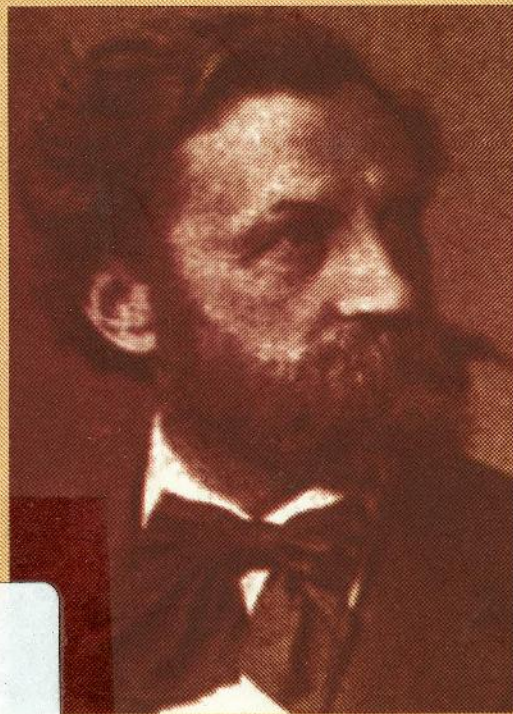


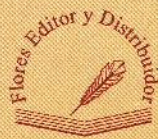
RUBÉN QUINTINO ZEPEDA

# LA CIENCIA PENAL A TRAVÉS DE SUS AUTORES



13869

**PGJ**  
PROCURADURÍA GENERAL  
DE JUSTICIA DEL DF





Rubén Quintino Zepeda

# LA CIENCIA PENAL A TRAVÉS DE SUS AUTORES



Vanguardia en  
Ciencias Penales

Instituto de Formación Profesional

Biblioteca



Vanguardia en  
Ciencias Penales



Copy Right © 2009  
Derechos Reservados:  
Rubén Quintino Zepeda

Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.  
Calle Cuauhtémoc No. 1405, Col. Del Gas  
C.P. 02950, Azcapotzalco, México, D.F.  
Tels.: (55) 5556-0590 / Cel. (04455) 5436-7365  
e-mail floreseditor@prodigy.net.mx

ISBN 978-607-7799-08-5

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico o por fotocopia, por registro u otros medios, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión o uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copy Right.

Copy Right ©:  
Rubén Quintino Zepeda  
Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.

*«Cabalmente, quien conoce algo la Historia  
no se conforma con rápidas comparaciones.*

*La Historia nos enseña lo que permanece,  
lo que se repite de modo análogo,  
nos enseña la diferencia y lo único.*

*Nos enseña lo sorprendente,  
lo impredecible:  
el cometimiento y la resignación.»*

GOLO MANN, 1952.

*«Sin historia del Derecho Penal  
no puede haber una ciencia de pleno valor.»*

THOMAS WÜRTEMBERGER, 1959.

CLASIFICACION 364.9  
CUTTER Q474c  
EJEMPLAR 2  
No. DE ADQ. 13869  
FECHA 7/0ct/10



*Para el Doctor*

MIGUEL ÁNGEL MANCERA ESPINOSA,

*en muestra de respeto y agradecimiento.*

CLASIFICACION 1000  
CUTTER 1000  
EJEMPLAR 1  
NO. DE VOLS. 1000  
FECHA 1/10/1952

## Prólogo

El Derecho Penal Moderno es una ciencia nueva, lleva aproximadamente dos siglos de construcción teórica y dogmática. Su juventud permite una constante creación, deconstrucción y contradicción.

Sus tesis y antítesis se han colocado en inventarios ontológicos conocidos como las **Escuelas del Derecho Penal**. En las facultades de Derecho estas corrientes se enseñan en una pugna indisoluble. Las ideas siempre se deben discutir con rigor y siempre es fructífera la contradicción. Sin embargo, la discusión no es sinónimo de contradicción o de negación. Los profesores adoptamos posturas o compramos las discusiones de los autores, es decir, generamos tesis y antítesis, pero no síntesis.

El Derecho Penal le debe a su juventud su carácter contradictorio, su claridad para algunos, su complejidad para otros, y sobre todas las cosas, la oportunidad de poder aportar siempre. En este caso nos toca hablar de una **aportación**, la de RUBÉN QUINTINO ZEPEDA; y es que su obra *La Ciencia Penal a través de sus autores* es la primera que traza una línea vertical del Derecho Penal. RUBÉN QUINTINO no es sólo un espectador o un crítico, es un pensador de la verticalidad del Derecho Penal y así decide mostrarlo.

La diferencia de esta obra es que no trata de explicarnos el finalismo o el funcionalismo, menos aún se



erige como juez de alguna de las escuelas. Es una obra que nos da las piezas que están construyendo el Derecho Penal. Donde cada recuadro es valioso para la comprensión de toda la imagen.

La ruta que aquí está trazada coloca cada eslabón de la cadena en su tiempo y lugar determinados. Se nos ofrece una ruta histórica de las aportaciones para la construcción del andamiaje penal. El camino no sólo está construido de letras e ideas, hay imágenes y frases que engarzan al autor con su obra. La senda de las imágenes no es gratuita, es forzosa. Observar el semblante del maestro HANS WELZEL nos puede explicar la rigidez del finalismo; la imagen de LOMBROSO nos permite analizarlo bajo sus propias categorías.

La tentación por criticar e **innovar** es irresistible, pero RUBÉN QUINTINO no cae en ella, no escucha el canto de la academia. Con el mismo rigor del maestro, IHERING colocó dieciocho piezas que juntas dan como resultado los principios del Derecho Penal a través de sus autores. Vale la pena precisar que QUINTINO sin querer ni desear el resultado de innovar lo acaba haciendo, es decir, sin tratar de criticar o hacer algo —nuevo— acaba realizando una obra totalmente distinta, una obra vertical y clara.

Frente a cada aportación no es válido **darse la media vuelta**, para criticar el concepto **viejo** una vez surgido el **nuevo**. Es necesario resguardarlos.

El magistrado JOSÉ NIEVES LUNA CASTRO nos mostró en su obra *El Concepto del Tipo Penal en México*,<sup>1</sup>

1 Cfr: LUNA CASTRO, JOSÉ NIEVES. *El Concepto de Tipo Penal en Mexico*, 2003, Editorial Porrúa, 3a. edición, año 2003, México.

que pocos operadores del Derecho Criminal pueden distinguir entre finalismo y la escuela clásica. Es preciso mencionar que parte de la confusión o de la ignorancia es la forma de enseñar el Derecho, la muestra de un Derecho diseccionado, donde se pertenece a una corriente u otra, no permite observar los autores esenciales que sostienen a las tan mencionadas escuelas.

Algunos profesores han dejado ideas o conceptos de lado para privilegiar la corriente a la que pertenecen, aun cuando varias ideas de su escuela se hayan fundado en otro lugar, las deja a un lado, bajo la máxima: **si te acuerdas de mí ni me menciones**.

Entiendo que siempre es mucho **más atractivo hablar de lucha o pugna**. Sin embargo, la enorme distancia, entre la verdadera creación y la simulación, es el conocimiento de la historia que dio como resultado el concepto del cual estamos hablando.

Invito al lector a dar el recorrido de letras e imágenes que aquí se le ofrecen con un Derecho Penal claro y sin pugnas. Le doy gracias a RUBÉN QUINTINO por permitirme compartir estas letras con él.

JAVIER CRUZ ANGULO.



## Prólogo

Hablar de RUBÉN QUINTINO es hacer referencia a una de las voces más autorizadas de la actual dogmática jurídica-penal mexicana. Representa una nueva generación de penalistas y navega su análisis dogmático más allá de la denominada **lucha de escuelas**, o de aquel **reduccionismo** —que lamentablemente se aprecia en la mayoría de estudios latinoamericanos de Derecho Penal— y que limita los temas del debate a las ideas de CLAUS ROXIN o de GÜNTER JAKOBS.

La originalidad de los estudios de RUBÉN es de tal calado que nos permite inferir que los mejores frutos que la dogmática penal nos puede brindar son a través de una línea de pensamiento no **sistémico-horizontal** sino **crono-vertical normativo**, donde las ideas de los grandes maestros del Derecho Penal se pueden entender a plenitud teniendo el contexto de la época y lugar donde fueron elaborados, su recepción tanto en la legislación, jurisprudencia y en la doctrina, así como la evolución del pensamiento que tales ideas despertaron en las siguientes generaciones de penalistas.

Un ejemplo de lo antes señalado está dado con los elementos subjetivos del tipo penal. Si consideramos que los mismos fueron descubiertos, de acuerdo con un pensamiento **sistémico-horizontal**, por neocausalistas, entonces se podría colegir que tales elementos tendrían que ser abandonados en aquellos penalistas que han adoptado otras corrientes del pensa-



miento penal que no giran en torno a escuelas causalistas; claro está que no faltarán algunos que digan que se puede arribar al mismo resultado yendo por otro sendero; pero esta última afirmación adquiere mayor sentido a través de un estudio **crono-vertical normativo**; esto es, entendiendo el contexto donde determinados penalistas, en el ejemplo dado al inicio de este párrafo, concibieron la idea de los elementos subjetivos del tipo penal y cómo la misma ha venido evolucionando en el transcurrir del tiempo, teniendo como indicadores la recepción en la legislación, jurisprudencia, doctrina, así como su adaptabilidad en determinadas sociedades.

No consiste en la continuación de una escuela o en la distinción entre una con otra, sino en el corte **histórico** que el pensamiento penal permite para tener una mayor claridad de las ideas jurídico-penales.

Éste es el norte del presente trabajo que hoy tengo el honor de prologar, donde *La Ciencia Penal a través de sus autores* permite conocer y entender el surgimiento de los fundamentos y principios del Derecho Penal, así como la estructuración que en su contenido viene sufriendo.

Un estudio **historicista** cuyo aspecto novedoso es el de ingresar al campo de la **historia de la dogmática penal**, donde el lector tendrá el sumo placer de entender la evolución de las instituciones jurídico-penales hasta nuestros días; cómo los textos legales, jurisprudenciales y doctrinales han venido tomando posición sobre tales ideas, no solamente en el contexto europeo, sino iberoamericano —con especial énfasis al mexicano.

Ello no es una tarea fácil, y más aún en tiempos modernos donde el pensamiento **sistémico** nos preten-

de hacer caer en el error de la existencia de **un sistema penal a-histórico y abstracto**; cuando la realidad de toda las instituciones jurídico-sociales nos permite colegir el **factor histórico** de las mismas y su carácter **diacrónico-dialéctico**.

Este estudio **histórico-dogmático** de RUBÉN es presentado con un lenguaje claro, sin recurrir al bajo método de lucubraciones, especulaciones, **abstracciones**, incapaces de hallar respuesta dentro de los pensamientos de los grandes maestros y sin recibo en la propia **ratio** de la sociedad. Pero un lenguaje claro enriquecido con hechos, datos históricos, elementos cronológicos, donde se puede apreciar el impacto que grandes maestros tuvieron entre sus estudiantes quienes luego, incluso, los reemplazaron en las cátedras e ingresando también en el selecto **club** de los generadores del pensamiento jurídico-penal —a lo que, estamos seguros, también ingresará RUBÉN QUINTINO.

En ese sentido, el presente estudio va más allá de ser un **análisis biográfico** de determinados autores —como en su momento RADBRUCH realizó sobre la vida de FEUERBACH— sino de concatenar espacio-temporalmente las principales instituciones del Derecho Penal; y para ello RUBÉN seleccionó —aunque como toda selección siempre implique una arbitrariedad de quien lo realiza— a los principales cultores del Derecho Penal Moderno, en su gran mayoría germanos, que como indica el profesor VAN WEEZEL, sus ideas no deberían ser eliminadas o sesgadas por referirse a una realidad diferente a la latina, sino integrarlas.<sup>2</sup>

2 WEEZEL, ALEX VAN. «¿Por qué no citamos más (por ejemplo, a los alemanes)? Réplica a J.P. Matus». En: *Política Criminal*, No. 6, 2008, D2-6, Santiago, p. 5.



Así mismo, el lector podrá encontrar al final del presente libro datos históricos de importancia que despertan la curiosidad de todo aquel amante de la ciencia del Derecho Penal. Por ejemplo, cuándo se empleó por primera vez el término **Derecho Penal**; en qué momento BIRNBAUM acuñó el término **bien jurídico**. Ello, porque RUBÉN ha identificado los principales sucesos para el Derecho Penal desde 1532 hasta el 2008.

En suma, considero que el texto de RUBÉN es un gran aporte para este nuevo campo de las ciencias penales como es **la historia de la dogmática penal**; asimismo, nos regala los primeros frutos de un nuevo método como herramienta para adentrarnos al conocimiento de las instituciones jurídico-penales.

HESBERT BENAVENTE CHORRES.

### Palabras de agradecimiento

Por último quiero agradecer el prólogo de JAVIER CRUZ ÁNGULO y HESBERT BENAVENTE, amigos a quienes respeto y admiro con toda sinceridad.

A JAVIER CRUZ tengo el gusto de conocerlo desde los primeros años de nuestra formación jurídica en la Facultad de Derecho de la UNAM, entonces asistíamos a clase con los profesores que teníamos en común, por ejemplo en la cátedra de Filosofía del Derecho impartida por el Doctor ARTURO BERUMEN CAMPOS. Por cierto que ahora, con el paso de los años, JAVIER y un servidor nos sentimos influenciados en cierta forma por nuestro maestro BERUMEN. Con HESBERT BENAVENTE, a pesar que tenemos poco tiempo de conocernos, hemos formado muy buena amistad, él es una persona admirable y quiere mucho a nuestro país, lo cual le agradeceremos honradamente.

En el ámbito jurídico, tengo la fortuna de pertenecer a la generación tanto de JAVIER CRUZ ÁNGULO como de HESBERT BENAVENTE. Fue una maravilla que el destino nos reuniera a los tres en Guanajuato, la tierra del mejor compositor mexicano: JOSÉ ALFREDO JIMÉNEZ. Incluso recuerdo parte de nuestra plática, alguien comentó:



RUBÉN QUINTINO ZEPEDA

«La dogmática penal exige tres cosas: coordinación, simetría y precisión, lo que a decir verdad sólo se encuentra en la música de JOSÉ ALFREDO JIMÉNEZ, por ejemplo, si él hubiese sido legislador, la ley penal no se prestaría a tantas interpretaciones».

Ojalá volvamos a reunirnos pronto amigos.

RUBÉN QUINTINO.

## Introducción

Tan ligera y tan generalmente admitida es la forma como se enseña el Derecho Penal en nuestro país, a través de la llamada **lucha de escuelas**. Se trata de una exposición horizontal bastante atractiva, en donde se contraponen las características del **causalismo**, **finalismo** y **funcionalismo**. Hoy es un hecho probado que los bloques anteriores no están del todo delineados. Tomemos un caso cualquiera, KARL ENGISCH o WILHELM GALLAS, ¿en cuál de las corrientes cabe su metodología de trabajo? La triste realidad nos convence de que no es tan fácil aprender Derecho Penal como para que se le doblegue a un autor bajo algún sello característico. Estos **apuntes de trabajo** fueron realizados con el manifiesto propósito de buscar otras formas de exposición, a partir de una perspectiva principal: **la historia**.

Un punto igualmente incontestable y que tampoco exige prueba alguna, es el hecho de que el **método biográfico** para el aprendizaje del Derecho Penal es, por así decirlo, **más fino** que la forma horizontal que prevalece, aunque dicho método carezca de una etiqueta tan llamativa como el de **lucha de escuelas**.

Para alcanzar esta última conclusión hay que estar pendientes de los adelantos tecnológicos y de las nuevas exigencias de las personas a quienes el expositor se dirige. Por ejemplo, debemos aprender a pensar mediante imágenes.



En 1906 un poeta de nombre KEATS afirmó que **nada vale tanto como el don de la imagen**, esto es, la **facultad de pensar mediante imágenes**. Posteriormente, en 1917, CHARLES DU BOS precisó **que la imagen tiende a absorber el pensamiento y a fundirse con él**. Ahora nos queda seguirle el paso a la tecnología y buscar otras formas de exposición.

Contenido

	Pág.
Prólogo JAVIER CRUZ ANGULO .....	V
Prólogo HESBERT BENAVENTE CHORRES .....	IX
Palabras de agradecimiento .....	XIII
Introducción .....	XV
1. Paul Johan Anselm Ritter von Feurbach (1775-1833) .....	1
2. Rudolf von Ihering (1818-1892) .....	6
3. Maximilian von Buri (1825-1902) .....	10
4. Adolf Merkel (1836-1896) .....	15
5. Karl Binding (1841-1920) .....	19
6. Franz von Liszt (1851-1919) .....	24
7. Ernst von Beling (1866-1932) .....	29
8. Berthold Freudenthal (1872-1929) .....	34
9. James Goldschmidt (1874-1940) .....	36
10. Max Ernst Mayer (1875-1923) .....	40
11. Reinhard von Frank .....	45
12. Alexander Graf zu Dohna (1876-1944) ...	49
13. Gustav Radbruch (1878-1949) .....	51
14. Edmund Mezger (1883-1962) .....	57
15. Karl Franz Wilhelm Engisch (1899-1990)	60
16. Hans Welzel (1904-1977) .....	64
17. Claus Roxin .....	69



	Pág.
18. Günther Jakobs .....	73
Breve cronología .....	77
Bibliografía .....	199

## 1. PAUL JOHAN ANSELM RITTER VON FEURBACH (1775-1833)



ANSELM VON FEUERBACH ahora es considerado como el padre del Derecho Penal moderno.

Nació el 14 de noviembre de 1775 en Jena donde comenzó a impartir clase a los 26 años de edad.

En 1805 fue llamado a la ciudad de Munich para preparar el *Código Penal de Baviera*, mismo Código que apareció hasta 1813.

En 1817 desempeñó el cargo de presidente del Tribunal de Apelaciones de Ansbach. Finalmente murió el 29 de mayo de 1833.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> MEZGER, EDMUND. *Derecho Penal*, p. 41.



Perteneció al pensamiento penal de la Ilustración.

Fue partidario de KANT, aunque no por cuanto hace a la concepción que KANT tenía de la pena, sino que él hizo una teoría de la pena a la que ahora se le conoce como **prevención general negativa**, en tanto que la mencionada teoría está basada en la coacción psicológica.

FEUERBACH entendió a la imputabilidad como capacidad de pena.

Su concepción del delito dio lugar al concepto embrionario del **bien jurídico**, pues entendía que el delito es la lesión o la puesta en riesgo de un **derecho subjetivo público**.

En 1832 BIRNBAUM indicó:

Que FEUERBACH en realidad quería decir que el delito es la lesión o la puesta en peligro de un **bien jurídico**.

De esta manera había surgido en el Derecho Penal la expresión: **bien jurídico**.

El concepto de acción de FEUERBACH no tuvo un aspecto central en su teoría del delito, por eso, para FEUERBACH:

“El ilícito haya su fundamentación en el **desvalor del resultado**.”<sup>2</sup>

Para FEUERBACH los requisitos de la imputación jurídica son cuatro:

- a) La capacidad volitiva del autor;
- b) El conocimiento del crimen y de la punibilidad;

2 SACHER DE KÖSTER, MARIANA. *Evolución del Tipo Subjetivo*, p. 26.

c) Un estado personal que le haya permitido al autor respetar la ley; y

d) La acción u omisión.

En cuanto a la tentativa FEUERBACH siguió una postura objetiva, de ahí que tuvo que rechazar la así llamada **tentativa inidónea**.

Ya había en FEUERBACH un concepto de **antijuridicidad material**, pues para él, “una acción sólo es (externamente) antijurídica cuando lesiona o pone en peligro al Derecho.”<sup>3</sup>

Pero solamente hasta 1882 VON LISZT propuso un concepto fundamental denominado:

**Antijuridicidad material**, como ahora la conocemos.

A las causas de justificación las concibió VON FEUERBACH como:

Excluyentes de la prohibición y no como formas de exclusión de la imputación, lo que significa que le quedaba claro la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad.<sup>4</sup>

Distinguió entre autor y cómplice en función de quien haya aportado “una causa principal o accesoria”, de modo que incluyó en el concepto de autor al llamado **cómplice principal**, que no es otro sino quien “contribuye al hecho despejando obstáculos, sin lo cual a los demás les hubiera resultado imposible cometer el delito.”<sup>5</sup>

3 MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO. *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*, p. 139.

4 *Ibidem*, p. 141.

5 ROXIN, CLAUDIUS. *Autoría y Dominio del Hecho*, p. 58.



Veamos otras aportaciones de ANSELM VON FEUERBACH a la ciencia del Derecho Penal:

- a) En 1796, cuando solamente tenía 21 años de edad, publicó *Crítica del Derecho Natural*. A FEUERBACH hoy se le conoce como el padre del Derecho Natural.
- b) En 1799 dijo que la prevención especial “deshonra al individuo lo convierte en medio para las finalidades de terceros”.<sup>6</sup>

En este mismo año llevó el concepto de **peligrosidad** al Derecho Penal.

A la peligrosidad la entendía como la característica de la persona “en la cual existe una base de probabilidad de que efectivamente lesionará derechos.”<sup>7</sup>

- c) En 1801 se refirió al **derecho subjetivo público**, que no es otra cosa sino el embrión de lo que ahora conocemos como **bien jurídico**.

En este mismo año hizo el principio en latín:

*Nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley);

*Nulla poena sine crimine* (no hay pena sin crimen); y

*Nulla crimen sine poena legis* (a todo hecho criminal le corresponde una pena legal).

He aquí dos importantes limitaciones al Estado moderno:

6 FEUERBACH, citado por WOLFGANG NAUCKE, en *Principales Problemas de la Prevención*, p. 25.

7 CASABONA. *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*, p. 16.

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; y

El principio de legalidad.

- d) En 1808 logró distinguir entre autoría y participación, al autor intelectual lo consideró más cercano a la inducción.

Posteriormente, en 1812, publicó *Consideraciones sobre el Tribunal de Jurados*; a propósito, FEUERBACH negaba “la capacidad de los jurados para poder responder a la cuestión sobre la culpabilidad.”<sup>8</sup>

- e) En 1813 hizo el *Código Penal de Baviera*, a solicitud del rey de Baviera MAX JOSEPH.

FEUERBACH concibió a la política criminal como **la sabiduría del Estado**.<sup>9</sup>

Como verdadero hombre de ciencia, ANSELM VON FEUERBACH soñó con llegar a elaborar una historia universal del Derecho y, efectivamente, inició y trabajó en una obra de esta clase, pero la dejó inconclusa.<sup>10</sup>

8 ESER, ALBIN. *Jueces legos en el proceso penal. Una comparación entre los sistemas inquisitivo y adversativo, desde la perspectiva alemana*, p. 945.

9 ZIPF, HEINZ, *Introducción a la Política Criminal*.

10 KAUFMANN, ARTHUR. *Filosofía del Derecho*, p. 63.



## 2. RUDOLF VON IHERING (1818-1892)



Por siempre quedará —**como una profunda interrogante**— ¿por qué alguna vez IHERING dijo: “si ahora fuera joven, abordaría el estudio de otra disciplina”?

A los 25 años de edad, es decir en 1843, ADOLF VON IHERING se inició como profesor de Derecho Romano en la ciudad de Berlín, aunque también impartió clases de Derecho Privado en otros lugares: Basilea (1845), Rostock (1846), Kiel (1849), Giesen (1852), Viena (1868). Pero desde 1872 hasta su muerte, durante veinte años ininterrumpidos, fue profesor de la Universidad de Göttinga.

La principal obra de IHERING se intitula *El Espíritu del Derecho Romano*, misma obra que elaboró en el periodo que va de 1852 a 1865.

Otros libros imprescindibles del maestro son: *La Lucha por el Derecho* (1872) y *El Fin del Derecho* (1872-1883).

IHERING sostuvo que solamente por la lucha puede el hombre llegar a conquistar sus derechos. Tal vez sea ésta la razón por la que WELZEL afirmaba que IHERING, a diferencia de otros juristas, **sí tuvo el coraje** de expresar abiertamente las ideas que los otros ocultaban en su interior.<sup>11</sup>

Ha sido tal la importancia de IHERING, que el propio KARL LARENZ reconoció que para el desarrollo de la metodología jurídica “ningún pensador ha llegado a ser, junto a SAVIGNY, de tanta importancia como RUDOLF VON IHERING”.<sup>12</sup>

Por ejemplo, RUDOLF VON IHERING creó la expresión **injusto objetivo**, porque basado en la *Filosofía del Derecho de HEGEL*, publicada en 1821, y en franca oposición con ADOLF MERKEL, en 1867 consideró: que la antijuridicidad sí puede existir sin la culpabilidad.

Es decir, perfiló su doctrina sobre la idea de que la antijuridicidad es una categoría **autónoma**, independiente de la culpabilidad. También hay que resaltar el hecho de que THON (1839-1912) representa otro antecedente del injusto sin culpabilidad, pues como dice SACHER DE KÖSTER:

“THON llegó a la conclusión de que las normas rigen también para los inimputables, pues el ordenamiento jurídico conoce obligaciones de los inimputables.”<sup>13</sup>

11 WELZEL, HANS. *Más Allá del Derecho Natural*, p. 51.

12 LARENZ, KARL. *Metodología Jurídica*, p. 45.

13 SACHER DE KÖSTER, MARIANA. *Evolución del Tipo Subjetivo*, p. 52.



Por otra parte, para poder dimensionar la aportación de IHERING en el campo de la antijuridicidad como categoría autónoma del delito, aconsejamos tener en cuenta que tanto en 1974, como en 1979, CLAUS ROXIN dijo que la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad:

“Es el hallazgo más importante logrado por la ciencia alemana del Derecho Penal.”<sup>14</sup>

No obstante su formación como civilista, nunca podremos olvidar las aportaciones de IHERING en el campo de la ciencia penal.

Tampoco olvidaremos el cometario que hizo en 1884, en el sentido de que en el campo jurídico: “primero se tiene que haber perdido completamente la fe en la teoría para poder servirse de ella sin peligro.”<sup>15</sup>

Mientras que SAVIGNY llegó a considerar que el Derecho se desenvuelve insensiblemente sin dificultad como el lenguaje, IHERING por su parte, en la segunda etapa de su pensamiento, siguió una postura diametralmente opuesta, dado que consideró que ninguna regla del Derecho nace tan sencillamente como una regla gramatical, sino que, por el contrario, es necesario **luchar por el Derecho**.

IHERING atacó la postura conservadora de SAVIGNY, puesto que dijo que su teoría “viene a aconsejar al hombre que aguarde”, siendo que el hombre debe actuar

14 ROXIN, CLAUS. *Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad, en Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 187.

15 IHERING, RUDOLF, citado por KARL LARENZ, en *Metodología de la Ciencia del Derecho*, pp. 66 y 67.

con pleno conocimiento de causa por la lucha del Derecho.<sup>16</sup>

La postura de IHERING está probada con lo que él mismo dijo:

“... la desaparición de la esclavitud, de la servidumbre, la libre disposición de la propiedad territorial, la libertad de la industria, la libertad de conciencia, han durado varios siglos y muchas veces costado torrentes de sangre.”<sup>17</sup>

IHERING nos enseñó que muchas veces no luchamos debido al valor material de las cosas, sino que también luchamos por defender el **honor** o el derecho de una persona; por lo cual, **la lucha por el Derecho** no sólo se explica por un **interés** sino también por el **carácter** y la **personalidad**; de ahí la siguiente expresión de IHERING:

“Resistir a la injusticia es un **deber** del individuo para **consigo mismo**, porque es un precepto de la exigencia moral; es un **deber** para con la **sociedad**, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo mas que cuando es general.”<sup>18</sup>

Es decir, para IHERING, quien se ve afectado en su derecho tiene el deber consigo mismo de luchar, pero, si llega a desistirse de su defensa, ello equivale a un **suicidio moral**.

Más tarde RUDOLF STAMMLER dijo lo siguiente, que no debe afirmarse en términos absolutos —como lo hizo IHERING— que la defensa incondicional de los derechos

16 IHERING, RUDOLF. *La Lucha por el Derecho*, p. 15.

17 *Ibidem*, p. 14.

18 *Ibidem*, p. 24.



sea un deber moral, y sin duda tuvo razón el maestro, pero finalmente reconoció:

“Que la lucha por el Derecho sólo puede decirse **legítima** cuando tienda a defender un Derecho justo.”<sup>19</sup>

### 3. MAXIMILIAN VON BURI (1825-1902)

Después de la muerte de HEGEL ocurrida en 1831, aproximadamente dos décadas después, los penalistas alemanes se vieron influenciados por ciertas tendencias francesas e inglesas provenientes de DESCARTES, BACON, LOCKE y HOBBS, quienes a su vez habían llevado a AUGUSTO COMTE a formular una nueva corriente de pensamiento: **el positivismo**.<sup>20</sup>

La concepción positivista era de la creencia de que toda actividad científica debe partir de la observación empírica.

Pero veamos cuál fue el concepto de acción para los hegelianos y cuál fue el concepto de acción para los positivistas:

Mientras que la acción, en sentido hegeliano, era entendida como la realización consciente de la voluntad dirigida hacia un fin y la causalidad era clasificada en una relación final; en cambio, el concepto de acción para los positivistas quedó prácticamente reducido a un simple nexo causal derivado de un impulso voluntario.<sup>21</sup>

19 STAMMLER, RUDOLF. *La Génesis del Derecho*, pp. 116 y 117.

20 SACHER DE KÖSTER, MARIANA. *Evolución del Tipo Subjetivo*, p. 58.

21 *Ibidem*, p. 61.

LU DEN comenzó a desarrollar un sistema de Derecho Penal basado en una concepción estrictamente causal de la acción, y tal propósito lo siguió VON BURI. LU DEN había creado un concepto de **tipo general** o **tipo del delito**, él fue hegeliano; hizo un concepto de acción basado en la causalidad y a la voluntad la analizaba en la culpabilidad; consideró al dolo como mala voluntad,<sup>22</sup> y en general él tenía la siguiente estructura para analizar un delito: a) acción causal, b) antijuridicidad, y c) culpabilidad. Además LU DEN también creía que la imputabilidad era igual en todos los delitos, puesto que consideró que la imputabilidad y la punibilidad no eran elementos del delito.<sup>23</sup>

De ahí que para LU DEN y para VON BURI la causalidad era lo decisivo en un hecho, mientras que la relación psicológica entre la acción y el resultado causado debía ser una cuestión a la que se tenía que relegar hasta la culpabilidad del autor.<sup>24</sup>

Para desarrollar su concepto de acción VON BURI retomó la fórmula de la *conditio sine qua non* de JULIUS GLASER (1858), sólo entonces pudo hacer su propia teoría de la causalidad llamada **teoría de las condiciones**, según la cual, todas las condiciones que intervienen en un hecho —**todas**— tienen **la misma fuerza** y por tanto el mismo valor.

Sin embargo VON BURI quiso prestarle igual relevancia al aspecto subjetivo de la acción, **pero relegó el**

22 *Ibidem*, p. 42.

23 MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO. *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*, p. 171.

24 SACHER DE KÖSTER, MARIANA. *Evolución del Tipo Subjetivo*, p. 61.



**estudio de lo subjetivo hasta la culpabilidad**, con lo que la acción quedaría subdividida en un aspecto objetivo (causal) y otro aspecto subjetivo (dolo o culpa). Él lo dijo de la siguiente manera:

“Mi teoría se dirige a que la cuestión del nexo causal debe ser separada de un modo tajante de la cuestión referida a las cuestiones de la responsabilidad por ese nexo causal.”<sup>25</sup>

De esta manera VON BURI hizo las siguientes distinciones:

En 1866, distinguió entre el nexo causal y la responsabilidad por el resultado.

En 1873, distinguió entre el nexo causal y el nexo de voluntad entre acción y resultado.

En este mismo año (1873) entendió a la culpabilidad como **una relación de índole psicológica**.<sup>26</sup>

Posteriormente VON BAR (1836-1913) si bien identificó la separación que se pretendía entre causalidad y culpabilidad, no obstante, consideraba que dicha separación **no debía ser tajante**, porque, como dice SACHER DE KÖSTER:

“... para VON BAR el ser humano no puede ser considerado primero como un trozo de naturaleza inanimado, ‘algo así como un ingrediente químico o un leño

25 VON BURI, citado por SACHER DE KÖSTER, MARIANA, en *Evolución del Tipo Subjetivo*, p. 63.

26 Véase GONZALO D. FERNÁNDEZ. *Culpabilidad Normativa y Exigibilidad, en Culpabilidad y Reproche en Derecho Penal*, de BERTHOLD FREUDENTHAL, p. 27.

que rueda’, y después en la culpabilidad como un ser sólo previsor o con representaciones e ideas.”<sup>27</sup>

VON BAR fue uno de los precursores de la **teoría de la adecuación causal**, pero como magistrado que fue, VON BURI hizo de la **teoría de la equivalencia de las condiciones** la opinión dominante en la jurisprudencia.

VON BURI además fue el máximo representante de la así llamada **teoría del dolo**.<sup>28</sup>

Tal teoría consiste en que el dolo supone la conciencia de la antijuridicidad del hecho.

La teoría de la equivalencia de las condiciones de VON BURI condujo a estimar la tipicidad de una conducta que de algún modo haya condicionado el resultado, lo cual, en sentido amplio, implicó un *regresus ad infinitum*.

Por eso la necesidad de que surgieran otras teorías limitadoras del nexo causal.

Por ejemplo la teoría de KARL BINDING, para quien **el factor decisivo** era la verdadera causa del resultado; o la teoría de BIRKMEYER, de la **condición más eficaz**. VON KRIES, M.E. MAYER y TRAEGER, por su parte, se pronunciaron a favor del **juicio de adecuación causal**.

Luego, aunque con contradicciones, EDMUND MEZGER propuso su **teoría de la relevancia**.

Hasta que finalmente fueron tomadas en cuenta las aportaciones de KARL LARENZ, HONIG, ENGISCH y WEL-

27 SACHER DE KÖSTER, MARIANA, en *Evolución del Tipo Subjetivo*, p. 65.

28 ROXIN, CLAUDIUS. *Autoría y Dominio del Hecho*, p. 72



ZEL, para la creación de la **teoría de la imputación objetiva**, en 1970.

VON BURI dijo:

“Que la doctrina de la causalidad es clave para resolver la participación”.<sup>29</sup>

Luego VON BAR comentó que la doctrina de la participación: “cabe considerarla como aplicación específica de la doctrina de la causalidad”.<sup>30</sup>

Todo esto nos conduce a la conclusión de que la teoría de la participación estuvo inicialmente basada en una teoría causal, estrictamente.

29 VON BURI, citado por CLAUS ROXIN, en *Autoría y Dominio del Hecho*, p. 24.

30 CLAUS ROXIN, en *Autoría y Dominio del Hecho*, pp. 23 y 24.

#### 4. ADOLF MERKEL (1836-1896)



ADOLF MERKEL consideró que para que una conducta sea **antijurídica**, deben cumplirse dos requisitos:

- a) Que el comportamiento lesione la voluntad general objetiva contenida en la norma; y
- b) Que el infractor sea una persona imputable.<sup>31</sup>

Desde este punto de vista la antijuridicidad no es una categoría independiente, sino que está ligada con la imputabilidad.

A pesar de que HEGEL de algún modo había sugerido en 1821 que podría existir un comportamiento antijurídico no culpable, ADOLF MERKEL sin embargo

31 MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO. *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*, p. 303.



ligó a la antijuridicidad con la culpabilidad, pues decía que “sólo una acción ejecutada por un imputable puede configurar un delito”.<sup>32</sup>

Y se opuso a la autonomía de la antijuridicidad (es decir a la existencia de una antijuridicidad no culpable) con el famoso **argumento del destinatario**, que consistió en lo siguiente:

“No hay ningún deber de producir lo que es imposible para el hombre, o de prever o evitar lo inevitable. Por ello de esta no previsión y no evitación no puede resultar la violación de un deber ni consecuentemente tampoco del Derecho.”<sup>33</sup>

A partir de la base anterior MERKEL llegó a la conclusión de que los inimputables no pueden ser destinatarios aptos de las normas, y por tanto, no pueden cometer hechos antijurídicos.

En esa misma época (es decir en 1867), oponiéndose a la postura de MERKEL, RUDOLF VON IHERING distinguió entre antijuridicidad y culpabilidad. Sin embargo nadie puede negar ahora que MERKEL:

- a) Definió los elementos subjetivos en la antijuridicidad (aunque si bien no logró separarlos de la culpabilidad) y en tal sentido fue el primero en tener una opinión subjetiva del injusto.
- b) Fundamentó el injusto con el quebrantamiento de la norma y del bien jurídico.

32 SACHER DE KÖSTER, MARIANA. *Evolución del Tipo Subjetivo*, p. 45.

33 MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO. *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*, p. 304.

- c) Elaboró una teoría según la cual las causas de justificación pertenecen a la tipicidad como **elementos negativos del tipo**.

Por otra parte MERKEL fue el primer jurista que se adhirió a la **teoría de la adecuación causal** de VON KRIES, lo cual ocurrió en el año 1889.

VON KRIES, a pesar de que no era jurista, en 1888 había elaborado la **teoría de la adecuación causal**, a la que, por cierto, el gran jurista TRAEGER hizo importantes aportaciones en 1904.

De esta manera fue como TRAEGER llegó al descubrimiento del así llamado **juicio de adecuación causal**, que versa como sigue: en el juicio de adecuación causal:

Han de incluirse todas aquellas circunstancias que sean conocidas o cognoscibles por el autor al momento de la acción (*ex ante*), más todas aquellas circunstancias conocidas o que sean cognoscibles por un tercero observador objetivo después del hecho (*ex post facto*).

El juicio de adecuación causal está de alguna manera reconocido en la mayoría de los códigos penales de la República Mexicana en donde, al igual que en el **Código Penal Federal**, se dice lo siguiente: “**Artículo 53**. No es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba inculpablemente al cometer el delito”.

Luego vinieron las aportaciones de KARL LARENZ, HONIG y ROXIN, de tal manera que el juicio de adecuación causal sirvió como una base para plantear el desarrollo de lo que ahora conocemos como: **teoría de la**



**imputación objetiva del resultado**, elaborada con mayor éxito en 1970 por CLAUS ROXIN.

ADOLF MERKEL tenía una inclinación hacia el determinismo y para él la pena es retributiva y final al mismo tiempo. La pena —decía— no es justa en sí como en el retribucionismo absoluto, sino que debe ser justa para cumplir con su finalidad.<sup>34</sup>

Cuánta razón tenía ADOLF MERKEL en 1890, año en el que comentó lo siguiente:

“Todo grupo humano dominante necesita, a la larga, vivir en la creencia de que sus principios jurídicos fundamentales, y por medio de estos también los simples preceptos del Derecho, poseen una fuerza de obligar general que vincula también a los súbditos.”<sup>35</sup>

Por ello ADOLF MERKEL actualmente es considerado “como el fundador de la doctrina General del Derecho”.<sup>36</sup>

34 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Introducción al Derecho Penal*, p. 167.

35 MERKEL, ADOLF, citado por HANS WELZEL, en *El problema de la validez del Derecho*, p. 89.

36 KAUFMANN, ARTHUR. *Filosofía del Derecho*, p. 201.

## 5. KARL BINDING (1841-1920)



KARL BINDING nació en Francfort, en el año 1841 y murió en 1920.

Fue profesor en Briburgo, en Estrasburgo y en Leipzig, lugar este último en donde le impartió clase a GUSTAV RADBRUCH, quien más tarde lo describió como un hombre inteligente y de gran personalidad “con vastísima erudición y un gran polemista”.<sup>37</sup>

Su principal obra fue *Las Normas y su Contravención*, publicada en 1872. Tuvo una perspectiva retributiva de la pena, él decía que la pena es **retribución de mal con mal**. Según comenta ARMIN KAUFMANN, la obra completa de BINDING abarca unas 8,000 páginas.<sup>38</sup> En

37 MARTÍNEZ BRETONES, MA. VIRGINIA, GUSTAV RADBRUCH. *Vida y Obra*, pp. 10 y 11.

38 KAUFMANN, ARMIN. *Teoría de las normas*, p. 1.



tre los discípulos de BINDING indudablemente destaca NAGLER.

Limitarse al Derecho Positivo y rechazar todo Derecho Natural —**es mi orgullo**— decía KARL BINDING. Pero, se dice que BINDING no perdía de vista cualquier actitud del legislador “y exigía de él un esmero en la redacción de la ley igual al que exigía del juez en su aplicación.”<sup>39</sup>

BINDING fue un positivista, pero no en el sentido —**casi peyorativo**— que ahora tiene dicha expresión, porque en la época de BINDING los legisladores eran más cuidadosos.

Fue a partir de 1914 cuando la producción legislativa se incrementó considerablemente en perjuicio de la calidad de la redacción y el contenido de las leyes.

Por eso, si para BINDING un jurista sólo debía concretarse al estudio del Derecho Positivo, ahora no se puede decir algo peor de un jurista sino que precisamente sea pandectista o positivista.

La difusión de la expresión **bien jurídico**, como se verá más adelante, la debemos a KARL BINDING. Él creía que la norma crea al bien jurídico. Decía que el autor no contraviene la ley sino que cumple con lo señalado por ella. Sostuvo una teoría dualista de las normas. Identificó las siguientes dos funciones de la norma: **a)** función de determinación y, **b)** función de motivación.

KARL BINDING fundamentó el injusto penal con la mera **desobediencia**, aspecto éste que ahora parece tomar GÜNTHER JAKOBS.

39 SCHMIDT, EBERHARD. *La ley y los jueces*, p. 35.

Siempre hubo una controversia muy marcada entre BINDING y LISZT respecto al entendimiento del bien jurídico, algo semejante a las diferencias que actualmente guardan JAKOBS y ROXIN.

KARL BINDING tuvo el mérito de resaltar las aportaciones de BIRNBAUM, quien desde 1832 había creado la expresión **bien jurídico**.

BIRNBAUM decía que el delito era la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, a diferencia de ANSELM VON FEUERBACH, quien había dicho en 1801 que delito era la lesión o la puesta en peligro de **un derecho subjetivo público**. De tal manera que BINDING, a pesar de que en su obra se ocupó marginalmente del bien jurídico, sin embargo se puede decir que él fue quien, a partir de 1872, popularizó la expresión **bien jurídico**.

En las palabras de ARMIN KAUFMANN, BINDING le dio al bien jurídico **su carta de naturalización**.

FRANZ VON LISZT, en cambio, vio en el bien jurídico un concepto estructural de la teoría de delito, al grado que creó lo que ahora conocemos como **antijuridicidad material**, misma que precisamente consiste en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Como se ha dicho, BINDING creía que la norma es quien crea al bien jurídico.

Mientras que FRANZ VON LISZT definía al bien jurídico como un interés que protege la norma penal, BINDING por su parte afirmaba que el bien jurídico es un objeto positivamente valorado por el legislador.

KARL BINDING fue el primero que hizo referencia a las así llamadas **leyes penales en blanco**, dijo que eran “aquellas en las que la prohibición quedaba entregada



a una autoridad de rango inferior a la competencia para dictar leyes.”<sup>40</sup>

Por otra parte, BINDING ya criticaba fuertemente la noción objetiva del tipo, pues al respecto decía:

“Si no cabe constatar con seguridad un suceso como realización de la voluntad humana, sería inadmisibles la suposición de que se ha llevado un tipo objetivo”.<sup>41</sup>

Para BINDING el tipo penal sería una expresión de la voluntad humana. HANS WELZEL posteriormente ocupó algunos argumentos de BINDING para sostener la teoría finalista del delito. Por ejemplo, a WELZEL le llamó la atención cómo BINDING hacía preponderar el **desvalor de acción** sobre el **desvalor del resultado**, pues para este último importaban por igual tanto la acción como la norma penal en sí.

Dado que KARL BINDING veía en la imputabilidad una cierta capacidad de acción, entonces para él solamente podían actuar en Derecho Penal las personas imputables. Así, el concepto de acción de BINDING tiene como presupuesto la imputabilidad.

En cambio, FRANZ VON LISZT consideró a la imputabilidad, no como un presupuesto de la acción, sino como un presupuesto de la culpabilidad.

Para BINDING el dolo contiene la conciencia de la antijuridicidad del hecho.

40 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Introducción al Derecho Penal*, p. 67.

41 VÁZQUEZ PADILLA, MARIO OCTAVIO. *Subjetivismo e Injusto*, p. 43.

Ésta es una diferencia con la posición que tomaran GRAF ZU DOHNA y HANS WELZEL, para quienes la conciencia de la antijuridicidad del hecho no podía ser un elemento perteneciente al dolo sino a la culpabilidad.

En el ámbito de las formas de intervención a BINDING se le conoce como uno de los más representativos de la **teoría del dolo**.<sup>42</sup>

BINDING se acercó a la concepción hegeliana de las formas de participación.

KÖSTLIN (1813-1856) y ALBERT FRIEDRICH BERNER (1818-1907) fueron hegelianos.

Precisamente KÖSTLIN fue el primero de los hegelianos que se ocupó de cuestionar seriamente las formas de intervención.

Para explicarse la complicidad BINDING exigió atender a criterios objetivos y subjetivos, con lo cual influyó en este rubro a RICHARD LANGE.

Este último llegó al resultado de que para averiguar quién es autor “hay que preguntar: ¿de quién es obra el delito?”<sup>43</sup>

KARL BINDING definió al nexo causal a partir de “un factor decisivo”, según el cual “la conducta humana que opera una preponderancia de las fuerzas tendentes a la producción del resultado frente a las que impiden su producción.”<sup>44</sup>

Por su parte BIRKMEYER consideró como causa a la condición más eficaz.

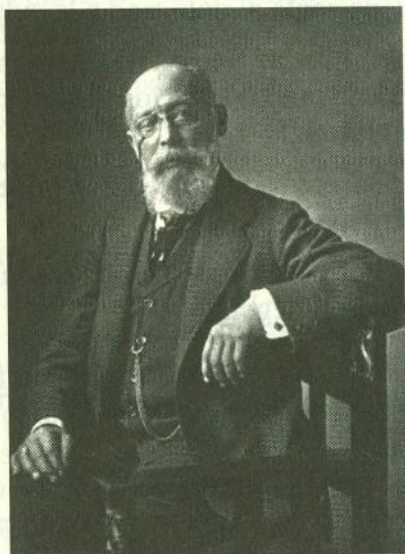
42 ROXIN, CLAUS. *Teoría del Tipo Penal*, p. 184.

43 ROXIN, CLAUS. *Autoría y Dominio del Hecho*, p. 34.

44 MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA. *La Imputación Objetiva del Resultado*, p. 8.



## 6. FRANZ VON LISZT (1851-1919)



FRANZ VON LISZT nació en 1851 y murió el 21 de junio de 1919 a los 68 años de edad.

Estudió Derecho en la Universidad de Viena en donde entonces impartían clase dos destacados juristas: RUDOLF VON IHERING y ADOLF MERKEL.

FRANZ VON LISZT impartió clase en las universidades de Giessen, Marburgo, Halle y Berlín.

Uno de sus principales discípulos, el profesor GUSTAV RADBRUCH, definió a FRANZ VON LISZT con las siguientes palabras:

“Amaba las antítesis tajantes, las divisiones pulcras, los lemas y expresiones abreviados, diáfanos y relucientes.”

“Amaba esa clara orientación de las columnas fundamentales, propias de un sistema arquitectónico bien construido. Era un espíritu ordenado y, al propio tiempo, jovial y alegre, puesto que orden significa liberación, y claridad es serenidad.”<sup>45</sup>

Hasta el día de hoy solemos recordar los conceptos que FRANZ VON LISZT nos enseñó acerca de la acción, la pena, la culpabilidad, la antijuridicidad material y el bien jurídico.

- a) En 1881 publicó su *Tratado de Derecho Penal*, mismo que dominó la ciencia penal al menos durante los 20 años próximos a su publicación.
- b) En 1882 hizo el famoso Programa de Marburgo (*Marburger Program*), en donde declaró por ejemplo: que las penas cortas privativas de libertad “no sólo son inútiles” y que “lesionan el orden jurídico más gravemente que la total impunidad del delincuente”.<sup>46</sup>
- c) En 1883 distinguió entre bien jurídico y objeto material, aspecto de notoria relevancia para la dogmática jurídico-penal de nuestros días.
- d) En 1888 creó un centro privado en donde él estudiaba junto con otros profesores, dicho centro se llamaba: *kriminalistischer seminar*.

45 RADBRUCH, GUSTAV, citado por MARTÍNEZ BRETONES MA. VIRGINIA, en GUSTAV RADBRUCH. *Vida y Obra*, p. 16.

46 LISZT, FRANZ V., citado por JÜRGEN BAUMANN, en *¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses?*, pp. 2 y 3.





Desde luego, LISZT fue tan generoso como su primo el músico FRANZ LISZT, dado que, ambos, ayudaban y estimulaban sin condiciones a quienes ya estaban decididos por su disciplina.

- e) En 1908 fue elegido como diputado en Prusia.
- f) En 1912 fue elegido como diputado del Reichstag.
- g) En 1914 el *kriminalistischer seminar* cambió de nombre y se denominó: *kriminalistischer institut*. En este instituto estudiaron grandes penalistas, tales como RADBRUCH, SCHMIDT y FREUDENTHAL, entre otros.

En el mismo Programa de Marburgo FRANZ VON LISZT se hizo la siguiente pregunta,

“¿Deben pretenderse iguales principios de Derecho Penal Internacional?, ¿para todos los Estados europeos y, eventualmente, cuáles principios?”<sup>47</sup>

En este sentido LISZT también fue un gran internacionalista. Veamos a continuación las características que de algún modo definen el pensamiento jurídico-penal de FRANZ VON LISZT:

- a) Él sí creía en la responsabilidad de las personas morales. En la actualidad nuestro Derecho Penal mexicano, a diferencia de una parte considerable de los países europeos, no les reconoce responsabilidad penal a las personas morales.
- b) Fue el primero que explicó que en la omisión no hay nexo causal, sino un nexo jurídico de atribuidad del resultado típico.

47 ZIPF, HEINZ. *Introducción a la Política Criminal*, p. 17.

- c) Fue el principal representante de la **prevención especial**, lo cual le llevó a hacer importantes aportaciones en el campo de las medidas de seguridad.
- d) Consideró al delincuente como “el objeto central” del Derecho Penal y a la pena como una institución que se dirige a la corrección y aseguramiento del delincuente.<sup>48</sup> Él pensaba que la pena tenía como fin exclusivo la protección de bienes jurídicos.
- e) Creía que el bien jurídico es el punto de unión entre Derecho Penal y política criminal. Era de la idea de que la vida crea al bien jurídico, porque la vida genera los **intereses** que se estiman dignos de protección y decía que el concepto de bien jurídico de KARL BINDING era “un concepto ficticio, esto es, una palabra sin contenido”.<sup>49</sup>
- f) Veía en la imputabilidad una cierta capacidad de pena.
- g) Para LISZT la antijuridicidad material no era algo creado por el legislador, sino que la **antijuridicidad material** pretendía verificarla en la realidad social.

Hoy principalmente, sigue teniendo repercusiones dogmáticas la llamada antijuridicidad material, entendida como la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico, pues sin ella, por ejemplo, no se podría entender la tentativa.

48 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción al Derecho Penal*, p. 72.

49 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Introducción al Derecho Penal*, p. 67.



Sin lugar a dudas, FRANZ VON LISZT ha sido uno de los penalistas más importantes de la ciencia jurídico-penal y, con mucha justicia, GUSTAV RADBRUCH comentó:

“La bondad de VON LISZT estaba en íntima relación con la clara razón que constituía la médula de su ser. En aquello que se le oponía, en la postura contraria, no veía maldad sino tontería, no lo tomaba como irreductible perversidad sino como un error rebatible. De ahí la doctrina fundamental de su **política criminal fundada en la idea del mejoramiento**; de ahí su fe incommovible en el Derecho Internacional, aun en medio de la Guerra Mundial.”<sup>50</sup>



Vanguardia en  
Ciencias Penales

Instituto de Formación Profesional

Biblioteca

50 RADBRUCH, GUSTAV, citado por MARTÍNEZ BRETONES MA. VIRGINIA, en GUSTAV RADBRUCH. *Vida y Obra*, p. 18.

## 7. ERNST VON BELING (1866-1932)



Penalista de Tubinga, Alemania. Nació en 1866 y a los cuarenta años de edad, en 1906, creó la categoría jurídico-penal denominada **tipicidad**.

El concepto de tipo fue heredado del *curpus delicti*, de ahí que el *curpus delicti* se convirtiera en *tadb Bestand*. La palabra *tadb Bestand* por primera vez apareció en el *Código Penal* alemán de 1871.

En 1906 BELING consideró que el tipo penal era una categoría estrictamente **objetiva** que estaba **libre de cualquier juicio de valor**; pero, antes de morir, en 1930, rectificó su postura al ver en el tipo penal **una figura rectora**.

En el ámbito de las formas de intervención, BELING fue el principal defensor de la teoría que BIRKMEYER denominó como **teoría objetivo-formal**, misma que, desde 1915 hasta 1933, prevaleció considerablemente.



A continuación veamos la cronología que nos permitirá comprender la evolución de la **tipicidad**, que es precisamente una de las categorías más indispensables del delito:

- a) En 1900 perdió influencia el **naturalismo** sobre el que estaban basadas las teorías de LISZT Y DE BELING, porque para esta época el **neokantismo** ya había superado al causalismo naturalista y entonces comenzaría la larga **lucha de escuelas** en el Derecho Penal.
- b) En 1906 BELING propuso una nueva categoría del delito denominada **tipicidad**, pero consideró que dicha categoría estaba libre de cualquier juicio de valor.
- c) En 1911 el concepto de tipicidad de BELING sufrió la crítica de HANS ALBRECHT FISCHER, quien había descubierto los así llamados **elementos subjetivos del injusto**. Entonces decía FISCHER: “se prohíbe o se permite una conducta según la actitud interna, con que el autor comete el hecho.”
- d) En 1914 AUGUSTO HEGLER aportó nuevas ideas para el descubrimiento de los **elementos subjetivos específicos del tipo penal**, con lo cual quedó a la vista que ciertos tipos penales contienen elementos subjetivos.
- e) En 1915 MAX ERNST MAYER contribuyó al descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto, pero además MAYER había descubierto los **elementos normativos del tipo penal**. Con este último descubrimiento quedó claro que el tipo penal contiene, no solamente elementos objetivos como creía

BELING, sino también **elementos subjetivos y elementos normativos**.

- f) En 1923 EDMUND MEZGER contribuyó al descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto.
- g) En 1930 el propio BELING rectificó su postura al ver en el tipo penal “una figura rectora”.

En 1932, el mismo año en que murió ERNST VON BELING, EBERHARD SCHMIDT había propuesto el llamado concepto de **acción social**, mientras que HERMANN BRUNUS, “hizo fructificar” el concepto de **dominio del hecho**.<sup>51</sup> GUSTAV RADBRUCH, en ese mismo año, publicó su *Filosofía del Derecho* (tercera edición). ERNST VON BELING murió a los 66 años de edad. Hoy se sabe que el tipo penal efectivamente contiene elementos objetivos, subjetivos y normativos.

Entre los **elementos objetivos del tipo** destacan:

- a) El sujeto activo;
- b) El sujeto pasivo;
- c) La calidad personal del sujeto activo;
- d) La calidad personal del sujeto pasivo;
- e) La conducta (de acción u omisión);
- f) El resultado (formal o material);
- g) El nexo causal;
- h) La imputación objetiva del resultado como elemento normativo regulador del nexo causal;
- i) El bien jurídico (personal o suprapersonal);
- j) El objeto material;

<sup>51</sup> ROXIN, CLAUDIUS. *Autoría y Dominio del Hecho*, p. 82.



- k) Los medios comisivos;
- l) Las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión.

Ahora bien, son elementos subjetivos del tipo penal: a) el dolo; b) la culpa; y c) los así llamados elementos subjetivos específicos distintos al dolo.

MAYER decía que los elementos normativos del tipo penal eran “comparables con una grapa”, “con una de las puntas clavadas en el tipo legal y con la otra en la antijuridicidad.”<sup>52</sup> A pesar de lo cual MAYER sostuvo la idea de que la tipicidad era un indicio de la antijuridicidad del hecho, “como el humo y el fuego”, decía.

ERIK WOLF, en cambio, llegó a considerar que todos los elementos del tipo eran elementos normativos. Pero KARL ENGISCH finalmente consideró que los elementos normativos del tipo son aquéllos cuya comprensión o entendimiento dependen del contexto de alguna norma de cualquier índole. ERNST VON BELING contribuyó a la ciencia penal con un criterio que podemos observar en las definiciones siguientes:

- a) **Acción:** Es “*un comportamiento corporal... producido por el dominio del cuerpo*”. Para esta época en que BELING nos aportó su concepto de acción ya habían perdido influencia los penalistas hegelianos, quienes no hacían referencia a la acción sin antes aludir a la voluntad del ser humano. Para BELING la imputabilidad no era un elemento de la acción, él decía que los inimputables sí actúan y que la inimputabilidad no era lo mismo que la in-

52 Ibidem, p. 281.

capacidad de obrar; además, en su concepto de acción no cabían las personas morales.<sup>53</sup>

- b) **Antijuridicidad:** Decía BELING que en la antijuridicidad “están unidos lo ‘formal’ y lo ‘material’.”<sup>54</sup> Para entonces ya estaban bien identificadas la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material. La primera de ellas con IHERING desde 1867 y la segunda con LISZT en 1882.
- c) **Legítima defensa:** Esta figura estaba para BELING referida a la presencia de una agresión sobrevenida de un ser humano, quien además debía comportarse de manera objetivamente antijurídica y **culpable**. Para este autor la legítima defensa no se excluye “por el hecho de que el agredido haya motivado la agresión por su culpa”.<sup>55</sup>
- d) **El consentimiento de la supuesta víctima:** El consentimiento era entendido como una causa de justificación para BELING, ahora sin embargo se concibe como una causa de atipicidad, claro, cuando recae sobre bienes jurídicos disponibles.

Otro aspecto interesante, es el hecho de que el principio de legalidad nada tiene que hacer en el ámbito de las causas de justificación, ámbito en donde sí es posible la aplicación analógica de las causas de justificación. Y esto lo admitía **Beling** cuando decía:

- a) “Para dilucidar cuándo y en qué medida es antijurídica una conducta humana, a la par del Dere-

53 BELING, ERNST. *Esquema de Derecho Penal*, pp. 19 y 33.

54 Ibidem, p. 24.

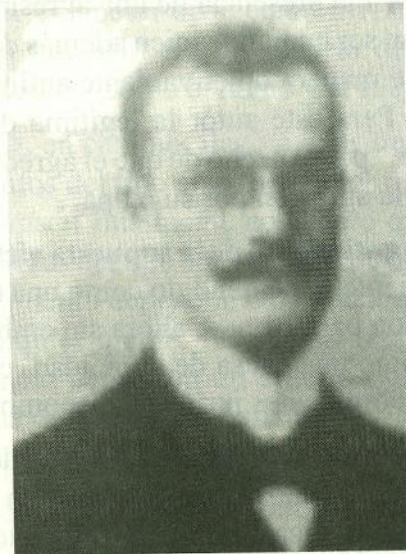
55 Ibidem, p. 27.



cho legislado debe atenderse al Derecho no escrito"; y

- b) "... el Derecho consuetudinario y la interpretación analógica conservan su valor cuando se trata de aminorar o excluir la punibilidad...".<sup>56</sup>

### 8. BERTHOLD FREUDENTHAL (1872-1929)



Hay un aspecto que ensombrece la vida personal de FREUDENTHAL, es el hecho de que en 1917 él había contraído matrimonio con una joven discípula suya, misma persona que hizo el siguiente comentario cuando murió el maestro, dijo que "a pesar de la vida bri-

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 2 y 23.

llante e incluso exitosa de su marido, él sin embargo no había sido feliz".<sup>57</sup>

Al paso de los años se ha considerado que a la esposa de FREUDENTHAL le era **exigible** un comportamiento diverso.

Pero, parte de lo que le ha dado trascendencia al maestro —**por cierto**— es el hecho de que en 1922 desarrolló un concepto de culpabilidad sobre la idea de la **exigibilidad** de otra conducta.

BERTHOLD FREUDENTHAL nació el 23 de agosto de 1872, en Breslau, y murió el 13 de julio de 1929, cuando recién había cumplido 58 años de edad.

Se trata de uno de los penalistas alemanes más emblemáticos por cuanto hace al rubro de la teoría normativa de la culpabilidad.

Estudió Economía y Derecho en Breslau, Tubinga, Halle y en Berlín.

A los 23 años de edad se doctoró en la Universidad de Breslau.

Perteneció al grupo de discípulos de FRANZ VON LISZT, quien desde 1888 había creado un centro privado de estudios denominado:

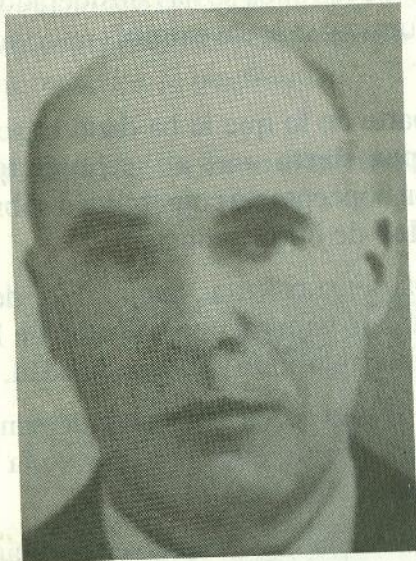
*Kriminalistischer seminar.*

Hizo múltiples aportaciones en distintas áreas del Derecho, por ejemplo en el ámbito de ejecución de sanciones y en la Parte General del Derecho Penal, así como a la Parte Especial de nuestra disciplina.

<sup>57</sup> GEERDS, FRIEDRICH, BERTHOLD FREUDENTHAL (1872-1929), en el libro *Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal*, de BERTHOLD FREUDENTHAL, p. 55.



## 9. JAMES GOLDSCHMIDT (1874-1940)



El 28 de junio de 1940 murió JAMES GOLDSCHMIDT. Posteriormente, en la Facultad de Derecho de Montevideo, EDUARDO J. COUTURE comentó: “En el mes de octubre de 1939 recibí una carta del profesor GOLDSCHMIDT... en ella me decía... conozco sus libros y tengo referencias de usted. Estoy en Inglaterra y mi permiso de residencia vence el 31 de diciembre de 1939. A Alemania no puedo volver por ser judío; a Francia tampoco porque soy alemán; a España [debido a la guerra civil] menos aún. Debo salir de Inglaterra y no tengo visa consular para ir a ninguna parte del mundo (...) Pocas semanas después GOLDSCHMIDT llegó a Montevideo... en un barco inglés... en un viaje de pesadilla donde a cada instante un submarino podía traerle la muerte...”.

Al presentarlo en la Facultad de Derecho de Montevideo EDUARDO J. COUTURE, dijo lo siguiente:

“Tendrían que suceder en el mundo desgracias tan grandes como las que están sucediendo para que en este momento un hombre que representa la cumbre del pensamiento jurídico, esté dando clase en la Universidad de Montevideo.”

“Como uruguayos, debemos sentirnos felices; como hombres, profundamente desgraciados”.

EDUARDO J. COUTURE también se refiere al momento en que murió JAMES GOLDSCHMIDT, de la siguiente manera:

“... Pocos días más tarde preparaba su tercera clase. Eran como las nueve de la mañana. GOLDSCHMIDT tuvo la sensación de una ligera molestia, quiso reponerse y dejó de escribir. Se acercó a su esposa, recitó unos poemas de SCHILLER para distraer la mente, volvió a su mesa y como fulminado por un rayo, quedó muerto sobre sus papeles. Así murió el más eminente de los profesores de Derecho Procesal Civil alemán, en una casa de pensión en Montevideo.”

En algunos aspectos GOLDSCHMIDT fue partidario de KANT, esto le permitió explicar cómo toda **norma jurídica** trae consigo una norma inmanente, pero al mismo tiempo autónoma, denominada **norma de motivación**, la cual exige que el sujeto se motive precisamente por la **norma jurídica**.

Es decir, para GOLDSCHMIDT la **norma de motivación** es la que en un momento dado obliga a que el sujeto se  **motive** por la representación de la **norma jurídica**; pero si no sucede podría devenir entonces la exigibilidad o el reproche (culpabilidad). Por cierto, a



la “norma jurídica” también se le identifica con la expresión **imperativo jurídico**, mientras que a la “norma de motivación” igualmente se le conoce como **norma de deber**.

Veamos una parte de la evolución de la obra de JAMES GOLDSCHMIDT, quien nació el 17 de diciembre de 1874 en la ciudad de Berlín:

- a) En 1897, a los 23 años de edad, publicó algo referente a la tentativa, lo que al parecer formaba parte de su tesis doctoral que dos años antes había concluido.
- b) En 1901 comenzó a impartir clases en la Universidad de Berlín donde llegó a ser profesor decano, misma clase que tuvo que abandonar en 1933 por motivos políticos, debido a su origen judío.
- c) En 1902 se pronunció en favor de la autonomía del Derecho Penal Administrativo. Aun en nuestros días se discute si el Derecho Penal Administrativo es o no autónomo.
- d) En 1905 publicó su libro *Derecho Justicial Material*, considerado como una de sus mejores obras.
- e) En 1908 publicó un trabajo relativo a las penas y las medidas de seguridad. Dos años después, en 1910, publicó: *Resistencia contra el Poder del Estado*.
- f) En 1913 elaboró un concepto de culpabilidad puramente normativo. Porque consideró que el dolo, la culpa, la inimputabilidad y las demás circunstancias de hecho como “la motivación normal”, no eran **elementos** —como creyó FRANK— sino **presupuestos** de la culpabilidad.

- g) En 1925 publicó *El Proceso como Situación Jurídica*. Un año después se pronunció a favor del principio de unidad jurídica.
- h) En 1930 publicó un artículo intitulado: *La concepción normativa de la culpabilidad*, donde complementó la postura que asumió en 1913.
- i) En 1940, el 28 de junio, murió en Uruguay, Montevideo.

Tal como comentó en 1943 RICARDO C. NÚÑEZ, con la postura de GOLDSCHMIDT la culpabilidad quedó como un juicio de reproche basado en: **a)** la exigibilidad; y **b)** en la motivación por la representación del deber jurídico a pesar de la exigibilidad.<sup>58</sup>

Hay que reconocer uno de los méritos más importantes de la teoría normativa de la culpabilidad, y es que con esta teoría finalmente nos quedó claro que la culpabilidad no sólo sirve como **fundamento** de la pena, sino que además sirve para determinar el *quantum* de la misma.<sup>59</sup>

Finalmente hay que recordar la frase que pertenece a los escritos póstumos de JAMES GOLDSCHMIDT:

“El Derecho, en último término, es la más alta y específica manifestación de la moral sobre la tierra.”

58 NÚÑEZ, RICARDO C., “Bosquejo de la culpabilidad” (1943), en *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*, pp. 82 y ss.

59 *Ibidem*, p. 79.



Hoy, en la dogmática penal se le recuerda a JAMES GOLDSCHMIDT como a alguien que dio continuidad a la labor emprendida por REINHARD FRANK en 1907, momento en que definió a la culpabilidad como reprochabilidad. Al respecto dijo JAMES GOLDSCHMIDT, refiriéndose a FRANK:

“Después que la antorcha se apagó de sus manos la recogí yo, aunque sólo para encender una modesta lucecita en honor del Maestro.”<sup>60</sup>

### 10. MAX ERNST MAYER (1875-1923)

Para tener una idea de la época en que MAX ERNST MAYER hizo sus principales aportaciones a la ciencia penal, debemos tener muy en cuenta que en 1915 —año en que M.E. MAYER publicó su *Tratado de Derecho Penal*— HANS REICHEL llegó a sostener:

Que “se reconociera a los jueces... el poder de declarar nula una ley, en los casos en que dicha ley sea contraria a los sentimientos morales generales, de modo que no se la pueda considerar como la expresión de la idea del Derecho.”<sup>61</sup>

Pero hasta 1924 —habiendo publicado un año antes su *Filosofía del Derecho* M.E. MAYER— los jueces adscritos al Tribunal del Reich hicieron un pedimento en el sentido de que el legislador tomara en consideración el comentario de HANS REICHEL, de 1915.

60 GOLDSCHMIDT, JAMES. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad* (1930), p. 83.

61 SCHMIDT, EBERHARD. *La ley y los jueces*, p. 42.

Las opiniones al respecto se dividieron, JAMES GOLDSCHMIDT por ejemplo decía que el juez está vinculado al Derecho y no a la ley, mientras que GUSTAV RADBRUCH era de la opinión contraria. Finalmente no tuvieron éxito los jueces adscritos al Tribunal del Reich.

También fue característico de la época el hecho de que en 1915 AUGUSTO HEGLER empleó por vez primera la expresión **dominio del hecho**<sup>62</sup> y al propio tiempo contribuyó al descubrimiento de los **elementos subjetivos del injusto**. En el mismo año M.E. MAYER también hizo importantes aportaciones, por ejemplo, concibió al tipo penal solamente como un indicio de antijuridicidad del hecho (*ratio cognoscendi*) y dijo que los elementos normativos del tipo son comparables con una grapa, “con una de las puntas clavadas en el tipo legal y con la otra en la antijuridicidad.”<sup>63</sup>

En realidad M.E. MAYER fue quien descubrió —en 1915— los elementos normativos del tipo penal, aunque, posteriormente ERIK WOLF sostuviera la idea de que todos los elementos del tipo son elementos normativos. Por cierto, luego no faltaron quienes definieron a los elementos normativos del tipo penal desde una perspectiva igualmente extremosa, al decir que sólo son elementos normativos aquellos que sirven para fundamentar la antijuridicidad del hecho. Hasta que KARL ENGISCH precisó que únicamente son elementos normativos del tipo penal aquellos cuya comprensión y entendimiento dependen del contexto de una norma de cualquier índole.<sup>64</sup>

62 ROXIN, CLAUS. *Autoría y Dominio del Hecho*, p. 81.

63 *Ibidem*, p. 281.

64 MAYER, M.E., *Derecho Penal Parte General*.



También sobresale el hecho de que desde 1915 hasta 1933, para distinguir entre las distintas formas de intervención, prevaleció la **teoría objetivo-formal** y entonces ERNST VON BELING era el principal defensor de dicha teoría, misma que había recibido ese nombre por parte de BIRKMEYER.

En el ámbito de las formas de intervención M.E. MAYER tuvo el mérito de sistematizar los distintos principios de accesoriadad, de tal forma que los clasificó de la siguiente manera:

Principio de accesoriadad mínima.<sup>65</sup>

Principio de accesoriadad limitada.<sup>66</sup>

Principio de accesoriadad máxima.<sup>67</sup>

Principio de hiperaccesoriadad.<sup>68</sup>

Actualmente —hay que decirlo— el **principio de accesoriadad limitada** está expresamente plasmado en

- 
- 65 Conforme a este principio solamente es punible la intervención del inductor o del cómplice, siempre que el autor del hecho principal se hubiese comportado de manera típica.
- 66 Conforme a este principio solamente es punible la intervención del inductor o del cómplice, siempre que el autor del hecho principal se hubiese comportado de manera típica y antijurídica.
- 67 Conforme a este principio solamente es punible la intervención del inductor o del cómplice, siempre que el autor del hecho principal se hubiese comportado de manera típica, antijurídica y culpable.
- 68 Conforme a este principio solamente es punible la intervención del inductor o del cómplice, siempre que el autor del hecho principal se hubiese comportado de manera típica, antijurídica, culpable y punible.

los últimos dos párrafos del artículo 22 del *Código Penal para el Distrito Federal*.

La accesoriadad pasó a ser considerada en el esquema de M.E. MAYER como “un producto de la ley”, esto es, como algo de lo que el legislador puede en principio disponer.<sup>69</sup>

MAX ERNST MAYER hizo muchas otras aportaciones, por ejemplo:

- a) Desarrolló y depuró la teoría de la tipicidad elaborada por ERNST VON BELING.
- b) Definió con toda claridad los elementos objetivos del tipo.
- c) Creó los así llamados elementos normativos del tipo.
- d) También, desde luego, contribuyó al gran descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto.
- e) Definió a la tipicidad solamente como **un indicio** de la antijuridicidad, “cual el humo anuncia al fuego”.
- f) Especificó que el conocimiento de la antijuridicidad del hecho es relevante para llevar a cabo el debido juicio de reproche.<sup>70</sup>

Inclusive, también en 1915, sostuvo el criterio que sigue:

---

69 PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. *La Participación en el Delito y el Principio de Accesoriadad*, p. 256.

70 Véase el Prólogo que hizo en 2007 JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA al libro *Derecho Penal Parte General* de MAX ERNST MAYER, p. XXIX.



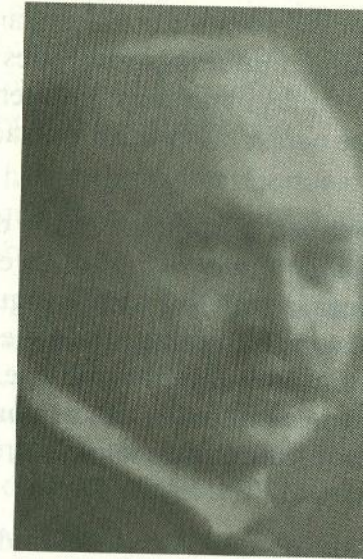
“...lo que para la consideración causal es igual, puede ser distinto para la teleológica; lo que sólo tiene un sentido para las ciencias naturales puede tener varios para las ciencias culturales.”<sup>71</sup>

Con lo anterior, indudablemente, M.E. MAYER se acercó a un concepto de imputación muy revolucionario para su época.

Decía que la humanidad está determinada al indeterminismo.

71 ROXIN, CLAUS. *Autoría y Dominio del Hecho*, p. 27.

## 11. Reinhard von Frank



Es el fundador de lo que ahora conocemos como la teoría normativa de la culpabilidad. Haber definido a la culpabilidad como **reprochabilidad** es quizá su aportación más importante a la ciencia penal moderna.

En 1907, en un Libro-Homenaje al Tricentenario de la Facultad de Derecho de Giessen, elaboró un artículo en el que decía lo siguiente: “Culpabilidad es reprochabilidad, la expresión no es bella pero no encuentro otra mejor.” Al respecto, ACHENBACH ha especulado que FRANK “no alcanzó a prever la trascendencia teórica de su contribución”,<sup>72</sup> no obstante, se trata

72 ACHENBACH, citado por GONZALO D. FERNÁNDEZ, “La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad”, en *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, p. 21.



de una de las aportaciones más relevantes en nuestra materia.

En su momento, también gozó de gran éxito el Comentario al *Código Penal Imperial*, pues fue considerado como una de las obras más representativas de la época, tanto que para 1931 había alcanzado 18 ediciones.

- a) En 1897 publicó la primera edición de su *Comentario al Código Penal Imperial*. En el mismo año, para explicar la tentativa hizo la siguiente fórmula: “Se encuentra un principio de ejecución en todos los momentos de actividad, que, en virtud de su necesaria **conexión con la acción típica**, aparecen como elementos de la misma, según la concepción natural.”<sup>73</sup>
- b) En 1903 afirmó que la capacidad de imputación (imputabilidad) “se dará sólo cuando la determinación a través de motivos... difiera **en una medida considerable** de la determinación normal.”<sup>74</sup>
- c) En 1906, al igual que HÖPFNER, consideró como un caso de concurso ideal cuando la conducta del partícipe logra “varias acciones punibles de uno o distintos sujetos”.<sup>75</sup>
- d) En 1907 definió la culpabilidad como reprochabilidad. Además, hizo la siguiente fórmula para explicar el dolo eventual: “aun cuando fuese segu-

73 MEZGER, EDMUND. *Derecho Penal. Parte General*, p. 283.

74 FRANK, REINHARD, citado por GÜNTER STRATENWERTH, en *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, p. 94.

75 PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. *La Participación en el Delito y el Principio de Accesoriedad*, p. 244.

ra su producción actuaría”. Esta concepción de FRANK se impuso en muy breve tiempo.

- e) En 1913 participó como miembro de la Comisión para la Reforma del *Código Penal* (junto con VON LISZT Y VON HIPPEL) que culminó en la elaboración de un proyecto del mismo año.<sup>76</sup>
- f) En 1931 hizo importantes aportaciones a la figura jurídica que ahora conocemos como prohibición de regreso.

En el campo de la tentativa FRANK decía que ésta acontece cuando hay comienzo de ejecución “en toda actividad que, como consecuencia de su necesaria pertenencia a la acción del supuesto de hecho típico, aparece como componente de la misma desde el punto de vista de una concepción natural”.<sup>77</sup>

Ahora, en el ámbito de la “prohibición de regreso”, FRANK decía “que el cazador que imprudentemente ha llevado consigo a una taberna una escopeta cargada, no es responsable si otra persona la utiliza para matar culpable y dolosamente a un tercero (pero lo es si esa persona es inimputable o sólo actúa culposamente y en este caso no puede aplicarse, por lo tanto, el criterio de la prohibición de regreso).”<sup>78</sup>

Podemos decir que la postura metodológica de REINHARD VON FRANK está entre la de BINDING (positivista) y la de VON LISZT (sociológica).

76 GONZALO D. FERNÁNDEZ. “La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad”, en *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, p. 18.

77 FRANK, REINHARD, citado por GÜNTER STRATENWERTH, en *Derecho Penal Parte General*, p. 206.

78 BAUMANN, JÜRGEN. *Conceptos Fundamentales y Sistema*, p. 125.



Frank consideró a la culpabilidad como reprochabilidad; para él una persona actúa culpablemente cuando se prueba que: **a)** se trata de una persona imputable; **b)** que actuó bajo la normalidad de las circunstancias concomitantes; y **c)** haya existido una relación psicológica entre el autor y el hecho, en forma de dolo o de culpa.

En cierta medida FRANK respetó la teoría psicologista de la culpabilidad, puesto que para él la culpabilidad seguía requiriendo de la relación psicológica entre el autor y el hecho. Pero también le introdujo un elemento normativo a la culpabilidad: las circunstancias concomitantes.

La imputabilidad es para FRANK un elemento de la culpabilidad al que se le define como “una aptitud normal espiritual del autor”. Las circunstancias concomitantes del hecho, son otro elemento de la culpabilidad y precisamente significan la normalidad de las circunstancias bajo las cuales actúa una persona.

La anormalidad de las circunstancias tienen la fuerza de atenuar o excluir la culpabilidad. Tales circunstancias anormales se presentan en casos de estado de necesidad, por ejemplo, o en la figura que ahora conocemos como error de prohibición (vencible o invencible).

En este sentido REINHARD VON FRANK también nos enseñó la verdadera ubicación sistemática del estado de necesidad disculpante.

## 12. ALEXANDER GRAF ZU DOHNA (1876-1944)

Al parecer fue el primero que empleó la expresión **culpabilidad normativa**.

“El adjetivo ‘normativo’ que se le agregó a la culpabilidad muestra una relación entre la conducta del autor y una norma de deber. GRAF ZU DOHNA fue quien según nuestros estudios empleó esta expresión por primera vez.”<sup>79</sup>

EDGARDO DONNA dice que, respecto de la culpabilidad normativa “debe ocupar un lugar de importancia al igual que FRANK, GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL”.<sup>80</sup>

1936, ALEXANDER GRAF ZU DOHNA decía que en la antijuridicidad se desvalora el tipo objetivo, mientras que en la culpabilidad se desvalora el tipo subjetivo.

En 1936 dijo que el dolo es objeto de la valoración y no parte de la valoración. Dijo que el dolo es objeto de la valoración y no parte de ella.

En este mismo año GRAF ZU DOHNA anunció desde el prólogo de su obra: “... la teoría del dolo es suplantada por la teoría de la culpabilidad...”.

ALEXANDER GRAF ZU DOHNA decía:

“No importa tanto el acuerdo en cada caso con el contenido jurídico como la ‘no impugnación del dominio del Derecho’”.<sup>81</sup>

79 DONNA, EDGARDO. A modo de prólogo, breve síntesis de la culpabilidad normativa, en el libro *La Construcción de la Culpabilidad Normativa*, p. 13.

80 *Ibidem*, p. 16.

81 DOHNA, ALEXANDER GRAF ZU, citado por HANS WELZEL, en *El problema de la validez del Derecho*, p. 89.



WELZEL, en 1951 cubrió la vacante de ALEXANDER GRAF ZU DOHNA en la Universidad de Boon.

Para DOHNA la conciencia de la antijuridicidad del hecho no está en el dolo sino en la culpabilidad.

Hernando Londoño también hace el comentario en el sentido de que sobre la base que propuso VON HIPPEL fue entonces que ALEXANDER GRAF ZU DOHNA:

Distinguió entre error de tipo y error de prohibición, de tal manera que en el caso de que este último error sea vencible, dejaría intacta la presencia del dolo y se impondría la pena atenuada.<sup>82</sup>

El Conde ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, en 1936, dijo que el dolo es el objeto de la valoración y no parte de ella; con lo cual, GRAF ZU DOHNA separó al dolo de la culpabilidad.

Por ello HANS WELZEL hizo el siguiente comentario:

“Siguiendo el camino iniciado por DOHNA, la doctrina de la acción finalista asigna al dolo, que había quedado en aquel autor sin patria, su lugar apropiado... en el tipo...”<sup>83</sup>

Una prolongada discusión le siguió entre WELZEL y MEZGER, pues este último se opuso al hecho de que el dolo formara parte del tipo penal.

La discusión inició en 1939 y culminó el 18 de marzo del 1952, fecha en la que, en la sentencia del gran senado para asuntos penales —recuerda JES-

82 Ibidem, p. 39.

83 WELZEL, HANS. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, p. 131.

CHECK— se indicó que sólo el error de tipo excluye al dolo, no así el error de prohibición.

Por su puesto, si el error de tipo excluye al dolo, es precisamente porque el dolo pertenece al tipo y no a la culpabilidad.

Además de que, si el error de prohibición no afecta la presencia del dolo, ello significa, en una palabra, que la conciencia de la antijuridicidad del hecho **no** es un elemento del dolo.

### 13. GUSTAV RADBRUCH (1878-1949)



Nació el 21 de noviembre de 1878 y a los 71 años de edad murió. Al igual que su contemporáneo THOMAS MANN (1875-1955), estudió el bachillerato en Lübeck, Alemania.



Debido a que siempre sintió un gran amor por el arte, hubiese preferido estudiar literatura, sin embargo estudió Derecho por la imposición de su padre. Tuvo grandes profesores, entre ellos KARL BINDING y FRANZ VON LISZT.

Luego de terminar la licenciatura en Derecho buscó algún empleo que inmediatamente tuvo que abandonar para dedicarse a lo que realmente le gustaba, la investigación. Al respecto explica el maestro:

“Entonces me gustaba no el caso único sino lo general, no lo concreto sino lo abstracto, no la vida sino la idea, no lo positivo sino lo absoluto... por eso no encontraba ninguna satisfacción en la *praxis* y aspiraba, con todas mis fuerzas, a las alturas espirituales, las cuales creía poder encontrar sólo en la teoría y en la filosofía.”<sup>84</sup>

Como penalista y como filósofo que fue, a GUSTAV RADBRUCH le debemos muchas aportaciones, por ejemplo:

- a) En 1907 manifestó respecto de la interpretación jurídica, que el sentimiento jurídico anticipa el resultado de la interpretación.<sup>85</sup>

Por eso el intérprete del Derecho no puede actuar objetivamente como generalmente se cree.

- b) En 1914 publicó lo que hasta la tercera edición (1932) se llamaría *Filosofía del Derecho*, en donde escribió: “La justicia es sólo la misión secundaria del Derecho, la seguridad jurídica es la primera.”

84 RADBRUCH, GUSTAV, citado por MARTÍNEZ BRETONES MA. VIRGINIA, en GUSTAV RADBRUCH. *Vida y Obra*, p. 19.

85 RADBRUCH, GUSTAV, citado por ARTHUR KAUFMANN, en *Filosofía del Derecho*, p. 123.

Igualmente dijo que “quien puede imponer el Derecho, demuestra de esta manera que es quien está llamado a dictar el Derecho”.<sup>86</sup>

Aunque después, como se verá más adelante, GUSTAV RADBRUCH moderó esta clase de advertencias.

- c) En 1922 elaboró un proyecto de *Código Penal*, en el cual “pretendió hacer de la pena de multa la reacción primaria frente a todos los delitos”.

En el mencionado proyecto, “se previó que en los delitos en general se reconociera la aplicación de la pena de multa cuando ésta podía alcanzar los fines de la pena.” La multa era para él **el centro del sistema de penas**.<sup>87</sup>

- d) En 1932 publicó su *Filosofía del Derecho*. En el prólogo de dicha obra aclaró lo siguiente:

“A todo escritor le llega un momento en que siente la necesidad de terminar y desembarazarse de las viejas tareas, para dedicar el resto de su vida a nuevos trabajos. El que esto escribe, pone fin con este libro a sus trabajos filosófico-jurídicos.”<sup>88</sup>

Además agregó: “tanto antes como después el autor profesa idéntica tendencia ideológica... el au-

86 RADBRUCH, GUSTAV, citado por HANS WELZEL, en *Más Allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*, p. 12.

87 BAUMANN, JÜRGEN, ¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses?, en *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, Libro-Homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, p. 3.

88 RADBRUCH, GUSTAV, *Filosofía del Derecho*, p. 3.



tor no se entrega a la moda irracionalista de la época.”<sup>89</sup>

- e) En 1933, el 10 de mayo precisamente, se quemaron “pública y solemnemente en distintos lugares de Alemania libros de autores de fama mundial o local por estar en pugna con la escala de valores del régimen”.<sup>90</sup> Y en este mismo año GUSTAV RADBRUCH fue despedido por razones políticas.

La doctrina nacional-socialista impuso el derecho del más fuerte apoyándose en:

Concepciones racistas y desdeñando cínicamente el “valor ético de la tradición occidental”.<sup>91</sup>

- f) En 1934 publicó la biografía de FEUERBACH, a quien consideraba como uno de los principales juristas. Elaborar esta biografía le tardó 20 años.
- g) En 1945 afirmó la existencia del Derecho Natural y decía: “La injusticia es siempre injusticia aun cuando se la vacíe en las formas de ley.”<sup>92</sup>
- h) Después de 1945 decía que el educador debe tener un corazón misericordioso, “pero también una mano muy firme”.<sup>93</sup>

89 Ibidem, p. 4.

90 MODERN, ADOLFO. *Estudios de Literatura Alemana, desde Hölderlin a Peter Weiss*, p. 185.

91 ROXIN, CLAUS. *Los últimos desarrollos de la política criminal*, p. 11.

92 RADBRUCH, citado por HANS WELZEL, en *Más Allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*, p. 14.

93 RADBRUCH, GUSTAV, “Alocución con motivo de la reinauguración de la Facultad de Derecho de Heidelberg”, en *El Hombre en el Derecho*, p. 126.

Como profesor él fue uno de los más grandes expositores.

El propio HANS WELZEL solía recordar que GUSTAV RADBRUCH alguna vez dijo que por su propio concepto “el Derecho justo es positivo.”<sup>94</sup>

- i) En 1946 dijo: “Tenemos que buscar la justicia, pero al mismo tiempo tenemos que mantener la seguridad jurídica, que no es más que un aspecto de la justicia, y reconstruir un Estado de Derecho que satisfaga a ambas ideas en la medida de lo posible.”<sup>95</sup>
- j) En 1947 publicó *El Espíritu del Derecho Inglés*.

RADBRUCH se apartó de la concepción psicológica de la culpabilidad cuando explicó que en los casos de culpa inconsciente lo importante es probar que el sujeto tuvo posibilidad de prever el resultado.

Sustituyó el concepto de acción por el de “realización del tipo”. Criticó el concepto naturalista de la acción y propuso el de la realización típica.

Esta crítica estuvo basada en la concepción neokantiana del propio RADBRUCH.

A través del concepto de realización típica él quería que se llevara a cabo una valoración jurídica que permitiera captar el significado social de los hechos.<sup>96</sup>

94 WELZEL, HANS. *Más allá del Derecho Natural*, pp. 36 y 37.

95 RADBRUCH, GUSTAV. *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes, en Derecho Injusto y Derecho Nulo*, p. 21.

96 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Introducción al Derecho Penal*, p. 180.



Afirmaba que es la tipicidad y no la acción el concepto superior del sistema penal.

En 1949 murió el profesor GUSTAV RADBRUCH, el 23 de noviembre, luego de terminar su último libro intitulado *Historia de la Criminalidad*.

Una vez, el 27 de noviembre de 1937, HERMANN KANTOROWICZ le envió una carta a su amigo RADBRUCH en la que le decía: "En la lista de los pocos hombres que en mi corazón han encontrado lugar, es totalmente cierto que desde hace años, tú ocupas el primer puesto, y en él siempre has permanecido."<sup>97</sup>

97 MARTÍNEZ BRETONES, MA. VIRGINIA, GUSTAV RADBRUCH. *Vida y Obra*, p. 13.

#### 14. EDMUND MEZGER (1883-1962)



Una vez EDMUND MEZGER dijo que él tenía plena concordancia metodológica con EBERHARD SCHMIDT.<sup>98</sup> Él considera que la culpabilidad deben estudiarse:

- a) La imputabilidad;
- b) Las formas de culpabilidad (dolo o culpa); y
- c) Las causas de exclusión de la culpabilidad.<sup>99</sup>

Al respecto MEZGER consideró "que es equivocada señalar 'el dolo' como el 'objeto' del juicio valorativo de la culpabilidad, si se entiende por dolo una determi-

98 ROXIN, CLAUDIUS. *Autoría y Dominio del Hecho*, p. 29.

99 MEZGER, EDMUND. *Derecho Penal*, p. 82.



nada categoría (forma conceptual) de la culpabilidad.”<sup>100</sup>

Para MEZGER la conciencia de la antijuridicidad del hecho pertenece al dolo.

Él creía que sí existe un nexo causal en los delitos de comisión por omisión.<sup>101</sup>

En 1923 EDMUND MEZGER contribuyó al descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto.

En este mismo año (1923) la *Ley del Tribunal de Menores* en Alemania determinó que la pena del instigador o del cómplice “no es alcanzada por las disposiciones sobre la incapacidad de culpa de niños y adolescentes.”<sup>102</sup>

Este significativo hecho quiere decir que para entonces ya estaba claro que sí es válido que un adulto responda penalmente como inductor o como cómplice aunque el autor del hecho principal sea un adolescente.

Un año después, en 1924, EDMUNDO MEZGER publicó un artículo en el que (como dice FRANCISCO MUÑOZ CONDE) **les dio una carta de naturalización** a los elementos subjetivos específicos, lo cual le permitió clasificar a los delitos en: **a)** delitos de intención, **b)** delitos de tendencia, y **c)** delitos de expresión.

EDMUNDO MEZGER fue partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo y llegó a la conclusión de que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad

100 *Ibidem*, pp. 190 y 191.

101 *Ibidem*, p. 121.

102 BOCKELMANN, PAUL. *Relaciones entre Autoría y Participación*, pp. 9 y 10.

implican varios **juicios de valor**, de ahí que es, quizás, el máximo representante de los penalistas neokantianos.

MEZGER consideró que en la culpabilidad se lesiona la **norma de determinación**, es decir, la **norma de deber**, que es la que obliga subjetivamente al autor.<sup>103</sup>

En este contexto resolvía el error de modo unitario: si era invencible excluye la culpabilidad, si no, entonces daba lugar a la culpa.<sup>104</sup>

En 1933 MEZGER proclamaba como básico “el pensamiento de la responsabilidad del individuo ante su pueblo y el de la generación racial del pueblo como un todo.”<sup>105</sup>

MEZGER tenía una perspectiva retributiva de la pena, pero en 1954 dijo que la pena “debe corresponderse de una manera justa con la culpabilidad del autor.”<sup>106</sup>

MEZGER fundamentó la teoría de la “ceguera jurídica” en la “preocupación que despierta” la posibilidad del autor de remitirse al pretexto de no haber sabido que su hecho constituía un injusto.<sup>107</sup>

103 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Introducción al Derecho Penal*, p. 181.

104 ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO; ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, p. 353.

105 Véase el prólogo que hizo en 2007 JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA al libro *Derecho Penal Parte General* de MAX ERNST MAYER, específicamente la nota al pie de página número 5.

106 MEZGER, EDMUND, citado por STRATENWERTH, GÜNTER, *Culpabilidad por el hecho y medida de la pena*, p. 51.

107 STRATENWERTH, GÜNTER. *Derecho Penal, Parte General*, p. 97.



EDMUND MEZGER hizo la “teoría de la relevancia”. La teoría de la condición *sine qua non* es la única teoría causal verdadera, según dijo.

La teoría de la adecuación causal no es una teoría causal, indicó.

La teoría de la adecuación causal “es una parte esencial de la tipicidad”, consideraba MEZGER. Por ello se adhiere a la teoría de la adecuación causal.

La teoría de la relevancia de MEZGER consistió en lo siguiente:

“La relación causal por sí sola no puede fundamentar la responsabilidad por el resultado, sino que es necesario algo más: la relevancia jurídico-penal del nexo condicional.”<sup>108</sup> ¿Qué decide la relevancia?

La respuesta a esta cuestión sólo puede ser hallada en los tipos penales, según MEZGER.

### 15. KARL FRANZ WILHELM ENGISCH (1899-1990)

KARL ENGISCH nació el 15 de marzo de 1899 y murió el 11 de septiembre de 1990.

En las universidades de Giessen y Munich realizó sus estudios de licenciatura, universidades en donde tuvo el privilegio de recibir clase de MAX WEBER, ERNST VON BELING y REINHARD FRANK, por ejemplo. A los 25 años se doctoró en Giessen.

108 MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA. *La Imputación Objetiva del Resultado*, p. 15.

Fue profesor tanto en Friburgo de Brisgovia como en Munich.

En 1934 —“sin tener que resignar su dignidad personal al nuevo régimen”— le invitaron a impartir clase en la Universidad de Heidelberg.<sup>109</sup>

El primero de abril de 1953 aceptó ser el continuador de MEZGER en la Universidad de Munich, hasta 1967.

En 1944 ENGISCH criticó a WELZEL e inició con ello una larga discusión científica. Entre las principales aportaciones de ENGISCH al ámbito de la dogmática penal, encontramos las siguientes:

- a) Colocó el deber objetivo de cuidado propio de los delitos culposos como parte constitutiva del tipo y no en la culpabilidad como se estilaba entonces.
- b) No consideró al riesgo permitido como una causa de justificación, sino que manifestó “que la producción del peligro en los delitos denominados ‘de resultado’ integra el tipo”, con lo cual “se anticipó en varias décadas a la teoría de la imputación objetiva”.<sup>110</sup>
- c) Definió a los elementos normativos del tipo penal como aquéllos cuya comprensión o entendimientos dependen del contexto de una norma de cualquier índole.

109 Consúltese el estudio preliminar que hace JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA en el libro *La Teoría de la Libertad de la Voluntad en la Actual Doctrina Filosófica del Derecho Penal*, p. 30.

110 GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS. Estudio preliminar al libro *La Teoría de la Libertad de la Voluntad en la Actual Doctrina Filosófica del Derecho Penal*, pp. 29 y 30.



Bajo la misma perspectiva, los elementos objetivos del tipo, por su parte, se corresponden con aquellos que pueden ser comprendidos fuera del contexto de una norma.

- d) Tampoco debemos pasar por alto que ENGISCH fue un decidido partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo.

Relativo a la teoría de la imputación objetiva, en 1999 BERND SCHÜNEMANN dijo un tanto sorprendido:

“ENGISCH encontró ya hace sesenta años exactamente la misma formulación que utiliza la opinión dominante en la actualidad para la definición de la imputación objetiva”.<sup>111</sup>

De ahí que CLAUS ROXIN —en un Libro-Homenaje a HONIG— creó la imputación objetiva de tal manera que “reunió los tres criterios de HONIG, ENGISCH y WELZEL”.<sup>112</sup>

En España LUIS GARCÍA SAN MIGUEL consideró que el pensamiento de KARL ENGISCH encuadra en el así llamado **relativismo sociológico**, veamos a continuación el porqué.

Para KARL ENGISCH el Derecho debe estimar los intereses humanos con arreglo a los valores socialmente establecidos, debido a ello:

“El jurista, si es que quiere dar validez a la idea de Derecho, tiene que escuchar la voz del ‘espíritu objetivo’. Ha de saber qué es lo que ordena la ‘exigencia del

111 SCHÜNEMANN, BERND. *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, p. 74.

112 SCHÜNEMANN, BERND. *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, p. 75.

día’, qué ideas supralegales exigen consideración y cuáles están maduras para ser aplicadas jurídicamente. Sin egoísmo tiene que sentirse servidor de las concepciones sociales, morales y culturales dominantes.”<sup>113</sup>

Aunque el legislador haga una ley injusta debe respetársele por razones de seguridad jurídica, desde luego, siempre que la ley en cuestión sea el resultado de los valores socialmente establecidos.<sup>114</sup>

Veamos la pregunta a que conlleva el siguiente comentario de KARL ENGISCH:

“El jurista, ¿puede constatar una **verdad** —¿existe una ‘verdad jurídica’?— o sólo una corrección formal de sus procedimientos cognoscitivos?”<sup>115</sup>

ENGISCH sabe que los juristas en ocasiones asimilan el criterio de la “verdad jurídica” como si se tratara de un **sentimiento jurídico** o de un sentimiento de justicia.

El criterio de “verdad jurídica”, en tanto sentimiento jurídico, suele identificarse con el “sentimiento de justicia”, y el autor en cita admite que la ciencia jurídica es **técnica** y **ética** a la vez, ya que, como él explica:

En realidad la ciencia jurídica suministra **medios** (técnica) para cumplir ciertos fines (ética), y, una vez establecidos los fines, los mismos obligan inexorablemente (Derecho).<sup>116</sup>

113 ENGISCH, KARL. *Introducción al Pensamiento Jurídico*, p. 238.

114 Véase la «Presentación» que hace LUIS GARCÍA SAN MIGUEL respecto del libro *Introducción al Pensamiento Jurídico* de KARL ENGISCH, p. XVI.

115 ENGISCH, KARL, *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*, p.33.

116 *Ibidem*, pp. 35 y 38.



**16. HANS WELZEL**  
**(1904-1977)**



Se dice respecto al maestro WELZEL que tuvo que estudiar Derecho pero que su formación inicial era para matemático, quizá por esta razón siempre se mantuvo escéptico respecto de la capacidad jurídico-penal de sus alumnos que hubiesen fracasado en matemáticas.

HANS WELZEL es el padre de lo que ahora conocemos como **teoría finalista del delito**. Fue quien primeramente hizo alusión a la existencia de **tipos abiertos**. Él creó la **teoría de la adecuación social** que de alguna manera sirvió de base para la creación de la **teoría de la imputación objetiva** que hizo ROXIN en 1970. A WELZEL se le reconoce el haber posicionado —de

manera definitiva— al dolo y al culpa dentro del tipo penal.

- a) En 1928, presentó en Jena su tesis doctoral intitulada “La teoría iusnaturalista de SAMUEL PUFENDORF”.
- b) En 1931, a los 26 años de edad, publicó su primer artículo intitolado “Causalidad y Acción”.
- c) En 1935, obtuvo la habilitación como profesor en la Universidad de Colonia, con su trabajo: “Naturalismo y filosofía de los valores en el Derecho Penal”, en donde explicó que la teoría neokantiana no es sino una teoría “complementaria del positivismo.”
- d) De 1936 a 1951 impartió clases en la Universidad de Göttinge, allí escribió: **a) Estudios para el Sistema de Derecho Penal; b) Manual de Derecho Penal Parte General; y c) Teoría de la acción finalista.**
- e) En 1939 definió a la autoría a partir del llamado **dominio final del hecho**, al proponer su **teoría final de la autoría**. En este mismo año aplicó la teoría de la adecuación social y decía que los delitos dolosos e imprudentes **se distinguen ya en el tipo**.<sup>117</sup>
- f) En 1951 cubrió la vacante del Conde ALEXANDER GRAF ZU DOHNA en la Universidad de Boon, en don-

<sup>117</sup> WELZEL, HANS, citado por HANS JOACHIM HIRSCH, en *La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo en la «zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft»*, p. 91.



de fue el primer Director del Seminario de Derecho Penal, hasta que lo sustituyera su discípulo ARMIN KAUFMANN en 1977. Respecto de la muerte de ARMIN KAUFMANN, recientemente comentó HANS Ullrich: “Su muerte, excesivamente prematura, cortó súbitamente la posibilidad de discutir con él. Sin embargo, el diálogo con su obra —y con sus discípulos— puede continuar y continuará.”<sup>118</sup> Actualmente ZIELINSKI es uno de los discípulos más distinguidos de ARMIN KAUFMANN.

- g) En 1952 la conciencia de la antijuridicidad dejó de formar parte del dolo, pues el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Federal prefirió tomar en consideración la teoría estricta de la culpabilidad. “El Tribunal se declaró partidario de la teoría de la culpabilidad, basada en la teoría final de acción, según la cual el error de prohibición vencible deja subsistente el dolo.”<sup>119</sup>
- h) En 1958 decía que la Parte General del Derecho Penal “es un campo del Derecho que en gran medida está cruzado por estructuras lógico-objetivas.”<sup>120</sup> Con relación a las formas de intervención, indicaba: “También aquí el tipo de dependencia en que se encuentra el hecho principal no está dado libremente al legislador sino que le está prescrito por puntos de vista lógico-objetivos.”<sup>121</sup>

118 ULLRICH PAEFFGEN, HANS. *Observaciones acerca del tipo permisivo*, p. 218.

119 SCHÜNEMANN, BERND. *Introducción al razonamiento sistemático del Derecho Penal*, p. 57.

120 WELZEL, HANS. *Más Allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*, p. 39.

121 *Ibidem*, p. 40.

- i) En 1977 murió HANS WELZEL, el 5 de mayo.

La posición metodológica de WELZEL lo llevó a considerar determinadamente, que el legislador tiene el poder de muchas cosas, pero “no puede hacer que lo que no es dolo lo sea”.<sup>122</sup> Debido a esta postura ontológica mucho se le vinculó a la filosofía de NICOLAI HARTMANN, pero alguna vez explicó lo siguiente:

“Quizá haya sido ENGISCH el que haya suministrado el lema, cuando en 1944 llamaba a HARTMANN ‘*mi garante*’... Las sugerencias para la formulación de la doctrina de la acción finalista, no las recibí de HARTMANN, sino de la psicología del pensamiento y, la primera de ellas precisamente, de la obra del filósofo recién fallecido RICHARD HÖNGSWALD.”<sup>123</sup>

Aunque el día de hoy resulten criticables los presupuestos metodológicos del maestro WELZEL, no obstante, muchas de sus aportaciones a la dogmática jurídico-penal siguen siendo válidas.

Por ejemplo las aportaciones de WELZEL se vieron reflejadas en el *Código Penal Alemán*, en cuyos artículos 17, 26 y 27, desde 1975 se reconoció la teoría estricta de la culpabilidad y el principio de accesoriedad limitada.

La **teoría estricta de la culpabilidad** defendida por WELZEL determina que en los casos de **error de prohibición indirecto vencible** —también llamado error sobre los presupuestos fácticos u objetivos en alguna de las causas de justificación— se atenúa la culpabilidad mientras que se deja subsistente la atribución del hecho a título culposo. En México esta misma con-

122 *Ibidem*, pp. 36 y 37.

123 WELZEL, HANS. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, p. 27.



sideración es la que actualmente rige tanto en el *Código Penal Federal* como en el *Código Penal para el Distrito Federal*.

El principio de **accesoriedad limitada** por su parte nos permite comprender por qué no es punible la intervención del inductor o del cómplice cuando el autor del hecho principal actúa culposamente o de manera justificada. Tal principio está expresamente reconocido en los códigos penales de Chihuahua y del Distrito Federal; e implícitamente plasmado en los restantes códigos penales de la República Mexicana, excepción hecha de Coahuila.

Con la propuesta de llevar al dolo y a la culpa al tipo penal, con ello, la culpabilidad quedó concebida desde un aspecto netamente **normativo**, como **reprochabilidad**. Y respecto a la **conciencia de la antijuridicidad del hecho**, WELZEL no exigía una conciencia **actual** sino **potencial**; lo que por cierto BERND SCHÜNEMANN explica del siguiente modo:

“... una vez trasladada la voluntad de realización al tipo, parece inmediatamente obvio que para la culpabilidad, como reprochabilidad del hecho, basta con **un conocimiento potencial** de la prohibición.”<sup>124</sup>

Por último cabe decir que HANS WELZEL tuvo siete grandes discípulos, a saber: REINHARD MAURACH, HANS HEINRICH JESCHECK, ARMIN KAUFMANN, NIESSE, GÜNTER STRATENWERTH, HANS JOACHIM HIRSCH y GÜNTER JAKOBS. Mientras que en México sobresale, decididamente, MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ, también discípulo de WELZEL y ARMIN KAUFMANN.

124 SCHÜNEMANN, BERND. *Introducción al razonamiento sistémico*, p. 56.

## 17. CLAUD ROXIN



Ha tenido la virtud de orientar a nuestro sistema jurídico, no conforme a los fines de la pena, sino conforme a los fines del Derecho Penal. Actualmente, en el mundo entero, es considerado como uno de los penalistas más importantes.

- a) En 1962 arremetió contra HANS WELZEL en el sentido siguiente: “... si el concepto de acción es pre-fijado al Derecho... en ese caso [dicho concepto de acción final] al igual que la causalidad, nada puede aportar...”<sup>125</sup>

125 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Introducción al Derecho Penal*, p. 214.





- b) En 1963 presentó "Autoría y Dominio del Hecho" como trabajo de habilitación para poder acceder a una cátedra de Derecho en la Universidad de Gotinga. Con esta obra por primera vez apareció la autoría mediata como "figura central del hecho típico".
- c) En 1970 elaboró los pilares de lo que ahora conocemos como **teoría funcionalista**, pues anunció **el programa** de una "reconciliación" entre la política criminal y el sistema del Derecho Penal.<sup>126</sup> En este mismo año, en su contribución a un Libro-Homenaje a HONIG, estableció una importante contribución a la teoría de la imputación objetiva, para lo cual, como dice su discípulo BERND SCHÜNEMANN, tuvo que reunir los tres criterios correspondientes a HONIG, LARENZ, ENGISCH y WELZEL.<sup>127</sup>
- d) En 1973, respecto de la culpabilidad y refiriéndose a la política criminal, dijo lo siguiente: "Con mis tesis pretendo... superar el concepto de culpabilidad del principio retributivo... y emplearlo únicamente en tanto sirva para limitar el poder de intervención estatal."<sup>128</sup> Lo cual significa que la culpabilidad es para ROXIN **responsabilidad penal**, en donde están incluidos el merecimiento y la necesidad de pena.

126 SCHÜNEMANN, BERND. *Introducción al razonamiento sistemático del Derecho Penal*, p. 63.

127 SCHÜNEMANN, BERND. *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, p. 75.

128 ROXIN, CLAUS. "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad", en *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 41.

- e) En 1974 dijo que la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad "es considerada con razón como una de las perspectivas materiales más importantes que ha logrado elaborar la ciencia del Derecho Penal en los últimos cien años."<sup>129</sup>

En un momento determinado FRANZ VON LISZT dijo que "el Derecho Penal es la infranqueable barrera de la política criminal". Sin embargo, CLAUS ROXIN se opuso a semejante percepción cuando comentó:

"... es un defecto: pues si el Derecho Penal debe sin duda su nacimiento a las finalidades político-criminales del legislador, sólo puede ser entendido y correctamente interpretado como **un instrumento** para la realización de estas finalidades..."<sup>130</sup>

En otra ocasión, refiriéndose al mismo tema de la vinculación entre política criminal y la dogmática penal, dijo el tan distinguido maestro:

"... yo opino... que la política criminal es la fuente de la construcción penal, conceptual y sistemática."<sup>131</sup>

Hoy prevalece la postura de CLAUS ROXIN porque se considera que entre política criminal y dogmática penal existe una vinculación imprescindible.

CLAUS ROXIN ha sabido reconocer a quienes de algún modo lo formaron. En 1974 le rindió homenaje a

129 ROXIN, CLAUS. "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales", en *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 92.

130 ROXIN, CLAUS. *Concepción unilateral y bilateral del principio de culpabilidad*, p. 199.

131 ROXIN, CLAUS, en *Los últimos desarrollos de la política criminal*, p. 43.



lidad, de tal manera que ciertos actos preparatorios pueden resultar punibles; **b)** las penas y medidas de seguridad son desproporcionadamente altas; y **c)** se suprimen determinadas garantías procesales.<sup>137</sup>

Con las palabras de SCHÜNEMANN,<sup>138</sup> enseguida se presentan cinco características que se observan en la dogmática penal que sigue GÜNTHER JAKOBS:

- a) Considera errada toda delimitación entre dolo e imprudencia realizada en virtud del criterio descriptivo psicológico de la conciencia.
- b) Afirma que sólo el defecto cognitivo debe exonerar de la pena más grave del delito doloso, de modo que en caso de un defecto volitivo, como el de una falta de reflexión por indiferencia, resulta adecuada la pena del delito doloso.
- c) Indica que las formas dogmáticas de la acción y de la culpabilidad son formas idénticas tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas.
- d) Su concepción del Derecho Penal se adapta a cualquier política criminal y puede, por tanto, asumir sin problema cualquier modernización de este Derecho.

Además, para JAKOBS la pena se determina “de acuerdo a la medida de la negación de la responsabilidad objetiva en el hecho.”<sup>139</sup>

137 Ibidem, pp. 61 y 62.

138 SCHÜNEMANN, BERND. *Consideraciones Críticas sobre la Situación Espiritual de la Ciencia Jurídico-Penal Alemana*, pp. 45 y 46.

139 CANCIO MELIÁ, MANUEL, y BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ, *¿Prevenir riesgos o confirmar normas?*, p. 50.

Ahora bien, con relación a CLAUS ROXIN, JAKOBS da un paso más adelante y proclama la completa remisión de la culpabilidad a la prevención general, es decir, la eliminación del sistema de un concepto de culpabilidad no derivado de la idea de prevención.

El resultado obtenido consiste en admitir al Derecho Penal como un subsistema especial del Derecho, cuya característica primordial es la de autodefinirse conforme a los elementos que le son propios. Ello es así, en el entendido de que el Derecho —en general— se comprende en su cualidad de *autopoiésis*, es decir, de autoreferencia, de tal manera que se aprueba la tautología en el sentido de que **sólo es Derecho lo que el Derecho decide que sea Derecho**.<sup>140</sup>

Ha negado que el bien jurídico tenga una importancia dogmática.

En 1976 negó la capacidad de actuar de otro modo y fundamentó la culpabilidad en la prevención general.

En 1977, el mismo año en el que murió su maestro HANS WELZEL, GÜNTHER JAKOBS elaboró un concepto normativo de culpabilidad.

En 1983 publicó su *Tratado de Derecho Penal*, con ello emprendió “la tarea de una general renormativización de los conceptos sistemáticos de la Parte General del Derecho Penal”.<sup>141</sup>

140 LUHMANN, NIKLAS. *La observación sociológica del Derecho*, p. 91, NIKLAS LUHMANN expresa la *autopoiésis* del Derecho, cuando reconoce: “... si bien el Derecho puede ser modificado, no puede serlo todo al mismo tiempo (...) Quien desee cambiar radicalmente en corto tiempo los problemas del sistema jurídico tiene que empezar desde el exterior”.

141 SCHÜNEMANN, BERND. *Introducción al razonamiento sistemático del Derecho Penal*, p. 69.



El siguiente comentario es una muestra de la capacidad intelectual de GÜNTHER JAKOBS, pues con mucha razón considera que:

“...la producción científica no se agota en la elaboración de un sistema **clasificadorio**... ni tampoco en la elaboración de un sistema **teleológico**... sino que la actividad científica se ocupa principalmente de la cuestión de la legitimación del Derecho Penal: la ciencia del Derecho Penal debe dar respuesta a la pregunta acerca de cuál Derecho Penal es legítimo en una época determinada y cuál no lo es.”<sup>142</sup>



Vanguardia en  
Ciencias Penales

Instituto de Formación Profesional

Biblioteca

142 JAKOBS, GÜNTHER. *El Derecho Penal como Disciplina Científica*, pp. 21 y 22.

## BREVE CRONOLOGÍA

1532

### LA CONSTITUTIO CRIMINALIS

CAROLINA

En 1532 se presentó el primer *Código Penal del Reich*, también conocido como *Constitutio Criminalis Carolina* u Ordenanza Penal de CARLOS V, en donde estaban unidas las partes sustantiva y adjetiva del Derecho Penal.

Este cuerpo normativo se considera como el primer código completo de Alemania, hasta el *Código Penal* de 1871. La *Constitutio Criminalis Carolina*, en su artículo 104, disponía lo siguiente:

“La pena se aplica de acuerdo con la oportunidad y el mal causado por el hecho, **por amor a la justicia** y en función de la utilidad general.” (Cursivas añadidas).

En la disposición anterior se observa un principio básico de la filosofía utilitarista.

No deja de sorprender el artículo 104 citado por su concreción y por sus finalidades. Ahí estaban de alguna manera los principios de **oportunidad** y **proporcionalidad**, así como las dos finalidades de la sanción penal: **la justicia y la utilidad general**.



1550

ALFONSO DE CASTRO

**Vio una relación  
entre culpabilidad y pena**

En 1550 ALFONSO DE CASTRO decía:

“La pena, tal como los juristas la vemos, no es necesariamente dependiente de la culpabilidad.”<sup>143</sup> «La característica de la pena es ordenar la culpa, es decir, reafirmar el orden que la culpa ha pervertido.”<sup>144</sup>

Para ALFONSO DE CASTRO el error del sujeto activo no excluye la pena, además de que la pena, para él, cumplía una función meramente **intimidatoria**.

Sobresale el hecho de que ALFONSO DE CASTRO dijera **que la pena no debe rebasar el grado de la culpabilidad**.

Respecto de esto último GÜNTER STRATENWERTH comentó:

“La exigencia de una proporcionalidad no puede deducirse en este autor del principio de culpabilidad, puesto que la lesión del mismo no afecta la validez de la ley, como debería ocurrir si sólo la culpabilidad legitimara la pena.”<sup>145</sup>

Esto es, para ALFONSO DE CASTRO, todavía no estaba suficientemente claro el así llamado **principio de**

143 DE CASTRO, ALFONSO, citado por GÜNTER STRATENWERTH, Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho Penal Español y Latinoamericano, p. 15.

144 *Ibidem*, p. 13.

145 *Ibidem*, pp. 18 y 19.

**culpabilidad**. Además de que este autor estaba a favor de la pena de muerte, pues él creía que por razones preventivas la pena podía rebasar el límite de la culpabilidad.

En realidad, las diferencias entre dolo, culpa, imputabilidad, las debemos al **Derecho Penal canónico**, tal como dice RICARDO C. NÚÑEZ:

“El Derecho Penal Canónico tuvo su teoría de la culpabilidad; distinguió el dolo de la culpa y asentó la imputabilidad penal en la libre voluntad y el discernimiento, declarando inimputables a los locos, ebrios y niños.”<sup>146</sup>

1556

**DOMINGO SOTO no vio en el error  
una causa de exclusión de la pena**

En 1556 Domingo Soto decía que ningún error sobre el hecho o sobre el Derecho “podía liberar de la pena estatal”.<sup>147</sup>

Lo que en todo caso resulta interesante es que en España, tanto ALFONSO DE CASTRO como DOMINGO SOTO, ya identificaban la figura jurídica del error, situación que permitió que más tarde se identificaran las relaciones entre error, culpabilidad, pena y prevención, tal como lo hizo FRANCISCO SUÁREZ.

146 NÚÑEZ, RICARDO C. “Bosquejo de la culpabilidad” (1943), en *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*, p. 63.

147 SOTO, DOMINGO, citado por GÜNTER STRATENWERTH, *Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho Penal español y latinoamericano*, p. 17.



1612

FRANCISCO SUÁREZ

### Advirtió la relación entre culpabilidad, pena y prevención



En 1612 FRANCISCO SUÁREZ afirmaba que la ley que contiene una norma “presupone culpabilidad.”<sup>148</sup>

En este sentido, FRANCISCO SUÁREZ ya veía a la culpabilidad como un presupuesto para la imposición de una pena. E incluso, FRANCISCO SUÁREZ veía la relación entre culpabilidad, pena y prevención.

Al respecto GÜNTER STRATENWERTH comentó:

148 SUÁREZ, FRANCISCO, citado por GÜNTER STRATENWERTH, *Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho Penal español y latinoamericano*, p. 13.

“De acuerdo con SUÁREZ el error excluye la pena, no porque disculpe al autor sino porque a través de él, la acción se torna involuntaria y de esa manera no es un fundamento suficiente para la pena dado que ella sólo es establecida con la finalidad de coaccionar la voluntad. Esta coacción no puede ser nunca efectiva si el autor obra sobre la base de un error.”<sup>149</sup>

Además FRANCISCO SUÁREZ ya distinguía entre error de hecho y error de derecho.<sup>150</sup> En cambio, para vergüenza nuestra, en México son muchas entidades federativas a las que todavía no les queda claro las diferencias entre **error de tipo** y **error de prohibición**.



Vanguardia en  
Ciencias Penales

Instituto de Formación Profesional

Biblioteca

149 STRATENWERTH, GÜNTER. *Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho Penal español y latinoamericano*, pp. 16 y 17.

150 GIUSEPPE BETTIOL consideró a SUÁREZ y a COVARRUVIAS como dos «hombres altamente beneméritos», *Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal*, p. 54.



1635

BENEDICT CARPZOV

Era el penalista de mayor prestigio



Se dice que BENEDICT CARPZOV fue el verdadero fundador de la ciencia penal alemana.

En 1635 BENEDICT CARPZOV publicó su obra intitulada: *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*. Esta obra gozó en su tiempo —y por más de cien años— de un prestigio absoluto.

Después, habiendo transcurrido 164 años, ANSELM VON FEUERBACH criticó la obra de BENEDICT CARPZOV, y es que los argumentos que vertió CARPZOV en su obra, no eran más que **argumentos de autoridad**.

Para lograr su cometido —nos comenta JAKOBS— FEUERBACH vendió sus reflexiones bajo el lema **Preci-**

**sión en lugar de arbitrariedad**, lo que significa: **razón en lugar de argumentos de autoridad**.<sup>151</sup>

Hoy que GÜNTHER JAKOBS ve que la verdadera actividad científica de nuestra disciplina está vinculada al examen de la **legitimación** del Derecho Penal, sin embargo ha reconocido que la labor de BENEDICT CARPZOV fue una actividad científica para el momento histórico en que vivió, sin importar el hecho de que los argumentos de CARPZOV pueden considerarse como auténticos **argumentos de autoridad**.

BENEDICT CARPZOV no desarrolló su actividad científica en forma deductiva o sistemática, sino que simplemente tomó en consideración las opiniones jurídicas de las autoridades más representativas de su tiempo. Tales opiniones podían provenir del Tribunal de Jueces de Leipzig, la jurisprudencia italiana, el Derecho romano, o de la *Constitutio Criminalis Carolina*.

1651

THOMAS HOBBS

Publicó «*El Leviathan*»

THOMAS HOBBS nació el 5 de abril de 1588 y murió en 1679, a los 91 años de edad, el 4 de diciembre. En su autobiografía dijo: “mi madre dio a luz a dos gemelos: al miedo y a mí”. Ya para morir comentó: “Me siento contento por encontrar un agujero para escapar de este mundo.”<sup>152</sup>

151 JAKOBS, GÜNTHER, *El Derecho Penal como Disciplina Científica*, p. 39.

152 CHIAPPINI, JULIO O. *Estudios de Derecho Penal*, pp. 97 y 102.



CHIAPPINI dijo alguna vez que THOMAS HOBBS puede ser considerado como “el primer autor de la Edad Moderna” que por primera vez presentó un programa más o menos completo del Derecho Penal.<sup>153</sup>

Los capítulos 27 y 28 del *Leviathan* los dedicó HOBBS al estudio de los delitos, las excusas, las atenuantes, los castigos y las recompensas.

Veamos algunas características que CHIAPPINI resaltó del pensamiento jurídico-penal de THOMAS HOBBS:

- a) HOBBS definió al delito con la siguiente expresión: “es un pecado consistente en la comisión (por hecho o por palabras) de lo que la ley prohíbe o la omisión de lo que la ley ordena.”
- b) También consideró que no todo pecado es un delito, pues señaló que no merecían sanción alguna las intenciones que no se exteriorizan.
- c) Dijo que el delito afecta directamente a la víctima, e indirectamente a los intereses de toda la sociedad.
- d) Relativo a la interpretación de la ley comentó que el soberano, en cuanto legislador, era quien tenía la última palabra.
- e) Dijo que la ignorancia de la ley no excluye la pena. Y a la emoción violenta la denominó: **una pasión súbita**.<sup>154</sup>

Además hizo una teoría de la pena sobre la base de la prevención general y especial.

153 *Ibidem*, p. 108.

154 *Ibidem*, p. 105.

Finalmente las ideas de HOBBS constituyeron un antecedente del **principio de legalidad**, pues él tenía el anhelo de la seguridad jurídica, un pensamiento que luego hicieron suyo los filósofos de la ilustración.

1672

### PUFENDORF hizo aportaciones que WELZEL rescató



SAMUEL PUFENDORF nació el 8 de enero de 1632 y murió en Berlín el 26 de octubre de 1694, a los 62 años de edad. Él sufrió 8 meses de prisión en la cárcel de Copenhague.

PUFENDORF fue deudor de las ideas de HUGO GROCIO y THOMAS HOBBS. En 1672 publicó *Deiure Naturae en Gentium*. Luego, en 1684 publicó la segunda ed., corregida y aumentada de *Deiure Naturae en Gentium*.



Basó su teoría de la acción y de la imputación en ARISTÓTELES. Su concepto de imputación es la relación entre un hecho y una persona, entendida como **causa libre del hecho**.

También distinguió entre *imputatio facti* e *imputatio iure*. HANS WELZEL, por su parte, retomó las ideas de ARISTÓTELES y de PUFENDORF para la creación de su teoría finalista del delito. Según ARISTÓTELES, “una persona puede ser hecha responsable solamente por aquellas acciones que surgen del fuero interno del individuo, es decir, por aquellas acciones que son atribuibles a su voluntad; mientras que sus acciones involuntarias, cuya dirección está fuera del individuo, no le pueden ser atribuidas.”<sup>155</sup>

Como un antecedente del **principio de legalidad**, SAMUEL PUFENDORF dijo que la pena:

- a) Sólo puede ser establecida por el soberano;
- b) Debe estar establecida con antelación al hecho; y,
- c) El hecho mismo debe estar específicamente previsto **antes** de la imposición de la pena.

Por otra parte, PUFENDORF dijo que no deben ser castigados los hechos de menor entidad.

Estas perspectivas de la función de la pena le permitieron desarrollar **una teoría utilitarista de la pena** con razones de “ejemplaridad”.

SAMUEL PUFENDORF elaboró una teoría acerca de los elementos de la imputación, y, en general, pode-

155 SACHER DE KÖSTER, MARIANA. *Evolución del Tipo Subjetivo*, p. 21.

156 CHIAPPINI, JULIO O. *Estudios de Derecho Penal*, p. 119.

mos decir que su obra tienen un corte netamente **positivista**.

HEGEL después hizo un concepto de imputación que de alguna manera ha permanecido hasta el día de hoy.

1705

### THOMASIIUS distinguió entre deber jurídico y deber moral



En 1705 CHRISTIAN THOMASIIUS separó el deber jurídico del deber ético. En su obra intitulada *Fundamenta juris naturae et gentium* consideró que el Derecho y la ética se separan en su raíz común:

“Sólo el deber de honestidad (de la moral) sería un deber ‘interno’ (*obligatio interna*), mientras que el de-



ber jurídico es únicamente exterior (*obligatio externa*)".<sup>157</sup>

En Alemania, con las reformas de 1969, se derogaron algunos preceptos vinculados con la moral, porque se consideraron obsoletos: por ejemplo el adulterio, el duelo, la sodomía y la homosexualidad.

En nuestro país la moral dejó de considerarse como el bien jurídico que se protege en casos de lenocinio, trata de personas, turismo sexual, pornografía infantil y corrupción de personas menores de edad, gracias a las aportaciones que en este aspecto últimamente ha realizado el Prof. Dr. MIGUEL ONTIVEROS ALONSO, actual Director del Instituto de Formación Profesional (IFP).

1731

### KEMMRICH explicó la responsabilidad penal de los partícipes

En 1731 KEMMRICH explicó la responsabilidad de los partícipes (inductores y cómplices), pues comentó que a alguien se le puede imputar "no sólo el delito propio que él mismo perpetró inmediatamente, sino también el ajeno al que mediatamente, cometiendo u omitiendo, concurre".<sup>158</sup>

Hoy todavía hay quienes discuten si las formas de inducción y complicidad pueden o no configurarse a través de una conducta omisiva.

157 CHRISTIAN THOMASIIUS, citado por HANS WELZEL, en *El nacimiento del nuevo concepto de Derecho*, p. 77.

158 KEMMRICH, citado por ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, *La Participación en el Delito y el Principio de Accesoriedad*, p. 84.

También —para tristeza nuestra— debemos recordar que algunos códigos penales de la República Mexicana, hoy todavía no distinguen entre formas de autoría y formas de participación. Sin embargo desde 1731 KEMMRICH ya se preocupaba por distinguir las diversas formas de intervención, tal como un año después lo hizo BOEHMER, pues también él habló del "concurso por el que alguien accede al crimen en verdad cometido por otro".<sup>159</sup>

1756

### ENGELHARD por primera vez utilizó la expresión: "Derecho Penal"

En 1756 REGNERUS ENGELHARD utilizó por vez primera la expresión **Derecho Penal**, expresión que después se popularizó mediante el *Código Penal de Napoleón* de 1808.

Nótese que nuestra disciplina adquirió su nombre debido a la repercusión principal de un delito, repercusión que es la **pena** precisamente.

Algunos autores como CLAUS ROXIN han criticado el hecho de que el Derecho Penal no se defina conforme a su contenido, dado que se considera que no debe definírsele a partir de sus consecuencias.

159 BOEHMER, citado por ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, *La Participación en el Delito y el Principio de Accesoriedad*, p. 84.



1758

**CRISTIAN KOCH hizo una distinción entre las formas de autoría y las formas de participación**

En 1758 CRISTIAN KOCH distinguió entre autoría y participación.<sup>160</sup>

Si en realidad, como se observa, desde 1758 se ha buscado “una nítida distinción” entre las distintas formas de autoría y las formas de participación, ello sin embargo todavía no ocurre en algunas entidades federativas de nuestro país.

Por ejemplo, en el *Código Penal para el Estado de México* podemos observar la siguiente disposición:

“**Artículo 12.** Los instigadores y los ordenadores son responsables de los delitos que se cometan con motivo de la instigación u orden”. Posteriormente se agrega en el mismo artículo: “a no ser que debieran haberlos previsto racionalmente.”

De modo que el inductor o el autor mediato que dictó una orden a través de un organismo organizado de poder, por ejemplo, ambos, responderán penalmente si se prueba que les era previsible el hecho de que el autor o el sujeto instrumentalizado, según se trate, cometa un delito diferente.

Lo que en todo caso pasa por alto el artículo 12 transcrito es **que no existe participación punible ni autoría mediata sobre un hecho principal culposo.**

160 PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE, *La Participación en el Delito y el Principio de Accesoriedad*, p. 85.

1764

**BECARIA publicó su obra “De los Delitos y de las Penas”**

BECARIA fue el primero en protestar contra el procedimiento secreto, la tortura, la confiscación y las penas infamantes. También rechazó la pena de muerte y se pronunció a favor del **principio de proporcionalidad** de las penas. En 1764 BECARIA publicó: *De los Delitos y de las Penas*, dos años después dijo: **la pena de muerte no es útil.**

1774

**Apareció un antecedente del principio de legalidad**

En 1774 se presentó en Filadelfia un antecedente del principio “no hay pena sin ley”.

Pero el principio de legalidad tiene su antecedente más claro en la *Carta Magna del Rey Juan Sin Tierra*, (1215) en cuyo artículo 39 se lee:

“Ningún hombre libre será detenido, procesado o desposeído o proscrito o muerto en forma alguna, ni podrá ser condenado ni podrá ser sometido a prisión si no es por juicio de sus iguales o por las leyes del país”.<sup>161</sup>

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano también representa un antecedente del prin-

161 HERRERA, LUCIO EDUARDO. *El principio de legalidad y la tipicidad*, p. 282.



cipio de legalidad, dado que en sus artículos 7, 8 y 9 indica:

“**Artículo 7.** Ningún hombre puede ser acusado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y de acuerdo con las formalidades prescritas por ella. Los que soliciten, expidan o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados. Pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de ley, debe obedecer al instante y será culpable por su resistencia.”

“**Artículo 8.** La ley no debe establecer más que penas escritas y evidentemente necesarias. Y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada.”

“**Artículo 9.** Todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable. Si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea obligado para asegurar su persona debe ser necesariamente reprimido por la ley.”

El *Código Penal de Baviera* de 1813 también asumió el principio de legalidad.

Sin embargo, tanto Alemania como Rusia, en un momento dado, omitieron la aplicación del principio de legalidad.

Por ejemplo, en el *Código Penal de Rusia* de 1926, se decía:

“**Artículo 6.** Se considera socialmente peligrosa toda acción u omisión dirigida contra el régimen soviético o que importe atentado al orden jurídico establecido por el poder obrero y campesino para el periodo de transición al orden comunista”.

Por su parte el *Código Penal Alemán* en 1935 se modificó para quedar como sigue:

“...es punible el que comete un acto que la ley declara punible o que conforme a la idea fundamental de una ley penal y al sano sentimiento del pueblo merece ser punible.”<sup>162</sup>

Rusia y Alemania después rectificaron y ahora reconocen al **principio de legalidad** en su legislación penal, pues se sabe que el principio de legalidad es una de las conquistas más importantes de la ciencia penal.

1775

#### NACIÓ ANSELM VON FEUERBACH

ANSELM VON FEUERBACH murió en 1833 y entre sus logros está el haber hecho el *Código Penal de Baviera* de 1813, uno de los primeros códigos penales modernos en el mundo.

En el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ya se contenía el principio que más tarde formuló ANSELM VON FEUERBACH en términos latinos con la expresión: *nulla poena, nulla crimen sine lege*.

VON FEUERBACH llegó al extremo con su principio de legalidad, hasta el punto de que exigió, basándose en el principio de la división de poderes, prohibir interpretaciones del *Código Penal* de 1813. FEUERBACH decía:

162 *Ibidem*, pp. 285 y 286.



“El juez debe atarse a la letra rigurosa y desnuda de la ley”.<sup>163</sup>

También construyó una teoría de la pena basada en la amenaza o coacción psicológica (**prevención general negativa**).

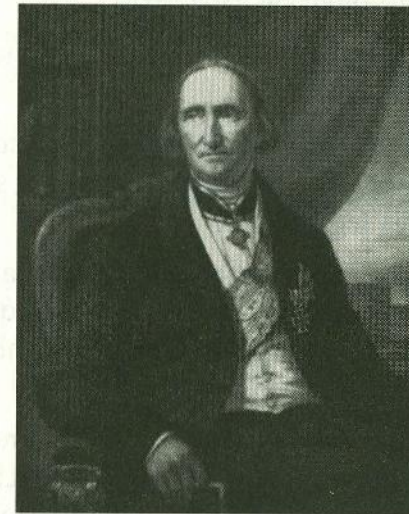
Hoy se sabe que un Estado no puede legitimar su poder punitivo a través de la intimidación de las personas.

Por eso en su momento Hegel se opuso a Feuerbach, objetándole que su teoría equivale a tratar a un hombre **como si se levantara un bastón contra un perro**.

163 KAUFMANN, ARTHUR. *Filosofía del Derecho*, p. 114.

1779

## Nació FRIEDRICH VON KARL SAVIGNY



SAVIGNY decía que si a menudo encontramos una separación entre dos clases de juristas —teóricos y prácticos— eso se debía al descuido del poder legislativo de los Estados modernos, en atención al deterioro de la legislación precisamente.<sup>164</sup>

Tal deterioro se incrementó a partir de 1914 debido a las nuevas exigencias de la sociedad industrial, pero en todo caso sorprende que desde muy temprano SAVIGNY había notado las repercusiones de una legislación mediocre.

Los tres o cuatro métodos de la interpretación jurídica que SAVIGNY nos enseñó han tenido una aceptación muy popular (me refiero a los métodos de inter-

164 SAVIGNY, FRIEDRICH VON KARL. *Metodología Jurídica*, p. 8.



pretación: histórico, lógico y gramatical). SAVIGNY decía:

- a) "El intérprete debe poseer el difícil arte de descubrir lo particular de cada texto".
- b) "La tarea más elevada de la interpretación es la crítica".<sup>165</sup>

Recomendaba que el jurista ejerciera su disciplina porque **la práctica** es el mejor medio para ser un buen intérprete de la legislación.

Con mucha razón KARL LARENZ llegó a reprocharle a SAVIGNY el hecho de que, no obstante que rechazó la interpretación teleológica, aceptó sin embargo la interpretación analógica.<sup>166</sup>

Con igual mérito ARTHUR KAUFMANN nos hizo ver que los cuatro métodos de interpretación propuestos por SAVIGNY (gramatical, lógico, histórico y sistemático), no son los únicos, sino que "existen muchísimos más con los cuales pueden fundamentarse sentencias jurídicas y no solamente los cuatro mencionados."<sup>167</sup>

PUCHTA precedió a SAVIGNY, y vio en el sistema jurídico una pirámide de conceptos con conexión de sentido formal, operable según las reglas de la lógica formal; dijo que en la pirámide, los conceptos adquieren un peculiar rango posicional. De esta manera PUCHTA preparó el terreno al **formalismo**, mismo que, como dijo KARL LARENZ:

165 Ibidem, pp. 18 y 31.

166 LARENZ, KARL. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 33.

167 KAUFMANN, ARTHUR. *Filosofía del Derecho*, p. 102.

Significó un definitivo alejamiento del Derecho a la realidad social.<sup>168</sup>

Luego siguieron las aportaciones de IHERING en el campo de la así llamada **jurisprudencia de conceptos**, en donde continuaba el mismo rigorismo sistemático de SAVIGNY.

Hasta que más tarde el propio IHERING se volvió contra el **culto** de la lógica formal, e inició una etapa nueva de su pensamiento: la **jurisprudencia de intereses**.

FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY murió en 1861, a los 82 años de edad.

## 1782

### LARDIZABAL hizo importantes contribuciones

En 1782 MANUEL DE LARDIZABAL publicó su *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*.

Hay que destacar que MANUEL DE LARDIZABAL Y URIBE nació el 22 de diciembre de 1739 en Tlaxcala, México; murió sin embargo en Madrid, el 25 de diciembre de 1820.

LARDIZABAL consideró que el error de una persona debería llevar a la consecuencia de atenuarle la pena.

Es algo que sorprende que en algunas entidades federativas en nuestro país todavía no se regula la figura

168 LARENZ, KARL. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, pp. 40 y 44.



ra del error. Tal es el caso de Zacatecas, lugar en donde no aparece regulado el error de prohibición en todas sus modalidades.

Michoacán es otro caso semejante o quizá más lamentable, dado que únicamente está regulado el **error de hecho** invencible.

1789

### Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

Uno de los objetivos de la Revolución Francesa fue la separación de los poderes, “como medio para garantizar y controlar” la independencia de los mismos.<sup>169</sup>

El 26 de agosto 1789 apareció la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Según JÜRGEN BAUMANN, esta Declaración puede considerarse:

Como “el fundamento de los derechos procesales surgidos alrededor de 1850 y codificados por el Reich en 1877”.<sup>170</sup>

Sobresale el artículo 16 de dicha Declaración, en donde se dispone que:

“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución.”

169 ESER, ALBIN. *Jueces legos en el proceso penal. Una comparación entre los sistemas inquisitivo y adversativo, desde la perspectiva alemana*, p. 944.

170 BAUMANN, JÜRGEN. *Derecho Procesal Penal*, p. 32.

Respecto al principio de legalidad, el artículo 8 del mismo ordenamiento indica que la ley “sólo puede imponer penas escritas” y “evidentemente necesarias”.

De esta manera se entiende que el principio de legalidad es concordante con los principios de **igualdad**, **división de poderes**, y de modo general, con el **Estado de Derecho**.

Dicho principio de legalidad cumple con cuatro funciones básicas, a saber:

- a) Que la pena no puede ser fundamentada, ni tampoco agravada, por razones del Derecho no escrito (Derecho consuetudinario);
- b) Que la ley penal no se debe aplicar por analogía a un caso no regulado;
- c) Que la ley penal no puede tener un efecto retroactivo en perjuicio; y
- d) Que la ley penal debe ser escrita, clara y precisa.

Falta decir que el principio *in dubio pro reo* es el complemento del principio de legalidad, pues el principio *in dubio pro reo* dispone:

“No hay pena, si no se prueba el hecho y la culpabilidad.”<sup>171</sup>

171 JESCHECK, HANS. *Tratado de Derecho Penal*, 87.



1790

**MARAT observó la necesidad de clasificar los delitos y se pronunció a favor de la prevención intimidatoria**



En 1790 MARAT se pronunció por una teoría intimidatoria de la pena, e indicó la necesidad de clasificar los delitos.

1795

**STÜBEL destacó la importancia de la prevención especial**

En 1795 STÜBEL se enfocó a la creación de una teoría de la prevención especial.

Un año después, en 1796 FEUERBACH publicó *Crítica del Derecho Natural*.

Por cierto, en 1799 FEUERBACH decía que la prevención especial “deshonra al individuo y lo convierte en medio para las finalidades de terceros”.<sup>172</sup>

Después, en 1805 STÜBEL abandonó su posición original de la prevención especial y adoptó la posición de FEUERBACH (la función intimidatoria de la pena).

También en 1805 STÜBEL siguió una teoría mixta para explicar las formas de autoría y participación, aunque en 1812, se perfiló por un concepto unitario de autor.<sup>173</sup>

1796

**FEUERBACH distinguió entre moral y Derecho**

En este año FEUERBACH publicó *Crítica al Derecho Natural*, en donde dividió entre Derecho y moral, pues consideró que nada debe estar prohibido, ni menos aún ser punible por el solo hecho de ser inmoral.

Con todo esto, tal como comentó GÜNTER JAKOBS, la ley moral quedó excluida del contenido del Derecho y pasó a servir como un fundamento posible en la determinación de lo único que el Derecho ha de proteger: la libertad del ser humano.<sup>174</sup>

172 FEUERBACH, citado por WOLFGANG NAUCKE, en *Principales Problemas de la Prevención*, p. 25.

173 Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*, p. 77.

174 JAKOBS, GÜNTER. *El Derecho Penal como Disciplina Científica*, pp. 41 y 42.



RUBÉN QUINTINO ZEPEDA

1797

### KANT realizó su concepto de Derecho



En 1797 KANT hizo su concepto del Derecho, el cual versa como sigue:

“Derecho es la síntesis conceptual de las condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede armonizarse con el arbitrio de los demás conforme a una ley universal de libertad.”<sup>175</sup>

Para KANT una pena debe imponerse sin razón preventiva alguna. Él veía en la pena una razón de **proporcionalidad retributiva**.

Una vez dijo:

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 42.

LA CIENCIA PENAL A TRAVÉS DE SUS AUTORES

“Cuando se infringe la justicia no tiene ningún valor que los hombres vivan sobre la tierra.”

En 1786 publicó sus *Fundamentos Metafísicos de la Ciencia Natural*.

Kant tuvo el valor de cuestionar en su tiempo el así llamado **derecho soberano a declarar la guerra** (*ius ad bellum*) y entonces desarrolló la idea de una paz perpetua con la forma de una Confederación de Estados libres.

Aún con todo esto, como dice JÜRGEN HABERMAS, el contenido moral del Derecho Internacional Clásico, fue muy precario.<sup>176</sup>

1798

### GROLMAN dio seguimiento a las ideas de la prevención especial de STÜBEL

En 1798 GROLMAN dio seguimiento a las ideas de prevención especial de STÜBEL.

El sistema del delito en GROLMAN estaba basado en los siguientes aspectos:

- a) Los elementos objetivos del hecho (antijuridicidad); y
- b) Los elementos subjetivos (o la imputación subjetiva del hecho).

Se dice que la obra de GROLMAN representó:

<sup>176</sup> HABERMAS, JÜRGEN. *El Derecho Internacional en la Transformación hacia un Escenario Posnacional*, pp. 13 y 15.



“Una de las primeras muestras de una elaboración sistemática del delito erigida sobre una distinción en la línea de la antijuridicidad y culpabilidad.”<sup>177</sup>

GROLMAN concibió al delito como algo que “construye la libertad de otros” y ya distinguía entre consumación y tentativa.

GROLMAN ya planteaba:

- a) El derecho de la legítima defensa;
- b) El derecho a la restitución o indemnización; y,
- c) El derecho a la prevención.<sup>178</sup>

Dijo que el delito es “la incorrecta intromisión en la esfera de libertad de otro.”

Además consideró que la imputación subjetiva se excluye en casos de:

- a) Inimputabilidad;
- b) Ausencia de la acción;
- c) Caso fortuito; o bien, por
- d) Fuerza irresistible.<sup>179</sup>

177 MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO. *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*, p. 125.

178 *Ibidem*, pp. 126 y 127.

179 *Ibidem*, pp. 131.

1799

### FEUERBACH llevó el concepto de peligrosidad al Derecho Penal

En 1799 ANSELM VON FEUERBACH llevó el concepto de peligrosidad al Derecho Penal.

La entendía como la característica de la persona “en la cual existe una base de **probabilidad** de que efectivamente lesionará derechos.”<sup>180</sup>

La peligrosidad igualmente fue objeto de atención por parte de la Escuela Positiva de LOMBROSO, GAROFALO y FERRI.<sup>181</sup>

Ahora sabemos que para efectos de la **individualización judicial de la pena**, o bien, para la individualización judicial de una medida de seguridad no accesoria a la pena, debe tenerse en cuenta la peligrosidad de la persona (inclusive si se trata de alguien menor de edad).

El mismo sentido se sigue cuando la ley le exige al juzgador tomar en cuenta el comportamiento posterior al hecho. De tal modo que puede ser menos peligrosa la persona que después de la consumación del resultado se entrega a las autoridades como muestra de arrepentimiento.

En los casos de tentativa, tampoco podemos hacer a un lado la idea de **peligrosidad**.

180 CASABONA. *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*, p. 16.

181 DONNA, EDGARDO. *La Peligrosidad en el Derecho Penal*, p. 15.



general orientada a la práctica, así como su teoría de la coacción...”<sup>184</sup>

Conforme a la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach se debería hacer tomar conciencia al autor, en contra de su deseo, de que después del hecho seguirá un mal, y que ese mal será mayor que la insatisfacción del impulso a realizar el hecho.<sup>185</sup>

1818

### Nació RUDOLF VON IHERING

En la primera etapa del pensamiento de RUDOLF VON IHERING, él creía en la construcción de un sistema jurídico cerrado, a la manera de FRIEDRICH VON KARL SAVIGNY.

En una segunda etapa de su pensamiento, Ihering consideró que la vida no existe a causa de los conceptos, sino que los conceptos existen a causa de la vida, de tal manera que —según afirmó— “no ha de suceder lo que la lógica postula, sino lo que postula la vida, el tráfico, el sentimiento jurídico, aunque sea lógicamente necesario o imposible”<sup>186</sup>

Una de las aportaciones más contundentes de IHERING es el hecho de que él se opuso a ADOLF MERKEL para llegar a la conclusión de que la antijuridicidad es una categoría autónoma distinta a la culpabilidad, esto lo afirmó IHERING en 1867.

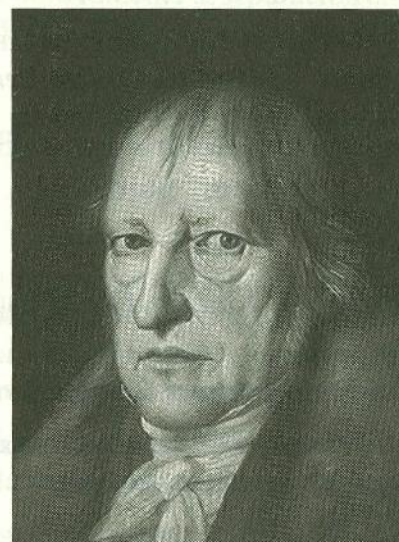
184 SCHMIDT, EBERHARD. *La ley y los jueces, en Derecho Injusto y Derecho Nulo*, p. 27.

185 SACHER DE KÖSTER. *La Evolución del Tipo Subjetivo*, p. 30.

186 LARENZ, KARL. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 67.

1821

### HEGEL publicó su libro: *Filosofía del Derecho*



En 1821 GEORGE FRIEDRICH WILHELM HEGEL (1770-1831) publicó su libro *Filosofía del Derecho*.

Esta obra trajo consigo a toda una generación de penalistas hegelianos. Son hegelianos en el campo del Derecho Penal: CHRISTIAN REINHOLD, KÖSTLIN, JULIUS ABEGG, ALBERT FRIEDRICH BERNER y HUGO HÄLSCHNER, entre otros.

En este mismo año HEGEL comenzó una intensa discusión acerca de que sí puede existir antijuridicidad sin culpabilidad.

HEGEL, como se dijo, le hizo una objeción a FEUERBACH, en la que le reprochó que conforme a su teoría de



la pena “se considera al ser humano como cuando se amenaza a un perro con un palo”.

En cambio, para HEGEL, con la pena se le reconoce al delincuente como el ser racional que es.

Nunca se olvidará el comentario de HEGEL —muy acertado por cierto— de que un *Código Penal* siempre pertenece a su tiempo y a la situación de la sociedad imperante en él.

### 1822

#### Se sancionó el *Código Penal* español

En 1822 se sancionó el primer *Código Penal* español.

Por cuanto hace a las distintas formas de intervención este código se vio influenciado por el *Código Penal* francés de 1810.

### 1825

#### WÄCHTER distinguió entre formas de autoría y formas de participación

En 1825 WÄCHTER dijo que los partícipes **apoyan** “el delito de otro” en tanto que el autor del hecho principal es quien tiene la última decisión de realizar o no el hecho.<sup>187</sup>

Este mismo año nació VON BURI, quien creó la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual “parte

187 ROXIN, CLAUD. *Autoría y Dominio del Hecho*, p. 72.

de la **igualdad** de todas las condiciones que contribuyen a producir un resultado”.<sup>188</sup>

Además, con el pensamiento de VON BURI, fue introducida definitivamente la separación entre causalidad y culpabilidad.

### 1832

#### BIRNBAUM creó la expresión “bien jurídico”

En este año BIRNBAUM indicó que FEUERBACH en realidad quería decir que el delito es la lesión o la puesta en peligro de un “bien jurídico”, de esta manera había surgido en Derecho Penal la expresión “bien jurídico”.

A partir de entonces al delito se le entiende como la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico.

Desafortunadamente todavía existen en muchas entidades federativas en las que se regula la tentativa inidónea y el así llamado delito imposible, figuras conforme a las cuales se les castiga por tentativa a las personas aunque no exista en el caso concreto el bien jurídico, el objeto material o el sujeto pasivo.

### 1836

#### Nació ADOLF MERKEL

ADOLF MERKEL es considerado como el fundador de la Teoría General del Derecho, mientras que SAVIGNY, junto con IHERING, son reconocidos como las personas que

188 BAUMANN, JÜRGEN. *Conceptos Fundamentales y Sistema*, p. 123.



nes hicieron más aportaciones a la metodología jurídica de su tiempo.

MERKEL fue el primero que vio en la culpabilidad **un juicio que recae sobre el autor**, tal como EDGARDO DONNA lo ha manifestado:

“Esta idea de juicio sobre la persona, autor del hecho típico, aparece en MERKEL, quien definía la culpabilidad, además del dolo y la culpa, como ‘un juicio de valor sobre una persona, sobre su actitud que se revela en la manera en que actuó’.”<sup>189</sup>

Ahora bien, GOLDSCHMIDT comentó que ERNST VON BELING ya veía en la culpabilidad “un juicio de valor”, “aunque nunca sacó consecuencias prácticas de ello”.<sup>190</sup>

### 1841

#### Nació KARL BINDING

Comentó ARMIN KAUFMANN que la obra completa de KARL BINDING abarcó unas 8,000 páginas.

Uno de los méritos de KARL BINDING consistió en haber popularizado, por así decirlo, la expresión **bien jurídico** que BIRNBAUM había creado en 1832.

A diferencia de FRANZ VON LISZT, KARL BINDING se opuso a considerar al bien jurídico como un **interés**, pues dijo “que con respecto al bien jurídico pueden existir varios y hasta opuestos intereses”.<sup>191</sup>

189 DONNA, EDGARDO. *Breve síntesis sobre el problema de la culpabilidad normativa*, p. 15.

190 GOLDSCHMIDT, JAMES. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad* (1930), p. 89.

191 KAUFMANN, ARMIN. *Teoría de las Normas*, p. 15.

El tiempo ha transcurrido y finalmente se le ha dado la razón a FRANZ VON LISZT, quien consideró al bien jurídico como el **interés** que protege la norma penal, por cierto que esta idea de **interés** la tomó LISZT de un muy amigo suyo llamado RUDOLF VON IHERING.

BINDING incluyó la conciencia de la antijuridicidad del hecho en el dolo, y, en tal sentido, fue defensor decidido de la llamada **teoría del dolo**.

Con relación al entendimiento de la norma, mientras que ADOLF MERKEL concibió a la norma sólo en su **función de determinación**, KARL BINDING por su parte le reconoció dos funciones a la norma: **la función motivadora y la función de determinación**.<sup>192</sup>

### 1843

#### JULIUS BERNER hizo un concepto de imputación basado en la filosofía de HEGEL

Desde la perspectiva de HEGEL el concepto de acción era el centro del sistema penal.

La influencia de HEGEL dominó la primera mitad del siglo XIX.

Además de JULIUS BERNER, LUDEN también fue hegeliano y creyó que lo central de la acción era la causación del resultado.

La voluntad no fue para LUDEN un componente de la acción, sino de la culpabilidad.

192 SACHER DE KÖSTER. *Evolución del Tipo Subjetivo*, p. 55.



El criminalista JULIUS BERNER, también hegeliano, en 1843 dijo que imputar significa “cargar algo en la cuenta del otro.”<sup>193</sup>

En 1928 KARL LARENZ también hizo referencias importantes a la teoría de la imputación de HEGEL, de tal manera que, en 1930, HONIG retomó a LARENZ y **distinguió entre causalidad e imputación**, al decir que el objeto de la imputación es el resultado causado.

En 1930 HONIG perfectamente distinguió causalidad e imputación, pero a pesar del transcurso de los años, en algunos códigos penales de la República Mexicana todavía se comete la grandísima falla de que a partir de la causalidad se deriva consecuentemente la culpabilidad, tal es el caso del *Código Penal para el Estado de Michoacán*, en cuyo artículo 7 se indica:

“El delito es doloso cuando... el resultado... es consecuencia necesaria de la conducta realizada.”

193 SCHÜNEMANN, BERND. *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, p. 72.

1847

VON KIRCHMANN hizo una importante crítica a la ciencia del Derecho



v. Kirchmann

En 1847 el fiscal JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN, pronunció una conferencia intitulada “La carencia de valor de la Jurisprudencia como ciencia”, en la cual dijo lo siguiente:

“Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convertirán en maculatura.”

Lo anterior HERMANN VON KIRCHMANN lo leyó en la sociedad berlinesa de juristas.<sup>194</sup>

Hoy, como lo ha dicho GÜNTHER JAKOBS, si el científico del Derecho llega hasta el fundamento de la legi-

194 VON KIRCHMANN, citado por KARL LARENZ, en *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 65.



timación del mismo, entonces será resistible “al *dictum* de VON KIRCHMANN”, y de esta manera su trabajo “no se convierte en papel de desecho”, “ya que el fundamento» y la legitimación de nuestra disciplina no están «a disposición del legislador”.<sup>195</sup>

## 1851

### Se publicó el *Código Penal* prusiano

En 1851 se publicó el *Código Penal* prusiano, mismo ordenamiento que más tarde inspiró al *Código Penal Imperial* de 1871.

En este mismo año HEINRICH THÖL dio inicio a una **teoría objetiva** de la interpretación.<sup>196</sup> Esta teoría determina que no interesa tanto la finalidad del legislador, sino lo que importa en todo caso, es el texto de la ley en el momento y las condiciones en que se le interpreta.

También en 1851 E. HENKE propuso que para distinguir entre formas de autoría y formas de participación, se identificara el interés —**propio o ajeno**— de los intervinientes.<sup>197</sup> Cosa curiosa pero ahora tenemos una sentencia en la que se dice que una persona debe responder como coautor “debido a que quería el hecho como propio y no como ajeno”. Esta sentencia estaría

195 JAKOBS, GÜNTHER. *El Derecho Penal como Disciplina Científica*, pp. 22 y 23.

196 LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 53.

197 PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. *La Participación en el Delito y el Principio de Accesoriedad*, p. 150.

muy bien si hubiese sido realizada en 1851, pero no en 2009.

El *Código Penal* prusiano de 1851, en su artículo 44, se refirió a la figura del error de la siguiente manera:

“... de las cualidades especiales en la persona del autor o de aquel en quien recae la acción, o de las circunstancias especiales bajo las cuales fue ejecutada, no se le puede atribuir al autor la acción como crimen o delito.”<sup>198</sup>

En cambio, el *Código Penal* de HESSE de 1841, en su artículo 41, establecía:

“El desconocimiento de la ley no excluye la imputación; así como tampoco la ignorancia o error respecto a la clase y magnitud de la pena.”<sup>199</sup>

Por último hay que decir que en 1851 nació FRANZ VON LISZT, uno de los máximos exponentes de la ciencia penal.

## 1852

### IHERING se perfiló a favor de una jurisprudencia de conceptos

En 1852 RUDOLF VON IHERING publicó *Espíritu del Derecho Romano*, en donde se anticipó a lo que más tarde se conocería como **jurisprudencia de conceptos**.

198 FRANK, REINHARD. *Sobre la Estructura del Concepto de Culabilidad*, p. 54.

199 FRANK, REINHARD. *Sobre la Estructura del Concepto de Culabilidad*, p. 54.



En esta primera etapa de su obra IHERING pensó —al más puro estilo de SAVIGNY— en un sistema jurídico cerrado.

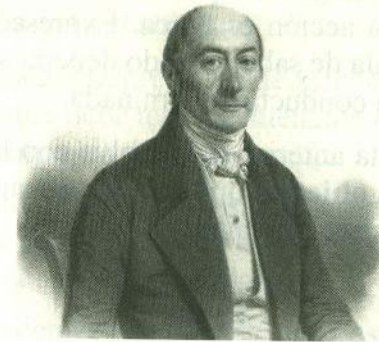
La influencia de SAVIGNY era muy significativa en esta época, al grado de que PUCHTA —también sobre la base de SAVIGNY e incluso antes que IHERING— vio en el sistema jurídico una pirámide de conceptos conectados en sentido formal y operables según las reglas de la lógica formal.

Sin embargo, en una segunda etapa de su pensamiento, RUDOLF VON IHERING se volvió en contra de la jurisprudencia de conceptos y se manifestó a favor de la así llamada **jurisprudencia de intereses**.

Por cierto que este último hecho fue algo muy significativo para la sociología en general, pues NIKLAS LUHMANN afirmó que en la medida en que se hizo a un lado a la “jurisprudencia de conceptos”, en esa medida, **la ciencia jurídica descubrió su interés por la sociología**.

La jurisprudencia de conceptos conduce, según ARTHUR KAUFMANN, a una clase de Derecho **impersonal y sin historia**, porque la jurisprudencia de conceptos busca un Derecho en el que el principio de igualdad se manipule en forma completamente mecánica, que no considere de ninguna manera la situación histórica concreta, ni la individualidad, algo como una caricatura de la justicia ciega, la cual dictamina sin tener en cuenta a la persona.<sup>200</sup>

200 KAUFMANN, ARTHUR. *Filosofía del Derecho*, p. 242.



GEORG FRIEDRICH PUCHTA

(1798-1846)

1857

### A.F. BERNER hizo del concepto de acción el centro de todo el Sistema de Derecho Penal

El concepto de **acción**, como categoría general del delito, por vez primera apareció en el *Manual de Albert Friedrich Berner* de 1857.<sup>201</sup>

Así, habiéndose retomado la filosofía de HEGEL, el concepto de acción llegó a ser el verdadero **centro** del sistema penal.

Hoy sin embargo el concepto de acción cumple con un papel **secundario** en el sistema del delito, porque es la **acción típica** —el tipo penal en realidad— la categoría que, si se permite la expresión, actualmente ocupa el centro del sistema penal.

201 ROXIN, CLAUDIUS. *Derecho Penal Parte General*, tomo I, p. 196.



Esto último significa que la cuestión ahora es saber cuándo una acción es típica. Expresado en otros términos, se trata de saber cuándo debemos imputar el resultado a una conducta determinada.

La pregunta anterior se resuelve con los criterios de **imputación objetiva** que encuentran su lugar en el **tipo objetivo**, precisamente.

1858

### GLASER elaboró una teoría de la causalidad

En 1858 el procesalista JULIUS GLASER elaboró la fórmula de la *conditio sine qua non*, una opinión que más tarde fue dominante en la jurisprudencia alemana gracias a VON BURI, quien se afilió a la fórmula de la *conditio sine qua non* de GLASER y creó la **teoría de la equivalencia de las condiciones**. Posteriormente VON KRIES llegó a la creación de una teoría de la adecuación causal, que TRAEGER reformuló en el año 1904.

Según la teoría de la equivalencia de las condiciones es causal para un resultado toda condición que no puede suprimirse sin que desaparezca el resultado de que se trate.

1861

### Murió FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY

SAVIGNY le prestó mucha atención a la interpretación sistemática de la ley. Él dijo por ejemplo:

- a) Que toda interpretación “tratará de ofrecer un resultado para el **sistema**”.
- b) Que toda interpretación debe tener un objeto práctico, pues debe tener la intención de aclarar uno de los principios del **sistema**.<sup>202</sup>

¿Cómo definió al sistema SAVIGNY? Él dijo que un sistema es el que pretende ordenar la vinculación y la conexión de varios principios.

Pero además nos advirtió dos cosas:

**Primero**, que los conceptos determinan al sistema; y

**Segundo**, que a los conceptos falsos les siguen interpretaciones falsas.<sup>203</sup>

En su época de madurez SAVIGNY se liberó de la estrecha vinculación a que conduce el tenor literal de la interpretación de la ley, en beneficio de una interpretación histórica y teleológica.<sup>204</sup>

1864

### IHERING inició una nueva etapa a favor de la jurisprudencia de intereses

En 1864 RUDOLF VON IHERING inició una nueva etapa, entonces dijo:

“La vida no existe a causa de los conceptos, sino que los conceptos existen a causa de la vida. No ha de

202 SAVIGNY, FRIEDRICH VON KARL. *Metodología Jurídica*, p. 24.

203 SAVIGNY, FRIEDRICH VON KARL. *Metodología Jurídica*, pp. 37, y 38.

204 LARENZ, KARL. *Metodología Jurídica*, p. 38.



sucedier lo que la lógica postula, sino lo que postula la vida, el tráfico, el sentimiento jurídico, aunque sea lógicamente necesario o imposible."<sup>205</sup>

Más tarde, cuando PHILIPP HECK se hizo partidario de la jurisprudencia de intereses, dijo que la **jurisprudencia de conceptos** es como un mago, que no puede dar ayuda sino a los que le prestan una fe ciega.<sup>206</sup>

1867

### IHERING distinguió entre antijuridicidad y culpabilidad

En 1867 RUDOLF VON IHERING distinguió entre antijuridicidad y culpabilidad.

Meses antes que IHERING, ADOLF MERKEL publicó la idea de que no puede existir un injusto no culpable, es decir:

Que no podía existir antijuridicidad sin culpabilidad.

Entonces se creía que la antijuridicidad y la culpabilidad formaban una misma categoría. Se consideraba que no existía antijuridicidad sin culpabilidad.

Bajo tal perspectiva, si la antijuridicidad y la culpabilidad formaran una misma categoría, entonces una persona menor de edad, dado que no puede actuar

205 IHERING, RUDOLF, citado por KARL LARENZ, en *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 67.

206 HECK, PHILIPP. *El Problema de la Creación del Derecho*, p. 42.

culpablemente por la falta de imputabilidad, entonces, tampoco podría actuar antijurídicamente.

Esta tesis no se pudo sostener por largo tiempo, de ahí que ahora se acepta, sin reticencia alguna, que las personas menores de edad sí pueden actuar de modo antijurídico, aunque **inculpablemente**.

Sorprende el hecho siguiente: si desde 1821 HEGEL sugirió que podía existir antijuridicidad sin culpabilidad, hoy sin embargo existen entidades en la República Mexicana en donde todavía no se conoce la **prelación lógico-numérica** que existe entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Tal es el caso del *Código Penal para el Estado de Yucatán*, en donde se define al delito como sigue: "**Artículo 4.** Constituye delito toda conducta humana activa u omisiva, antijurídica, típica, imputable, culpable, punible y sancionada por las leyes penales."

1866

### Nació ERNST VON BELING

Antes de BELING el concepto del tipo comprendía la totalidad de las características del delito.

De este concepto de tipo, BELING desglosó otro más restringido: el tipo del delito formulado **con presión** por el Derecho Positivo, y lo convirtió en elemento constitutivo de la estructura tripartita del delito: **tipicidad**, antijuridicidad y culpabilidad.

VON BELING no creyó en la participación sobre un hecho principal culposo, él decía que la "participación en un hecho principal culposo sería **chocante**."



BELING se planteaba el caso en que el autor del hecho principal tuviera “una causa personal de extinción de la pena”, ¿en estos casos debía castigarse a los partícipes?

Al respecto dijo BELING:

“Es... indiferente, que el autor principal tenga de su parte ‘una causa personal de extinción de la pena’ y, desde luego, si para la persecución del autor principal concurren o no todos los presupuestos procesales.”<sup>207</sup> Él también sabía que no existe tentativa de participación punible.

1869

### BINDING se preguntó cómo imputar un hecho al partícipe

En 1869 KARL BINDING sostuvo que la pena del cómplice “se debe determinar según la ley aplicable al autor que quisiera auxiliar.”<sup>208</sup> Según esto, debería ser sancionado sobre la base del tipo de parricidio el cómplice de quien mata a su padre. Desde luego, hoy no prevalece la opinión de BINDING.

Por cierto, KARL BINDING decía que su orgullo consistía en limitar sus estudios al conocimiento del Derecho Positivo, apartándose de todo Derecho Natural.

Pero también consideraba que toda propuesta legislativa le corresponde por excelencia a la ciencia ju-

207 BELING, ERNST. *Esquema de Derecho Penal*, p. 109.

208 PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. *La Participación en el Delito y el Principio de Accesoriedad*, p. 206.

rídica. Porque le exigía un especial esmero al legislador en la redacción de la ley, un esmero igual al que exigía del juez en su aplicación.

1870

### Era dominante la teoría de la equivalencia de las condiciones

En 1870 era dominante la teoría de la equivalencia de las condiciones, misma teoría que sirvió de base para crear “la teoría subjetiva de las formas de intervención”.

También las “teorías subjetivas de la tentativa” tuvieron como base la teoría causal de referencia.

Dígase lo que se diga, todavía hoy existe un predominio de la teoría de la equivalencia de las condiciones en muchos Estados de la República Mexicana. Tal es el caso evidente del *Código Penal para el Estado de Michoacán*, en donde por ejemplo se dispone:

“Artículo 10. Nadie podrá ser sancionado por una conducta o hecho previsto en la ley como delito, si el resultado del que depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión.”

Aunado a que, según establece el artículo 7 del mismo ordenamiento:

“El delito es doloso cuando... el resultado... es consecuencia necesaria de la conducta realizada.”



1871

**En México fue aprobado el *Código Penal***

ANTONIO MARTÍNEZ DE CASTRO

En México, en 1871 fue aprobado y promulgado el 7 de diciembre el *Código Penal* ANTONIO MARTÍNEZ DE CASTRO, mismo que comenzó a regir el primero de abril de 1872.

En este mismo año, pero en Alemania, el 15 de mayo, se publicó el *Código Penal* para el Reich.

Este último fue un Código unificador debido a que, antes de él, cada uno de los Estados soberanos tenía su codificación propia. Dicho Código, con relación al principio de legalidad, en su artículo 2 decía:

“Una acción sólo puede ser castigada con una pena, si esta pena estaba determinada por la ley antes de que la acción fuese cometida.”

Por cierto, la palabra *tatbestand* apareció por vez primera en el *Código Penal* alemán de 1871, mismo que no distinguía todavía entre antijuridicidad y culpabilidad.

1872

**BINDING definió al bien jurídico y popularizó dicha expresión**

En 1872 KARL BINDING definió al bien jurídico.

Este mismo año en Londres se llevó a cabo el Primer Congreso Internacional de Prisiones, que se ocupó

de “la posibilidad de reemplazo de las penas cortas privativas de libertad.”<sup>209</sup>

En 1872 nació BERTHOLD FREUDENTHAL.

1873

**VON BURI definió a la culpabilidad como una relación psicológica del autor con su hecho**

En 1873 MAXIMILIAN VON BURI entendió a la culpabilidad como “una relación de índole psicológica”.<sup>210</sup>

Un año después, en 1874, LUIS SIVELA publicó “el primer estudio importante de la Parte General del Derecho Penal.”<sup>211</sup>

1874

**Nació JAMES GOLDSCHMIDT**

JAMES GOLDSCHMIDT solía decir que si los romanos crearon una **estática jurídica**, nuestro deber ahora es crear una **dinámica jurídica**.

209 BAUMANN, JÜRGEN. *¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses?*, p. 2.

210 Véase GONZALO D. FERNÁNDEZ, *Culpabilidad Normativa y Exigibilidad, en Culpabilidad y Reproche en Derecho Penal, de Berthold Freudenthal*, p. 27.

211 MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*, p. 238.



Él llegó a ser profesor decano en la Universidad de Berlín.

Entre sus contribuciones al Derecho Penal Sustantivo, está el hecho de que realizó múltiples aportaciones a la llamada teoría normativa de la culpabilidad, tanto en 1913 como en 1930. Combatió al positivismo y se consideró como iusnaturalista. Entre sus discípulos más sobresalientes están ERIK WOLF y WERNER GOLDSCHMIDT.

1875

### Nació MAX ERNST MAYER

El descubrimiento de los elementos normativos del tipo penal en 1915 lo debemos a MAX ERNST MAYER. Igual que el descubrimiento de los elementos subjetivos de justificación, también se lo debemos a él.

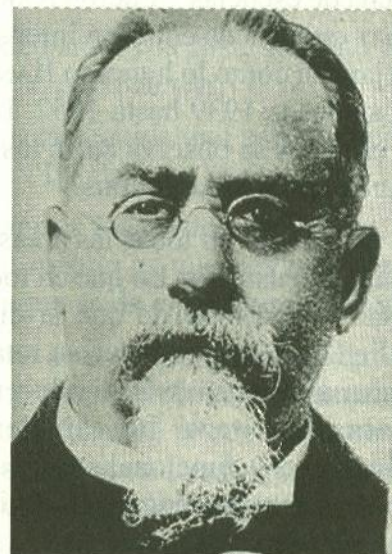
Otro hecho bastante significativo es que MAX ERNST MAYER nos enseñó a identificar las distintas clases de accesoriadad en el ámbito de las distintas formas de intervención. Esto es, a MAX ERNST MAYER le debemos la expresión **principio de accesoriadad limitada**. Este principio hoy está reconocido en los dos últimos párrafos del *Código Penal para el Distrito Federal*. Consiste en lo siguiente:

En que solamente es punible la intervención del inductor o del cómplice, siempre que el autor del hecho principal se hubiese comportado de manera típicamente dolosa y antijurídica. Por su parte, HANS WELZEL le tomó una relevancia particular al principio de accesoriadad limitada y lo definió como anteriormente

lo precisamos, pero en todo caso, hay que respetar el hecho de que la expresión **accesoriadad limitada** la debemos a MAX ERNST MAYER.

1876

### LOMBROSO publicó su teoría del delincuente nato



En 1876 LOMBROSO publicó su *Teoría del Delincuente Nato*.

Recordemos que los creadores de la Escuela Positiva fueron: LOMBROSO, FERRI, y GARÓFALO. El primero con una visión antropológica del delincuente; el segundo con una orientación sociológica; y, el tercero, con una perspectiva jurídica.



1878

**Nació GUSTAV RADBRUCH**

1880

**Inicia en Alemania la llamada  
“lucha de escuelas”**

En Derecho Penal desde 1880 comenzó en Alemania la llamada “lucha de escuelas”. Fueron KARL BINDING y FRANZ VON LISZT quienes discutieron intensamente, de un modo semejante a como lo hicieron HANS WELZEL y EDMUND MEZGER desde 1939 hasta 1952. Hoy todavía la lucha entre escuelas se observa entre los partidarios de CLAUS ROXIN y de GÜNTER JAKOBS.

Es bueno que, como en todas las áreas de la ciencia, ocurran estas discusiones. Lo que en todo caso nos gustaría resaltar es el hecho de que la didáctica del Derecho Penal en México —casi en su totalidad— ha adquirido la misma dimensión. De modo y manera que ya es una **costumbre** trazar las características del causalismo, finalismo y funcionalismo, casi como si no existieran otras formas didácticas de introducir a los estudiantes a la ciencia penal.

Nosotros opinamos que si bien este estilo pedagógico de “lucha de escuelas” ha resultado atractivo para los estudiantes, al menos en la República Mexicana no ha rendido los resultados de claridad y certeza que debería ofrecer.

Además consideramos que por su propia estructura, dicho estilo de enseñanza no está llamado a ofrecer algo más que un panorama general.

Por eso la necesidad de complementar con nuevas formas pedagógicas la enseñanza del Derecho Penal en nuestro país, por ejemplo penetrando en la historia y en la biografía de los penalistas.

1881

**LISZT publicó su Tratado  
de Derecho Penal**

El tratado de FRANZ VON LISZT dominó durante 20 años después de su publicación.

Veamos enseguida una parte del criterio jurídico-penal de VON LISZT:

- a) En cuanto a los delitos de peligro, él decía que el peligro mismo es un resultado, puesto que es un estado que se da en el mundo exterior.<sup>212</sup>
- b) Relativo a la causalidad, consideró que existe una relación causal entre el movimiento corporal y el resultado, cuando el resultado no hubiera tenido lugar sin el acto. Decía que cuando no se puede suponer suprimir el movimiento corporal sin que con ello deje de producirse el resultado *conditio sine qua non*, entonces, existiría **causalidad**.<sup>213</sup>
- c) En los casos de comisión por omisión, dijo LISZT: que cuando la intención, al ejecutar el acto precedente, tendía al resultado (es decir, si la acción precedente fuese dolosa) entonces no existe omisión, sino un acto de comisión dolosa (por ejemplo: el

212 LISZT, FRANZ. *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, p. 289.

213 *Ibidem*, 292.



médico emprende una operación para dejar desangrarse al enfermo).<sup>214</sup>

Para LISZT el objeto de la Ciencia del Derecho Penal consiste en desarrollar las prescripciones particulares de la ley, "para formular un **sistema cerrado**".<sup>215</sup> En tal sentido la ciencia del Derecho Penal es para él **una ciencia propiamente sistemática**.

En este mismo año (1881) en Alemania una sentencia disponía que la diferencia entre participación y coautoría "sólo puede ser subjetiva, basada en la diferencia de la voluntad del coautor y de la del partícipe."<sup>216</sup> Se aprecia cómo en esta época tenía repercusiones prácticas la llamada teoría subjetiva de las formas de participación. LISZT, desde luego, no estuvo de acuerdo con nada de esto.

## 1882

### LISZT hizo el famoso Programa de Marburgo

En 1882 FRANZ VON LISZT hizo el Programa de Marburgo (*Marburger Program*). En este Programa LISZT dijo:

"Las penas cortas privativas de libertad no sólo son inútiles, sino que lesionan el orden jurídico más gravemente que la total impunidad del delincuente."<sup>217</sup>

214 *Ibidem*, p. 305.

215 LISZT, FRANZ. *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, p. 6.

216 ROXIN, CLAUS. *Autoría y Dominio del Hecho*, p. 25.

217 LISZT, FRANZ V., citado por JÜRGEN BAUMANN, en *¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses?*, pp. 2 y 3.

En este Programa exigió que se fijara especialmente la atención en el autor, para los fines preventivos de la pena.

## 1883

### LISZT distinguió entre el bien jurídico y el objeto material

En 1883 FRANZ VON LISZT distinguió entre el bien jurídico y el objeto material; es ésta una de las principales funciones dogmáticas con las que cumple el bien jurídico.

LISZT consideró que la vida crea al bien jurídico, porque la vida genera los intereses que se estiman dignos de protección. Por cierto que la idea de **interés** la retomó LISZT DE IHERING.

Hoy la doctrina en general suele aceptar el **principio de exclusiva protección de bienes jurídicos**, conforme al cual el Derecho Penal tiene la finalidad prioritaria de proteger bienes jurídicos.

En cambio, quienes siguen la postura de GÜNTHER JAKOBS piensan que esto no es así y que incluso el bien jurídico no cumple ninguna función dogmática.

En este mismo año (1883) nació EDMUND MEZGER.

## 1884

### RUDOLF VON IHERING se refirió al conocimiento teórico

En 1877 RUDOLF VON IHERING había publicado el primer tomo de *El Fin del Derecho*, y en 1884 RUDOLF dijo:



“Primero se tiene que haber perdido completamente la fe en la teoría para poder servirse de ella sin peligro.”<sup>218</sup>

**1885**  
**BINDING publicó su *Manual de Derecho Penal***

En 1885 KARL BINDING publicó su *Manual de Derecho Penal*, en el cual propuso los siguientes dos principios:

**Primero:** el deber más alto debe ser cumplido aun a costa del deber menos importante; y

**Segundo:** entre los deberes que sean equivalentes, debe cumplirse uno de ellos, únicamente.<sup>219</sup>

En este mismo año OSKAR BÜLOW publicó *Ley y Judicatura*, en donde se anticipó a lo que posteriormente se llamaría **la doctrina libre del Derecho**.

**1886**

**BINDING se pronunció a favor de la teoría objetiva de la interpretación**

Después de que en 1851 HEINRICH THÖL dio inicio a una **teoría objetiva** de la interpretación, después de ello, en 1886 BINDING dijo ser partidario de dicha teoría.<sup>220</sup>

218 IHERING, RUDOLF, citado por KARL LARENZ, en *Metodología de la Ciencia del Derecho*, pp. 66 y 67.

219 BINDING, citado por EDMUND MEZGER, *Derecho Penal. Parte General*, p. 180.

220 LARENZ, KARL. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 53.

La teoría subjetiva de la interpretación es aquella a la que le interesa destacar la finalidad del legislador que promulgó la norma.

Pero a la teoría objetiva de la interpretación le interesa saber cuál es la finalidad de la ley penal, y no precisamente la finalidad del legislador que promulgó dicha ley.

La teoría objetiva de la interpretación concluye con hipótesis que se adaptan al sistema de lo que, en la actualidad, se quiere regular.

Aunque la doctrina en general antepone la interpretación objetiva sobre la subjetiva, cabe hacer la observación en el sentido de que ambos métodos no pueden ser viables —como dice JAKOBS— sin que se hagan préstamos recíprocos.

Lo anterior es así porque, como dice JAKOBS, “cuanto más sentido subjetivo (o histórico) tenga un texto, cuanto menos cabe transplantarlo, sin destruirlo, a otro contexto objetivo (fin de la norma)”.<sup>221</sup>

En este mismo año (1886), tal como dice STRATENWERTH, la idea básica de la legítima defensa fue formulada por BERNER, quien afirmó que el Derecho **no tiene por qué ceder ante lo ilícito**.<sup>222</sup>

221 JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho Penal, Parte General*, p. 93.

222 STRATENWERTH, GÜNTHER. *Derecho Penal, Parte General, El Hecho Punible*, p. 139.



**1888**

**VON KRIES elaboró una teoría de la adecuación causal**

En 1888 VON KRIES, sin ser jurista, elaboró una teoría de la adecuación causal.

Posteriormente (en 1904) TRAEGER le hizo importantes aportaciones al juicio de adecuación causal de VON KRIES.

Según la teoría de VON KRIES, solamente puede considerarse causa de un resultado “a aquella condición del mismo que, según la experiencia, es idónea para producirlo.”<sup>223</sup>

En este mismo año VON LISZT creó un centro privado en donde él estudiaba junto con otros profesores, se llamaba: *kriminalistischer seminar*.

Luego, en 1914, cambió de nombre el centro anterior, para denominarse: *kriminalistischer institut*.

GUSTAV RADBRUCH comentó que como a LISZT le gustaba que reinara la concordia y la amistad entre los miembros de su *seminario*, después de las reuniones organizadas en su casa les ofrecía una auténtica cena.<sup>224</sup>

223 MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA. *La Imputación Objetiva del Resultado*, p. 8.

224 MARTÍNEZ BRETONES, MARGARITA, GUSTAV RADBRUCH, *Vida y Obra*, p. 18.

**1889**

**MERKEL fue el primer jurista que se adhirió a la adecuación causal**

En 1889 ADOLF MERKEL fue el primer jurista que se adhirió a la teoría de la adecuación causal de VON KRIES.

También fue en 1889 cuando en Italia se presentó la primera legislación unificadora por la obra del ministro de justicia ZANARDELLI quien, como se dice, “dejó su nombre unido al código”.<sup>225</sup>

Dijo BETTIOL respecto del *Código Penal* de 1889,

Que “era el hecho y la peligrosidad del hecho los polos positivos del Derecho Penal, mientras que la pena represiva constituía el polo negativo del sistema del código.”<sup>226</sup> Después la escuela positiva desarrollaría el concepto de peligrosidad.

**1892**

**Murió RUDOLF VON IHERING**

**1894**

**BIERLING elaboró un concepto de Derecho**

En 1894 BIERLING elaboró el siguiente concepto de Derecho:

“Derecho, en sentido jurídico, es todo lo que los hombres, que conviven en cualquier comunidad, reco-

225 BETTIOL, GIUSEPPE. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal*, p. 78.

226 BETTIOL, GIUSEPPE. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal*, p. 78.



nocen mutuamente como norma y regla de esa convivencia."<sup>227</sup>

### 1895

#### **BERNER propuso hizo aportaciones en el ámbito de las formas de intervención**

En 1895 BERNER dijo:

"Cómplice principal llama la doctrina a aquel cómplice que aporta un auxilio sin el cual, como él sabe, el delito no se podría ejecutar; puede tratarse como coautor."<sup>228</sup>

Resulta interesante que desde 1895 se pretendía distinguir entre dos clases de cómplice, el cómplice principal (o necesario) y el cómplice accesorio.

Ahora sabemos que cuando una persona tiene el dominio funcional de la realización del hecho, en realidad no puede ser considerado como **cómplice principal** sino en todo caso como coautor.

227 BIERLING, citado por KARL LARENZ, en *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 60.

228 BERNER, citado por CLAUS ROXIN, en *Autoría y Dominio del Hecho*, p. 58.

### 1896

#### **HEIBERGER propuso un punto de vista para entender la figura de la accesoriadad en las formas de intervención**

En 1896 HEIBERGER hizo observaciones al tema de la accesoriadad, él vio a la accesoriadad como una dependencia absoluta de la pena del autor.<sup>229</sup>

En 1897, para explicar la tentativa, REINHARD FRANK propuso la siguiente fórmula:

"Se encuentra un principio de ejecución en todos los momentos de actividad, que, en virtud de su necesaria **conexión con la acción típica**, aparecen como elementos de la misma, según la concepción natural."<sup>230</sup>

El mismo año ROBERT VON HIPPEL hizo aportaciones al juicio de adecuación causal.

En este año murió ADOLF MERKEL.

### 1899

#### **Nació KARL ENGISCH**

Colocó el deber objetivo de cuidado de los delitos culposos en el tipo penal y no en la culpabilidad como antes de él se consideraba.

Fue partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo, teoría conforme a la cual las causas de justificación excluyen el tipo penal.

229 PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. *La Participación en el Delito y el Principio de Accesoriadad*, p. 32.

230 MEZGER, EDMUND. *Derecho Penal. Parte General*, p. 283.



Para este destacado penalista la ciencia jurídica es una ciencia práctica, dado que, cómo él decía, el Derecho y su conocimiento están al servicio de la vida.<sup>231</sup>

## 1900

### Perdió importancia el naturalismo que sirvió de base al sistema de BELING y LISZT

En 1900 perdió influencia el naturalismo de BELING y de LISZT, esto es, el neokantismo superó al causalismo naturalista.

Los neokantianos le devolvieron a las Ciencias Sociales la autonomía del método que por cierto debía ser un método distinto al que se ocupa en las Ciencias Naturales.

Los neokantianos veían a la realidad como un producto del conocimiento, por eso consideraron que los conceptos y las proposiciones del Derecho Penal tienen un **sentido** y un **valor**.

CLAUS ROXIN hizo suya la veja aspiración que en su momento tenían los penalistas neokantianos, en el sentido de llevar a cabo un **sistema teleológico** del Derecho Penal.<sup>232</sup>

231 ENGISCH, KARL. *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*, p. 27.

232 AMELUNG, KNUT. *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de la orientación político-criminal de Roxin*, p. 94.

## 1903

### NAGLER hizo una aportación al ámbito de las distintas formas de intervención

En 1903 NAGLER —uno de los principales discípulos de BINDING— manifestó que el partícipe es la persona que “quiere actuar sólo si el autor realiza su propósito antijurídico, y en esa medida.”<sup>233</sup>

Obsérvese que en la última parte del comentario de NAGLER está contenido el “principio según el cual debe existir una cierta correspondencia entre el injusto penal del partícipe y el injusto penal del autor”, puesto que el partícipe es quien “quiere actuar” en la misma “medida” antijurídica del autor del hecho principal.

En este mismo año, por vez primera, EUGEN EHRlich acuñó la frase **doctrina del Derecho libre**.<sup>234</sup>

## 1904

### TRAEGER creó el así llamado juicio de adecuación causal

En 1904 TRAEGER hizo importantes aportaciones al juicio de adecuación causal,<sup>235</sup> de tal manera que consideró lo siguiente:

Que en el juicio de adecuación causal han de incluirse todas aquellas circunstancias conocidas o

233 NAGLER, citado por CLAUD ROXIN, en *Autoría y Dominio del Hecho*, p. 72.

234 LARENZ, KARL. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 82.

235 GIMBERNAT, ENRIQUE. *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, p. 32.



cognoscibles por el autor al momento de la acción (*ex ante*), más todas aquellas circunstancias conocidas o cognoscibles por un tercero observador objetivo después del hecho (*ex post facto*).

En diversos códigos de la República Mexicana se contiene una disposición que como en el *Código Penal Federal* establece:

“**Artículo 53.** No es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba inculpablemente al cometer el delito.”

De esta manera, si al momento del hecho, el sujeto activo desconoce las circunstancias particulares de su víctima. Entonces, conforme al juicio de adecuación causal de TRAEGER, y conforme al artículo 53 citado: no le será atribuible el resultado de muerte a quien le exija el bolso a la víctima apuntándole con un revólver.

El 25 de marzo de 1904 nació uno de los penalistas más importantes en la historia de nuestra disciplina: HANS WELZEL.

## 1906

### VON BELING creó la figura jurídica denominada: “tipicidad”

En 1906 ERNST VON BELING consideró que el tipo penal era netamente objetivo y que estaba libre de cualquier juicio de valor, pero en 1930 rectificó su postura, dado que consideró que el tipo penal era **una figura rectora**.

En este mismo año REINHARD FRANK y HÖPFNER consideraron como **un caso de concurso ideal** cuando la conducta del partícipe logra “varias acciones punibles de uno o distintos sujetos”.<sup>236</sup>

## 1907

### FRANK hizo contribuciones al ámbito de la culpabilidad

En 1907 REINHARD FRANK definió la culpabilidad como **reprochabilidad**. La concepción de FRANK se impuso en muy breve tiempo.

Mi definición de dolo —decía REINHARD FRANK— se expresa como sigue:

“Dolo es el conocimiento, en forma conjunta de la actuación voluntaria, de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal o que agravan la punibilidad.”<sup>237</sup>

Para explicar el dolo eventual REINHARD FRANK elaboró la siguiente fórmula:

“No hay *dolus eventualis* cuando el autor, si hubiese tenido ante sí el resultado como seguro, no habría cometido la acción.”<sup>238</sup>

En este año 1907 BIRKMEYER consideró como científicamente superada la llamada teoría del interés,<sup>239</sup> que

236 PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. *La Participación en el Delito y el Principio de Accesoriedad*, p. 244.

237 FRANK, REINHARD. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, p. 61.

238 BELING, ERNST. *Esquema de Derecho Penal*, p. 88.

239 ROXIN, CLAUDIUS. *Autoría y Dominio del Hecho*, p. 76.



en su tiempo había prevalecido en el ámbito de las distintas formas de intervención.

En consecuencia, tienen un atraso de más de 100 años las sentencias que en México todavía están basadas en la teoría subjetiva del interés para definir quién es autor y quién es partícipe.

Por cierto, BIRKMEYER le dio nombre a la “teoría objetivo-formal”, misma teoría que dominó desde 1915 hasta 1933.

Según BIRKMEYER es autor quien aporta la condición más eficaz a la realización del hecho.<sup>240</sup>

También en este año 1907 GUSTAV RADBRUCH manifestó lo siguiente:

Que “el sentimiento jurídico anticipa el resultado, la ley debe dar luego los fundamentos y límites para ello.”<sup>241</sup>

Lo anterior significa que el intérprete del Derecho no es de ninguna manera completamente objetivo.

### 1908

#### VON HIPPEL hizo la así llamada “teoría de la culpabilidad”

En 1908 VON HIPPEL elaboró la **teoría de la culpabilidad**, misma teoría que, en sus términos más elementales, se reduce a lo siguiente:

240 La teoría objetivo-formal considera autor a quien ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, las acciones descritas en el tipo.

241 RADBRUCH, GUSTAV, citado por Arthur Kaufmann, en *Filosofía del Derecho*, p. 123.

Que el error de prohibición vencible únicamente atenúa la culpabilidad y con ello atenúa también la pena, mientras queda subsistente la atribución del hecho a título doloso.

En el *Código Penal Federal* y en el *Código Penal para el Distrito Federal*, así como en muchos otros códigos penales de la República Mexicana está contenido el sentido del texto anterior.

Por ejemplo, el *Código Penal para el Distrito Federal*, en su artículo 29 fracción VIII, inciso b), con relación a lo dispuesto en el artículo 83 del mismo ordenamiento, establece:

Que el error de prohibición vencible atenúa la pena.

### 1911

#### FISCHER descubrió “los elementos subjetivos del injusto”

En 1911 HANS ALBRECHT FISCHER descubrió **los elementos subjetivos del injusto**, cuando al respecto comentó:

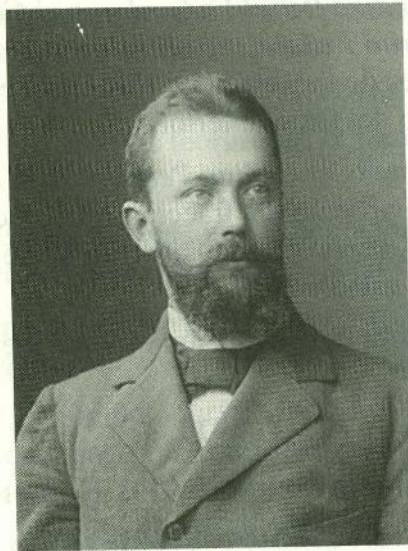
Que “se prohíbe o se permite una conducta según la actitud interna, con que el autor comete el hecho.”

Posteriormente, en este mismo campo, vendrían las aportaciones de HEGLER, NAGLER, MAX ERNST MAYER y EDMUND MEZGER.



1912

### HECK defendió la doctrina “libre del Derecho”



En 1912, el 6 de febrero PHILIPP HECK pronunció en Tubinga una conferencia en donde se planteó el problema de la creación del Derecho. En dicha conferencia dijo que el Derecho realmente importante:

Es aquel “que se realiza en la sentencia judicial”.<sup>242</sup>

También explicó el maestro:

Que las personas conservadoras “defienden la limitación del juez a la subsunción”. En tanto que la tendencia moderna, reconoce al juez la función de poder ejercer “la complementación dependiente y valorativa”.

242 HECK, PHILIPP. *El Problema de la Creación del Derecho*, p. 26.

De esa manera los partidarios del **movimiento del Derecho Libre** —como dijo HECK— “prefieren la decisión judicial según su libre estimación”.<sup>243</sup>

1913

### GOLDSCHMIDT contribuyó a la teoría normativa de la culpabilidad

En 1913 —y después en 1930— JAMES GOLDSCHMIDT contribuyó a la creación de la así llamada **teoría normativa de la culpabilidad**.

Él vio en **los elementos de hecho** los verdaderos presupuestos de la culpabilidad, sobre los cuales recae el juicio de reproche.

Tales **presupuestos** anteriormente eran considerados como **elementos** de la culpabilidad.

Los así llamados **elementos de hecho** eran: **a)** la imputabilidad, **b)** el dolo o la culpa, y **c)** la motivación normal.

1914

### HEGLER contribuyó al descubrimiento de los elementos subjetivos específicos

En 1914 AUGUSTO HEGLER aportó nuevas ideas para el descubrimiento de los, así llamados, **elementos subjetivos específicos**.

A partir de este año las necesidades del legislador “exigieron elevar al máximo el número de revolucio-

243 HECK, PHILIPP. *El Problema de la Creación del Derecho*, p. 33.



nes de la máquina de la legislación.”<sup>244</sup> Entonces la técnica legislativa entró en una crisis tan profunda que aún ahora permanece.

## 1915

### MAYER descubrió los elementos normativos del tipo penal

En 1915 MAX ERNST MAYER hizo importantes contribuciones a la ciencia penal, por ejemplo:

- a) Contribuyó al descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto.
- b) Dijo que los elementos normativos del tipo son comparables “con una grapa”:

“Con una de las puntas clavadas en el tipo legal y con la otra en la antijuridicidad.”<sup>245</sup>

- c) Sostuvo que la tipicidad era un indicio de la antijuridicidad, “cual el humo es al fuego”.
- d) Clasificó los principios de accesoriadad en:

Accesoriadad mínima;

Accesoriadad limitada;

Accesoriadad máxima; y

El principio de Hiperaccesoriadad.

En este mismo año AUGUSTO HEGLER, por vez primera, empleó la expresión **dominio del hecho**.<sup>246</sup>

244 SCHMIDT, EBERHARD. *La ley y los jueces*, p. 39.

245 ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General*, p. 281.

246 ROXIN, CLAUS. *Autoría y Dominio del Hecho*, p. 81.

Desde 1915 hasta 1933, prevaleció la teoría objetivo-formal de las formas de intervención, misma que recibió este nombre por parte de BIRKMEYER (por cierto, BELING fue el principal defensor de dicha teoría).

Conforme a la teoría objetivo-formal es autor quien de propia mano realiza la descripción típica.

## 1917

### La abrogación del Código Penal Zarista

En 1917 el primer acto realizado por la revolución soviética consistió en abrogar el *Código Penal Zarista*, considerándolo como una expresión burguesa.

Según la concepción del marxismo-leninismo, el origen del delito no hay que buscarlo en la naturaleza humana, sino en las condiciones sociales que lo determinan.<sup>247</sup>

El *Código Penal* soviético, en su artículo 16, en contra del principio de legalidad estableció:

“Si una determinada acción socialmente peligrosa no está expresamente prevista por el presente Código, el fundamento y los límites de la responsabilidad que tal acción comporta se determinará conforme a los artículos del Código que prevean delitos cuya naturaleza sea más afín con aquélla.”

En este sentido el *Código Penal* soviético reconoció la analogía *in malam partem*.

247 JESCHECK, HANS. *El Derecho Penal y su Aplicación en la Zona Alemana*, p. 21.



El concepto de legalidad socialista llevó a la posibilidad de que los tribunales, en un momento dado, decidieran sin leyes formales y se basaran “tan sólo sobre la base de su conciencia revolucionaria”.

Pero, con la reforma de 1958, y con el Código soviético de 1960, finalmente se admitió **el principio de legalidad**.<sup>248</sup>

1919

### Murió FRANZ VON LISZT

FRANZ VON LISZT definió al Derecho Penal como **la infranqueable barrera de la política criminal**, de modo que LISZT no estimó la posibilidad de que la dogmática penal pudiera ser orientada conforme a ciertas decisiones político-criminales.

Fue el fundador de la **teoría del Derecho Penal de autor**, ya que en su Programa de Marburgo de 1882, exigió que se fijara especialmente la atención en el autor, para los fines preventivos de la pena.<sup>249</sup>

En el sistema que normalmente denominamos **causalista**, representado por FRANZ VON LISZT, ERNST VON BELING y GUSTAV RADBRUCH, la voluntad en la tipicidad se entendía **como un hecho**, dado que el contenido de la voluntad —es decir **la finalidad**— no era relevante para el tipo sino para la culpabilidad.

248 JESCHECK, HANS. *El Derecho Penal y su Aplicación en la Zona Alemana*, pp. 30 y 33.

249 BAUMANN, JÜRGEN. *Conceptos Fundamentales y Sistema*, p. 26.

1920

### Murió KARL BINDING

KARL BINDING dijo que el Derecho Penal tiene un carácter **fragmentario**, pues según él:

El Derecho Penal se limita a **elegir**, “conforme al criterio de merecimiento de pena”, determinados aspectos esenciales.<sup>250</sup>

Para KARL BINDING el tipo objetivo no era imaginable sin la voluntad o la finalidad del sujeto activo, tal como querían los penalistas hegelianos de su tiempo, sin embargo —y aunque parezca contradictorio— el dolo para BINDING no estaba situado en el tipo sino en la culpabilidad.

Además, en el actuar doloso exigía BINDING una **conciencia potencial de la antijuridicidad del hecho**.

Él fue partidario de la **teoría objetiva** de la interpretación de la ley penal.

En 1872 mantuvo una postura semejante a la **teoría de los elementos negativos del tipo**, pero después, a partir de la segunda edición de su obra (*Las Normas y su Contravención*) se le observó como un decidido adversario de la **teoría de los elementos negativos del tipo**, al grado que llegó a decir que dicha teoría era:

“Uno de los monstruos dogmáticos más extraños que alguna vez hayan sido lanzados al mundo.”<sup>251</sup>

250 JESCHECK, HANS HENRICH. *Tratado de Derecho Penal*, p. 73.

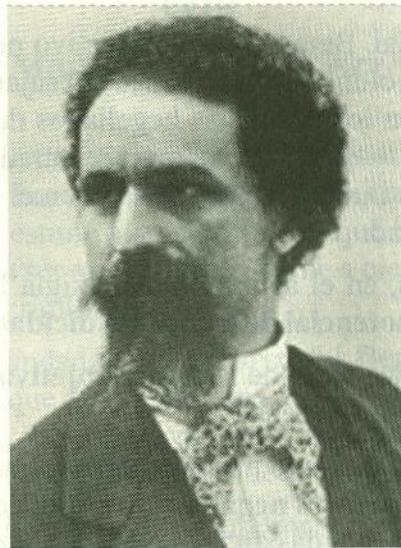
251 BINDING, KARL, citado por ARMIN KAUFMANN, en *Teoría de las Normas*, p. 320.



La teoría de los elementos negativos del tipo considera que las causas de justificación, como la legítima defensa, están para excluir la tipicidad.

1921

**FERRI creó un proyecto de Código Penal**



En 1921 ENRICO FERRI presentó un proyecto de *Código Penal* para Italia, dicho proyecto estuvo basado en las siguientes ideas de FERRI:

- a) Que el punto de partida es el delincuente y no el delito, toda vez que el delito, antes de ser un ente, representa la conducta de un hombre;
- b) Que las medidas de defensa social deben adaptarse no a la **gravedad** del delito sino a la **peligrosidad** del delincuente; y

- c) Que debía **clasificarse** a los delincuentes (en adultos, menores, comunes y políticos).

De 1920 a 1925 fue un periodo de grandeza para ENRICO FERRI; aunque, por cierto, su proyecto de *Código Penal* para Italia no tuvo éxito.

1922

**FREUDENTHAL hizo contribuciones a la teoría normativa de la culpabilidad**

En 1922 FREUDENTHAL desarrolló un concepto de culpabilidad sobre la idea del **poder** actuar de otro modo.

En este mismo año GUSTAV RADBRUCH elaboró un proyecto de *Código Penal*, en el que:

Pretendió hacer de la pena de multa la reacción primaria frente a todos los delitos.

La multa era entonces para RADBRUCH “el centro del sistema de penas”.<sup>252</sup>

1923

**MEZGER contribuyó al descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto**

En 1923 MEZGER contribuyó al descubrimiento de los **elementos subjetivos del injusto**.

252 BAUMANN, JÜRGEN. “¿Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses?”, en *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, Libro-Homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, p. 3.



En este mismo año VON WEBER sugirió la necesidad de una teoría del injusto personal, que más tarde realizó HANS WELZEL.

También en 1923, en el artículo 4 de la *Ley del Tribunal de Menores* en Alemania, se determinó:

Que “la pena del instigador y del cómplice... no es alcanzada por las disposiciones sobre la incapacidad de culpa de niños y adolescentes.”<sup>253</sup>

En la disposición anterior se observa una de las funciones que cumple **el principio de accesoriedad limitada**.

En 1923, murió M.E. MAYER, quien contribuyó al descubrimiento de los elementos subjetivos de las causas de justificación y descubrió los elementos normativos del tipo penal.

## 1927

### **Comenzó el abandono de la teoría causalista de la antijuridicidad**

En 1927 en Alemania, el 11 de marzo, “se acentuó en la jurisprudencia el abandono de la concepción positiva-naturalista de la antijuridicidad”,<sup>254</sup> en este sentido, la culpabilidad estaba siendo vista desde el punto de vista normativo.

253 BOCKELMANN, PAUL. *Relaciones entre Autoría y Participación*, pp. 9 y 10.

254 SCHÜNEMANN, BERND. “Introducción al razonamiento sistemático del Derecho Penal”, en *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, p. 50.

## 1928

### **LARENZ hizo aportaciones al tema de la imputación objetiva**

En 1928 KARL LARENZ hizo referencias importantes a la teoría de la imputación objetiva de HEGEL.

En este mismo año HANS WELZEL presentó en Jena su tesis doctoral intitulada “La teoría iusnaturalista de SAMUEL PUFENDORF”.

En 1928 Nació en México RICARDO FRANCO GUZMÁN, uno de los penalistas más ejemplares de la historia del Derecho Penal mexicano.

## 1929

### **Las circunstancias relevantes para individualizar la pena**

En 1929 las circunstancias relevantes para la individualización judicial de la pena “fueron introducidas en el *Código Penal* argentino por primera vez y más tarde aceptadas por otras leyes latinoamericanas”.<sup>255</sup> STRATENWERTH dijo al respecto: que sólo el *Código Penal* argentino “se apartó de la vieja codificación española y que más tarde constituyó un ejemplo para la reforma del Derecho Penal de otros países latinoamericanos distinguiendo entre penas para culpables y medidas de seguridad para los incapaces de culpabilidad.”<sup>256</sup>

255 STRATENWERTH, GÜNTER. *Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho Penal español y latinoamericano*, p. 25.

256 *Ibidem*, p. 36.



En 1929 ERIK WOLF dijo que todos los elementos del tipo son elementos normativos. También en 1929 HELLMUTH VON WEBER fue el primero que expuso un concepto de tipo mixto (objetivo y subjetivo).<sup>257</sup>

Este mismo año murió BERTHOLD FREUDENTHAL. En el mismo año consideró que el “deber ser” pertenecía al injusto, mientras que el “poder ser” a la culpabilidad. Él descubrió “los tipos comprendidos en sentido final”, antes que WELZEL. Fue partidario de la teoría limitada de la culpabilidad.

Pocos años más tarde que FREUDENTHAL, VON WEBER consideró al poder de actuación normativa como “el núcleo axial de la culpabilidad”.<sup>258</sup>



HELLMUTH VON WEBER

257 ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, p. 352.

258 FERNÁNDEZ, GONZALO D., “Culpabilidad normativa y exigibilidad (a propósito de la obra de FREUDENTHAL)”, en *Culpabilidad y Reproche en Derecho Penal*, p. 30.

1930

### SCHWINGE creó el principio de la interpretación a partir del bien jurídico

En 1930 SCHWINGE propuso al bien jurídico como un **valor rector** en el ámbito de la tipicidad, de donde resultó el “principio de interpretación a partir del bien jurídico protegido”.<sup>259</sup>

En este mismo año, en un Libro-Homenaje a REINHARD FRANK, HONIG retomó a KARL LARENZ y “para eliminar cursos causales guiados por la causalidad [HONIG distinguió cuál es] el criterio decisivo de un ‘juicio de imputación autónomo, absolutamente independiente del juicio causal’: imputable sería sólo aquel resultado que puede ser considerado como que ha ocurrido ‘sirviendo a los fines’”.<sup>260</sup> El objeto de la imputación sería entonces el resultado.

Lo que también fue un gran acierto de KARL ENGISCH, es el hecho de que, desde 1930, él señaló “que entre la pura conexión causal de la acción imprudente con el resultado y la culpabilidad (elementos que eran los únicos que se exigían entonces) había un tercer elemento importantísimo. sin el cual no podrían fundamentarse el tipo de injusto del delito imprudente:

#### El deber objetivo de cuidado.”<sup>261</sup>

259 SCHÜNEMANN, BERNAD, *Introducción al razonamiento sistemático del Derecho Penal*, p. 51.

260 SCHÜNEMANN, BERND. *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, p. 73.

261 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Teoría General del Delito*, p. 72.



Haber ubicado sistemáticamente el quebrantamiento del deber objetivo de cuidado en el tipo penal, es uno de los adelantos más importantes de la ciencia penal de aquella época.

Lo anterior es así a pesar de que, para WOLFGANG SCHÖNE los delitos culposos sean especialmente difíciles, pues en ellos —dice SCHÖNE— el juez penal cuando condena por un delito culposo: “actúa no sólo como tal, sino también y en primer lugar como legislador”.<sup>262</sup>

### 1931

#### Se publicó en México el *Código Penal* de 1931

En 1931, el 13 de agosto, se publicó el *Código Penal* que en México presidió ALFONSO TEJADA ZABRE.

El primero de julio de este mismo año entraron en vigor el *Código Penal* italiano y el *Código Procesal Penal*. Por cierto, el *Código Penal* italiano regulaba la tentativa de tal modo que distinguía entre actos preparatorios y actos ejecutivos idóneos, en donde estos últimos constituyen los casos de tentativa.

También en 1931, KARL ENGISCH hizo eco al tema de la imputación objetiva de HONIG y planteó un caso de desviación del curso causal y negaba “el nexo de antijuridicidad... porque no se había realizado el peli-

<sup>262</sup> SCHÖNE, WOLFGANG. *La protección del hombre en el mundo moderno (algunas consideraciones sobre el papel del Derecho Penal)*, p. 62.

gro que mostraba como prohibida a la conducta peligrosa...”<sup>263</sup>

### 1932

#### SCHMIDT propuso un concepto de acción social

En 1932 EBERHARD SCHMIDT propuso el llamado concepto de “acción social”, y respecto de la “exigibilidad de otra conducta” dijo que “la exigibilidad depende de la ‘capacidad psicofísica del comportamiento del ciudadano medio’”.<sup>264</sup>

En este mismo año HERMANN BRUNUS “hizo fructificar” el concepto de **dominio del hecho**.<sup>265</sup>

Este año murió ERNST VON BELING.

### 1933

#### KANTOROWICZ tomó posición respecto al principio de accesoriedad

En 1933 HERMANN KANTOROWICZ dijo:

Que la punibilidad del partícipe “es independiente de la culpabilidad del autor principal.”<sup>266</sup>

<sup>263</sup> ENGISCH, KARL. citado por BERND SCHÜNEMANN, en *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, p. 74.

<sup>264</sup> SCHMIDT, EBERHARD, citado por GÜNTER STRATENWERTH, en *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, p. 97.

<sup>265</sup> ROXIN, CLAUDIUS. *Autoría y Dominio del Hecho*, p. 82.

<sup>266</sup> KANTOROWICZ, citado por PAUL BOCKELMANN, en *Relaciones entre Autoría y Participación*, p. 14.





HERMANN KANTOROWICZ

El 10 de mayo de 1933 se quemaron “pública y solemnemente en distintos lugares de Alemania libros de autores de fama mundial o local por estar en pugna con la escala de valores del régimen”.<sup>267</sup>

Para KANTOROWICZ, únicamente se puede hablar de inducción cuando se haya generado en el autor el dolo para realizar el hecho.

### 1935

#### **GEERDS distinguió entre asentimiento y consentimiento**

En 1935, en su tesis doctoral, GEERDS distinguió entre asentimiento y consentimiento.

267 MODERN, ADOLFO, *Estudios de Literatura Alemana, desde Hölderlin a Peter Weiss*, p. 185.

Para GEERDS, en los casos en que el sujeto no sepa que tenía el consentimiento, como causa de justificación: el hecho en sí “será consumado, en tanto en el caso de asentimiento se dará un caso de tentativa inidónea. En cuanto al error, se estaría frente al error de prohibición en el caso del consentimiento, y del error de tipo cuando se dé el supuesto de asentimiento.”<sup>268</sup>

En este mismo año VON WEBER consideró que es importante la dirección que el autor le dé a la conducta realizada, con lo cual, fueron reafirmados los llamados “elementos subjetivos específicos”.<sup>269</sup>

### 1936

#### **GRAF ZU DOHNA dijo que el dolo es un objeto de la valoración pero no una parte de ella**

En 1936 el Conde ALEXANDER GRAF ZU DOHNA dijo que el dolo **es objeto de la valoración** y no es **parte de la valoración**.

En este mismo año ALEXANDER GRAF ZU DOHNA dijo que en la antijuridicidad se desvalora el tipo objetivo mientras que en la culpabilidad se desvalora el tipo subjetivo.

También en 1936 anunció GRAF ZU DOHNA, desde el prólogo de su obra que la teoría del dolo “fue suplantada por la teoría de la culpabilidad”.

268 DONNA, EDGARDO. *Teoría del Delito y de la Pena*, segundo tomo, p. 25.

269 MEZGER, EDMUND. *Derecho Penal. Parte General*, p. 137.



HANS WELZEL supo reconocer que el Conde ALEXANDER GRAF ZU DOHNA fue quien dio el paso decisivo hacia “la comprensión de que en el juicio de la culpabilidad, lo mismo que en la constatación de la antijuridicidad, nos encontramos ante el resultado de una valoración”.

De esta manera ALEXANDER GRAF ZU DOHNA separó tajantemente la **valoración** (reprochabilidad) y su **objeto** (dolo) y redujo el concepto de la culpabilidad a la valoración del objeto, todo lo cual ocurrió entre 1935 y 1936.

Después HANS WELZEL aseguró que “siguiendo el camino iniciado por DOHNA, la doctrina de la acción finalista asignó al dolo, que había quedado en aquel autor sin patria, **su lugar apropiado.**”<sup>270</sup>

270 WELZEL, HANS. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, p. 131.

1937

## Nació GÜNTHER JAKOBS



En 1976 aportó la idea de que el Derecho Penal se estructura como un sistema de comunicaciones “que se ocupa de la función de estabilización de expectativas normativas”.<sup>271</sup>

Para GÜNTHER JAKOBS la pena debe entenderse como el reestablecimiento de la validez de la norma.

Dice JAKOBS que la gracia del Derecho Penal moderno está en que la pena no reacciona ya contra pecadores ni frente a enfermos sino frente a manifestaciones de sujetos culpables que ponen en cuestión las características de la configuración de la sociedad.<sup>272</sup>

271 CANCIO MELIÁ, MANUEL y BERNARDO FEJOO SÁNCHEZ, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas?”, en el libro *La Teoría Funcional de la Pena de Günther Jakobs*, p. 21.

272 JAKOBS, GÜNTHER. *La Teoría Funcional de la Pena de Günther Jakobs*, p. 68.



1939

**WELZEL propuso la teoría de la adecuación social y la teoría del dominio final del hecho**

En 1939 HANS WELZEL definió a las formas de autoría a partir del llamado **dominio final del hecho**, luego de haber propuesto su **teoría final de la autoría**.

En este momento HANS WELZEL se perfiló por una teoría material-objetiva, en contraposición a la teoría subjetiva de las formas de intervención. Conforme a la teoría material-objetiva es autor quien domina la **realización final del hecho**.

El mismo año HANS WELZEL aplicó su **teoría de la adecuación social** y comentó que cuando una conducta no es socialmente adecuada no se conforma el tipo objetivo.

Con lo anterior HANS WELZEL realizó uno de los antecedentes de la así llamada **teoría de la imputación objetiva del resultado**.

También importa destacar que desde 1939 decía WELZEL que “los delitos dolosos e imprudentes se distinguen ya en el tipo”.<sup>273</sup>

Dijo WELZEL: “El legislador tiene el poder de castigar a un inocente pero no puede hacer que lo que no es dolo lo sea.”

273 WELZEL, HANS, citado por HANS JOACHIM HIRSCH, en *La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo en la “zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft”*, p. 91.

Ahora, sin embargo, según CLAUS ROXIN: “como doloso hay que definir un comportamiento para el cual es adecuado una pena para el dolo”.

1940

**Murió JAMES GOLDSCHMIDT**

JAMES GOLDSCHMIDT es uno de los tres penalistas representantes de la teoría normativa de la culpabilidad, junto con REINHARD FRANK (1907) y BERTHOLD FREUDENTHAL (1922). Las aportaciones de JAMES GOLDSCHMIDT a la teoría normativa de la culpabilidad, fueron realizadas en 1913 y 1930.

Este destacado penalista llegó a la conclusión de que el dolo y la culpa eran **meros presupuestos** de la culpabilidad, y no **elementos** de la misma como creyó REINHARD FRANK. Veamos cómo lo explicó el propio autor cuando dijo:

“... de ningún modo puedo seguir a FRANK respecto de que la imputabilidad sería no sólo presupuesto, sino elemento de la culpabilidad... porque yo considero, estrictamente hablando, hasta el significado de conocido o cognoscible como un mero presupuesto de la culpabilidad.”<sup>274</sup>

La anterior decisión la tomó JAMES GOLDSCHMIDT debido a que, basado en IMANUEL KANT, consideró que el juicio de reproche debía recaer sobre la llamada **norma de deber**.

GOLDSCHMIDT partió de la siguiente idea:

274 GOLDSCHMIDT, JAMES. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*, p. 105.



Que "... al lado de cada norma de Derecho que determina la conducta exterior, hay una norma de deber que exige una correspondiente conducta interior."<sup>275</sup>

Es así que nuestro autor consideró a la imputabilidad, al dolo, a la culpa y a las circunstancias concomitantes, como **presupuestos** de la culpabilidad, y no **elementos** de la misma.

### 1943

#### Rige en Alemania, de manera definitiva, el principio de accesoriedad limitada

En 1943, a partir del 29 de mayo, no fue ya necesaria la **imputabilidad** del hecho principal para determinar la pena de los partícipes.<sup>276</sup>

De esta manera comenzó a regir en el *Código Penal* alemán la **accesoriedad limitada**.

### 1944

#### Murió ALEXANDER GRAF ZU DOHNA

### 1945

#### GUSTAV RADBRUCH afirmó la existencia del Derecho Natural

Después de 1945 GUSTAV RADBRUCH afirmó la existencia del Derecho Natural, entonces decía:

275 GOLDSCHMIDT, JAMES. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*, pp. 90 y 91.

276 DOHNA, ALEXANDER GRAF ZU. *La estructura de la Teoría del Delito*, p. 97.

"La injusticia es siempre injusticia aun cuando se la vacíe en las formas de ley."<sup>277</sup>

Tal como dijo un historiador del Derecho que murió en 1952 —HEINRICH MITTEIS— "El Derecho Natural vence al Derecho Positivo." Como el propio WELZEL dijo alguna vez, en 1952:

"Nos encontramos hoy en Alemania, siete años después de la catástrofe, ante el grave peligro de volver a caer en un positivismo legal extremo."<sup>278</sup>

Después de 1945 se apreció un florecimiento del Derecho Natural, tal como WELZEL decía:

"Cuando el crimen es el contenido de la ley, ésta deja de ser una expresión positiva del Derecho."<sup>279</sup>

No hay que olvidar que la "Escuela de KIEL" le prestó múltiples servicios al pensamiento hitleriano.

Dicha escuela, como dijo JUAN BUSTOS RAMÍREZ:

Se encontró "con una dogmática penal en crisis, cuyos planteamientos eran duramente criticados... no resultaba entonces difícil atacar y terminar la obra de destrucción del modelo con que había operado la sistemática causalista naturalista valorativa y reemplazarlo por uno nuevo."<sup>280</sup>

Fueron representantes de la escuela de KIEL: GEOR DAHM y FRIEDRICH SCHAFFSTEIN. El primero de ellos con-

277 RADBRUCH, citado por HANS WELZEL, en *Más Allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*, p. 14.

278 WELZEL, HANS, *Más Allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*, p. 19.

279 *Ibíd.*, p. 13.

280 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Introducción al Derecho Penal*, p. 189.



cibió al delito como **una traición**, mientras que SCHAFFSTEIN, por su parte, sustituyó el planteamiento del delito como un ataque a bienes jurídicos por el de **una lesión del deber**;<sup>281</sup> el deber al que él se refirió significaba “el deber del individuo con el Estado”.<sup>282</sup>

En un famoso artículo denominado “Cinco Minutos de Filosofía del Derecho”, GUSTAV RADBRUCH dijo:

“No, no se puede decir que todo lo que es útil al pueblo es Derecho; más bien a la inversa, sólo lo que es Derecho aprovecha al pueblo.”

1949

Murió GUSTAV RADBRUCH

1952

Triunfó en Alemania la teoría estricta de la culpabilidad

En 1952 HANS WELZEL observó cómo triunfó la **teoría estricta de la culpabilidad**.

En contra de lo que sostuvo la llamada **teoría del dolo**, en este año, la conciencia de la antijuridicidad dejó de formar parte del dolo.

El 18 de marzo de 1952, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Federal, tomó postura a favor de la **teoría estricta de la culpabilidad**. Tal como refiere BERND SCHÜNEMANN:

281 *Ibidem*, p. 189.

282 *Ibidem*, p. 190.

“El Tribunal se declaró partidario de la teoría de la culpabilidad, basada en la teoría final de acción, según la cual el error de prohibición vencible deja subsistente el dolo.”<sup>283</sup>

En México, el **Código Penal Federal**, así como el **Código Penal para el Distrito Federal**, regulan el error de prohibición conforme a la teoría estricta de la culpabilidad.

Deberíamos comenzar a plantear en nuestro país la posibilidad de cederle paso a la **teoría de la culpabilidad limitada a las consecuencias jurídicas**, conforme a la cual, en los casos de error de prohibición indirecto se excluye el dolo (o la punibilidad por el delito doloso).

1953

En Alemania desaparecieron los delitos cualificados por el resultado

En 1953 desaparecieron en el **Código Penal** alemán los así llamados **delitos cualificados por el resultado**. Esto mismo sucedió en España 30 años después (en 1983).

La *versanti in re illicita imputatur omnia quae sequuntur ex cuncto*, era una figura jurídica que consistía en lo siguiente:

Que la persona que incurriera en un hecho ilícito cualquiera, tendría que responder penalmente por el

283 SCHÜNEMANN, BERND. *Introducción al razonamiento sistemático del Derecho Penal*, p. 57.



resultado fortuito o imprevisible que trajera consigo dicho ilícito.

Igual que la responsabilidad objetiva, la preter-intencionalidad y los delitos cualificados, tales figuras, como también la anteriormente descrita: **quebrantan el principio de culpabilidad.**

Lo anterior es así porque nadie debe responder por el solo resultado causado, provocado o favorecido; sino que, además del resultado, es necesaria la imputación subjetiva del hecho, a título **doloso o culposo.**

### 1954

#### **HENKEL le dio mayores alcances al principio de inexigibilidad**

En 1954 HEINRICH HENKEL elevó a un plano más fundamental el principio de inexigibilidad de otra conducta.

HENKEL vio en el Derecho Procesal un **Derecho constitucional aplicado.**

Lo anterior ocurre, desde luego, en materia penal. Porque, a diferencia de otras áreas, el Derecho Penal es el que más vinculado está con el proceso.

### 1956

#### **Se reconoció al principio de accesoriad limitada, bajo la postura de HANS WELZEL**

En 1956, tal como comentó HANS JOACHIM HIRSCH, en una sentencia del Tribunal Supremo alemán:

“Se reconoció la opinión defendida por WELZEL y compartida entonces por una minoría de la doctrina, según la cual también en la accesoriad limitada **tenía que tratarse accesoriamente el dolo**”.

A partir de entonces, según HANS JOACHIM HIRSCH, en Alemania “se inició un cambio en el estado de opinión científico”.<sup>284</sup>

### 1958

#### **WELZEL hizo alusión a su método y las formas de intervención**

En 1958 WELZEL decía que la Parte General del Derecho Penal:

“Es un campo del Derecho que en gran medida está cruzado por estructuras lógico-objetivas.”<sup>285</sup>

En este mismo sentido, pero con relación a las formas de intervención, dijo HANS WELZEL:

“También aquí el tipo de dependencia en que se encuentra el hecho principal no está dado libremente al legislador sino que le está prescrito por puntos de vista lógico-objetivos.”<sup>286</sup>

Dominaba en esta época la teoría finalista de HANS WELZEL.

284 HIRSCH, HANS JOACHIM. *La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo en la “zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft”*, p. 95.

285 WELZEL, HANS. *Más Allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*, p. 39.

286 *Ibidem*, p. 40.



1960

**Todavía gozaban de mucho prestigio las ideas de KANT y de HEGEL, respecto de los fines de la pena**

En 1960, a comienzos de esta década, todavía eran válidos los criterios **retribucionistas** estimados sobre las bases de KANT y de HEGEL. La pena estaba entonces al servicio de la idea de justicia y no al servicio de ciertos **fines** de carácter social.<sup>287</sup>

En este mismo año entró en vigor el nuevo *Código Penal* soviético, en donde se reconoció el principio de legalidad en su artículo 3, al disponerse que el delito está sometido a la reserva expresa de la ley.

1961

**ARTHUR KAUFMANN defendió un concepto bilateral del principio de culpabilidad**

En 1961 ARTHUR KAUFMANN defendió un **concepto bilateral del principio de culpabilidad**, en el sentido de que la pena “tiene que corresponder a la culpabilidad, pero que también la culpabilidad exige en principio pena”.<sup>288</sup> Posteriormente, en 1976, ARTHUR KAUFMANN cambió de opinión.

287 ROXIN, CLAUS. *Los últimos desarrollos de la política criminal*, p. 10.

288 KAUFMANN, ARTHUR, citado por CLAUS ROXIN, “Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad”, en *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 188.

En 1976 ARTHUR KAUFMANN se volvió hacia una **concepción unilateral del principio de culpabilidad**, al considerar que la pena:

“No sólo se justifica por la culpabilidad, sino que también debe ser exigida por la protección de bienes jurídicos necesarios para la comunidad.”<sup>289</sup>

ARTHUR KAUFMANN también defendió una **segunda teoría del dolo** (por llamarla de alguna manera), según la cual “el dolo depende también de la conciencia de la antijuridicidad, pero no se apoya en la conciencia de la antijuridicidad formal, sino que exige del autor únicamente la conciencia de la antijuridicidad material, es decir, de la dañosidad de la acción.”<sup>290</sup> Sin embargo esta teoría no ha prosperado.

1962

**CLAUS ROXIN presentó una crítica al finalismo de HANS WELZEL**

En 1962 (en un artículo intitolado “Contribución a la crítica de la teoría final de acción”) CLAUS ROXIN criticó a WELZEL, en el sentido de que “si el concepto de acción es prefijado al Derecho... en ese caso, al igual que la causalidad, nada debe aportar...”<sup>291</sup>

289 KAUFMANN, ARTHUR, citado por CLAUS ROXIN, *Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad*, p. 189.

290 ROXIN, CLAUS. *Teoría del Tipo Penal*, p. 186.

291 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Introducción al Derecho Penal*, p. 214.



Este año se produjo un cambio de importancia “en la argumentación político-criminal de la República Federal Alemana”.<sup>292</sup>

En este mismo año murió EDMUND MEZGER.

### 1963

#### **Por primera vez apareció la autoría mediata como una figura central del hecho típico**

En 1963 CLAUS ROXIN presentó su obra *Autoría y Dominio del Hecho*, como trabajo de habilitación para poder acceder a una cátedra de Derecho en la Universidad de Gotinga.

Con esta obra de CLAUS ROXIN, por vez primera, apareció la autoría mediata como una “figura central del hecho típico”. Entonces CLAUS ROXIN dijo, para explicar los hechos del sistema nazi a través de la autoría mediata:

“HITLER ha ‘matado’ en sentido jurídico-penal (y no sólo en este sentido) a millones de hombres al poner en marcha su maquinaria asesina contra los judíos, impulsándola hasta una horrible ‘disolución final’.”<sup>293</sup>

Lo anterior HITLER lo llevó a cabo a través de “órdenes secretas”, ya que, según consideraba, la conciencia del pueblo no estaba madura todavía.<sup>294</sup>

292 HASSEMER, en el libro de LANCKE, p. 52.

293 ROXIN, CLAUS. “Sobre la autoría y la participación en Derecho Penal”, artículo que aparece en el *Libro-Homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, p. 64.

294 SCHMIDT, EBERHARD. “La ley y los jueces”, artículo que aparece en el libro intitolado *Derecho Injusto y Derecho Nulo*, p. 111.

### 1966

#### **En Alemania quedaron atrás las ideas retribucionistas de la pena**

En 1966 el proyecto alternativo del *Código Penal* alemán dejó atrás las ideas **retribucionistas** de la pena, entonces se dijo que la pena está al servicio “de la protección de bienes jurídicos y de la reinserción del autor a la comunidad”. Y respecto de los fines de la ejecución de la pena, se decía que se perseguía:

Fomentar la **reinserción** del sujeto a la comunidad.<sup>295</sup>

### 1970

#### **CLAUS ROXIN hizo importantes contribuciones a la ciencia penal**

En 1970 CLAUS ROXIN elaboró la teoría funcionalista del delito, misma que se caracteriza por tres aspectos:

- a) La vinculación de la dogmática penal a ciertos fines político-criminales de carácter preventivo.
- b) La responsabilidad penal entendida como la suma de la reprochabilidad, más el merecimiento y la necesidad de pena.
- c) La teoría de la imputación objetiva como un elemento regulador del nexo causal.

295 ROXIN, CLAUS. *Los últimos desarrollos de la política criminal*, p. 13.



Hasta el día de hoy la teoría funcionalista de CLAUS ROXIN goza de mayor aceptación científica.

La imputación objetiva sí aparece debidamente regulada en la *Ley que Establece el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en el Estado de Tabasco*, en los términos siguientes:

“**Artículo 18.** (...) Son causas de atipicidad (...) II. La falta de imputación objetiva del resultado típico al comportamiento del autor.

Un resultado le es objetivamente imputable al autor, siempre que se pruebe que éste:

- a) Creó un riesgo jurídicamente desaprobado.
- b) Que dicho riesgo jurídicamente desaprobado se concretizó en un resultado típico.
- c) Que el resultado típico pertenezca al ámbito protector de la norma de que se trate.

En este sentido, la tipicidad del hecho se excluye cuando se prueba que el autor creó un riesgo jurídicamente permitido; o cuando se pruebe que la víctima, de manera autoresponsable, actuó a propio riesgo, de modo que se aprecie que su comportamiento estuvo fuera del ámbito protector de la norma.”

Originalmente la imputación objetiva se aplicaba sólo a los delitos culposos de resultado material, actualmente sirve como criterio para el operador jurídico en otros ámbitos, por ejemplo en los delitos dolosos de resultado formal o material.

Actualmente dice HEIKO LESCH que entre el delito doloso y el delito culposo, “en relación a la imputación objetiva, no existen diferencias”.<sup>296</sup>

1971

### **El Código Penal alemán hizo una referencia particular a la figura de la culpabilidad**

En 1971 el *Código Penal* alemán estableció que la culpabilidad del autor “es el fundamento para la determinación de la pena”.<sup>297</sup>

Igualmente fue decisivo el tema referente a la individualización judicial de la pena.

Al respecto, GÜNTER STRATENWERTH ha comentado, que la gran significación que la individualización de la pena tiene en la práctica judicial cotidiana:

“Es tan evidente, como la insoportable inseguridad que domina este ámbito.”<sup>298</sup>

1974

### **ROXIN admitió que el logro más importante de la ciencia penal es la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad**

En 1974 CLAUS ROXIN dijo:

“La distinción entre injusto y culpabilidad es considerada con razón como una de las perspectivas mate-

296 LESCH, HEIKO. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, p. 949.

297 STRATENWERTH, GÜNTER, *Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho Penal español y latinoamericano*, p. 43.

298 STRATENWERTH, GÜNTER. “Culpabilidad por el hecho y medida de la pena”, en *El Futuro del Principio Jurídico-Penal de Culpabilidad*, p. 44.



riales más importantes que ha logrado elaborar nuestra Ciencia del Derecho Penal en los últimos cien años.”<sup>299</sup>

Esta distinción viene desde la Filosofía del Derecho de HEGEL de 1821, sin pasar por alto las contribuciones de ADOLF MERKEL y RUDOLF IHERING en 1867. Tampoco pasan desapercibidas las aportaciones de los penalistas que, a partir de HEGEL, formaron toda una corriente en nuestra disciplina.

### 1975

#### **La teoría estricta de la culpabilidad fue aceptada en la legislación penal alemana**

En 1975, el artículo 17 del *Código Penal* alemán acogió la teoría estricta de la culpabilidad, dominante desde 1952 en la jurisprudencia.

El *Código Penal* alemán de este año (mismo que entró en vigor el primero de enero) sí distinguió entre estado de necesidad justificante y estado de necesidad disculpante.

Asimismo, el *Código Penal* alemán, indicó que es autor quien realiza el hecho por sí mismo, a través de otro, o conjuntamente con otro. Todavía se decía que la inducción podía presentarse a través del engaño en el *Código Penal* alemán.

299 ROXIN, CLAUS. “Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales”, en *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 92.

En Italia, dijo PALAZZO, que 1975 debe ser visto “como el año de cambio de la política criminal italiana”.<sup>300</sup>

### 1976

#### **JAKOBS concibió a la culpabilidad desde un punto de vista netamente preventivo**

En 1976 GÜNTHER JAKOBS negó la capacidad de actuar de otro modo y fundamentó la culpabilidad en la prevención general. JAKOBS lo que pretende es suplir la categoría de la culpabilidad por la de prevención general.

SCHÜNEMANN, sin embargo, considera que en la culpabilidad no es posible operar sin un sustrato ontológico, de ahí que, según él.

Culpabilidad significa reprochabilidad, reprochabilidad presupone poder actuar de otro modo, y este poder actuar de otro modo, en contra de lo que opina GÜNTHER JAKOBS, no es una cuestión que tenga que ver con la teoría sociológica de los sistemas, sino una cuestión que se relaciona, en principio, con la ontología.<sup>301</sup>

### 1977

#### **Murió HANS WELZEL**

300 PALAZZO, citado por CLAUS ROXIN, en *Los últimos desarrollos de la política criminal*, p. 15.

301 SCHÜNEMANN, BERND. *El Sistema Moderno del Derecho Penal, Cuestiones Fundamentales*, p. 25.



1979

**STRATENWERTH consideró que la culpabilidad fue entendida como una lesión al deber de conciencia, originalmente**

En 1979 STRATENWERTH dijo que “el origen del concepto jurídico-penal de culpabilidad debe investigarse antes entre los teólogos que entre los juristas.”<sup>302</sup>

También dijo STRATENWERTH que la culpabilidad, originalmente fue entendida como la lesión a un deber de conciencia, pues se le veía como el contenido material del pecado.<sup>303</sup>

Agregó además STRATENWERTH: “La gravedad del delito es, finalmente, un concepto que se determina por la medida de la culpabilidad.”<sup>304</sup>

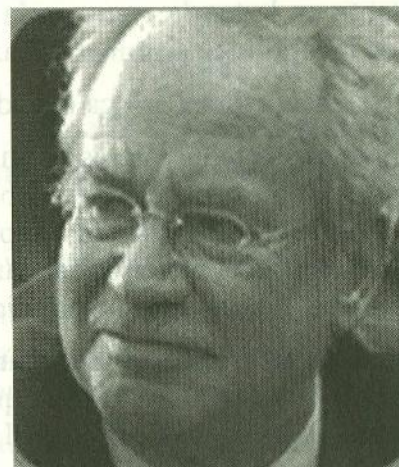
302 STRATENWERTH, GÜNTER. Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho penal español y latinoamericano, p. 13.

303 *Ibidem*, p. 14.

304 *Ibidem*, p. 19.

1982

**HASSEMER presentó una crítica al Derecho Penal moderno**



HASSEMER nació en 1940. Actualmente es representante de una corriente denominada **escuela de Frankfurt**.

Él no ha dejado de mostrarse crítico ante las principales características del **Derecho Penal Moderno**.

Por ejemplo, comentó que la política criminal moderna presenta algunas tendencias que hacen del Derecho Penal actual un Derecho Penal más represor.

Según HASSEMER la política criminal moderna se ha valido de instituciones como:

- a) La utilización de confidentes profesionales;
- b) La admisión del llamado testigo de la corona;
- c) La ampliación del plazo de averiguación previa;
- d) La creación de nuevos delitos; y



e) El aumento de las penas.<sup>305</sup>

Una consideración semejante tiene respecto del principio de culpabilidad, pues dice:

Que el principio de culpabilidad "está siendo hoy amenazado, tanto en la teoría como en la *praxis*, por los intereses de una política criminal eficaz".<sup>306</sup>

HASSEMER sustenta dicha crítica cuando comenta:

Que "... ante el creciente interés político-criminal en la producción de consecuencias favorables mediante el Derecho Penal, el principio de culpabilidad va perdiendo cada vez más el poder de fundamentar o de medir la pena sobre la base de la culpabilidad".<sup>307</sup>

El denominado **principio de oportunidad**, pasa desapercibido para HASSEMER, pues él dice que este principio es contrario al principio de legalidad, además de que atenta contra los principios de igualdad y de división de poderes.

Relativo al principio de legalidad y al principio de oportunidad plantea la paradoja que nos viene de los extremos a los que conducen los principios en cuestión. El autor advierte que si bien el principio de oportunidad está orientado a fines (conforme a las teorías relativas de la pena), tiene sin embargo más posibilidades de poner en peligro la igualdad y el Estado de Derecho. Por otra parte, reconoce que el principio de legalidad es demasiado débil para realizarse en la *praxis*

305 HASSEMER, WINFRIED. *El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho Penal "eficaz"*, pp. 198 y 199.

306 HASSEMER, WINFRIED. *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, p. 244.

307 *Ibidem*, p. 234.

de la persecución penal y, por ello, posibilita la práctica de criterios de oportunidad, difícilmente controlables. Finalmente HASSEMER sugiere **tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como sea necesaria**.<sup>308</sup>

1983

### GÜNTHER JAKOBS publicó su *Tratado de Derecho Penal*

En 1983 JAKOBS publicó su *Tratado de Derecho Penal*.

Con dicho Tratado emprendió la tarea de una general renormatización de los conceptos sistemáticos de la Parte General del Derecho Penal.<sup>309</sup>

En este mismo año FRISCH consideró que actúa dolosamente quien tiene conocimiento de la peligrosidad de su comportamiento.

También en 1983 desaparecieron en España los así llamados delitos cualificados por el resultado.

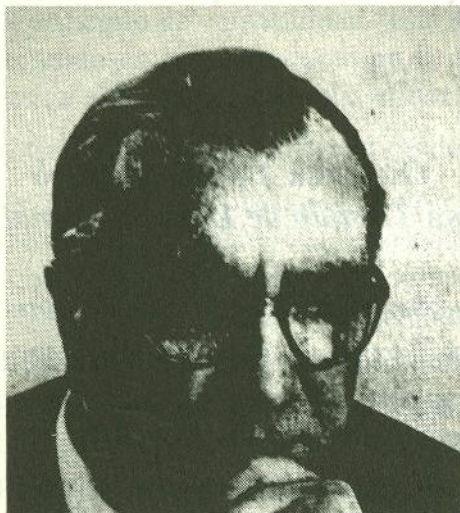
308 HASSEMER, WINFRIED. *La prevención penal: legalidad y oportunidad*, pp. 3, 4 y 7.

309 SCHÜNEMANN, BERND. *Introducción al razonamiento sistemático del Derecho penal*, p. 69.



1988

Muere THEODOR VIEHWEG



THEODOR VIEHWEG nació en 1907 y murió a los 81 años de edad. Él fue un magnífico expositor de la ciencia del Derecho y de la Filosofía Jurídica. Distinguió perfectamente dos modelos para plantear y resolver casos prácticos: el **modelo sistemático** y el **modelo tópico**. Decía que con un modo sistemático de pensar:

Sentimos el deseo de empezar a establecer, por una parte, “una serie de conceptos fundamentales, con el fin de obtener decisiones en cadena”, y, por otra parte:

Sentimos también el deseo de fijar proposiciones centrales, con el fin de “hacer deducciones en cadena o algo parecido a lo que hemos aprendido en el marco de una investigación de principios”.<sup>310</sup>

310 VIEHWEG, THEODOR. *Tópica y Jurisprudencia*, p. 62.

VIEHWEG pensó que, por su naturaleza, el Derecho Penal es más **sistemático** que el Derecho Civil, lo cual es verdad.

Lo anterior es así porque derivado del principio de legalidad el Derecho Penal, a diferencia de los demás ordenamientos, está más ligado al proceso; y el proceso penal, a su vez, es el área que más vinculada está a la **Constitución Política**.

Desde 1953 THEODOR VIEHWEG nos advirtió que **una sistemática rigurosa** acaba por alejar al sistema de la realidad.<sup>311</sup>

Por eso, respecto del modelo tópico nos comentó:

“Este modo de trabajar se caracteriza sobre todo porque permite a los juristas entender el Derecho no como algo que se limita a aceptar, sino como algo que ellos construyen de una manera responsable”.<sup>312</sup>

El Derecho Penal tiene su punto de partida en el **sistema**, pues sólo se resuelven los problemas que están precontemplados en el sistema, lo cual nos lleva a la conclusión de que el Derecho Penal sigue la fórmula **del sistema al problema** (S → P).

Pero a partir de 1970 CLAUS ROXIN nos advirtió cómo se puede **viajar** del problema al sistema **a través de decisiones político-criminales**, para alcanzar un sistema del Derecho Penal **abierto**.

Gráficamente el sistema abierto de CLAUS ROXIN quedaría ejemplificado como sigue: (S → P → S), es decir, **del sistema al problema y del problema al sistema**.

311 *Ibidem*, p. 126.

312 *Ibidem*, pp. 81 y 82.



1990

### Muere KARL ENGISCH

Tanto KARL ENGISCH como THEODOR VIEHWEG, ambos, rechazaron un sistema axiomático puramente formal de conceptos jurídicos deducidos unos de otros. Ellos creían en un modelo de **sistema jurídico abierto**. Para KARL ENGISCH el Derecho “no cuenta con **conceptos puros**”, de ahí que todo el sistema jurídico adolezca de esa falta de “pureza”.<sup>313</sup>

ENGISCH también advirtió que “la tónica sólo puede ser **la penúltima**, pero no la última palabra”,<sup>314</sup> porque él sabía la importancia de la seguridad jurídica.

Ahora bien, no existe en la ciencia jurídica una filosofía propiamente dicha del **sistema jurídico abierto**.

Se sabe y se entiende que la sistemática trae sus riesgos al igual que también trae riesgos un modelo problemológico donde el problema sea el punto de partida para la toma de decisiones, pero de cualquier manera, no existe una verdadera construcción filosófica de un **sistema jurídico penal abierto**.

En un momento dado KARL ENGISCH atacó, decididamente, la idea que muchas de las veces sirve como fundamento para el juicio de reproche, conforme al cual el juez penal dice que sí, que cómo no, que claro, que el sentenciado, bajo las circunstancias concretas del hecho, **podía** y debía comportarse de distinta manera.

313 ENGISCH, KARL. *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*, p. 30.

314 ENGISCH, KARL, citado por ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, en *Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal*, p. 105.

ENGISCH decía que “aunque el hombre poseyera esta capacidad de actuar de un modo distinto a como realmente lo hizo, sería imposible demostrar en el caso concreto si usó o no esta capacidad, porque aunque se repitiera exactamente la misma situación en la que actuó, habría siempre otros datos, nuevas circunstancias, etc., que la harían distinta.”<sup>315</sup>

No obstante y a pesar de la crítica, no podemos prescindir del todo del juicio de reproche.

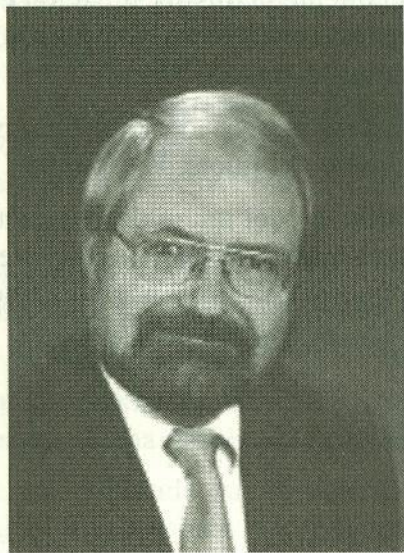
Si prescindimos del juicio de reproche, entonces, llegaríamos a un ámbito de determinismo extremo, sobre el que no podrían hacer ya nada los fines preventivos de la pena y quizá del Derecho Penal.

315 ENGISCH, KARL, citado por FRANCISCO MUÑOZ CONDE, en *Teoría General del Delito*, p. 120.



1992

### SCHÜNEMANN y la crisis del sistema procesal



En 1992 SCHÜNEMANN, al referirse a la crisis del sistema procesal continental europeo, dijo que el procedimiento continental europeo:

Ha entrado “en una crisis profunda e incomparable justamente por la adopción del *Plea Bargaining*, una crisis vital para la estructura de un Estado de Derecho Liberal y una crisis de sobrevivencia, que no puede ser captada, o no quiere serlo, por los profesionales que actúan en el proceso.”<sup>316</sup>

316 SCHÜNEMANN, BERND. *¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*, p. 293.

BERND SCHÜNEMANN es uno de los mejores discípulos de CLAUS ROXIN, criticó el carácter metodológico tanto del causalismo como del finalismo y prefirió la propuesta del funcionalismo teleológico racional.

Y, efectivamente, como él dice, “hoy ya nadie discute el papel central que en el debate científico alemán desempeña la dirección que orienta la dogmática a la política criminal”.<sup>317</sup>

También es uno de los críticos más severos de GÜNTHER JAKOBS, porque considera que su concepción del Derecho Penal “se adapta a cualquier política criminal y puede, por tanto, asumir sin problema alguno cualquier modernización de este Derecho”,<sup>318</sup> lo que por cierto resultaría muy peligroso.

SCHÜNEMANN refiere que el sistema teleológico de ROXIN “integra tanto consideraciones ontológicas como normativas”,<sup>319</sup> lo cual seguramente conlleva a un **sistema abierto** del Derecho Penal, en donde, eso se espera, la sistemática pueda cumplir sus tres funciones principales:

- a) **Ausencia de contradicción** (porque ningún axioma puede contradecir a otro);
- b) **Independencia** (porque ningún axioma puede ser derivable de otro); y

317 SCHÜNEMANN, BERND. *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, p. 11.

318 SCHÜNEMANN, BERND. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, p. 46.

319 SCHÜNEMANN, BERND. En la introducción al libro intitulado *El Sistema Moderno del Derecho Penal*, p. 14.



- c) **Plenitud** (porque todo el saber necesario para la derivación de los enunciados particulares debe su contenido en los axiomas).<sup>320</sup>

Restaría solamente la orientación político-criminal basada no conforme a los fines de la pena directamente, como quiere JAKOBS, sino conforme a los fines de Derecho Penal en general.

Una de las múltiples aportaciones de SCHÜNEMANN a la ciencia penal consiste en la creación del así llamado **principio victimológico**, según el cual sólo ha de subsumirse en un tipo penal “una acción afectante de la posible o exigible protección de sí mismo de una víctima potencial.”<sup>321</sup> Aunque para CANCIO MELIÁ, el principio victimológico no deja de ser **una etiqueta atractiva**, pues él considera que no es necesario crear una victimodogmática, sino que la dogmática debe ser capaz de resolver el problema de la actuación a propio riesgo.<sup>322</sup>

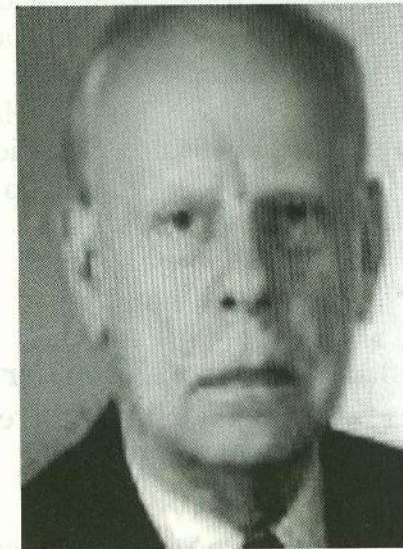
320 *Ibíd.*, p. 35.

321 ROXIN, CLAUDIUS. *Política Criminal y Estructura del Delito*, p. 67.

322 CANCIO MELIÁ, MANUEL. *La exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima*, p. 55.

1993

### HIRSCH, a favor de la responsabilidad penal de las empresas



En 1993 HANS JOACHIM HIRSCH dijo que el legislador tiene la posibilidad de introducir **la pena** a las asociaciones o empresas, si le parece indicado desde el punto de vista de la política criminal. Además agregó:

Que existen muchos indicios de que Alemania se está acercando “a la reincorporación de la punibilidad de las asociaciones de las personas.”<sup>323</sup>

Recordemos que el maestro de HANS JOACHIM HIRSCH (HANS WELZEL) nunca creyó en la responsabilidad penal de las empresas, de tal manera que lo ante-

323 HIRSCH, HANS JOACHIM. *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*, p. 138.



rior sorprende verdaderamente porque HIRSCH es considerado como el más ortodoxo de los discípulos de WELZEL.

También en este año murió KARL LARENZ (1903-1993), él aceptó la teoría de la adecuación causal, pero la aceptó, no como una teoría de la causalidad, sino como un criterio de imputación. Él hizo su teoría de la imputación objetiva sobre la base de HEGEL. Para LARENZ la imputación objetiva es el juicio "sobre la cuestión de si un suceso puede ser atribuido a un sujeto como propio."<sup>324</sup>

1996

### En Alemania se formuló una crítica a las llamadas acciones libres en su causa culposa

En 1994 la Cuarta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en Alemania, se pronunció en contra de las acciones libres en su causa culposa.

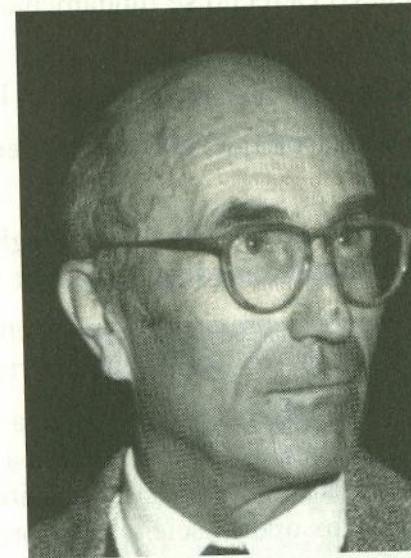
Posteriormente, en 1996, el 22 de agosto, la IV Cámara de lo Penal, "declaró inaplicables los principios de la *actio libera in causa* a la puesta en peligro del tráfico rodado y a la conducción sin permiso."<sup>325</sup>

324 MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA. *La Imputación Objetiva del Resultado*, pp. 19 y 20.

325 SCHÜNEMANN, BERND. *Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de la culpabilidad*, p. 125.

1998

### Murió NIKLAS LUHMANN



NIKLAS LUHMANN nació en 1927 y murió en 1998, a los 71 años de edad.

Estudió Sociología y Derecho, lo que le permitió vincular ambas disciplinas.

Válidamente podemos decir que LUHMANN influyó a GÜNTHER JAKOBS.

LUHMANN dijo que el Derecho cumple la función de **estabilización de expectativas de conducta**.<sup>326</sup> Hoy GÜNTHER JAKOBS tiene la misma idea.

326 LUHMANN, NIKLAS. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, p. 45.



Para NIKLAS LUHMANN el Derecho tiene la característica de ser **autopoietico**, es decir, **autoreferencial**, porque:

- a) Si todo nuevo Derecho se fundamenta en el antiguo Derecho.
- b) Entonces no existe Derecho fuera del Derecho.
- c) Lo que quiere decir que: **el Derecho decide lo que sea Derecho**.

Además indicó **que el Derecho se legitima en el proceso** y no en algún afán de justicia, por ejemplo.

LUHMANN también previó que un sistema orientado a ciertas decisiones políticas tiene sus riesgos:

“... existe el peligro de que un sistema jurídico al que se exija una orientación socio-política a las consecuencias abandone su autogobierno dogmático y ya no se oriente a criterios que trasciendan el programa de decisión, sino sólo directamente a las propias expectativas de las consecuencias.”<sup>327</sup>

Llevado el anterior criterio a la ciencia penal actual, nos permite reflexionar hasta dónde el sistema teológico racional de ROXIN puede terminar en un puro **decisionismo**. En 1998, el 17 de julio, se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, mismo que creó un Tribunal Penal Internacional.

327 LUHMANN, NIKLAS. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, p. 90.

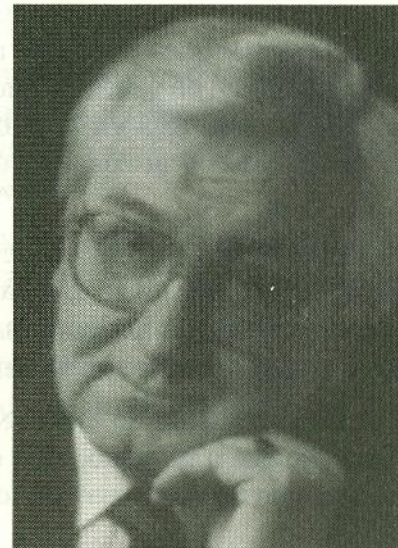
1999

### A la imputación objetiva se le consideró como el tema más discutido en Alemania

En 1999 SCHÜNEMANN consideró que la imputación objetiva era el tema “más discutido en los últimos veinte años en Alemania y en toda Europa”.<sup>328</sup>

2001

### Muere ARTHUR KAUFMANN



ARTHUR KAUFMANN observó las fallas de la modernidad, en particular los errores del proyecto de la Ilustración, el error que significa **racionalizar** lo que de suyo es incontrolable o irracional.

328 SCHÜNEMANN, BERND. *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, p. 70.



Dijo que un hombre que crea poder pensar y juzgar todo racionalmente, por ejemplo deducir todo sólo de la ley, tiene con seguridad **una racionalidad en sub-desarrollo**.<sup>329</sup>

Sin embargo, no podemos afirmar que tan destacado jurista se hubiese entregado a lo **irracional** que a veces supone la posmodernidad, porque, en pocas palabras, manifestó su deseo de la siguiente forma:

“Mi interés no es en ningún caso luchar por la posmodernidad, sino antes bien, defender y conservar las verdaderas conquistas de la modernidad y el racionalismo”.<sup>330</sup>

Esto lo llevó a estimar que el Derecho no sólo consiste en **saber** sino también en **sentir**, y que la base del objeto del Derecho no sólo está **en la cabeza** del ser humano, sino igualmente **en el corazón** de los hombres.<sup>331</sup>

Respecto de la teoría sistémica de LUHMANN, ARTHUR KAUFMANN opinó que no se trataba de una teoría de la verdad y la justicia, “pues para LUHMANN verdad y justicia tiene sólo carácter simbólico”.<sup>332</sup>

Y es que al funcionalismo de LUHMANN no le importó que el Derecho sea o no justo, sino que para tal funcionalismo, lo único que interesa es que el Derecho cumpla:

329 KAUFMANN, ARTHUR. *La Filosofía en la Posmodernidad*, p. 29.

330 *Ibidem*, p. 15.

331 *Ibidem*, p. 129.

332 *Ibidem*, pp. 46 y 47.

La **función** que le corresponde, la función de estabilizar determinadas expectativas.

Por eso creemos que estuvo justificada la crítica de ARTHUR KAUFMANN cuando dijo:

“... para LUHMANN la justicia no es... algo real, sino únicamente un **símbolo**, de lo cual uno se sirve para asegurar buenas intenciones.”<sup>333</sup>

Por otra parte, algo que siempre valoró ARTHUR KAUFMANN en su maestro GUSTAV RADBRUCH:

Es el hecho de que RADBRUCH **nunca sacrificó la seguridad jurídica a un vago pensamiento iusnaturalista**.<sup>334</sup>

Finalmente hay que rescatar **el contenido de la conciencia de la antijuridicidad del hecho**, desde la perspectiva de tan destacado filósofo del Derecho ARTHUR KAUFMANN.

Él advirtió que la conciencia de antijuridicidad, así como la tiene el autor en el momento del hecho:

No está precisamente impregnada de representaciones jurídicas específicas, “sino del conocimiento del significado social y comunitario del hecho.”<sup>335</sup>

333 *Ibidem*, p. 369.

334 *Ibidem*, p. 95.

335 *Ibidem*, p. 254.



2008

**En México entró en vigor  
la Ley que Regula el Uso de la Fuerza**

En 2008, el 22 de abril, en México entró en vigor la *Ley que Regula el Uso de la Fuerza de los Cuerpos de Seguridad Pública del Distrito Federal*.

El 4 de octubre del mismo año entró en vigor la *Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal*.

**Bibliografía**

- BAUMANN, JÜRGEN. *Derecho Procesal Penal. Conceptos Fundamentales y Principios Procesales, Introducción sobre la Base de Casos*, trad. CORONADO A. FINZI, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.
- BETTIOL, GIUSEPPE. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal*, FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ y CONRADI, Ed. Bosch, Barcelona, 1977.
- BOCKELMANN, PAUL. *Relaciones entre Autoría y Participación*, trad. CARLOS FONTÁN BALESTRA, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Introducción al Derecho Penal*, 3a. ed., Ed. Temis, Bogotá, 2005.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL. *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2001.
- “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito”, en *El Funcionalismo en Derecho Penal, Libro Homenaje al Profesor Günter Jakobs*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2003.
- CARO JOHN, JOSÉ ANTONIO. *Imputación subjetiva, en Derecho Penal Funcionalista. Aspectos Fundamentales*, Ed. Flores Editor y Distribuidor, México, 2009.



- CHIAPPINI JULIO O. *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1984.
- DAZA GÓMEZ, CARLOS. *Teoría General del Delito*, 2a. ed., Ed. Cárdenas Editor, México, 1998.
- DONNA, EDGARDO ALBERTO. "La culpabilidad", en *El Poder Penal del Estado, Libro Homenaje a Hilde Kaufmann*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.
- FELIÓ SÁNCHEZ, BERNARDO. "¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?", en *El Funcionalismo en Derecho Penal, Libro Homenaje al Profesor Günter Jakobs*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2003.
- FERRI, ENRICO. *Sociología Criminal*, tomo I, trad. ANTONIO SOTO y HERNÁNDEZ, Ed. Centro Editorial de Góngora, 1910.
- GARCÍA CAVERO, PERCY. "La imputación subjetiva", en *Cuestiones Actuales de Derecho Penal y Patrimonial*, Universidad de Piura, Facultad de Derecho y ARA Editores, Perú, 2005.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. "La reforma penal de 1971", en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, 4a. época, núm. 7, septiembre-diciembre, Procuraduría General de Justicia, México, 1972.
- HABERMAS, JÜRGEN. *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*, trad. MANUEL JIMÉNEZ REDONDO, Ed. Piados, Barcelona, 1991.
- HASSEMER, WINFRIED. "Prevención general y aplicación de la pena", trads. GUSTAVO EDUARDO ABOSO y TEA LÖW, en *Principales Problemas de la Prevención General*, Ed. Ib de f., Buenos Aires, 2004.

- HECK, PHILIPP. *El Problema de la Creación del Derecho*, trad. MANUEL ETENZA, Ed. Comares, Granada, 1999.
- HIRSCH, HANS JOACHIM. "La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo en la «zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft»", trad. MARIANO MELENDO PARDOS, *Derecho Penal Obras Completas*, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- "Consentimiento y autodeterminación", MANUEL CANCIO MELIÁ, en *Derecho Penal. Obras Completas*, tomo III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.
- "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", trad. PATRICIA S. ZIFFER, en *Derecho Penal. Obras Completas*, tomo III, Buenos Aires, 2003.
- IHERING, RUDOLF V. *La Lucha por el Derecho*, trad. ADOLFO GONZÁLEZ POSAD, Ed. Eliosta, Buenos Aires, 1974.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA. "El dolo en el Derecho Penal", en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, 4a. época, núm. 7, septiembre-diciembre, Procuraduría General de Justicia, México, 1972.
- JAKOBS, GÜNTER. "Personalidad y Exclusión del Derecho Penal", trad. TERESA MANSO PORTO, en *El Funcionalismo en Derecho Penal, Libro Homenaje al Profesor Günter Jakobs*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2003.
- *El Derecho Penal como Disciplina Científica*, trad. ALEX VAN WEEZEL, Ed. Civitas, Pamplona, 2008.



- JESCHECK, HANS HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, trads. SANTIAGO MIR PUIG y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.
- KINDHÄUSER, URS. "La fidelidad del Derecho como categoría de la culpabilidad", trad. PERCY GARCÍA CAVERO, en *Cuestiones Actuales del Derecho Penal y Patrimonial*, Universidad de Piura, Facultad de Derecho y ARA Editores, Perú, 2005.
- \_\_\_\_\_. "Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso", trad. NURIA PASTOR, en *Cuestiones Actuales de Derecho Penal y Patrimonial*, Universidad de Piura, Facultad de Derecho y ARA Editores, Perú, 2005.
- LÜDERSSEN, KLAUS. "La función preventiva-general del sistema del delito", trads. GUSTAVO EDUARDO ABOSO y TEA LÖW, en *Principales Problemas de la Prevención General*, Ed. Ib de f., Buenos Aires, 2004.
- MANZINI, VINCENZO. *Tratado de Derecho Penal*, tomo IX, trads. SANTIAGO SENTIS MELENDO y MARINO AYERRA REDÍN, Ed. Adiar, Buenos Aires, 1950.
- MARAT, JEAN PAUL. *Plan de Legislación Criminal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- MORELLO, AUGUSTO M., *Procesalistas Inolvidables*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS. "Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad", en *El Poder Penal del Estado, Libro Homenaje a Hilde Kaufmann*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Ib de f., 2a. ed., Buenos Aires, 2003.

- \_\_\_\_\_. *Teoría General del Delito*, Ed. Temis, 2a. ed., Bogotá, 2005.
- NAUCKE, WOLFGANG. "Prevenición general y derechos fundamentales de la persona", trads. GUSTAVO EDUARDO ABOSO y TEA LÖW, en *Principales Problemas de la Prevención General*, Ed. Ib de f., Buenos Aires, 2004.
- NAVA GARCÉS, ALBERTO E. *El Error en el Derecho Penal*, Ed. Porrúa, México, 2007.
- POLAINO-ORTS, MIGUEL. "Efectos de la autolesión en actividades de riesgo", en *Derecho Penal Funcionalista. Aspectos Fundamentales*, Ed. Flores Editor y Distribuidor, México, 2009.
- PRIETO SACHÍS, LUIS. *La Filosofía Penal de la Ilustración*, Ed. INACIPE, México, 2003.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO. *Parte General del Derecho Penal*, 2a. ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- RADBRUCH, GUSTAV. *Filosofía del Derecho*, 4a. ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- \_\_\_\_\_. *El Hombre en el Derecho*, trad. ANÍBAL DEL CAMPO, Ed. Depalma, 1980.
- ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA. *Peligrosidad y Derecho Penal*, Ed. Bosch, 1986.
- ROXIN, CLAUDIUS. "Los últimos desarrollos de la política criminal", en *Política Criminal y Estructura del Delito, Elementos del Delito en base a la Política Criminal*, trads. JUAN BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMANZÁBAL MALARÉE, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.



ROXIN, CLAUS. "Reflexiones sobre el *dolus generalis*", trad. PATRICIA ZIFFER, en *Desviación del Curso Causal y "Dolus Generalis"*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2004.

SAMSON, ERICH. *Cursos Causales Hipotéticos. Una Introducción sobre la Causalidad de la Complicidad*, trads. MARCELO A. SANCINETTI y PATRICIA ZIFFER, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

SANCINETTI, MARCELO A. "*Dolus generalis* y «suerte penal»", en *Desviación del Curso Causal y «Dolus Generalis»*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2004.

SCHÜNEMANN, BERND. "Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva", trad. MARIANA SACHER, en *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal Después del Milenio*, trad. MARIANA SACHER, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

\_\_\_\_\_. "¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", trad. SILVINA BACIGALUPO, en *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal Después del Milenio*, trad. MARIANA SACHER, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

STAMMLER, RUDOLF. *LA GÉNESIS DEL DERECHO*, trad. WENCESLAO ROCES, Ed. ARA Editores, Perú, 2005.

STRATENWERTH, GÜNTER. *Derecho Penal Parte General. El Hecho Punible*, tomo I, trad. MANUEL CANCIO MELIÁ, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

WELZEL, HANS. "Estudios sobre el sistema de Derecho Penal", trads. GUSTAVO EDUARDO ABOSO y TEA LÖW, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Ib de f, Buenos Aires, 2003.

\_\_\_\_\_. "Causalidad y acción", trads. GUSTAVO EDUARDO ABOSO y TEA LÖW, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Ib de f, Buenos Aires, 2003.

\_\_\_\_\_. "Derecho Penal y filosofía", trads. GUSTAVO EDUARDO ABOSO y TEA LÖW, en *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Ib de f, Buenos Aires, 2003.

\_\_\_\_\_. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista*, trad. JOSÉ CEREZO MIR, Ed. Ib de f, Buenos Aires, 2002.



