

**Dogmática penal, teoría del delito y la acción,
un estudio sobre sus problemáticas en la
implementación. ***

Criminal dogmatics, theory of crime and action, a study
on its problems in implementation

José Felipe Bastidas Álvarez**

* Artículo de reflexión postulado el 23/10/2023 y aceptado para publicación el 06/05/2024

** Estudiante de doctorado en Ciencias del Derecho de la Facultad de Derecho en la Universidad Autónoma de Sinaloa
jf_bastidas@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-5244-3028>

RESUMEN

Nosotros a través del presente conforme la metodología implementada, realizamos un estudio sobre algunos pensamientos de la dogmática jurídica penal y teoría del delito, además establecimos una postura personal conforme el estudio de algunos elementos de las teorías causalistas, la finalista y las funcionalistas, con ello, consideramos alcanzamos los tres principales objetivos en el presente, los cuales son el estudio dogmático sobre elementos de nuestro interés de la teoría del delito, asumir una postura referente a los aportaciones doctrinales analizadas en el presente, y dar espacio a una propuesta referente a los temas tratados con base a nuestra perspectiva de la realidad.

PALABRAS CLAVES

Teoría del delito, dogmática jurídica penal, la acción.

SUMARIO

Resumen

Introducción

Contexto conceptual de elementos dogmáticos jurídicos penales básicos.

Teoría del delito y algunos de sus principales postulados.

Comprensión y análisis de lo expuesto sobre las teorías. Primero el causalismo.

Finalismo en la comprensión, crítica y discusión desde nuestro punto de vista.

Funcionalismo y sus dos principales representantes.

La crítica dogmática penal a las teorías del delito, desde nuestro punto de vista.

Conclusiones.

Fuentes consultadas.

ABSTRACT

Through the present, according to the methodology implemented, we carried out a study on some thoughts of criminal legal dogmatics and theory of crime, we also established a personal position according to the study of some elements of the causalist, finalist and functionalist theories, thereby, we consider we have achieved the three main objectives in the present, which are the dogmatic study of elements of our interest in the theory of crime, assuming a position regarding the doctrinal contributions analyzed in the present, and giving space to a proposal regarding the Topics discussed based on our perspective of reality.

KEYWORDS

Theory of crime, criminal legal dogmatics, action.

Introducción.

En general ¿Es necesario el estudio, asumir una postura y generar propuestas en el tema de la dogmática jurídica penal en la actualidad? Y en particular ¿Es necesario el estudio, análisis y sobre todo cuestionar los postulados de la teoría del delito? Acaso ¿Encuentran problemáticas las teorías del delito en cuanto a su loable aplicación en la actualidad en México? Y después del funcionalismo penal ¿Pueden surgir nuevas teorías? O simplemente debemos asumir que después de Jakobs y Roxin, ya no existirán aportaciones, cambios y elementos significativos sobre los temas del presente (dogmática penal en general y teoría del delito en particular), nosotros buscamos alcanzar tres objetivos principales, los cuales son un estudio dogmático sobre elementos de nuestro interés referente a la teoría del delito, y con ello poder asumir una postura concerniente a las aportaciones doctrinales que se analizaron, después poder facultarnos al dar una propuesta referente a los temas tratados, esto con base a nuestra perspectiva de la realidad, sin embargo, por su historicidad, acervo e incluso el nivel de abstracción que pueden llegar alcanzar los temas, nos limitamos al abordaje sobre elementos de nuestro interés.

Nosotros sostenemos como hipótesis por evolución científica, esto conforme los constantes cambios sociales en diversos rubros y, sobre todo por la historicidad que guardan los temas de dogmática jurídica penal y teoría del delito, que surgirán nuevas teorías que terminarán sustituyendo a las actuales en la práctica y realidad, sin embargo y tras el estudio realizado, hemos entendido que el principal problema ha radicado desde nuestro punto de vista, en que a través de la teoría se busque solucionar problemas en la realidad con base a un elemento tan conflictivo como lo es el delito, por ello no podemos dejar de comprobar en el presente, otra hipótesis la cual consiste en las problemáticas que enfrentan en la realidad todas las teorías pues, creemos se pretende continuar con la intención de buscar una respuesta penal generalizada, esto en donde todos los problemas multifactoriales que pueden emanar de un solo delito, encuentren solución de tal manera que radiquen la criminalidad, y de esto último sostenemos como una hipótesis más, es difícil ya que el fenómeno delincencial solo se puede mantener en cuotas tolerables.

Contexto conceptual de elementos dogmáticos jurídicos penales básicos.

Señala Beccaría al ser citado por Moccia que "...toda ley que no está armada o que la naturaleza de las circunstancias hace que no exista, no debe de ser promulgada, leyes tan injustas, despreciadas por los hombres, comunican su degradación a leyes aún más sanas."¹ Con lo señalado por el marqués, nos queda claro que lo mínimo a exigir por un notorio peligro en elaboraciones normativas, es contar con leyes justas y que produzcan resultados efectivos, en éste sentido es como diversos, pensamientos, postulados, teorías, tratados y en general conocimientos de índole penal, han buscado ante todo marcar una evolución en particular en las ciencias penales, el problema en lustros anteriores como en la actualidad, es tocante a lo que significa derecho penal y si vamos más allá, la dogmática penal ya que en relación con la prevención de los hechos por parte del legislador, a menudo es combinado con ajustes represivos sobre el plan de sanciones, lo que no lleva a grandes resultados en cuanto al control de los fenómenos criminales,² por tanto, las leyes penales dejan de ostentar un significativo

1 Moccia, Sergio, "El rol de la dogmática penal ante la transformación de la política criminal", en Espina, Gusi (coord.), Magna carta la dogmática penal como garantía del Estado constitucional de derecho, Argentina, Editorial EDIAR, 2021, p. 30.

2 *Ibidem*, p. 29.

contenido al no ser tan funcionales.

Las leyes penales desde nuestro punto de vista, pueden carecer de funcionalismo porque a menudo se convierten en reglas escritas, con un contenido aleatorio y difuso, que no es funcional para el respeto de las reglas de abstracción y generalización en la elaboración dogmática, por ende, pensamos que toda ley no funcional que se relacione con el castigo y prohibición de forma común, no se suele justificar de manera adecuada con base a sus fundamentos para un también adecuado tratamiento sancionador, por lo tanto el problema funcional y de contenido proviene inducidos, por lo general de conflictos dogmáticos que, para comprenderlos primero hemos de conocer el termino de dogmática penal y sus elementos, por lo tanto, es menester señalar lo siguiente:

La dogmática penal es el conocimiento sistemático de todo el derecho penal y de cada una de sus partes importantes. Cada una de esas partes a su vez, puede ser objeto de análisis separado y conformar grupos de conocimientos más concretos o específicos que son caracterizados como teorías. Por ello, al ser el delito uno de los aspectos importantes del derecho penal, este ha sido objeto de un desarrollo dogmático específico al surgir así lo que conocemos como teoría general del delito.³

Al definir la materia cabe resaltar el principio que señala Gómez Zamudio, cuál es que no toda conducta debería castigarse con pena de prisión, tal y como se pretende hacer en la actualidad conforme orientaciones punitivas, pues no todo comportamiento que aparece en el mundo, debe ser punible para merecer represión, de allí la necesidad de estudiar cada caso en particular,⁴ por tanto "...racionalizar la administración de justicia para tomarla igualitaria, y a ella suministrarle criterios relevantes para la aplicación de equidad que proporcionará seguridad jurídica, distinguirá lo punible de lo que no lo es..."⁵ Es en lo expuesto, uno de los objetivos que pretendemos alcanzar en el presente, pues practicar esta clase de dogmática, significa hacer una construcción sistemática argumentativa de una estructura legal coherente y efectiva, con la que se puede llegar a los anhelos sociales, los cuales consideramos son de igualdad y justicia pero sobre todo, llegar aquellos elementos que conforman un conocimiento sistemático del derecho penal, ya que el estudio y análisis de cada elemento, no solo requiere de una destreza mecanicista al describirlos, sino que se sean provistos de contenido y justicia.

En el contenido de igualdad y justicia que se debe impregnar en la dogmática penal, pudiera surgir del concepto de la misma descrito con antelación, esto, al conformar grupos de conocimientos caracterizados como teorías, ya que la materia de estudio se puede inclinar hacia el análisis de un elemento específico y este pudiera ser la norma penal. Pero ¿Qué se entiende por norma penal? Lo primero que se debe entender antes de allegarse al concepto es que aquella ley o norma penal plasma una norma de conducta, preexistente o concomitante a ella, que, en todo caso, adquiere eficacia jurídica desde el momento en que entra en vigor,⁶ por lo tanto, si la norma penal es "...toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia cual, su misión será la de posibilitar dicha relación que se da en convivencia en sociedad..."⁷ La norma penal, por ende, tendrá como misión que las relaciones en sociedad

3 Moreno Hernández, Moisés, *Dogmática Penal y Política Criminal*, México, Ubijus Editorial, 2018, p. 31.

4 Gómez Zamudio, Carlos Guillermo, *Dogmática jurídica penal aplicada en el sistema judicial mexicano*, México, Editorial Flores, 2015, p. 36.

5 *Ibidem*, p. 38.

6 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal y control social*, Colombia, Editorial Temis S.A., 2012, p. 9.

7 *Ibidem*, p. 10.

se den sin conflictos o que no lastimen bienes jurídicos, para ello, ésta deberá ostentar el máximo respeto y para mantenerlo, necesitará de la amenaza penal que se puede convertir en la sanción penal, y por lo expuesto, se deben describir prohibiciones de conductas.

La norma jurídica penal por todo lo mencionado, se deberá entender "...como simples expresiones simbólicas del funcionamiento del sistema social, porque para la teoría sistémica aplicada al derecho penal, el delito no es más que la expresión simbólica de una falta de fidelidad al sistema social, la pena o medida de seguridad, es una reacción a una infracción normativa...".⁸ Pero al observar los conceptos que rodean la norma jurídica penal, pudiéramos argumentar lo contrario que señala el autor (en cuanto a elementos capaces de conformar una teoría), porque se marca un hecho al ser trascendente perder o ganar algo, y eso sucede al ocurrir un conflicto, y éste precisamente lo buscará solucionar la norma penal, por ello en cuanto el hecho figure en la descripción típica, el conflicto que ocasionó el delito también pone a la dogmática especial interés en él, porque el conflicto dentro y fuera de los trazos normativos, es importante y ha sido para la materia de estudio en los últimos lustros como en la actualidad, todo al pretender ser versado en los sentidos de igualdad y justicia expuestos.

El concepto de la norma penal expuesto con antelación, se respeta y se expuso por ostentar un postulado filosófico que, desde nuestro punto de vista todavía es dominante, pero Corrales Hernández asegura que la ley penal ostenta una doble naturaleza, la primera valorativa (en la antijuricidad) y la otra imperativa (en la culpabilidad), pero sobre todo su principal variante será la sanción con las que están conminadas las conductas previstas,⁹ porque además de constituir expectativas (sobre todo de fidelidad), se espera que no se realice una conducta descrita en el tipo penal, lo que supone la frustración de otra expectativa (la delincencial) y de no frustrarse consiguientemente, la imposición de una pena o medida de seguridad, porque la norma penal tiene construido un sistema propio, y no debemos olvidar "...las prescripciones de comportamiento, cuya infracción queda perfecta cuando se dan tanto el disvalor del resultado (aspecto objetivo) como el disvalor de acción (aspecto subjetivo), solo de esta manera, se podrá afirmar que autor o partícipe infringe la norma o concreta el tipo injusto...".¹⁰ Con lo que se configura el contexto de la descripción de actos de razón y conciencia.

La norma penal como punto teórico y dogmático o, como teoría específica de la dogmática, se discute por las diversas formas de interpretación, tal y como lo señala Schroeder, como una normativa orientada, valorativa, dirigida en sentido normativo, con base a criterios normativos, normativizante o, en síntesis con una interpretación normativa, lo importante para el autor es el sentido gramatical, sistemático, histórico, teleológico u óntico otorgado que se le pueda dar a la norma jurídica,¹¹ ya que de allí parten postulados que en el sentido estricto, según el deber buscarán solucionar problemas de índole penal y político-criminal, porque en todo apartado de dogmática penal, de una u otra manera siempre regresamos al concepto de norma penal, y sobre todo si éste se ha aportado de contribuciones científicas significativas, tal y como sucedió con "Binding y su positivismo jurídico, cual fue inspirado por las teorías de la pena de Kant y Hegel, así como la surgida por la transformación del Estado liberal al Estado social en el positivismo penal naturalista de von Liszt, hasta llegar a la actualidad con

8 *Ibidem*, p. 15-16.

9 Corrales Hernández, Jesús, Flexibilidad de la dogmática penal mediante la teoría del espacio libre de derecho, México, Ubijus Editorial, 2012, pp. 77-78.

10 *Ibidem*, p. 84.

11 Schroeder, Friedrich Christian, Fundamentos de dogmática penal, México, Editorial Flores, 2019, pp. 15-16.

el normativismo de Roxin y Jakobs...”.¹² Son aportaciones de carácter científico que evolucionan la ciencia.

Dentro de la norma penal en general, al contextualizarla en el tema del delito en específico y como la parte conflictiva del derecho penal, podemos asegurar que enfrenta serios desafíos, entre ellos la “...progresiva ampliación de la protección jurídico-penal a bienes universales difíciles de precisar, así como el adelantamiento del derecho material a través de delitos de peligro abstracto, también el debilitamiento de la imputación individual a través de la responsabilidad por conductas relacionadas con organizaciones, entre más.”¹³ Derivado de dichos desafíos en donde la máxima expresión como tal, debería ser en el delito, es en donde ha surgido desde nuestro punto de vista, la más interesante y significativa necesidad de generar nuevos conocimientos, mismos que al ser parte de la dogmática jurídica penal, se deben estructurar bajo un orden de conocimientos científicos de carácter general y especial, así como dependientes e independientes pero con relación a la materia de estudio.

El delito y sus teorías son desde nuestro entender, la parte fundamental de los avances dogmáticos, por ello, importante es fijar como objetivo en el presente, su estudio y establecer una base para una dogmática justa, igualitaria y funcional, para ello, es imprescindible además de un análisis general sobre la teoría del delito, una aportación dirigida no solo a la sociedad o gobernados, sino también a los gobernantes quienes son garantes de un todo política y jurídicamente organizado.

Teoría del delito y algunos de sus principales postulados.

La teoría del delito según Díaz Aranda es un “...método de análisis de las normas penales para interpretarlas con el fin de aplicarlas a casos reales, esto para poder sostener una solución fundada y motivada, en ese saber; particularmente desde su análisis, se debe partir de lo que se le llama sistema normativo penal...”.¹⁴ Las primeras posturas fueron el sistema clásico o causalistas naturalista y el neoclásico o teleológico (causalista normativista), y partieron según Moreno Hernández de las bases ideológicas y arribaron a conclusiones que buscan incidir en las decisiones político-criminales, ya que el sistema clásico inicia con Franz von Liszt desde 1881, y fue concebido con base en clasificaciones, es aquí donde se le dio al concepto de acción, un perfil con elementos de corporalidad y de causalidad del resultado, con esto el sistema de clasificación se resume a un concepto de delito estructurado fundamentalmente en dos elementos (antijuricidad y culpabilidad), al corresponder al primero en todo lo objetivo del delito y el segundo, a todo lo subjetivo, después de von Liszt, se incorpora Beling a la discusión y éste concibió al delito como una conducta, típica, antijurídica y culpable,¹⁵ es aquí donde inicia la teoría del delito.

La conducta en el sistema clásico según Díaz Aranda, debe ser compatible con el resultado de las causas, las cuales se ha producido hasta llegar a demostrar que la conducta

12 Miró Llinares, Fernando, El progreso de la dogmática penal (y sus problemas) aproximación a la estructura de la evolución de la dogmática penal, España, tirant lo Blanch, 2022, pp. 48-49.

13 Kuhlen, Lothar, Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del derecho penal, España, Marcial Pons, 2021, p. 109.

14 Díaz Aranda, Enrique, “Evolución del causalismo al funcionalismo ¿En la legislación penal mexicana?”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), Evolución del sistema penal en México tres cuartos de siglo, México, INACIPE-UNAM, 2017, p. 247.

15 Moreno Hernández, Moisés, op. cit., p. 42.

es el desencadenante de dichas causas que culminaron con el resultado,¹⁶ de aquí la frase la causa de la causa, es causa de lo causado, lo que podemos interpretar como sí una conducta desencadena el proceso (causal) que termina con un resultado, esto, sobre una lesión al bien jurídico, y ello bastará con su unión a través del nexo causal para que "...no puedan argumentarse criterios de valoración, por ejemplo que la conducta normalmente no habría producido el resultado, ello está claramente descrito en los artículos 302 al 304 del código penal federal en México...".¹⁷ La conducta se encuentra inmersa en un concepto de acción y se caracterizará como causa de acción. Por todo lo expuesto, la acción en esta teoría tiene que existir mediante una relación de causa y efecto, y la omisión se pretende aclarar en forma nominal, como la realización de un no movimiento, por lo tanto, la concepción de acción no sale de los movimientos corporales.

La acción en el sistema clásico es concebida naturalísimamente, porque el tipo se entiende como la descripción de los elementos exteriores de la acción, algo totalmente libre de desvalor, de antijuricidad, neutra, es decir, definida en forma permanentemente descriptiva, pero no valorada normativamente.¹⁸ La antijuricidad en esta teoría será una contraposición del hecho objetivo con el orden jurídico y que se encuentra nutrida de consideraciones causales desahogadas en la acción, en concreto, la diferencia del sistema clásico al neoclásico es que "...sometió las cuatro categorías del delito a otro criterio de valoración, esto es, el análisis de conducta con una causalidad que requiere establecer que cualquier persona identificará a dicha conducta, como la adecuada para producir el resultado, sin olvidar tomar en cuenta que, la conducta es objetivamente la causante del resultado."¹⁹ Esto lo podemos observar en el artículo 305 del Código Penal Federal de México, el definir el sistema neoclásico o teleológico, sería a través de la teoría que se implementó y de los aportes que se generaron, en este sentido se expone lo siguiente:

Moreno Hernández señala que dentro de la teoría del conocimiento neoclásico, su aporte principal fue un método científico intelectual, mas éste se incorpora al método científico causal de la ciencia natural, en esta combinación se manifiesta que el concepto de culpabilidad debe ser entendido con la simple suma de dolo y culpa,²⁰ Mezger es uno de los principales representantes del neoclasicismo, su dogmática la canalizo al "...régimen nacional socialista que proyectó al derecho penal alemán hacia los principios de la filosofía aria (hitleriana) pues, proclamó como básico el pensamiento de la responsabilidad del individuo ante su pueblo, por ende, todo debe ser sobre la protección del régimen aún se tenga que exterminar elementos dañinos al pueblo o la raza."²¹ Mezger señalaba:

El injusto a la vez, son los elementos de la culpabilidad, aquello sí se resuelve a través de la filosofía de valores que complementan la esfera de la realidad del positivismo, siempre con la configuración de la ciencia del derecho como elaboración metodológica de los conceptos, esto es, que la esfera de la realidad (ciencia del derecho), aparece formada no por puras reproducciones de lo real, sino por conceptos resultantes de una elaboración metodológica practicada por el sujeto empírico, por lo que ahora los hechos están referidos a valores y fines, de ahí que se defina materialmente a la antijuricidad como lesividad social y que se trans-

16 Díaz Aranda, Enrique, op. cit., p. 248.

17 Díaz Aranda, Enrique, op. cit., p. 248.

18 Ibídem, p. 44.

19 Ibídem, p. 249.

20 Moreno Hernández, Moisés, op. cit., p. 45.

21 Quintino Zepeda, Rubén, Los principios del derecho penal, México, Editorial Arquinza, 2018, pp. 203-204.

forman los tipos en tipos del injusto.²²

Para Mezger y el neoclasicismo el tipo ya no aparece como mera descripción libre de valoración de un acontecimiento, sino como descripción normativa de la lesión (típica) del bien jurídico, esto es, la descripción legal en el neoclasicismo funge como medio o recurso del legislador para distinguir los elementos del injusto que son característicos para todos los tipos delictivos y con ello, de simple indicio de la antijuricidad, se transforma en portador del injusto penal. Con lo anteriormente señalado, es como pudiéramos argumentar lo siguiente:

Se distinguen el sistema clásico y neoclásico como sistemas causalistas del delito, la teoría de la causalidad es un fenómeno empírico que sigue determinadas leyes al contemplar la causa y el efecto, esto es, aplicabilidad de los sucesos y verificación que depende de los conocimientos teóricos de las ciencias naturales con la causa a cualquier condición del resultado, con lo cual no se hace una selección entre las numerosas condiciones de todo resultado, por lo que es inocuo al demostrar que sus diferencias casi no pueden ser lógicamente realizadas, porque al verificar dicha causalidad, se vislumbra una carga en cuanto a una serie de decisiones jurídicas que, son previas y las hacen inservibles para la demarcación de un marco límite de responsabilidad, esto en cuanto tengan recién que aunarse las categorías jurídicas de valoración, por tanto, la relevancia particular de la relaciones causales (causa y efecto), con base a elementos naturales, es lo que le genera problema a la teoría causalista, porque pueden llegar a ser indemostrables los elementos que emerjan solamente de una causa o efecto sobre los conocimientos teóricos de las ciencias naturales.

Una vez analizado de manera breve el causalismo, es momento de comenzar con el análisis del finalismo, y si se menciona este, también se tiene que mencionar a su principal representante, Hans Welzel y según Ferré Olivé impulsó la idea de cómo debe ser la acción finalista del delito, esto, a través de postulados filosóficos con el propósito de vencer el naturalismo en el derecho penal, los principios de su derecho penal se basaron en el respeto a la vida, a la libertad y la propiedad de los demás, pero antes pugnaba los valores de manera permanente para el derecho penal de lealtad, obediencia y defensa,²³ el finalismo entró en discusión con el causalismo principalmente por la categoría de la acción, pero también sobre "...el aspecto personal y ético del injusto, esto, a través de los elementos subjetivos para buscar una dirección personal pues, el dolo lo trasladó del campo de la culpabilidad, al de la acción y consecuentemente al del injusto, lo último precisamente con la inclusión del contenido de la voluntad en el concepto de acción...".²⁴ Con ello, se dio un fuerte contenido de valoración en el concepto de culpabilidad.

El finalismo criticó al causalismo principalmente por su base filosófica, al provenir del naturalismo positivista, Welzel la consideró como "...la doctrina de la omnipotencia jurídica del legislador, esto es, que el orden positivo según el finalismo ya no debe tener contenido arbitrario pues, el legislador tiene límites inmanentes del derecho positivo, dentro de ellos, lo es la estructura ontológica de la acción, y de no observarla el legislador para hacer sus regulaciones, estas serían falsas."²⁵ Referente a la estructura ontológica de la acción, debe ser toda valoración y regulación en donde el legislador no podrá ni agregarle ni quitarle nada a la norma penal porque en ella radica, el respeto irrestricto y absoluto a las categorías del delito,

²² Moreno Hernández, Moisés, op. cit., pp. 48-49.

²³ Ferré Olivé, Juan Carlos, Los oscuros orígenes de la ciencia del derecho penal, México, INACIPE, 2014, p. 16.

²⁴ Moreno Hernández, Moisés, op. cit., p. 50.

²⁵ Welzel, Hans, Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico, 2a. ed., Argentina, Editorial B de F, 2013, p. 279.

porque la acción es la piedra angular de la construcción sistémica del derecho, entonces no debe ser un mero proceso causal ciego o carente de sentido, sino un momento final de todo proceder humano al ordenarle o prohibirle una conducta, porque el hombre es capaz de un obrar con conciencia final,²⁶ por lo tanto, la acción final será la que configure al delito como directriz más eficaz que una causalidad.

Conforme lo expuesto y según el postulado finalista, las acciones al poder configurar finalmente el hecho, deben dirigir las normas penales porque en ellas reside el poder mandar o, prohibir una conducta final, en este sentido, las aplicaciones dogmáticas en el finalismo transitan en torno a la finalidad de la voluntad humana y dentro de esto, el tipo subjetivo "... se configura como un momento esencial del comportamiento personal en los delitos dolosos pues, si bien es cierto, el finalismo acoge la estructura de la teoría causal de la acción, también cierto lo es que desarrolla un nuevo concepto de injusto sobre la base de la estructura final, el concepto de injusto personal."²⁷ Por ende, la acción como elemento fundamental e inicial en la estructura del delito, ofrece elementos para determinar el objeto de la prohibición o el mandato penal, porque la teoría del injusto personal al configurarse sobre la acción final, delimita el dolo en el tipo porque esta categoría del concepto de delito, no se excluye del concepto final de acción, en este sentido, el finalismo desarrolló estructuras lógicas objetivas y, datos ontológicos que argumentan elementos dogmáticos innovadores.

El finalismo estructura la acción mediante un orden lógico objetivo, pero no contribuye en la resistencia contra infracciones ideológicas en el campo del derecho penal, porque la acción final cuando se contraponen a enfoques normativos como base empírica-ontológica del derecho penal, solo "...ofrece un extracto muy breve de la realidad y abarca de manera incompleta el sustrato objetivo de los sucesos penalmente relevantes pues, no puede explicarse como finalidad la existencia empírica en la omisión, imprudencia u omisión bajo culpa inconsciente..."²⁸ Lo anterior se debe a que un empirismo tan selectivo, solo comprende de manera parcial la realidad de los fenómenos penalmente relevantes, por lo que genera una función muy limitada, esto se pone de manifiesto en lo siguiente:

La teoría de la acción final tiene consecuencias en la estructura del delito que han influido en la jurisprudencia y legislación de manera permanente, así, la teoría de la culpabilidad, la cual no concede ninguna influencia al error de prohibición en el dolo, constituye una derivación de la estructura de la acción asumida, según la cual, una acción de homicidio solamente puede consistir en que el autor ha causado finalmente la muerte de otro. Si se considera correcta la teoría de la culpabilidad (que ha sido adoptada en el artículo 17 del código penal alemán), entonces uno se verá ligeramente inclinado a ver en ella, una prueba de la fertilidad de la concepción finalista. Pero la teoría estricta de la culpabilidad, desde la perspectiva de una evaluación razonable de política criminal, no se entiende porque alguien, quien, también desde un análisis objetivo, quería algo ajustado al derecho, deba ser marcado como criminal doloso debido a un simple error en los hechos.²⁹

26 Moreno Hernández, Moisés, op. cit., p. 51.

27 Polaino Navarrete, Miguel, "Finalismo y postfinalismo: hitos históricos de dogmática penal", en Roxin, Claus et al., Dogmática penal y política criminal cuestiones fundamentales para el nuevo sistema de justicia penal, México, Editorial Flores, 2015, p. 24.

28 Roxin, Claus, La teoría del delito en la discusión actual, 3a. ed., trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Perú, Instituto Pacífico S.A.C., 2021, t. I p. 99.

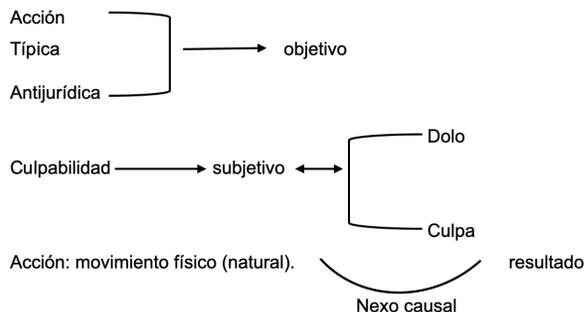
29 Ídem.

Comprensión y análisis de lo expuesto sobre las teorías. Primero el causalismo.

De lo expuesto hasta aquí, sustraemos lo siguiente:

El causalismo clásico o naturalista sus principales representantes son Liszt y Beling, y por lo que al neoclásico o valorativo respecta, lo es Mezger. En el causalismo surge la conducta, típica, antijurídica y culpable, y para ser específico en el clásico se recaban ideas de las escuelas clásica y positivista, que son la acción u omisión, un movimiento o no movimiento corporal (mecanicista), fuerza física irresistible en el que existe una causa y efecto de acción y resultado con base a un nexo causal. En el causalismo se priman elementos como acción, omisión, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, inculpabilidad, imputabilidad, inimputabilidad, punibilidad, excusas absolutorias. La acción es manifestación de la voluntad, resultado y la existencia de la relación de causalidad, esto bajo un deber ser consiente, espontáneo y exteriorizado por lo tanto, la acción no contaba por sueño, por movimientos reflejos y cuando hayan sido resultado de no poder oponer resistencia a una fuerza física que sea irresistible, ya que el resultado es la modificación en el mundo exterior por la realización o no de una acción y la relación de causalidad, esta última al ser la manifestación de la voluntad del individuo en relación a la causa efecto.

Para hacer una notoria diferenciación de los dos causalismos en comento, en el causalismo clásico se toman en cuenta todas las causas para un delito (teoría de la equivalencia). Y en el causalismo valorativo de Mezger (neokantiano) no se pueden aplicar los mismos métodos de las ciencias naturales a las ciencias sociales, porque debe existir una causa valorativa que no se conforma con un resultado que cause una modificación en el mundo exterior, por ello, se debe introducir la noción de la voluntad, esto es los elementos subjetivos en los tipos porque el injusto no puede ser netamente objetivo, ya que hay tipos penales que exigen elementos subjetivos, un ejemplo es a quien con el ánimo de enriquecerse. Debemos agregar que el causalismo valorativo es el origen de la imputación objetiva, obsérvese la siguiente gráfica para mejor conocer:



Para concluir con el causalismo, en él surgen las causas de exclusión de la antijuricidad, y es cuando el hecho delictivo produce más provecho que daño, de lo que podemos tomar como origen y antecedente de lo que hoy conocemos como estado de necesidad. Aquí es importante cuestionarse ¿Las causas son importantes y se tienen que analizar en la actualidad?

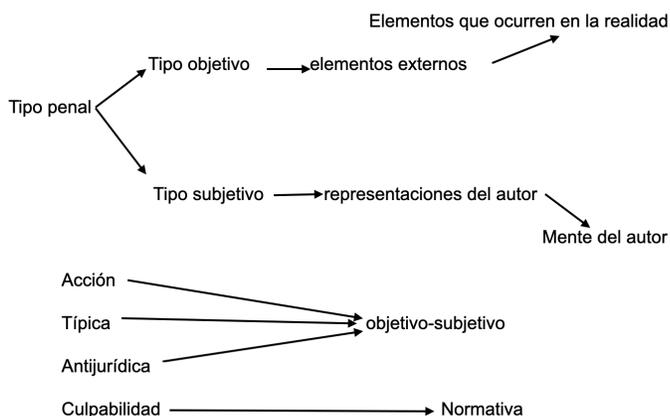
La respuesta es afirmativa, porque desde nuestro punto de vista de no hacerlo se llegan a soluciones absurdas, sin embargo, es necesario señalar que el causalismo tiene problemas, y estos surgen en la comprobación de la causa, al tomar siempre al efecto como consecuencia directa pues, una persona será culpable cuando se acredite su acción como causa del resultado, por lo que da como respuesta, que el ubicar la acción de forma causal, puede llegar a ser una forma ciega de observar el delito, porque se hace sin tener en cuenta la acción como finalidad o, conforme el valor de la causa real que provocó la afectación del bien jurídico.

Finalismo en la comprensión, crítica y discusión desde nuestro punto de vista.

En cuanto al finalismo éste señala que se le debe de dar una aportación a la naturaleza de las cosas, éstas sobre el planteamiento del orden del ser del ente (el orden al que el ente pertenece), porque de lo contrario se estaría refiriendo a un ente distinto, esto es, si Welzel quiere que su teoría sea eficaz, se debe de dirigir al objeto que de voluntad manifiesta, y aquí se debe de respetar la estructura óptica del ente tal y como es en el mundo real pues, de lo contrario no sería el objetivo hacia donde se quiere dirigir el derecho penal. Con lo expuesto, el finalismo pretende tomar un realismo en donde busca ponerle límites al poder punitivo estatal, a su vez, alcanzamos a percibir que se concibe la idea que no hay acción sin contenido, por lo tanto, no hay conducta sin finalidad y bajo esa primicia, se hace un reacomodo en la teoría del delito en donde, se respeta el orden previamente dado, pero redefinido en cuanto a las categorías del delito. En el finalismo se concibe a la acción como ejercicio de actividad final (acción=actividad final), se descubre los elementos subjetivos del injusto y, el dolo y culpa pasan a la tipicidad y la culpabilidad será normativa (reprochabilidad).

Lo expuesto nos da como resultado que no se puede elaborar un concepto de acción humana para un mundo real y, otro concepto de acción humana diferente y exclusivo para el mundo del derecho penal que, produce una separación entre ambos mundos, esto, porque el intérprete del derecho penal, no se puede separar de la realidad que valora, por ello, en el finalismo se fija o acentúa la acción final, ya que en el mundo real desde una visión óptica, cada conducta humana se guía por una finalidad, por ende, la conducta no es un mero proceso mecanicista pues, no se puede prescindir del elemento subjetivo de una acción, esto porque la voluntad puede proveer los resultados de su conducta y selecciona los medios para poner en marcha la causalidad. Con el sentido anteriormente interpretado, se coloca lo subjetivo en el tipo y lo normativo en la culpabilidad, el dolo se hace parte de la acción como voluntad jurídica relevante conforme estructuras lógico-objetivas, esto, con fundamento óptico o del ser que ya no podrá evitar el legislador.

Conforme el análisis realizado en cuanto al finalismo, cabe agregar que desde nuestra visión y para solventar mejor comprensión, es necesario establecer un apoyo gráfico de cómo lo observó Welzel, pues la estructura lógico objetiva que se conforma por el ser óptico, esto desarrollado y establecido en la teoría del delito, creemos es mejor y más prudente para obtener un mejor desarrollo en el presente, una interpretación más explícita sobre lo mencionado, obsérvese lo siguiente:



Según lo explicado en la gráfica, alcanzamos a comprender que el injusto ya no es netamente objetivo pues, necesita de elementos subjetivos, y por ello en este punto, se marca una diferencia entre el finalismo y causalismo, puesto que en el último cualquier clase de error excluía al dolo, y en el finalismo el error de tipo se analiza en la tipicidad y tiene como efecto la exclusión del dolo y, el error de prohibición permanece en la culpabilidad, pero sin efecto alguno sobre el dolo. La teoría finalista cobra sentido en el contexto actual, ya que ésta busca impregnar de realismo al derecho penal, pero no siempre en un hecho delictivo la acción final es la base de las causas del delito (véase los delitos culposos), así como las causas y efectos medidos por métodos de las ciencias naturales, esto para comprobar la causa del delito sería lo idóneo, por esas razones, es por la que las teorías causalistas y finalista ostentan problemas en su aplicación, ya que ambas teorías al ser sometidas a la realidad por influir o manifestarse en las leyes, no producen los resultados esperados, y de buscar justificar lo contrario, sería tanto como negar que la criminalidad no ha ido o va aumento,³⁰ esto cuanto menos en México.

La efectividad e influencia de las teorías causalistas y finalista dentro de las leyes penales mexicanas, no son en la actualidad lo idóneo para el contexto de criminalidad de México en el siglo XXI, pues además de ir en incremento la criminalidad (elemento fundamental para inducir el declive de las teorías mencionadas), esto por las incidencias delictivas señaladas en el párrafo anterior; y al dar un salto inductivo, nos hace creer que en México por tomar de referencia una demarcación territorial en el planeta, no existe el respeto a la norma penal por parte de su sociedad, porque año con año al incrementarse las incidencias, también hace suponer que tampoco existe un considerable grado de temor a las penas y castigos que contienen las leyes penales mexicanas, y si no existe respeto, es porque creemos se desconoce el castigo, y si se desconoce el castigo o la sanción penal, es porque la sociedad no está informada y quien desconoce la ley generalmente, no podrá prevenirse de la sanción de ésta, y al no poderse prevenir de la sanción, tampoco podrá defenderse adecuadamente, esto bajo una estructura sistemática otorgada por el gobernante para salvaguardar la seguridad y justicia.

Para salvaguardar la seguridad y justicia en México, debemos reestructurar las leyes pe-

30 Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, "Incidencias delictivas.", Gobierno de México, México, [Consulta: 04 de mayo de 2023]. Disponible en: <https://www.gob.mx/sesnsp/articulos/incidencia-delictiva?idiom=es>

nales sustantivas principalmente, esto a través de la ya mencionada parte fundamental de la dogmática penal (la teoría del delito), se ha buscado fijar como objetivo un orden sistemático que anhela encontrar justicia e igualdad, y en su momento histórico en sus rubros quizás lo encontraron, sin embargo, como lo hemos observado no es funcional actualmente, de allí el surgimiento de teorías que buscan ser igualmente justas e igualitarias pero funcionales, y encuentran espacio para su aplicación en la actualidad sobre delitos de especial relevancia, con elementos excepcionales y dirigidos a entes peligrosos (gobernados y no gobernantes), medidos a través de riesgos o, un sistema donde priorizan la norma penal para que se respete, esto por encima incluso del ser humano al ser considerado y tratado por su estado de peligrosidad como enemigo.

Funcionalismo y sus dos principales representantes.

Los principales representantes del funcionalismo penal son Jakobs y Roxin, y referente a la definición de funcionalismo según Polaino Orts, es aquella teoría según la cual, el derecho penal se orienta a garantizar una identidad normativa, la constitución y la sociedad, y esa sociedad se integra por personas que se caracterizan por emitir comunicaciones, esto es, expresiones con sentido comunicativamente relevantes,³¹ por ende, el funcionalismo en general son "...las prestaciones que, desde el punto de vista de su aportación, resultan necesarias para el mantenimiento de un sistema social. Desde ese punto de vista, tales elementos o prestaciones cumplen en sí un cometido estabilizado del sistema, y en tal sentido, resultan funcionales para el mismo."³² Lo que nos da por conclusión que este sistema funciona por partes para mantener un conjunto, y el mal funcionamiento de una de esas partes, supone la obligación de reajustar, por lo tanto, el funcionalismo no versará sobre una base sino de diversas, ya que resultaría ilógico argumentar que pudiera estar orientado únicamente a los fines de la pena.

Para ostentar mayor claridad del funcionalismo, señalamos lo siguiente:

Primero. - la norma jurídica dentro de este sistema, forma junto con la sociedad y la persona, el triángulo conceptual esencial de la teoría funcionalista.

Segundo. - la teoría sistémica se encuentra inmersa en el funcionalismo jurídico penal.

Tercero. - en la teoría funcionalista penal, lo primordial es exponer el ámbito del derecho penal en la sociedad y la persona.³³

No todo funcionalismo es igual ni pudiera llegar a seguir las mismas bases, por ejemplo: Existe una incriminación de conductas en un estadio previo a la lesión del bien jurídico que, vulneran el principio del hecho y el principio de ofensividad, esto es, todas las criminalizaciones de lo que materialmente eran actos preparatorios y, en la medida en que la conducta preparatoria se realizará en el ámbito privado, se incluye la tentativa de participación y la constitución de asociaciones criminales y terroristas. Se busca con lo anterior, legitimar la criminalización de acciones delictivas que, como actos preparatorios de lesión de determinados bienes jurídicos, no podían legitimarse en un Estado de libertades. Lo anterior por buscar el mantenimiento de la vigencia de la norma como función primordial del derecho penal, porque este constituye la espina dorsal de la configuración social y, la prevalencia y expectativas que de ella se esperan (respeto a la norma por la sociedad), corresponde a un estado de orden y fidelidad al sistema jurídico, esto es, nadie puede negar la constitución social porque la norma no rige por el simple hecho de que sea respetada por sus destinatarios, sino que al ser vulnerada, el Estado debe imponer un castigo ejemplar para

31 Polaino Orts, Miguel, *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, México, Editorial Flores, 2016, p. 33.

32 *Ibidem*, p. 32.

33 Jakobs, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal*, México, Editorial Flores, 2015, p. 39.

mantener sus expectativas.³⁴

A esta clase de funcionalismo se le denomina radical normativista y su principal representante es Gunter Jakobs, las principales críticas a este funcionalismo es que carece de sustento científico y, en la búsqueda de neutralizar delincuentes de alta peligrosidad, se vulneran derechos humanos y sacrifican libertades de sectores delincuenciales específicos, pero lo anterior se contradice desde el punto señalado por la jurisprudencia 2006224 al mencionar lo siguiente:

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encubramiento de la constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento, es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.³⁵

Lo expuesto con antelación refiere a los artículos 16, 18, 19, 20, 22, 73 y sexto transitorio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que regulan lo referente a delincuencia organizada y esta a su vez, ostenta el pensamiento doctrinal del derecho penal del enemigo, y con lo expuesto por la jurisprudencia, nos queda claro que si para algunos este pensamiento doctrinal vulnera derechos humanos, para nosotros los relativiza y estamos de acuerdo por el nivel de violencia y peligrosidad que tienen a quien va dirigido. Ciertamente es que pueden representar algunos sectores criminales como los aquí señalados, pero ¿Cuál es la base principal del derecho penal del enemigo y la razón de ser tan criticado? Lo es la teoría jurídica de los tipos penales de peligro abstracto y consiste en “...la técnica que emplea el legislador para elaborar tipos penales, los cuales no esperan que se produzca una lesión al bien jurídico, sino que buscan reprimir a la persona desde el momento que programan delinquir, elevándose a rango de delito consumado.”³⁶ Con ello, se produce un adelantamiento de la punibilidad sin que se haya cometido materialmente un hecho delictivo (delitos en prospectiva).

Existe también el funcionalismo moderado con un sustento teleológico y, es sostenido analíticamente a través de la denominada imputación objetiva, es el funcionalismo de Claus Roxin, este pensamiento según Moreno Hernández se separa del método deductivo axiomático del finalismo, esto por su análisis de los problemas jurídicos como cuestiones básicamente

34 Merino Herrera, Joaquín, *Tendencias de la política criminal contemporánea*, Madrid, MARCIAL PONS, 2018, pp. 87-90.

35 Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

36 Cita Triana, Ricardo Antonio, “Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano: crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica”, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales Bogotá, d.c., 2010, pp. 15-48.

lógico abstractas, en este sistema se observa (y también en Jakobs) influencia Hegeliana, prepondera el aspecto normativo y las categorías del sistema serán orientadas a los fines según político criminales del derecho penal,³⁷ con esto se busca "...comprender todos los presupuestos de la punibilidad independientemente de las características de cada concreto tipo penal, y lo vinculará lógicamente en un contexto que, de manera clara y fácil de abarcar, procura los fundamentos valorativos para una solución plausible en los casos concretos."³⁸ Lo que se exterioriza en construcciones dogmáticas abiertas y no cerradas con contenido político criminal, y esto versa sobre realidades a las que no se debería renunciar según su postulante.

El tema del funcionalismo que incorpora realidades político criminales es loable desde nuestro punto de vista, y esto se desarrolla a través de la imputación objetiva la cual consiste en "...la presunción de realización de un riesgo creado por el autor, el cual no está cubierto por el riesgo permitido dentro del alcance del tipo..."³⁹ Entonces éste funcionalismo versará por los riesgos permitidos y no permitidos por parte de las normas, y otro aspecto destacable del funcionalismo Roxiniano es que toma como punto de partida el injusto penal, el cual debe ser deducido a partir de la tarea del derecho penal mientras que la culpabilidad, debe ser deducida a partir del objetivo concreto de la imposición de la pena, el autor citado con antelación advierte que ambas cosas no son lo mismo, porque el derecho penal con sus disposiciones, se dirige a todos los ciudadanos al apelar a ellos y prometer protección, en cambio la pena concreta afecta de manera primaria y únicamente, al delincuente y solo tiene efectos mediatos frente a la generalidad.⁴⁰ Lo que implica un teleologismo político-criminal que se contrapone por obviedad a un ontologismo finalista.

El teleologismo político-criminal es partidario de la normativización de los conceptos jurídicos, y considera según Roxin que la vinculación ontológica es relativa, porque de ella no se deriva un imperativo y un deber ser propio jurídico, por ello, en el funcionalismo se deben reformular los elementos jurídicos del delito (típicidad, antijuricidad y culpabilidad), al robustecerse de contenido político-criminal,⁴¹ con esto se genera un sistema abierto y no cerrado, porque al ingresar realidades político-criminales al sistema de la teoría del delito se "...conjugan aspectos preventivos y se rechaza la retribución como fin de la pena, con ello, la pena desdeña simultáneamente fines de prevención general y especial, con esto, los hechos delictivos serán evitados a través de la influencia sobre el particular y la colectividad, ambos medios, se subordinan al fin, se extienden y son legítimos."⁴² Por lo tanto, la culpabilidad será el límite de la pena, y esta no puede rebasar la misma, y se reducirá si así encuadra en los criterios preventivos especiales.

El análisis a las teorías del delito desde nuestro punto de vista.

Cada postulado de la teoría del delito en derecho penal, ha representado para la dogmática penal evolución científica, sin embargo, en la aplicabilidad al contexto sea en el momento histórico donde surgieron o en la actualidad, han tenido y tienen problemas, porque la primer

37 Moreno Hernández, Moisés, op. cit., pp. 61-62.

38 Roxin, Claus et al., Dogmática penal y política criminal..., cit., p. 77.

39 Roxin, Claus, La imputación objetiva en el derecho penal, 2a. ed., trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Perú, GRIJLEY, 2022, p. 81.

40 Roxin, Claus, La teoría del delito en la discusión actual, t. I..., cit., p. 30.

41 Roxin, Claus et al., Dogmática penal y política criminal..., cit., p. 48.

42 Ídem.

teoría que se analizó (causalidad), versaba en las leyes de las ciencias naturales, la cual buscaba ser exacta y de ésta se desprenden principalmente las teorías de la equivalencia e individualizadoras, en la primera entre una conducta y un resultado, hay varias causas y estas son equivalentes (no hay una causa más grande o pequeña), todas producen un resultado equivalente pues, el método implementado es el *sine qua non* (sin el cual no), el problema con la teoría en comento, es que termina encontrando varias causas que, a pesar de ser exactas desde un punto de vista de las ciencias naturales, desde un punto de vista jurídico esa causa puede ser considerada injusta, por tal motivo era conflictivo el hecho de postular las causas y el nivel de importancia de las mismas a un caso concreto.

La teoría de la equivalencia creemos era impecable desde la ciencia, pero desde el derecho tiene problemas porque las causas no siempre son equitativas. Y por otra parte las teorías individualizadoras de varias causas seleccionaban una, y dentro de esta teoría encontramos a la teoría de la causa próxima o teoría de la causa eficiente, después surgen las individualizadoras valorativas que dentro ellas está la teoría de la causa adecuada o, adecuación social de la conducta que repetimos, es el antecedente de la imputación objetiva, todas ellas surgen ante el así proclamado y mencionado fracaso por parte de las teorías que le sucedieron, y en ese entendido, nuevamente se señaló un fracaso del casualismo por el finalismo y del finalismo por el funcionalismo, todos al precisar que a la teoría del delito siempre le hará falta algo, sea de contenido jurídico, teleológico, causal, final, entre más. Así duraron tiempo en conflicto los causalistas y finalistas principalmente, hasta la llegada de Roxin y la imputación objetiva que, al principio ostentaba funciones de complementación en la relación de causalidad y que, al pasar del tiempo terminó por sustituirla.

En la actualidad la imputación objetiva funciona para resolver problemas de causalidad en delitos de resultado, y con ello dotar en un nivel de valoración jurídica al criterio seleccionador de la causa del resultado, esto es seleccionar jurídicamente una causa para mejor aplicación y, no dejarse llevar por puntos de vista de las ciencias naturales o, por elementos subjetivos erradicados en posturas finalistas, toda la imputación objetiva se debe medir conforme riesgos. Por otro lado, el funcionalismo radical normativista de Jakobs busca primar la norma penal para que la sociedad le guarde fidelidad, en este sentido, cabe señalar que los conceptos y definiciones de ambos doctrinarios pueden ser criticables y mejorados, tal y como a continuación se señala:

La dificultad que se observa en las doctrinas de Jakobs y Roxin, radica en el amplio nivel de generalidad con que ellas se formulan, pues definiciones como bien jurídico, política criminal, orientación teleológica, derecho penal del enemigo, entre más, son vistas con frialdad por ser fórmulas vacías y definiciones persuasivas elaboradas de una manera estipulativa, pero con pretensiones de universalidad y generalidad, no se brindan criterios intersubjetivos y racionalmente debatibles que sirvan para validar, refutar o falsar en la praxis. Referente al concepto de política criminal (si entendemos esta como una parte de la política) ¿Cuándo no ha formado parte de la dogmática penal? Si el acontecer jurídico e histórico de esta revela que siempre ha estado impregnada (y ha sido manipulada) por distintas concepciones político ideológicas de su entorno, porque el derecho penal no es más que política social aplicada, de tal manera que los principios y categorías de la política criminal deben siempre penetrar en el sistema del derecho penal pues, los fines valorativos son los amos del derecho.⁴³

43 Salas, Minor E., *Anti-dogmática el derecho penal en el banquillo de los acusados*, Chile, Ediciones Olejnik, 2017, pp. 283-315.

A lo anterior podemos agregar que tanto Jakobs como Roxin parten de un ideologismo dialéctico (al recordar que ambos ostentan bases filosóficas de Hegel), donde el primero glorifica a la norma penal y exaspera el poder punitivo ante la sociedad, el segundo dedica sus esfuerzos en medirle riesgos solo a la sociedad y no al Estado, porque parte de la creencia que el ente jurídico es el absoluto padre para castigar a los hijos (sociedad), en el sentido expuesto, nosotros podemos aportar que, si el ente público decepciona a la sociedad, de regreso se debe de castigar aquellos de forma contundente que traicionaron la confianza depositada por la comunidad, porque el Estado y las normas no son sin la sociedad, y si para Jakobs primero es la norma y para Roxin primero es el Estado, para nosotros primero es la sociedad y, tanto la norma como el Estado deben protegerla porque sin la sociedad repetimos el Estado y la norma no son.

Una vez analizado algunos postulados de la teoría del delito, es pertinente establecer la postura que se debe adoptar, esto para generar una diferencia en las áreas de oportunidad que nos otorgan los elementos de las teorías en comento, creemos se debe nivelar la balanza entre gobernantes y gobernados pues, todas las teorías expuestas en el presente, van dirigidas solamente a los gobernados, incluso se analizó el surgimiento de una de ellas por considerar a un sector de la sociedad peligroso, y es aquí donde cabe el siguiente cuestionamiento ¿Acaso los gobernantes con todo el poder que se les otorga por sacrificar libertades de la sociedad no son peligrosos? Llegar a una teoría equitativa que investigue, procese, castigue y mida las acciones en riesgos, donde se proyecte un contundente poder punitivo estatal en la coacción y de ser necesario, un adelantamiento de la punibilidad, para aquellos entes o fenómenos delictivos que sean considerados peligrosos, abstractos y complejos que atacan los bienes jurídicos más preciados y/o traicionen a la sociedad o al Estado, creemos es el inicio para fundamentar nuevos pensamientos en los temas principales del presente, y consideramos deben ser la meta actual para la dogmática penal, la teoría del delito, las leyes penales, la sociedad y el Estado.

Conclusiones.

Primera. – La teoría del delito es la base y parte fundamental de la dogmática jurídica penal, es por ello que enfrenta desafíos para estructurar un orden de conocimientos científicos en la realidad, por ende, ambas (teoría del delito y dogmática penal) deben encaminar de la mejor forma posible al derecho penal en su parte sustantiva, adjetiva y ejecutiva, en tal sentido, es importante el continuo análisis para encontrar y/o perfeccionar una dogmática igualitaria, justa y funcional, y así también sería el camino por consecuencia a seguir de la teoría del delito, esto sin olvidar las aportaciones que le impregnen vitalidad para el continuo avance de las mismas, además es importante tomar en cuenta que la aplicabilidad de ésta no solo debe ser a los gobernados, sino también a los gobernantes.

Segunda. – La acción es el elementos fundamental e inicial en la estructura del delito, de allí que las teorías que analizamos busquen impregnarle contenido a la misma, y con ello modificar dicho elemento para una mejor aplicación teórica y práctica del postulado que generaron, los causalismos, el finalismo y los funcionalismos estudiados, ostentan problemas en su aplicación, esto al ser sometidas a la realidad en la influencia sobre las leyes y no producir los resultados esperados, de allí que no contienen la criminalidad e inclusive va en incremento conforme las incidencias delictivas, esto por la muestra presentada de México conforme las mediciones del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Tercera. – Los causalismos y el finalismo no son en la actualidad lo idóneo para combatir la criminalidad por lo menos en México, ya que ostentan problemas de aplicabilidad, los primeros al querer fundamentar sus teorías con base a métodos de las ciencias naturales, y el segundo al sostener que todo delito debe contener una conducta cimentada en una voluntad final de acción, esto último creemos no es aplicable en cuanto los delitos culposos. Si bien las teorías funcionalistas parten de una fuente ideológica donde prospectan o, proyectan riesgos y peligrosidad, creemos que son fuentes para generar conocimientos en la aplicabilidad de la teoría del delito en el contexto actual, esto cuanto menos visible y delimitado en México, y podemos comenzar con proyectar una teoría equitativa que mida la acción en riesgos, donde se proyecte un contundente poder punitivo estatal, esto al estar en riesgo un todo política y jurídicamente organizado (sociedad y Estado), donde entes peligrosos y fenómenos delictivos graves, abstractos y difíciles de investigar, procesar y castigar, busquen atacar la paz, la seguridad pública, la libertad y el Estado de derecho, encuentren castigo por actos que vulneren a quienes realmente desean permanecer en un sistema legal y políticamente organizado.

Fuentes consultadas.

Bibliográficas.

CORRALES HERNÁNDEZ, Jesús, Flexibilidad de la dogmática penal mediante la teoría del espacio libre de derecho, México, Ubijus Editorial, 2012.

DÍAZ ARANDA, Enrique, “Evolución del causalismo al funcionalismo ¿En la legislación penal mexicana?”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), Evolución del sistema penal en México tres cuartos de siglo, México, INACIPE-UNAM, 2017.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, Los oscuros orígenes de la ciencia del derecho penal, México, INACIPE, 2014.

GÓMEZ ZAMUDIO, Carlos Guillermo, Dogmática jurídico penal aplicada en el sistema judicial mexicano, México, Editorial Flores, 2015.

JAKOBS, Günther, El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal, México, Editorial Flores, 2015.

KUHLEN, Lothar, Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del derecho penal, España, Marcial Pons, 2021.

MERINO HERRERA, Joaquín, Tendencias de la política criminal contemporánea, Madrid, MARCIAL PONS, 2018.

MIRÓ LLINARES, Fernando, El progreso de la dogmática penal (y sus problemas) aproximación a la estructura de la evolución de la dogmática penal, España, tirant lo Blanch, 2022.

MOCCIA, Sergio, “El rol de la dogmática penal ante la transformación de la política criminal”, en Espina, Gisis (coord.), Magna carta la dogmática penal como garantía del Estado constitucional de derecho, Argentina, Editorial EDIAR, 2021.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, Dogmática Penal y Política Criminal, México, Ubijus Editorial, 2018.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal y control social, Colombia, Editorial Temis S.A., 2012.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Finalismo y postfinalismo: hitos históricos de dog-

mática penal”, en Roxin, Claus et al., *Dogmática penal y política criminal cuestiones fundamentales para el nuevo sistema de justicia penal*, México, Editorial Flores, 2015.

POLAINO ORTS, Miguel, *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, México, Editorial Flores, 2016.

QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Los principios del derecho penal*, México, Editorial Arquinza, 2018.

ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en el derecho penal*, 2a. ed., trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Perú, GRIJLEY, 2022.

ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, 3a. ed., trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Perú, Instituto Pacifico S.A.C., 2021.

SALAS, Minor E., *Anti- dogmática el derecho penal en el banquillo de los acusados*, Chile, Ediciones Olejnik, 2017.

SCHROEDER, Friedrich Christian, *Fundamentos de dogmática penal*, México, Editorial Flores, 2019.

WELZEL, Hans, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, 2a. ed., Argentina, Editorial B de F, 2013.

Hemerograficas.

CITA TRIANA, Ricardo Antonio, “Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano: crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica”, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales Bogotá, d.c., 2010.

Documentos electrónicos.

SECRETARIADO EJECUTIVO DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA, “Incidencias delictivas.”, Gobierno de México, México, 04 de mayo de 2023, <https://www.gob.mx/sesnsp/articulos/incidencia-delictiva?idiom=es>

Normativas.

Constitución política de los estados unido mexicanos.

Código penal alemán.

Código penal federal México.

Tesis P./J. 20/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Decima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

Metodología implementada.

Método argumentativo, método analítico, método sintético y método sistemático o dogmático.