cuales podemos mencionar las medidas de seguridad; las causas de justificación, de atipicidad, de

inculpabilidad y de extinción de la pretensión punitiva por parte del Estado, por lo cual su definición se mantiene muy restringida.

Por otra parte, Pavón Vasconcelos lo define como “el conjunto de normas jurídicas, de derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social”,¹⁰ idea acorde con la propuesta de Castellanos Tena, autor que lo conceptualiza como “la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto la creación y la conservación del orden social”.¹¹

En el caso de autores como Maggiore, la expresión derecho penal se utiliza para designar “el conjunto de normas penales, como a la ciencia del derecho penal, estimada como aquella rama del conocimiento humano integrada por un acervo de conceptos jurídicos de naturaleza intelectual, puede referirse al sistema de normas, o bien al de conceptos científicos sobre el delito, el delincuente y la pena”,¹² concepción amplia del derecho penal que funde en su concepción el aspecto dogmático con el aspecto legal y por ende le atribuye el carácter de sinónimo de ciencia del derecho penal.

Desde una vertiente diversa, Rodríguez Devesa entiende al derecho penal en dos vertientes “a) como conjunto de normas (derecho penal objetivo, *ius poenale*), b) como facultad (derecho penal subjetivo, *ius puniendi*)”,¹³ afirmación que posibilita la distinción del derecho penal objetivo y subjetivo, es decir la definición de los delitos y la pretensión punitiva del Estado.

En un sentido más depurado, Jescheck considera al derecho penal como

la materia que determina qué contravenciones del orden social constituyen delito, y señala la pena que ha de aplicarse como consecuencia jurídica del mismo. Prevé, asimismo, que delito puede ser presupuesto de medidas de mejora y seguridad y de otra naturaleza.¹⁴

Postura a la que se adhiere Mir Puig al definirlo en el sentido de “normas jurídicas que asocian al delito como presupuesto, penas y (o) medidas de

¹⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal mexicano*, 5ª ed., México, Porrúa, 1982, p. 17.

¹¹ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, México, Jurídica Mexicana, 1963, p. 23.

¹² Maggiore, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1954, p. 3.

¹³ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español*, Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1981, p. 7.

¹⁴ Jescheck, Hans, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, vol. I, p. 15.

seguridad, como consecuencia jurídica”,¹⁵ concepción que admite no sólo a las penas, sino también a las medidas de seguridad como integrantes del derecho penal.

Con un claro énfasis en el derecho penal subjetivo, Juan del Rosal lo define como “aquella parte del ordenamiento jurídico positivo que regula el ejercicio del poder punitivo del Estado, a causa del hecho cometido, penas y otras medidas afines, ante y postdelictuales, y según la personalidad del autor”.¹⁶

Atento a lo anterior, el concepto de derecho penal amerita en primera instancia delimitar que el manejo del concepto no es algo plenamente extendido a nivel mundial, sino que existen diversas acepciones para la misma materia; así, algunos sistemas jurídicos adoptan conceptos como derecho criminal, derecho de defensa social, derecho represivo, principios de criminología, derecho protector de los criminales, entre otros con los cuales se trata de referir lo que la doctrina mexicana define como derecho penal.

a) *Derecho criminal*. Utilizar este concepto resulta restringido en atención a que el derecho penal no sólo enfoca su atención a los criminales, sino que también le interesa la situación de la víctima, así como el aspecto relativo a las penas y medidas de seguridad. En algunos países, sobre todo en los europeos y en los Estados Unidos de América, se utiliza dicha terminología, en atención al contenido mismo de las leyes penales que en su mayoría refieren el concepto de crimen y no el de delitos, como suele suceder en países como el nuestro.

b) *Derecho represivo*. Es un término criticable en atención a que la función primordial del derecho penal en un Estado democrático no es propiamente la represión, sino la tutela de bienes jurídicos sobre la base de consecuencias jurídicas aplicables a los transgresores de los principios inmersos, sólo siendo admisible una denominación en tal sentido para aquellos regímenes de gobierno totalitarios.

c) *Derecho de defensa social*. Denominación utilizada sobre todo en algunos códigos vigentes en el continente americano, pretendiendo extender una postura originada en Cuba por José Agustín Martínez, en la cual la pena impuesta al delincuente era vista con un papel eminentemente retributivo y ejemplar.

¹⁵ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990, p. 11.

¹⁶ Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español*, Madrid, Villena, 1978, pp. 16-17.

d) *Principios de criminología*. Es un término desafortunado puesto que una cosa es el estudio del hombre delincuente y otra cosa diversa el análisis de los tipos penales, penas y medidas de seguridad, siendo por demás ambicioso pretender restringir el derecho penal a simples principios de criminología, sueño que los criminólogos críticos han mantenido durante muchos años, con la recurrente manifestación de la necesidad de hablar de una criminología y de la desaparición del derecho penal.

e) *Derecho protector de los criminales*. Aceptación que en gran medida deja fuera aspectos relevantes del derecho penal, pues no sólo se ocupa de la definición de los derechos de los delincuentes, sino también de los de la víctima y del ofendido, así como de los temas relativos a la protección de bienes jurídicos y la definición de las penas y medidas de seguridad. Pretender enfocar al derecho penal como un medio de protección de los criminales es desvirtuar su esencia y contenido; además, no existe para los criminales mayor protección en comparación con la que generalmente se otorga al resto de la sociedad.

f) *Derecho penal*. Al respecto, se han emitido infinidad de críticas, v. gr., la relativa a que dicho concepto sólo refiere como contenido las penas, dejando fuera una amplia gama de temas, por ejemplo, la protección de bienes jurídicos, las medidas de seguridad, la autoría, la participación, la pretensión punitiva del Estado, el delito y la responsabilidad penal. En consecuencia, una definición de derecho penal debe presentarse con una amplitud que admita la presencia de los anteriores conceptos a fin de resultar una acepción adecuada y ser factible de utilizarla en lo subsecuente, dejando de lado totalmente las restantes denominaciones.

Por otra parte, suele confundirse con cierta frecuencia a la ciencia penal con el derecho penal, incluso, algunos autores utilizan el término de manera arbitraria, tal como si fuesen sinónimos, a pesar de ser conceptos diversos, basados en la costumbre y la brevedad, con lo cual provocan que con frecuencia o en las más de las veces se le otorgue dicho tratamiento.¹⁷

En efecto, la teoría entiende a la dogmática penal en un sentido meramente positivista y en tal situación se le atribuye un método que puede calificarse de conformista y hasta de reaccionario como el positivismo en general, siendo que la utilidad de la dogmática penal es precisamente provocar la construcción de conceptos que posibiliten la aplicación del

17 Para Zaffaroni: “en tanto tengamos en cuenta la diferencia conceptual, la falla no pasará de ser una mera cuestión de nomenclatura”. *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, p. 25.

derecho penal de manera segura y previsible, a fin de sustraerlo de la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación.

Para Luis Jiménez de Asúa, la dogmática jurídico penal “consiste en la reconstrucción del derecho vigente con base científica”,¹⁸ de donde se desprende la posibilidad de construir la dogmática penal en la base del derecho vigente, circunstancia que nos obligaría a supeditar precisamente el contenido de una ciencia en torno a la voluntad manifiesta del legislador. El mismo autor refiere de igual forma el rechazo de la idea de un derecho superior y racional por encima del vigente, lo que sería a su entender resucitar el derecho natural, ya sepultado.

Lo anterior nos parece difícilmente explicable pues durante décadas se ha manifestado la necesidad de supeditar precisamente el origen de las leyes penales a la ciencia del derecho penal, en virtud de que cuando las reformas legales no se hacen tomando como referencia a la dogmática, entonces se traducen en reformas que no tenderán a facilitar la construcción jurídica para llevar una mayor seguridad en la aplicación del derecho, sino que serán reformas inconsultas, circunstanciales, apresuradas, tendientes a engrosar la ley, disminuyendo la seguridad jurídica en la aplicación de ésta.¹⁹

Por otra parte, entender a la ciencia del derecho penal como algo derivado de la ley es una concepción demasiado restringida, a la vez de inadmisibles, en virtud de que la ciencia del derecho penal está integrada por materias como: a) las normas jurídicos penales; b) los delitos; c) las puniciones; d) las penas; e) las medidas de seguridad; que en su conjunto integran el objeto cuya explicitación, lógicamente estructurada, es la ciencia del derecho penal.²⁰ En consecuencia, la ciencia del derecho penal se integra obviamente con las teorías explicativas de las cinco materias que constituyen el derecho penal, es decir, la teoría de la ley penal; la del delito; de las puniciones; la de las penas y la de todo lo concerniente a las medidas de seguridad.

Postura con la cual coincide la opinión de Castellanos Tena, al afirmar que la ciencia del derecho se escinde en diversos temas, según el punto de vista y la extensión que cada especialista pretenda darle; la parte general se divide en introducción, teoría de la ley penal, teoría del delito y teoría de la pena y medidas de seguridad, la teoría del delito comprenderá fundamentalmente generalidades sobre la definición, concepto, elementos positivos

18 Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., p. 23.

19 Zaffaroni, *Teoría del delito*, op. cit., p. 25.

20 Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, op. cit., p. 13.

y negativos; la vida del delito, la participación y el concurso, el autor se adhiere a una clara orientación docente que debemos entender en un amplio sentido, cuestión por la cual señala el contenido temático de la ciencia del derecho penal, más que el conjunto de teorías que la integran.

Otro sector de la doctrina destaca la presencia de la dogmática y la sistemática del derecho penal, como es el caso de Jiménez de Asúa, para quien el derecho penal es la ciencia del deber ser, la dogmática jurídico penal consiste en la reconstrucción del derecho vigente con base científica y se edifica sobre el derecho que cambia al adaptarse progresivamente a las conductas de hoy.²¹ La sistemática del derecho penal la plantea en tres partes: la introducción, la parte general y la parte especial. En la parte general sitúa a la ley penal, al delito, al delincuente y a la sanción, postura a la cual se adhiere Pavón Vasconcelos.²²

Atento a lo anterior, la sistemática del derecho penal tendrá como consecuencia un contenido referido a:

- Introducción
- Teoría del delito
- Teoría de la ley penal
- Teoría de las penas
- Teoría de las medidas de seguridad

También, Carrancá y Trujillo considera a la ciencia del derecho penal como “el conjunto sistemático de principios relativos al delito y a la pena”, en tanto para Eugenio Cuello Calón, constituye “la ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y al delincuente como sujeto activo y, por tanto, las relaciones que derivan del delito como violación al orden jurídico y de la pena como reintegración de ese orden”. Lo cual significa que en tanto el derecho penal procede mediante el análisis de las categorías jurídicas concretas, en relación con los conceptos de delito, delincuente, pena y medidas de seguridad, la ciencia del derecho penal sistematiza dichos conceptos para lograr una noción universal y abstracta del delito. Asimismo, mediante la aplicación del método científico, o sea el jurídico, se abarca el

²¹ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., p. 256.

²² Para Pavón Vasconcelos, la ciencia del derecho penal es “el conjunto sistemático de conocimientos extraídos del ordenamiento jurídico positivo, referentes al delito, al delincuente y a las penas y medidas de seguridad”, la sistemática engloba a la teoría del delito en la parte general del derecho penal y la integra con los conceptos de “delito, presupuestos, elementos, aspectos negativos y las formas de aparición”, *Manual de derecho penal mexicano*, op. cit., pp. 29-33.

delito como fenómeno humano social y jurídico, al delincuente como ser corpóreo y no un mero ente conceptual y a la pena como una consecuencia política y social del delito aplicada según los fines que con aquélla se persiguen.

Para Ignacio Villalobos, en la actualidad existe una ciencia del derecho penal que ha llegado a formar un sistema de principios que fijan la naturaleza del delito, las bases, la naturaleza, la adecuación y los límites de la respuesta respectiva del Estado, en tanto la ciencia del derecho penal comprende en su ámbito a la dogmática, es mucho más que aquélla y, adhiriéndose a Maggiore, señala que no es sólo reflexión sobre la ley formada, sino que es preparación de la ley, es decir, precede a la formación de ésta y los conceptos del derecho positivo, señalando las ideas que hay que hacer efectivas; “como ciencia debe ser universal y no sólo referida a un ordenamiento particular; y como ciencia del derecho penal ha de ser no solamente lógica y exegética, sino axiológica, ontológica, crítica y creadora”.²³

En estos términos, la ciencia del derecho penal “se integra con las teorías explicativas de las cinco materias que constituyen el derecho penal, es decir la teoría de la ley penal, la del delito, la de las punitivas, la de las penas y la de todo lo concerniente a las medidas de seguridad”,²⁴ de lo cual se desprende una primera distinción entre el derecho penal y la ciencia del derecho penal, en virtud de que ésta comprende las teorías explicativas de manera sistemática sobre diversas materias que al ser recogidas por el legislador e integradas a la ley penal, constituyen el derecho penal.

Por otra parte, definir el derecho penal nos obliga a puntualizar que podemos analizarlo desde una perspectiva objetiva y subjetiva, la primera referida al conjunto de normas penales y la segunda en alusión al derecho del Estado a castigar y aplicar la ley.

El derecho penal subjetivo implicará la presencia de un derecho penal objetivo en ausencia del cual éste no puede existir, por ende podemos establecer la relación de presupuesto y consecuencia entre ambos, pero anterior a todo la existencia de la ciencia del derecho penal.

Otra distinción entre ciencia del derecho penal y el derecho penal estriba en que la ciencia del derecho penal constituye la explicación lógicamente estructurada de las categorías que comprende el derecho penal con un origen previo a la ley, mientras que el derecho penal deriva de la propia ley.

²³ Maggiore, *Derecho penal*, op. cit., t. I., pp. 26, 61 y 63.

²⁴ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, op. cit., p. 13.

Lo anterior sirve de fundamento para que autores como Zaffaroni consideren que cuando las valoraciones se van apartando de las pautas sociales, se presenta un peligroso síntoma de la aproximación a una situación de guerra, por lo general, no sólo se ataca a la dogmática, sino que se van evitando las consecuencias extradogmáticas. La respuesta a lo anterior sólo puede consistir en afirmar que una sana política criminal no puede ignorar la realidad social y el respeto en el grado máximo posible la diversidad de pautas sociales.²⁵

3. UBICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO EN LAS CIENCIAS PENALES

Para referir la teoría del delito es necesario establecer con precisión su ubicación. En virtud de constituir un concepto eminentemente penal, se encuentra inmerso en la ciencia penal, ya que es ésta la que engloba al conjunto de teorías explicativas de los conceptos penales fundamentales.

Las ciencias penales se han clasificado de diversas formas, así, existen aquellos que refieren un contenido en el sentido de englobar a la teoría del delito como un aspecto inmerso en la dogmática penal que, como especie, pertenece al derecho penal,²⁶ en tanto que para otros autores, como es el caso de Olga Islas de González Mariscal,²⁷ la incluyen dentro de la ciencia del derecho penal que, a su vez, se encuentra inmersa en la ciencias penales, siendo la teoría del delito una de las teorías explicativas que la conforman, opinión válida por ser la más ampliamente extendida en la actualidad.

4. CATEGORÍAS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA DEL DELITO O ELEMENTOS DEL DELITO

La teoría del delito contempla categorías que resultan fundamentales para su conformación, en tales términos encontramos al comportamiento huma-

²⁵ Zaffaroni, *Teoría del delito*, op. cit., p. 30.

²⁶ Jiménez de Asúa Luis, *La ley y el delito*, op. cit., p. 25.

²⁷ Islas de González Mariscal señala al respecto que “Las categorías relativas a: las normas jurídico penales, los delitos, las puniciones, las penas y las medidas de seguridad, integran en su conjunto el objeto cuya explicación, lógicamente estructurada, es la ciencia del derecho penal. Cabe advertir que se está haciendo referencia a dos áreas diferentes: por un lado, el objeto de conocimiento (derecho penal), constituido por las normas penales, los delitos, las puniciones, las penas y todo lo inherente a las medidas de seguridad; por el otro, el sistema conceptual (ciencia del derecho penal) elaborado acerca del conocimiento de ese objeto”, *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*, op. cit., p. 13.

no,²⁸ la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, los cuales se exponen en el orden antes señalado con el fin de cumplir una función metódica desde el principio hasta el final, es decir, cada uno de los conceptos requiere analizarse según dicho ordenamiento para así lograr un sistema que permita pensar un hecho calificado como delictivo.

Por otra parte, resulta interesante determinar los postulados y las teorías que pueden ser de utilidad para analizar esas categorías, además de la concepción que a la luz de cada una de ellas pueda formularse. Iniciemos con la evolución de la teoría en Alemania, para lo cual debemos empezar con el modelo propuesto por Liszt y Beling, correspondiendo a un periodo denominado clásico de la teoría del delito. El antecedente del modelo propuesto por dichos autores se puede localizar los postulados que a mediados del siglo XIX Stübel defendía sobre la distinción entre injusto e imputación del hecho. Posteriormente, Luden establece una noción tripartita de delito entendiéndolo con las categorías de acción, antijuridicidad y culpabilidad, las cuales Liszt y Beling, retomaron y complementaron.

Hasta entonces, los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad aún no alcanzaban un desarrollo que permitiera su diferenciación, por lo cual eran confundidos con el concepto de imputación.

En materia de antijuridicidad fue Ihering quien en 1867 propuso para el derecho civil el concepto de antijuridicidad objetiva, al determinar la irrelevancia de la culpabilidad en ciertas infracciones que provocan consecuencias jurídicas.

Este concepto de antijuridicidad se hizo manejable en el derecho penal y se introdujo en la estructura de la teoría del delito, significando el abandono de la teoría de la imputación. Binding, para entonces, estableció la separación del derecho penal y del concepto de antijuridicidad, dándole significado autónomo, al establecer que la acción punible no vulnera directamente a la ley penal, sino que se dirige en contra de la norma inmersa en la misma, vulnerando los mandatos o prohibiciones que a nivel de norma contiene, de tal manera que la teoría del injusto debe aprenderse a partir del análisis de dichas normas.

En lo relativo a la culpabilidad, sus antecedentes se remontan a Merkel, quien no obstante seguir los postulados de la teoría tradicional de la imputación, fue el primero en reunir el dolo y la imprudencia bajo el

²⁸ Que para algunos es una conducta o bien una acción que engloba tanto comportamientos positivos (acción) como negativos (omisión), incluso a la omisión impropia o también llamada comisión por omisión.

concepto de determinación contraria al deber, en tanto que Berner fue quien situó en la base de la estructura de la teoría del delito el concepto de acción frente al cual “todo lo demás que se dice del delito” es únicamente “predicado”.

La tipicidad se transformó en un contenido descriptivo, superando su conceptualización como una mera “adecuación de la conducta al supuesto descrito por el legislador y contenido en la ley penal”.

En estos términos, surge a principios de siglo el concepto belingniano del delito entendiéndolo como continente de las categorías “acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad y ajustada a ciertas condiciones objetivas de punibilidad”,²⁹ de donde se desprendió la llamada concepción clásica del delito, la cual estuvo caracterizada por una “estructura sencilla y también didácticamente ventajosa”,³⁰ que a la postre fue plenamente rebasada por lo limitado de sus explicaciones.

Resumiendo: la teoría del delito se plantea en Alemania en tres épocas: la clásica, la neoclásica y el finalismo. En cada una existirán postulados en torno a la concepción del delito, específicamente en materia de las categorías de acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

Desde la primera década de los años treinta del siglo XX, Welzel³¹ había abandonado la corriente clásica y neoclásica del delito, construyendo una nueva idea respecto de la acción humana, a la cual consideró el eje central de la teoría del delito. La nueva teoría planteó una tajante separación entre el mundo de lo real y el mundo formal. En este sentido, el concepto final de acción fue equiparado al dolo y, por ende, el dolo debería pertenecer al tipo, al igual que los restantes elementos subjetivos, en atención al papel del tipo visto como continente de los elementos tomados como base para la punibilidad.³²

En cuanto a la culpabilidad, su subjetivización resultó del cambio de la ubicación de dolo, lo cual condujo al cambio del concepto material del

²⁹ Von Beling, Ernest, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito tipo*, Buenos Aires, Depalma, 1944, pp. 142 y 55.

³⁰ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 274.

³¹ La teoría final de la acción tuvo como precursores principalmente a Von Weber, Ernst Wolf y Alexander Graf Zu Dhona, autores que no alcanzaron a madurar debidamente el concepto de la acción final, desarrollado por Welzel.

³² En este sentido, las modificaciones esenciales planteadas por la teoría final de la acción fueron: a) la concepción de la antijuridicidad separada del dolo; b) la introducción de los supuestos de error de prohibición, error de tipo (anteriormente se referían los errores de hecho y de derecho); c) en relación

con las reglas de corresponsabilidad penal se estableció que sólo regirían aquellos casos en donde el dolo se pudiera acreditar, esto es, en la inducción y la complicidad.

injusto. Para Jescheck,³³ el problema del injusto es explicable mediante la reunión de los elementos subjetivos del tipo bajo el concepto superior de “elementos personales del injusto” y su contraposición al desvalor del resultado entendido como desvalor de la acción. En dichos términos, la concepción de una antijuridicidad, con un doble aspecto de acción antijurídica y de lesión del objeto, estableció que el injusto no se agotaría con la simple dañosidad social del hecho, sino que, en todo caso derivaba del carácter defectuoso de una acción socialmente relevante, concepción en la cual se incluyeron la voluntad criminal de la acción y el resultado del hecho.

Posteriormente, Armin Kaufmann³⁴ estableció a los delitos de omisión dentro del finalismo como una tercera forma de aparición del delito, al lado del delito doloso e imprudente de comisión. Esta tercera forma de aparición del delito constituyó dentro del finalismo un concepto no comprendido del concepto final de la acción, cuya comprensión exigía en todos sus aspectos la inversión de los principios propuestos para el delito de comisión.

En el sentido anterior, Jescheck consideró que “la reunión de los elementos de la acción punible en un sistema se consigue en la definición clásica del concepto de delito como acción típica, antijurídica y culpable”,³⁵ la cual calificó con el carácter de indiscutible en virtud de recibir un apoyo casi unánime en Alemania, incluso admitida por la propia jurisprudencia.

En lo referente a la dogmática penal mexicana, el análisis lo podemos dividir básicamente en dos partes en la etapa precolonial en donde el conocimiento de manera sistemática del derecho penal es prácticamente desconocido, pues aun cuando se reconoce la existencia de infinidad de preceptos penales, no existe noticia en nuestros días de una doctrina en la materia.

Fue hasta consumada la Independencia que se empezó a meditar en la necesidad de elaborar nuevos códigos penales, sin embargo, los esfuerzos a

³³ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general, op. cit.*, p. 285.

³⁴ En este sentido el discípulo de Welzel realizó modificaciones sustanciales en materia de la antijuridicidad, los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico en particular, las cuales complementó Claus Roxin en materia de tipos abiertos y tipos cerrados, véase, *Teoría del tipo penal*, trad. Enrique Bacigalupo, Buenos Aires, Depalma, 1979.

³⁵ Definición de la cual se obtienen los conceptos fundamentales que serán objeto de diferenciación ulterior mediante formulaciones jurídicas cada vez más concretas, en el mismo sentido el autor afirma que en la estructura de la teoría del delito debe procurarse una unidad de perspectiva valorativa, con objeto de evitar contradicciones que impregnen la totalidad. Pero la pureza sistemática no requiere llevar al extremo la coherencia en todas las afirmaciones particulares, véase Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, p. 267 y 268.

nivel federal no se concretaron sino hasta 1870, época en la cual el desarrollo de la teoría del delito y del derecho penal europeo marcó el contenido de las leyes penales mexicanas.

En nuestro país, constantemente se identifica a los elementos del delito con las categorías de análisis de la teoría del delito, lo cual ha arrojado una postura claramente enfocada a postulados causalistas, que trataremos de revisar.

Autores como José F. Ramírez, José María Fernández, Juan José Zubizar (1849), José Julián Tornel (1853), Urbano Fonseca, José María Herrera y Zavala, Antonio Martínez (1869), José María Lozano (1874), Díaz Conti y León (1876), Antonio Medina y Ormaechea (1880), Antonio Martínez de Castro (1891), Francisco de Asís García Peláez y Agustín Verdugo (1899); Julio Guerrero (1901), Demetrio Sodi (1905), Enrique Osorno Aguilar (1907) y Miguel Macedo (1915), son los que hemos localizado con estudios en materia penal, los más de ellos con una clara influencia europea y, por ende, con la defensa de planteamientos clásicos en materia del delito. En capítulos subsecuentes analizaremos la proyección de sus ideas sobre los diversos códigos penales vigentes en nuestro país y sobre el surgimiento de una doctrina mexicana en materia penal.

En la actualidad podemos establecer que al delito se le considera un conjunto de elementos resultantes de los cuales cobra existencia. A continuación analizaremos los autores que han influido de mayor forma en la evolución de la dogmática penal del siglo veinte.

En relación con lo anterior, Carrancá y Trujillo lo considera “el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones de penalidad, imputable a un hombre y sometido a sanción penal”,³⁶ en donde “el acto”, independientemente de la tipicidad, es el soporte natural del delito; “la imputabilidad”, la base psicológica de la culpabilidad, y “las condiciones objetivas” las califica como advenedizas e inconstantes. En cuanto a la esencia técnico jurídica del delito, el penalista mexicano la hace consistir en tres requisitos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito.

Por otra parte, Pavón Vasconcelos se adhiere a la concepción analítica o atomizadora del delito, la cual analiza al delito a través de sus elementos, sin perder de vista la estrecha relación existente entre ellos, y sin negar su

³⁶ Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho penal mexicano, parte general*, 16ª ed., México, Porrúa, 1991, p. 223.

unidad estima indispensable su análisis mediante su fraccionamiento. En este sentido, entiende a la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad como elementos del delito.³⁷

Con una óptica diversa, Jiménez Huerta refiere a las figuras típicas y parte del tipo para entender lo que llama conductas antijurídicas, “el más somero examen de las conductas tipificadas en un código punitivo o en una ley especial, pone de relieve la configuración de las mismas en las cuales entran en juego elementos de alcance diverso”.³⁸ Por lo cual, el comportamiento injusto que concretiza el tipo es puntualizado, unas veces, por la mera descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada, otras a través de la expresa referencia a la valoración normativa de dicha conducta y mediante el especial aprecio de la proyección que emerge desde lo más profundo del ánimo del autor.

Porte-Petit considera al concepto de delito en correspondencia “a una concepción bitómica o dicotómica de acuerdo con el contenido del artículo 7° del CPF”,³⁹ y en relación con este artículo descubre como elementos del delito: una conducta o hecho, la tipicidad, la imputabilidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, a veces alguna condición objetiva de punibilidad, y la punibilidad. En tanto, Márquez Piñero, adhiriéndose a Jiménez de Asúa, lo entiende como “toda acción (u omisión) antijurídica (típica) y culpable (sancionada con una pena)”,⁴⁰ definiciones de las cuales podemos entresacar la diversa integración de elementos, pues en tanto Porte-Petit incluye prácticamente a todos los que la doctrina menciona, Márquez Piñero se limita a los cinco más característicos como son la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

Para Castellanos Tena, “en casi la totalidad de las definiciones se incluyen como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad”,⁴¹ el autor se adhiere sin reserva a la consideración de que la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad no son elementos esenciales del delito, pues a la imputabilidad la

37 Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal mexicano*, op. cit., pp. 152 y ss.

38 Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano, parte general*, 3ª ed., México, Porrúa, 1980, vol. I, p. 75.

39 Porte-Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, Porrúa, México, 4ª ed., 1978, pp. 248 y ss. El artículo 7° del CPF contempla al delito como “el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.

40 Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal, parte general*, México, Trillas, 1986, p. 132.

41 Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, op. cit., pp. 173 y ss.

entiende como un presupuesto del delito o, si se quiere, de la culpabilidad, pero no del delito. En tanto a la pena la visualiza como una reacción del poder del Estado⁴² y, por lo mismo, no forma, ni puede formar, parte del delito, dado su carácter externo; en cuanto a las condiciones objetivas de penalidad, les niega el carácter de elemento esencial del delito, en virtud de que sólo excepcionalmente las exige la ley como condición para la imposición de la pena.

Para García Ramírez, “varios elementos concurren en el delito. Se habla de presupuestos generales y especiales, datos positivos y datos o circunstancias negativas. Si aquéllos se reúnen sin que nada los excluya, existe el comportamiento punible”.⁴³ En este orden de ideas, se hace patente la presencia de elementos y presupuestos del delito, de tal forma que podemos clasificar a las definiciones del delito partiendo de los elementos incorporados a la definición.

La teoría lógico matemática del derecho penal propuesta por Elpidio Ramírez y Olga Islas,⁴⁴ considera a partir de un claro enfoque finalista, la conveniencia de una distinción entre el delito y el tipo penal propiamente, aclarando que el tipo se da en la ley penal, en tanto que el delito lo encontramos en el mundo material, es decir, en la realidad.⁴⁵ Por consecuencia, los presupuestos y elementos de uno y otro, aun cuando son coincidentes, aluden a circunstancias relativamente distintas; esto es: el tipo, a la descripción contenida en algún ordenamiento legal, y el delito, a las circunstancias de hecho al momento de la consumación del delito.

Ahora bien, en virtud de que los elementos integrantes del delito deben ser congruentes con los correspondiente al tipo, siendo éstos: el deber jurídico, el bien jurídico, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto material,

42 En este sentido, Santiago Mir Puig asume una posición en torno a la función de la pena en el Estado social y democrático del derecho, fundamentando ese derecho del Estado de punir los eventos antisociales, véase, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, pp. 23-25.

43 García Ramírez, Sergio, “Derecho penal”, *El derecho en México. Una visión de conjunto*, México, UNAM, 1991, pp. 364 y ss.

44 Para conocer el modelo lógico matemático del tipo penal, puede consultarse a Islas de González Mariscal, Olga y Ramírez, Elpidio, *La lógica del tipo en el derecho penal*, México, Jurídica Mexicana, 1970.

45 El planteamiento del finalismo se determinó por el paso de una tajante separación entre el mundo real y el mundo formal, la cual era propia del neokantismo (la realidad del ser social), por eso se esforzó en elaborar las estructuras “lógico objetivas” previas a toda regulación jurídica y en edificar el derecho sobre la base de la “naturaleza de las cosas”, véase Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal*, *op. cit.*, p. 283.

la voluntad dolosa o voluntad culposa, la actividad o inactividad, el resultado, las referencias de tiempo, ocasión o lugar; la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y la violación del deber jurídico.⁴⁶ Elementos a los cuales debe sumarse lo relativo a la punibilidad, la cual constituye conjuntamente con el tipo, a la ley penal, pues resultaría absurdo pretender tutelar un bien jurídico penal, sin plantear una determinada punibilidad en la ley penal que contenga al tipo que lo recoja.

Por lo cual, las categorías que integran al delito son “la acción típica, antijurídica, culpable y punible”, negando en estos términos cualquier posibilidad respecto a que la imputabilidad pueda ser tomada en cuenta como categoría, pues ésta es una circunstancia que alude a una cualidad mental atribuible en todo caso al sujeto activo del delito, la cual debe ser analizada en éste.

46 Al respecto, el 3 de septiembre de 1993 se reformaron los artículos 16 y 19 de la Constitución federal, en los cuales se rescata la idea de los elementos del tipo penal, superando el término de “cuerpo del delito”, que no obstante haber cobrado carta de naturalización en nuestro país, fue sustituido por el de tipo penal. Reforma que a su vez propició la modificación del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual establece como elementos del tipo penal: el bien jurídico, la acción, la omisión, el dolo, la culpa, la forma de intervención de los sujetos activos, las calidades del sujeto activo y del pasivo, el resultado, el objeto material, los medios utilizados, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, los elementos normativos, los elementos subjetivos específicos y las demás circunstancias que la ley prevea.