

CAPÍTULO SÉPTIMO
LA CONDUCTA COMO LÍMITE
A LA CONCEPCIÓN LEGAL DEL DELITO

— I —

No hay delito sin conducta

El principio de *legalidad* —*no hay delito ni pena sin ley del artículo 14 C.*— con relación a la creación legal de delitos, también sirve para derivar el principio de *no hay delito sin conducta*. Y no podría ser de otro modo, pues de todas las materias del Derecho, la que de manera más directa se ocupa de regular y sancionar de la forma más enérgica la «*conducta*» de las personas es el Derecho Penal. Por lo tanto, en un estado de derecho respetuoso del ser humano, el Derecho Penal se debe destacar por la consideración que muestre a la esencia de las personas al regular y punir sus «*conductas*» y derivar de ellas las consecuencias de la pena. Las que miren a aquellas y a los datos de la realidad en los que se da su conducta que tengan sentido para el Derecho Penal.

De ello se obtiene, en un primer aspecto, que el legislador debe eludir en los códigos penales los conceptos artificiales de la conducta punible. Por el otro, que el legislador debe señalar la conducta específica que constituya cada hecho que la ley prevea como delito, en virtud de la garantía de legalidad estricta del artículo 14 C. Exigencia que, por cierto, en muchos casos se incumple o se acata deficientemente.

Más también de aquello se sigue que el legislador y, en su caso, el juzgador, deben rechazar los criterios penológicos que desconozcan los datos ónticos que se toman de la realidad para conformar la conducta humana que punan al atender a la específica conducta que señale el tipo, aunque ella tenga que modularse, sin desnaturalizarla, con las exigencias normativas del mismo tipo penal y, en su caso, con relación a los demás elementos del delito.

Las nociones artificiales de la conducta y que de ese modo pretenden abarcar genéricamente a cualquier caso de ella dentro del Derecho Penal —además de ser estériles para las soluciones prácticas— motivan remedios deformes; ajenos a la realidad de la conducta humana, y, por tanto, injustas y arbitrarias. En suma, derivan en concepciones del delito que son ajenas a la aspiración de un estado de derecho que respeta la esencia del ser humano y a las manifestaciones concretas de su comportamiento que hay que atender como objeto de regulación penal.

¿En qué medida la legislación penal mexicana ha reconocido el principio de estricta conducta cuyo contenido esté orientado a una concepción del delito acorde con los ideales de un estado de derecho?

Es lo que en parte se verá a continuación.

— II —

Consideraciones generales y terminología

Los artículos 7° del CPF y 15 del CPDF no dan una noción del “*acto u omisión*”. Pero con esas expresiones esos códigos inician la concepción legal del delito. Así, por un lado, los artículos 7° del CPF y 15 del CPDF corroboran el principio de estricta conducta en todo hecho que se prevea como delito y por el otro, dejan a la dogmática la tarea de buscar el «*contenido*» del “*acto*” u “*omisión*”. Un primer paso para lograrlo sería a partir

de la interpretación en sentido contrario de los artículos 15-I del CPF y 29-I del CPDF. Mismos que señalan que el delito se excluye cuando: “*El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente*”. Antes no era así, ya que el artículo 15 del anterior CPF omitía aludir a la falta de “voluntad” como excluyente de delito. Aunque ese artículo sí se refería a algunos casos en los que falta esa “voluntad” como excluyente de “responsabilidad”. Pero como más adelante se verá, a partir del artículo 7° del CPF —antes y después de la reforma en 1994 al artículo 15-I del mismo código— se da un entendimiento deformado de la conducta en cuanto a su contenido y a la trascendencia que éste tiene en los demás «elementos» del delito.

Por su parte, la conducta es el primer elemento del concepto legal del delito que enuncia el artículo 12 del CPC. Y a su vez, el artículo 13 del CPC revela un carácter básico de ese primer elemento en su aspecto positivo, al decir que (...) la *conducta* «podrá» tener relevancia penal si «*se manifiesta a través de una acción u omisión en las que medie voluntad*». Nótese así que tampoco tal artículo da un concepto de lo que es conducta. Y sin embargo, algunos causalistas pretenden encontrar la esencia dogmática penal del concepto de conducta en la mera interpretación en sentido contrario de la primera excluyente de delito que se prevé en el artículo 15-I del CPF con relación al artículo 7° de ese código —y ahora sería también en el artículo 29-I del CPDF con relación al artículo 15 de ese código—. Cuando en realidad, tan del artículo 13 del CPC, al igual que de la reconstrucción que se hace de los artículos 7° del CPF y 15 del CPDF con relación a las fracciones I de los respectivos artículos 15 y 29 de los mismos códigos, solo se obtiene una condición esencial que todo comportamiento humano externo debe poseer para «poder» ser penalmente relevante: que en él medie «voluntad». Y resulta que el concepto de la voluntad que da el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, es el de: “...la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa”.⁴⁷² Lo cual de entrada contradice la pretensión causalista de que la voluntad sólo debería entenderse como la determinación al movimiento o inervación corporal. Por otra parte, a diferencia del CPF y el nuevo CPDF —que utilizan las palabras “acto” u “omisión” para designar al primer elemento del delito—, el nuevo CPC emplea la expresión genérica de “conducta”. Ésta indica a un comportamiento humano y en su contenido conceptual recoge tanto a la “acción” como a la “omisión”; tal como se ve en el propio artículo 13 del CPC, que consigna a la “acción” u “omisión” como las formas comisivas básicas de la “conducta”. No obstante lo anterior, el empleo del término “conducta” —como base sobre la cual se erigen los restantes *elementos* del delito— es objeto de crítica por algunos estudiosos de la materia. Entre ellos se inscribió Sebastián Soler, quien por temor al abuso político que se pueda hacer de esa expresión reiteró que: “La palabra conducta, en cuanto expresa el fluir indiferenciado y permanente de la acción humana sobre el mundo, es un concepto peligroso porque nosotros construimos nuestras figuras no sobre la base de conductas, sino sobre la base de acciones definidas con verbos diferentes en cada caso. El delito es acción humana, no es el comportamiento fluyente temporal no cortado”. Y más adelante puntualiza: “Es verdad que el vocablo ‘acción’ exige, a veces, ciertas aclaraciones con respecto a la omisión; pero la palabra ‘conducta’ crea peligros y oscuridades de naturaleza política que a mí me parece preferible evitar”.⁴⁷³

⁴⁷² Ver op. cit., Real Academia Española, Tomos I y II, Editorial Espasa Calpe, Madrid, España, 1992.

⁴⁷³ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, T. I, 8ª Reimpresión total, Editorial Tea, Buenos Aires, Argentina, 1978, pp. 244 y 245. Además, en *Reseña del Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Procuraduría General de la República-Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 1967, p. 76.

Aunque válidos en principio los temores del insigne tratadista argentino, a la postre no se justifican. Pues si se tiene presente que la voz "conducta" no es un elemento aislado del delito, ya que en el Derecho Penal y para los efectos del delito, la "conducta" siempre se conecta a —y se acota por— el contenido de los demás presupuestos de la pena. Y, por tanto —en prelación lógica— por el tipo penal y la "tipicidad". O mejor dicho, por las exigencias del tipo penal. De tal suerte que en el mundo de relación sólo son «conductas penalmente relevantes» las que se circunscriben a las «específicas» conductas de cada figura típica penal que se dan con conocimiento y voluntad en un marco objetivo de prohibición; y, en su caso, dentro de los límites y los contornos de las fórmulas legales de intervención típica o de la tentativa. Viene a suceder así que esos verbos, límites y contornos circunscriben a la voz "conducta" en el ámbito jurídico-penal y le dan a la misma una connotación concreta. La cual el juez no puede rebasar sin violentar el principio universal "*nullum crimen sine lege*" del artículo 14 C. Por ende, en nada hay que temerle a esa expresión. La que, además, ya en el nivel del tipo supera a las de "acto", "acción" o "actividad". Pues en estos vocablos y antes del tipo no caben los comportamientos volitivos externos de carácter negativo, como son la inercia, inacción o inactividad que la "omisión" pareciera involucrar. Certestamente precisa Jiménez Huerta: "En la expresión conducta, entendida como modo o forma de manifestarse el externo comportamiento típico, queda comprendidas tanto las formas positivas como las negativas con que el hombre manifiesta externamente su voluntad. Implica, pues, un superior concepto de genérica significación; idóneo para abarcar las diversas formas en que típicamente se plasma la voluntad de los hombres".⁴⁷⁴

La voz "conducta" se aceptó también en México por Castellanos Tena,⁴⁷⁵ Pavón Vasconcelos⁴⁷⁶ y Porte Petit⁴⁷⁷. Sin olvidar que los dos últimos autores situaron al "hecho" al lado de la "conducta" como primer elemento conceptual del delito. Entendido aquél, como la conducta, el resultado y el nexo causal entre ambos extremos. Lo que en el ámbito de la «conducta típica» es, a mi entender, relativamente admisible, habida cuenta de lo que disponen los artículos 7º-párrafos-segundo-tercero del CPF, 16 del CPDF y 32 a 35 del CPC. Pero sin dejar de observar que la "conducta" específica que describa la figura típica, es un elemento permanente y aparte del "resultado". Pues éste, a su vez, es un elemento contingente si es que se considera que sólo es necesario que se dé su aspecto material o externo cuando esté descrito en el tipo o se implique necesariamente por él. O bien, si a la voz "resultado" se le identifica con el peligro o el daño lesivos al bien jurídico, entonces éste sí es un elemento permanente y esencial del tipo penal, pero aún así, al menos tratándose de la lesión al bien jurídico, la misma es siempre un elemento esencial permanente y aparte de la conducta. Como en otro capítulo se verá.⁴⁷⁸ (Artículos 15-II del CPF, 4 del CPDF y 16 del CPC.)

— III —

Los elementos de la conducta que puede ser penalmente relevante

⁴⁷⁴ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., pp. 65 y ss.

⁴⁷⁵ Fernando Castellanos Tena, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa S. A., México, 1996, pp. 71 y 145.

⁴⁷⁶ Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, p. 159.

⁴⁷⁷ Celestino Porte Petit, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, p. 278.

⁴⁷⁸ Ver infra el Capítulo Séptimo, núms. II: Los elementos del tipo penal y III: Los elementos del tipo penal no se crean ni se reducen por decreto, mas por seguridad jurídica la ley sí debe precisar los que son.

No cualquier comportamiento en su manifestación externa puede ser penalmente relevante para los efectos penales. Pues sólo puede serlo aquél que —conforme al texto del artículo 13 del CPC y según se deduce en sentido contrario de los artículos 15-I del CPF y 29-I del CPDF— : Se “*manifieste en una acción u omisión en las que medie voluntad*”.

En el contexto anterior, para que exista una conducta que «pueda» ser penalmente relevante es preciso que se dé: **1)** La manifestación externa de un comportamiento que se valore como “acción” u “omisión” (elemento objetivo); y, **2)** La “voluntad” en la acción u omisión (elemento subjetivo.)

Esas son pues las condiciones que la ley penal toma como imprescindibles para configurar la base de la “conducta” cuyos elementos ónticos están por verse, al igual de en qué medida los mismos tienen relevancia penal, según se sustenten en y se acoten por los demás presupuestos de la pena. Asimismo, aquellas condiciones solo señalan de manera positiva que la “conducta” —para «poder ser» penalmente relevante— debe provenir al menos de una acción u omisión voluntarias. Si falta alguno de esos extremos no es posible que haya conducta y menos aún, una conducta que pueda ser penalmente relevante. Opera así ya desde aquí y de esa manera un primer factor reductivo del ámbito posible de punición.

A. La condición objetiva: El carácter externo de la acción. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el delito siempre implica una exteriorización corpórea materialmente perceptible. No se queda en mera voluntad, intención, pensamiento, idea, deseo, imaginación o elucubración mental. “El pensamiento no delinque”. Sólo podrá delinquir cuando trascienda al mundo de relación mediante comportamientos humanos tangibles o perceptibles que dejen su impronta espacial y temporal.

De aquí que la “acción”, como forma externa de la conducta, equivalga a la realización espacial y temporal de un cierto comportamiento corporal de una persona. Ya sea por actividad de algunos miembros (brazos, piernas, manos, pies, etc.) Ya sea por cualquier órgano que ponga en marcha el complejo muscular del cuerpo humano que se perciba en el mundo exterior (gestos, palabras, etc.) Por su parte, se dice que la “omisión” es la inactividad física o inercia muscular con relación a una acción esperada; es la actitud pasiva o inmovilidad de aquellas partes del cuerpo cuya actuación depende de la voluntad. “Esta inacción —subraya Jiménez Huerta— entra igualmente en el concepto de conducta, porque también la inactividad es una postura, o modo de comportarse frente al mundo externo, precisamente un comportamiento meramente pasivo.”⁴⁷⁹ Al igual que la «acción», la «omisión» tiene una realidad espacial y temporal, donde y cuando se encuentre en el sujeto el estado físico de inactividad o abstención, en vez de obrar o imprimir diversa dirección o impulso a su conducta según las expectativas en tal sentido.⁴⁸⁰

Sin embargo, cabe hacer notar que si la omisión solo se puede valorar con relación a una acción esperada, ello evidencia dos cosas: La primera. Que la omisión no tiene vida por sí, sino solo en función de una acción esperada. Y, la segunda. Que para decidir acerca de la omisión de la acción esperada, es preciso atender a la acción que en su lugar se realiza, en tanto que si en vez de ella nada se hace, de la nada es imposible extraer consecuencias materiales y jurídicas. Cuestión sobre la cual volveré más adelante.

⁴⁷⁹ Mariano Jiménez Huerta, op. cit., p. 74.

⁴⁸⁰ Esta idea de «omisión» requiere de las acotaciones «normativas» de que «contraría» un «deber jurídico de actuar»; tan para que se pueda apreciar como tal, como para que se estime «típica». Lo que se aclara en el tema del tipo penal objetivo en el CAPÍTULO SÉPTIMO.

B. La condición subjetiva: La voluntad. Con todo, de ningún modo es suficiente que se constate la exteriorización física de lo que aparece como un comportamiento para afirmar que existe una “conducta” que «pueda» ser penalmente relevante. Sino que es necesario verificar —de acuerdo con el artículo 13 del CPC y según se infiere en sentido contrario de las fracciones I de los artículos 15 del CPF y 29 del CPDF— que ese comportamiento obedeció a la “voluntad” de quien lo realizó. La “voluntad” como “intención, ánimo o resolución de hacer una cosa” —según se le conceptúa por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española— es pues un factor subjetivo de la «conducta», que opera como común denominador de todas las formas en que se manifiestan la “acción” u “omisión” y sin el cual no se puede afirmar su existencia.

Ahora bien, el contenido y la función de la “voluntad”, así como sus alcances —como factor esencial de la acción u omisión que «pueden» ser penalmente relevantes— deben ser objeto de precisión y análisis.

— IV —

La conducta ciega

El concepto de “conducta” que la doctrina penal mexicana adoptó con relación al CPF de 1931, así como el que abrigaron los interpretes de los CPC de 1941 y de 1983 —éste último a través de la expresión “volición” con la que se describió al elemento subjetivo de la conducta en ese código estadual de 1983—, facilitó originalmente una afiliación clara al “causalismo” en su corriente psicologista.⁴⁰¹ La conducta no sería más que un comportamiento —en forma de acción u omisión— determinado —causado— por la voluntad. Teoría ésta que, con sus variantes, prevaleció en México de manera casi absoluta durante los primeros ochenta años del siglo XX. Empero, cabe decir que tan el CPF de 1931 y los códigos penales que le siguieron, en realidad asumieron una postura «eclectica» con relación a la concepción del delito. La cual osciló entre aquella corriente psicologista y la positivista. Ésta, en vez de dar preferencia al concepto de «conducta», la daba al de «autor», fundando la pena en la «peligrosidad» del delincuente.⁴⁰² El delito no era más que signo de la peligrosidad social de una persona. Tesis que a la postre sirvió para pervertir aún más no solo la noción de lo que es «conducta» —dejándola hueca y en un plano secundario—, sino del mismo concepto jurídico de delito. Dichas concepciones así trastocadas —y aunque no se haya querido así— en su conjunto contribuyeron a llevar al Derecho Penal Mexicano a posturas autoritarias que partían de una concepción distinta de lo que en realidad es la conducta humana penalmente relevante y de la intervención del Estado frente a aquella, posibilitando un ejercicio extralimitado de la potestad punitiva.

Como corriente doctrinal de dominio casi absoluto en México en esa época, el causalismo redujo a la voluntad como elemento de la conducta, sólo a la facultad psíquica que tiene una persona para determinar su comportamiento corporal, de forma activa o pasiva. En tal sentido, se entendió que las formas de acción o de omisión eran manifestaciones objetivas de la voluntad. Es decir, sólo interesaba la voluntad objetivada en esas formas externas.

⁴⁰¹ Con relación a estas corrientes ver a Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 11ª reimpresión, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1976, pp. 61 y ss., Richard Busch, *Modernas Transformaciones en la Teoría del Delito*, Tercera edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1992; Octavio Alberto Orellana Wiarco, *Teoría del Delito, Sistemas causalista y finalista*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994; Juan Fernández C., *Derecho penal fundamental*, Tomo I, Reimpresión de la segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989, en especial pp. 205 a 357. Günter Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, España, 1997, pp. 160 a 168, y Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...* op. cit. pp. 237 a 274.

⁴⁰² Ver Nota anterior y el CAPÍTULO SEGUNDO, núm. III, inciso C: La Prevención especial.

Pero sin importar para ello el contenido de «fin» que encierra la voluntad, ni el del «conocimiento» de lo que se hace o deja de hacer que la misma conducta implica. Ese «fin» y ese «conocimiento» podrían pertenecer al dolo o a la culpa como formas de la culpabilidad. Pero nada de ellos se podía considerar para decidir acerca de la existencia de la conducta. La voluntad, pues, era una voluntad ciega y cuasi-vacia.

En esa línea de pensamiento, «conducirse» significaba comportarse corporalmente —en forma activa o pasiva—, en virtud de un «impulso psíquico» determinado en aquel sentido. O dicho en otras palabras, para que existiera manifestación “volitiva” propia de la conducta, era suficiente con que el sujeto determinara su comportamiento corporal en un hacer o en un no hacer muscular; pero con independencia de la orientación de la voluntad; o de que se quisiera o no se quisiera el resultado; o éste le fuere o no le fuere conocible o previsible a la persona. La acción en este primer estrato de análisis del delito, dice Víctor Obando: (...) era una manifestación de voluntad, concebida esta última sólo en su función causal, esto es, tomando en cuenta, no lo que el sujeto quiere, sino la circunstancia de haber querido algo. Tampoco afectan al contenido de la voluntad del sujeto las características de tipicidad y antijuridicidad, que se refieren, de modo exclusivo, al aspecto externo objetivo de la acción, incluyendo sólo la descripción y valoración del acto como “mutación del mundo exterior”. Exclusivamente para la culpabilidad adquirirá significación el objeto del querer del sujeto.⁴⁸³

De esa manera, el causalismo partió de la idea original de dividir al delito en lo objetivo y en lo subjetivo. A la acción, la tipicidad y la antijuridicidad las identificó como elementos objetivos. De aquí que a la acción la entendiera como voluntad objetivada que trasciende al exterior —a través del movimiento o la falta de él— y que necesariamente produce en aquél algún resultado. La voluntad que se adscribe a la conducta es así una “voluntad sin contenido final”. Y sin que tampoco importe que tal conducta apareje el conocimiento de lo que se hace. Porque es suficiente que la pura forma física que asume la conducta con el movimiento o con la inercia del cuerpo se determinen por un impulso de voluntad. Así a la voluntad se le constriñe a un mero factor causal del acto u omisión. Mas del contenido de fin de esa voluntad nada había que examinar en el análisis de la conducta como primer elemento del delito. Como tampoco y menos aún había que atender al «conocimiento» de lo que se hacía o se dejaba de hacer, ni a las implicaciones del mismo o de su ausencia.

Cuando la forma de conducta en su aspecto externo se identifica con la descripción legal de un delito ajustándose a su ámbito de prohibición, nace la tipicidad. En tanto que con ello objetivamente se puede afirmar que hay un evento típico. En otras palabras, la tipicidad penal en su concepción “causalista” presupone que hubo una modificación del mundo exterior que se produce por el comportamiento humano como «causa»; pero de la «voluntad» de ese actuar sólo importa examinarla en cuanto impulsó o no impulsó a la actividad o determinó o no determinó la omisión que de manera objetiva produjo el cambio en el mundo exterior y se adecuó a la descripción legal de un delito. Ello era trasunto —ni más ni menos— de la concepción causalista del delito.

El causalismo permitió la concepción de la conducta como manifestación de una voluntad ciega. Limitada a determinar las formas externas del acto u omisión, sin que importara el contenido de fin de la voluntad y el

⁴⁸³ Víctor Obando M. L., “Apuntes sobre la culpabilidad con intención e la reforma”, en *Criminología*, año XLVII, N° 1-6, Academia Mexicana de Ciencias Penales - Editorial Porrúa, S.A., México, enero-junio 1981, p. 116.

grado de conocimiento del hecho. De los que el código penal federal de 1931 —y los códigos locales que le siguieron— frustraron su análisis en la “culpabilidad”, en virtud de la presunción legal de intencionalidad. Ésta subsistía aunque se probara que el sujeto no quiso el hecho que produjo, o que desconocía la ley, ni cuando creía que su conducta había sido lícita.

En suma, el causalismo concibe a la conducta como la manifestación de un comportamiento a través de una acción u omisión voluntarias «sin contenido de fin, dirección y conocimiento» y que «causan» un cambio en el mundo externo.

Si se considera lo anterior y se le agrega que esa postura facilitaba el “*versare in re illicita*” —con lo cual se tiende a castigar por el resultado —en vez de tener en cuenta preferentemente los datos reales de la conducta humana como objeto de regulación e imputación de las normas penales—, se le añade, además, la «presunción legal del dolo» que abolió el examen de la “intencionalidad” como forma de la “culpabilidad” —sin que ni a ésta ni a la otra se les conceptuara en la ley— y se remata con que la pena se fundamentaba en la «peligrosidad» del delincuente, muy bien nos podemos dar cuenta o al menos imaginarnos los extremos autoritarios que facilitó esa postura dogmática. Y los cuales se irán observando a lo largo de este trabajo.

— V —

La conducta vidente

Ahora bien, es verdad que la construcción causalista de la conducta y del delito mismo no deja de ser una concepción lógica. Pero también lo es, que el concepto causalista de la conducta es por completo artificial de su naturaleza. Desconoce los datos de su realidad ontológica que tienen sentido dentro del objeto y los fines del Derecho Penal. Y, además, el que dentro del Derecho Penal, aquella realidad ontológica de una acción con sentido es la que el legislador toma —o debe tomar— como base para atender a las conductas que han de ser punibles. Cuando el legislador dice que comete homicidio el que mata a otro, implica a la acción de matar a otra persona en su sentido natural y social. En cuanto que el sujeto actúa con el conocimiento y el fin de matar a otro individuo. Cuando el legislador describe al robo, supone al menos que la conducta que realiza el robo conlleva el conocimiento y el fin de apropiación fáctica de la cosa de otro.

El concepto causalista de una conducta objetiva carente de conocimiento y de fin, por ser artificial y bajo esa premisa pretender abarcar genéricamente a cualquier caso de conducta dentro del Derecho Penal —con el cual se le dio a la conducta una supradeterminación artificial objetiva aplicable a todos los delitos— además de devenir en esterilidad práctica, motivó soluciones deformes en el ámbito del tipo penal y de la antijuridicidad; ajenas a la realidad de la conducta humana y, por tanto, injustas y arbitrarias. Así, era censurable que el CPC sustituyera a la “*voluntad*” con la “*volición*” al conceptuar a la conducta. Pues mientras la “*volición*” se refiere más al impulso psíquico que motiva al movimiento o a la inacción; en su turno, la “*voluntad*” implica orientar el comportamiento corporal hacia cierto fin, cuyas consecuencias son, pues, queridas, aceptadas o previsibles.

Lo que se corresponde con la concepción "finalista" de la conducta.⁴⁸⁴ La cual es distinta a la concepción causalista que todavía tiene aceptación importante en México. Para la tesis causalista la voluntad es "ciega". Y para la finalista la voluntad es "vidente".

El finalismo surge así de la crítica al causalismo. Aquél entiende a la voluntad —que nutre a la conducta que puede ser penalmente relevante— como aquella que se contiene en la acción u omisión y que obedece a la facultad que tiene una persona para "orientar" su comportamiento "con un sentido de fin".

Es decir, el contenido de voluntad de la conducta, encierra a la vez una dirección consciente de la acción u omisión hacia un objetivo propuesto. Escogiendo aquellos medios, su modo de emplearlos y la oportunidad para aplicarlos, a efecto de cumplir el fin que previamente se anticipó o se aceptó. Y también encierra a la previsión, según la experiencia y el conocimiento del sujeto, de efectos concomitantes o consecuencias ulteriores o accesorias distintas del fin y que están ligadas a la acción por el medio u oportunidad en que se realiza. Bien de manera necesaria o bien como posible. Así, se pasa de una voluntad sin contenido de orientación y fin, a una voluntad con dirección y meta. Pues esto último es lo que sucede en toda conducta humana si se le considera ontológicamente y en consideración al Derecho Penal en el que aquella se inscribe.

Ahora bien —como ya se dijo— de la reconstrucción dogmática de los artículos 7° y 15-I, del CPF, a partir de 1993-94 resulta claro que la "voluntad" debe presidir a la acción u omisión delictiva. En su turno, al conceptuar a la conducta, el artículo 13 del nuevo CPC sustituyó la expresión "volición" por la de "voluntad". Pues para que aquélla pueda existir se debe "manifestar en una acción u omisión en las que medie voluntad". Y, finalmente, también de la interpretación contextual de los artículos 15-I del CPF y 29-I del CPDF, por igual se deduce que la voluntad debe presidir a la acción. Mas estos cambios y antes de ellos el mismo significado con sentido penal de la expresión "acción voluntaria", en el enfoque de la teoría finalista van mucho más allá de simples aspectos terminológicos o de clarificación de técnica legislativa del ámbito de la excluyente de delito por falta de voluntad, en especial, cuando a tales innovaciones se les enlaza con las que se dieron en relación a los demás elementos del delito. Porque ellas aparejan cuestiones de profundas implicaciones filosóficas y jurídico-penales respecto al concepto de lo que es conducta y su impronta en los demás elementos del delito. Y como ya se pudo apreciar, antes no era así. En realidad durante decenios dentro y fuera de México, la dogmática del Derecho Penal sólo se ocupó en escasa medida del concepto de acción. Dice Roxin que desde la monografía de Radbruch⁴⁸⁵ que apareció en 1903, la acción debía reunir las mismas características válidas por igual para todas las formas de manifestarse la conducta delictiva. Y al respecto apunta: (...) Se puede tomar la definición que se quiera, pues ya se defina a la acción como «movimiento corporal voluntario»; ya se la defina como «causación de modificaciones en el mundo exterior»; como «comportamiento socialmente relevante»; o de cualquier otra manera. Si se pregunta: ¿qué aportan en la práctica esos conceptos al Derecho Penal? La respuesta ha de ser siempre la misma: Nada. De ellos no se puede deducir nada que no se supiera ya anteriormente. Y no podía ser de otro modo, porque el producto de un proceso de abstracción nunca puede

⁴⁸⁴ Con relación a esta corriente ver Richard Busch, *Modernas Transformaciones en la Teoría del Delito*, op. cit. pp. 63 y ss; Octavio Alberto Orellana Wiarco, *Teoría del Delito, Sistemas causalista y finalista*, op. cit., pp. 81 a 126; Juan Fernández C., *Derecho penal fundamental*, pp. 205 a 357; Claus Roxin, *Problemas Básicos...*, op. cit., pp. 84 y ss.

⁴⁸⁵ Citada por Claus Roxin en *Problemas Básicos del Derecho Penal*, p. 84.

contener más que su sustrato.⁴⁸⁶ Así pues, abunda Roxin: (...) el concepto superior buscado a efectos sistemáticos, en el fondo sólo tiene valor estético-arquitectónico. Aunque se le suprime sin más de la teoría del delito —como lo hizo Radbruch en sus trabajos posteriores— ello no tiene influencia de ningún tipo en la solución de los problemas materiales del Derecho Penal. Teniendo en cuenta esta esterilidad práctica, se explica que durante mucho tiempo el concepto de acción tampoco constituyera un problema central en el Derecho Penal. Y esa valoración era absolutamente correcta, pues lo que carece de importancia práctica tampoco debería ser una cuestión decisiva para la ciencia.⁴⁸⁷

Por ello es importante comprender la nueva teoría que surgió hace ya más de cuarenta años. La llamada teoría final. Ella supone un punto de partida radicalmente diferente. En tanto que el concepto «final» de acción como «ejercicio de la actividad final» y como una «supradeterminación de los cursos causales que se dirige a una meta», no es una abstracción de los tipos penales que se regulan legalmente. El concepto no se vincula a la ley positiva. Sino que se presenta con la pretensión de abarcar la «esencia de las estructuras lógicas del ser» que posee la acción. Oigamos a Welzel, creador de la teoría, en dos pasajes que reflejan la esencia de su pensamiento:

(...) el legislador no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza física; sino que también tiene que respetar determinadas estructuras lógico-reales en el objeto de su regulación; pues, de lo contrario, su regulación resulta necesariamente falsa. Así, la estructura ontológica de la acción, sobre todo, tiene existencia previa a cualquier valoración y regulación. El legislador tampoco puede cambiar la estructura de la actividad final del hombre, ni la función del dolo en ella; sino que, si las quiere someter a normas, tiene que vincular su regulación a aquéllas, pues, de lo contrario, malogra el objeto de la regulación.⁴⁸⁸ Para más adelante añadir: (...) la estructura final del actuar humano es necesariamente constitutiva para las normas del Derecho Penal. Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones o mandatos del Derecho, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones, que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro. Las normas sólo puede prohibir o mandar una conducta final.⁴⁸⁹

El concepto de acción final no habría alcanzado su actual importancia si su pretendida validez general prejurídica fuera sólo materia de conocimiento teórico sin tener consecuencias prácticas. Lo que no sucede con el concepto causalista de la acción que visualiza a la "conducta" como una determinación psíquica corporal sin contenido de fin. Pues mientras que de una noción así de la conducta —salvo quizá para los casos de ausencia de ella por falta de voluntad, — [ya que] alguna importancia ha de tener la pobre"⁴⁹⁰— no se puede obtener nada para la praxis, en cambio, de la finalidad preexistente de la acción (teoría finalista) se concibe una noción «lógica-natural supradeterminada a la ley». Y de ella se deduce un sistema dogmático del delito casi completo con numerosas soluciones a problemas. Por ejemplo: la teoría de la culpabilidad,⁴⁹¹ según la cual la falta de conciencia de la antijuridicidad deja intacto al dolo. La teoría de la culpabilidad tiene su fundamento en el concepto ontológico de acción. La acción consiste en la previsión del curso causal hacia el resultado anticipado o anhelado por la voluntad. Y es en esa dirección en la que también radica la esencia del dolo, que es, por ende, idéntico a la finalidad. La antijuridicidad se refiere sólo a la cuestión de cómo valora el legislador la acción dolosa. Éste la podrá aprobar o desaprobado. Pero no puede cambiar el hecho de su dolosidad. Ello

⁴⁸⁶ Ídem, p. 86.

⁴⁸⁷ Íbidem, pp. 86 y ss.

⁴⁸⁸ Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán Parte General*, 11ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, p. 49.

⁴⁸⁹ Ídem, p. 59.

⁴⁹⁰ E. Gimbenant Ordeig, cit. por Santiago Mir Puig, *El Derecho penal y el Estado social y democrático y de derecho*, Editorial Ariel, S. A., 1994, pp. 189 y ss.

⁴⁹¹ Las denominaciones de teorías de la culpabilidad y teorías del dolo, que atañen respectivamente a las posturas finalista y causalista-normativista, se difunden en virtud del trabajo de Claus Roxin, *Teoría del Tipo Penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, traducción Dr. Enrique Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979, pp. 3 a 24 y en especial, pp. 178 a 192.

apareja, además, involucrar al dolo en el tipo penal con un contenido nuevo y quitarlo de la misma culpabilidad. Sin embargo, es natural de acuerdo con el finalismo que las ideas del sujeto sobre la valoración jurídica de sus acciones —aun cuando éstas características se mencionen en la figura típica— carezcan de influencia sobre el dolo. A lo sumo podrán disminuir o excluir la culpabilidad del sujeto. O sea, la reprochabilidad del hecho doloso. Pero el concepto finalista de acción implica también a la llamada teoría estricta de la culpabilidad,⁴⁹² según la cual no excluye al dolo la suposición cierta o errónea de circunstancias justificativas. Por ejemplo: la legítima defensa real o putativa. Así, cuando se plantea la existencia de legítima defensa o incluso de una defensa putativa al inferir lesiones o privar de la vida a otro, es porque una persona actuó típicamente. Y para esto es necesario que haya actuado con dolo. Es decir, con la voluntad de matar o de lesionar. La existencia del dolo en un homicidio es pues compatible con la legítima defensa y con la defensa putativa. Pues estos supuestos, por su propia naturaleza, al referirse al acto de repeler o rechazar una agresión, implican en aquellos ejemplos la posibilidad de que la acción de repulsa conlleve la decisión de lesionar al injusto agresor o de privarlo de la vida. Pero igualmente, si se sigue esta teoría en toda su extensión, según Roxin queda excluida la participación en un hecho principal no doloso. ¿Por qué? Por lo siguiente, dice Roxin: “La participación presupone un hecho en el que participar. Ahora bien, si al ejecutor directo le falta el dolo, en sentido jurídico ni siquiera ha actuado con relevancia penal; y si no existe ninguna acción típica en la que se pudiera participar, ha de excluirse toda participación”.⁴⁹³ De aquí entonces, entre otras razones, que se considere a la figura del autor mediato para evitar su impunidad. De ese modo todavía cabe deducir otras muchas consecuencias. Pero con lo que se expuso basta, para quedar suficientemente claro que son considerables los efectos jurídico-prácticos del concepto final de acción. Pues de entrada: El concepto «final» de acción trasladada al dolo de la culpabilidad al tipo penal; dejando a la misma culpabilidad con un contenido diferente.

Sin embargo —Roxin se pregunta—: ¿realmente tiene el concepto de acción la importancia que le conceden los finalistas? Roxin apunta que las objeciones que se han alegado contra la concepción finalista se pueden orientar en dos sentidos: **1º**. Contra la idoneidad del concepto de acción como elemento sistemático básico. Pero también: **2º**. Contra su validez «general» de base ontológica y contra las soluciones a problemas que de ahí se derivan.⁴⁹⁴ **En el primer aspecto**, puede pensarse que el concepto final de acción no puede abarcar a los delitos culposos, a los delitos por olvido, a los hechos dominados por emociones o incluso al dolo eventual. Y ello es correcto, aunque sólo en parte como luego se verá. Sin embargo —como puntualiza bien Roxin— (...) de ello sólo se sigue que esas manifestaciones no se pueden concebir como «acciones» en el sentido que se expuso de ese concepto. Mas esas objeciones dejan intactas en todo caso las consecuencias de la teoría de la acción, siempre que exista una conducta final en el sentido de esa teoría. Como ocurre la mayoría de las veces en el Derecho Penal.⁴⁹⁵ Y lo cual se manifiesta sin objeción alguna en todos los tipos penales de acción dolosa. **En el segundo aspecto**, a la afirmación de una lógica real preexistente, en cuya esfera, como opina Welzel:

⁴⁹² Claus Roxin, *Teoría del Tipo Penal, Tipos abiertos y...*, op. cit., pp. 180 a 200.

⁴⁹³ Claus Roxin, *Problemas Básicos...*, p. 89.

⁴⁹⁴ Claus Roxin, *Problemas Básicos...*, p. 91.

⁴⁹⁵ Ídem. p. 90.

“han de encontrarse los resultados permanentes del derecho natural”,⁴⁹⁶ se le contesta con la antítesis de que el legislador es completamente libre en sus conceptos y regulaciones. En este sentido se manifiesta Larenz por ejemplo. Él acepta que el concepto final de acción es correcto ontológica o filosóficamente. Pero aduce que el concepto “jurídico” de acción es distinto. Porque éste deja a un lado la cuestión de la esencia prejurídica del dolo ya que nada impide al legislador entender al dolo en sentido “jurídico” sólo como *dolus malus genérico*. O que el legislador admita la participación en un hecho principal no doloso.⁴⁹⁷

Pero con independencia de que es negativa la respuesta a la pregunta de: ¿qué acaso el legislador penal — por lo menos ahora en México— regula a la conducta de manera artificial y al modo del causalismo? Ya que en la actualidad en los ordenes federal, Distrital y de Coahuila no parece existir regulación legal expresa en ese sentido. Por el contrario, la actual legislación penal federal, la distrital y la coahuilense sugieren positivamente una orientación «finalista» o al menos que parten de esa base, como luego se confirmará. Lo que ahora importa destacar es que con frecuencia se olvida que el punto de vista que sostiene que el legislador es libre de dar conceptos artificiales de la conducta, no supone más que una tesis sin fundamentación. Y lo que es aún más objetable, es una tesis ajena a los límites de un estado de derecho. En efecto, si la acción humana tiene una esencia previa al orden jurídico. Será entonces muy difícil rechazar la conclusión de que si el legislador no se atiene a la misma, entonces estará tratando cosas distintas de las que cree regular. Al respecto es ilustrativo el ejemplo de Roxin: Si un arquitecto no tiene en cuenta las leyes de la estática la casa se vendrá abajo. ¿Porqué, pues, no habría de ser falsa una regulación jurídica de la conducta humana que desprecie las leyes reales o naturales preexistentes que la rigen?

Además, cabe reflexionar que la capacidad del hombre de configurar el mundo exterior como obra suya y de realizar los fines concebidos previamente al aprovechar o dominar el curso material de los sucesos en función de un fin, es una categoría antropológica y humanista fundamental en un estado de derecho. Pues sin esa facultad de transformar finalmente el medio ambiente no se podría seguir hablando de conducta humana. Y el Derecho Penal regula conductas humanas y no ficciones de esas conductas. O al menos no debiera hacerlo por sistema, si es que se quiere concebir un Derecho Penal que cumpla con la aspiración de un estado de derecho, en el que jurídicamente se genere un sistema de vínculos que se imponen a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos y de la responsabilidad que todos tenemos de asumir las consecuencias que sean imputables a nuestras conductas en virtud del dominio y la conocibilidad que tuvimos de aquellas. Vínculos por los que en la ley penal o en su interpretación se respete la esencia de las conductas que aquella regula con pena. Porque la teoría finalista coloca al hombre que actúa de ese modo en el centro de la teoría del tipo penal y del injusto. Con ello se acomoda a las realidades jurídico-penales. Dado que, en efecto, los meros procesos causales ciegos en los que se hace abstracción de la persona y de su específico modo de conducta en su sentido ontológico, resultan ser productos analíticos artificiales. Que no se dan en la vida como acontecimientos configurados o dominables por la persona y que, por ello, sólo poseen un valor cognoscitivo muy limitado para la imputación jurídico-penal. Los cuales arrojan por necesidad resultados

⁴⁹⁶ Citado por Claus Roxin en *Problemas Básicos*, op. cit. p. 93.

⁴⁹⁷ Larenz, cit. por Claus Roxin, op. cit., p. 91.

deformes y soluciones injustas que amplían desmesuradamente el poder punitivo estatal. Pues conllevan a que cualquier resultado y cualquier curso causal que obedezcan a cualquier movimiento que se determinó por la voluntad, han de ser imputados penalmente a la persona que realizó el movimiento con tal clase artificial de voluntad. Y un punto que es fundamental para corregir esa distorsión es el dolo, en tanto que el dolo desempeña el papel de limitar la irracionalidad del poder punitivo en un Derecho Penal que se conciba como reductor de las manifestaciones irracionales del poder punitivo, ajustando la valoración de la conducta típica a su realidad dentro del supuesto legal del hecho. Por último, ciertas partes de la teoría del delito —como la problemática de la tentativa o la delimitación de la autoría y la participación— no se pueden comprender de manera correcta si sólo se parte del plano causal-objetivo. En todo ello consisten los méritos esenciales del finalismo. De esta manera:

El finalismo concibe a la conducta como la manifestación de un comportamiento a través de una acción voluntaria con contenido de dirección y de fin. Pero a la que considera sólo en su aspecto óntico; es decir, ajena a cualquier reflexión de valoración.

— VI —

La conducta con comprensión de su significado social

Así como el finalismo surge de la crítica al causalismo; el funcionalismo nace de la evaluación al finalismo. Roxin es uno de sus principales expositores —aunque en un sentido moderado, esto es, orientado al de un estado de derecho—. Con relación al concepto de «conducta» aquél puntualiza que en materia penal se trata de la concepción del injusto y no sólo de un concepto óntico de acción anterior a los tipos penales. Es decir, es algo muy distinto deducir de un concepto prejurídico de acción soluciones muy concretas, a los problemas que se plantean en los fenómenos jurídicos penales. Ya que en estos fenómenos hay «contenidos de significación social» que no se pueden entender como simple control final de factores causales. Piénsese en este sencillo ejemplo que se toma de Roxin: una persona se apodera de una cosa que cree que es suya debido a consideraciones jurídicas erróneas. En este caso, el curso causal está totalmente controlado: el autor, seguro de su meta, toma la cosa que quería tener y el proceso externo coincide hasta en los más mínimos detalles con su planeamiento. Pues bien: ¿obra finalmente esa persona? Se podría entender así ese concepto y entonces su estructura sería ónticamente preexistente. Pero en tal caso ya no se podría hablar de identidad con el dolo y tampoco se podría deducir nada de él.

De aquí que el concepto de "conducta" se forme de manera distinta cuando se le vincula con el "tipo penal". O al menos si es que se quiere también incluir en la «conducta típica» la dimensión de su «sentido social» y la comprensión del mismo en cuanto a los elementos «normativos» de valor y desvalor que la informen. Es decir, según el contenido de los tipos penales y según el sentido típico penal que la conducta ha de tener en el delito en particular de que se trate. ¿Cómo? Pues, precisamente, según la redacción del tipo penal y conforme a las regulaciones que establezca el legislador o se deduzcan de la misma ley penal con relación a los elementos del tipo penal. Lo que sí compete al legislador. De no ser así, el sujeto que no aprehende el carácter injurioso de sus palabras, la ajeneidad de la cosa o la deshonestidad de su conducta, no sólo no actúa dolosa ni finalmente —ni en sentido jurídicopenal—, simplemente ya no actúa en absoluto en el sentido de injuriar, robar o abusar de la confianza. La consideración, pues, de un dolo «neutro», esto es, que se refiere sólo al hecho ónticamente estimado que se describa en el tipo penal y ajeno a cualquier apreciación de valor que aquel involucre, requiere entonces de

un replanteamiento. Porque el dolo así considerado⁴⁹⁸ lleva, entre otras, a dos conclusiones contradictorias entre sí. Y ninguna de ellas es satisfactoria para la seguridad jurídica. En efecto: Si se admite el dolo «neutro», entonces el dolo abarcaría sólo a una parte del tipo penal. Es decir, en tanto que el tipo penal tiene elementos normativos éstos no se comprenderían por el dolo. Por lo tanto, tendríamos un dolo que no es igual al tipo penal. Así mismo: Si se quisiera razonar que en realidad los elementos normativos no forman parte del tipo penal. O que este carece de elementos normativos. Entonces se tendría que alterar el contenido del tipo objetivo y del tipo penal mismo (el que incluye tan a los elementos materiales como a los normativos.) Lo que nos llevaría a un tipo penal abierto y siempre neutro o avalorado.

Y ciertamente que el legislador no se concreta a describir en el tipo penal simples sucesos ónticos y sin contenidos de valor. Por el contrario, cada tipo penal conlleva la previa valoración legislativa de la dañosidad social del hecho que contiene. La conocida expresión —de Welzel y de Roxin— es reveladora: Matar a otra persona no tiene la misma significación que matar un mosquito. De aquí que en el ámbito del tipo penal al que la conducta se conecta, si se desea saber si alguien actuó finalmente, no sólo se necesita preguntar: ¿si aquél controló «finalmente» los factores causales del hecho sólo en su aspecto fáctico y captó las circunstancias fácticas del mismo? Lo que se podría constatar prejudicialmente. Sino que, además y conforme a la descripción y regulación legal del tipo penal, se tiene que cuestionar si la persona captó el «sentido social» de las circunstancias del hecho según los elementos normativos que informen al tipo. Y en este aspecto es nadie más que el legislador quien selecciona en el tipo penal los elementos de significado jurídicamente relevantes.

Por ende, para que alguien actúe típicamente, además de que determine finalmente el acontecimiento externo en toda su extensión según lo capte el tipo, debe tener claro las «circunstancias de sentido social» que el legislador implique en el mismo tipo penal y en las regulaciones de esa clase que se hagan en la propia ley. Desde esta perspectiva y en un plano típico, el dolo —como contenido final de la voluntad— no se limita a la voluntad del hecho. Sino que, además, comprende el conocimiento de las circunstancias fácticas de significación social y la comprensión de las mismas en ese sentido, según los elementos normativos que se contemplen en el tipo penal o se desprendan de su regulación legal. Así Roxin toma un ejemplo que utilizó el mismo Welzel: (...) si alguien atraviesa un camino sin haber visto el cartel de «prohibido el paso». ¿Por qué ha de ser una verdad eterna, que ningún legislador del mundo puede cambiar, que esa persona ha realizado dolosamente el tipo de falta que pudiera existir? Ciertamente que ese hombre puede haber controlado cada uno de sus pasos. Pero eso también lo hace cualesquier otro paseante. Lo único que le presta su significación jurídica a esa conducta es la prohibición legal. ¿Qué impide entonces que en este caso sólo llamáramos final a la actuación con conocimiento de las circunstancias que generan la prohibición, dado que el sentido de la

⁴⁹⁸La tesis finalista, a diferencia de la causalista, fue complementada por Welzel a través del significado ético-social que involucran los tipos penales, quien consideró que las circunstancias fácticas que involucran los elementos normativos y el tipo mismo, impactaba al dolo, de tal suerte que el autor debería captar el significado ético-social de su conducta objetivamente típica como parte del mismo dolo. Ver al respecto a Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, op. cit.: en especial pp. 110 a 114. Así, Welzel afirma: (...) lo que es "ajeno", "falso", "documento", "lascivo", sólo parcialmente puede percibirse por los sentidos, en su mayor parte únicamente puede captarse en forma intelectual (las llamadas circunstancias normativas del hecho.) Así, en un "documento" sólo el papel y la escritura son sensorialmente perceptibles. En cambio, su carácter de documento, esto es, el significado probatorio de su contenido declaratorio, sólo se comprende intelectualmente. (Op. cit., pp. 110 y 111.) Aún así y aunque enseguida Welzel reconoce que el autor habrá de (...) tener conocimiento de la especial significación y función que tienen en la vida social los hechos designados con tales conceptos; no parece darle la misma significación a la comprensión del carácter específico de muchos de esos elementos y menos aun al daño o peligro indebido en el que se coloca al bien jurídico, como elemento del tipo penal, del cual sólo interesa para los efectos de valorar la antijuridicidad del hecho y, en su caso, la culpabilidad del autor, como se evidencia del pasaje siguiente: (...) La legítima defensa no anula la materia de la prohibición, sino sólo la antijuridicidad de la realización de ella." (Idem, p. 117.) Esto es importante, porque Welzel no acudió a un concepto de dolo que sólo se identifique con los elementos materiales o descriptivos del tipo penal, sino que —sostuvo— que aquellas circunstancias del tipo que aparejen la comprensión espiritual son tan reales como las sensorialmente perceptibles. Sin embargo, en la llamada teoría de los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico, Welzel sostuvo —según Roxin— [que no eran circunstancias del hecho descrito en el tipo las alusiones en el mismo tipo penal a la "competencia", la "legitimidad en el ejercicio del cargo" o la "reprobabilidad". (Claus Roxin, *Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 96.)

conducta sólo queda constituido con la prohibición que el tipo penal describe y que la finalidad no se limita al control final del curso externo, sino que incluye la dimensión de su sentido prohibido?⁴⁹⁹

De todo ello se desprende que cuando el legislador pune una conducta puede requerir un mayor o menor conocimiento del sentido social de la acción por parte de la persona para que ésta merezca la pena. Es decir, el legislador es libre de determinar en el tipo penal qué dosis del sentido valorativo del suceso tiene que haber llegado a la conciencia del autor. Además, porque la existencia misma de los tipos penales evidencia una valoración del legislador, que en esencia se puede expresar en el sentido de que si él sanciona con pena las conductas que prohíbe es porque ellas se dan en cierto marco que se puede estimar desaprobado en un estado de derecho. El «límite» del legislador es que no reduzca la conducta a un fenómeno diferente de lo que ella es realmente. Pero si el legislador respeta ese «límite» al describir la conducta punible (tipo penal), aquél sí podrá estimar en el tipo circunstancias normativas, que acoten típicamente a la conducta sin desnaturalizarla ni volverla artificial y que deban ser captadas por el dolo. Por lo tanto, no se trata de cualesquier conducta la que le interesa al legislador para los efectos penales, sino sólo aquéllas que se deban sancionar penalmente por reunir las características que aquél acuña en el tipo penal o se deduzcan de su propia naturaleza.

Si esto es así, entonces no es posible formar un concepto ontológico del dolo que sea independiente de la voluntad del legislador. El dolo, pues, sí se basa o sí se debe asentar en una acción con voluntad «final», al menos si se quiere respetar la esencia ontológica de la acción como límite que se deriva de un estado de derecho. Pero el dolo nunca es incoloro normativamente, ni se le identifica nada más con cierto contenido óntico de la acción en su sustrato material-subjetivo. Sino que el «dolo» debe abarcar la voluntad y el conocimiento del hecho tal como lo describa el tipo penal y, por lo tanto, también implica al menos el conocimiento de las circunstancias fácticas que fundamenten a sus elementos normativos y que la persona capte el sentido de éstos elementos normativos. De aquí que en el ámbito del tipo penal, lo único que tiene sentido denominar «dolo» es el grado de conocimiento y decisión del sujeto según la significación que el legislador presuponga como mínimo para incurrir en pena, de acuerdo con la redacción de cada tipo penal y las regulaciones que el legislador haga de aquél. Por ello, dice Roxin: (...) Es erróneo creer que el dolo se tiene que determinar según el mismo esquema en todos los tipos y en todos los campos del Derecho. Antes bien, es muy posible —y ello no se opone en absoluto a la «esencia» del dolo o de la «acción»— que, por ejemplo, en la esfera del Derecho Penal sólo se considere dolosa la actuación voluntaria y con conocimiento de ciertas circunstancias del tipo que implican valoración.⁵⁰⁰

Es pues válida la afirmación que dolo es "la voluntad y el conocimiento de contenido típico". Y no sólo la mera voluntad y el conocimiento de una acción en su aspecto «material» típico y, en su caso, subjetivo específico, pero "siempre «neutra". Porque si a la conducta la atrapa el tipo penal y si el tipo penal contiene elementos de valoración (normativos), por ende, las circunstancias de éstos y de las que depende su existencia, sí se han de abarcar por el dolo. Con base en esto, es tan inaceptable que se excluya del dolo a los elementos normativos específicos que contengan los tipos penales; como también son inadmisibles los tipos «neutros» —como lo sería el homicidio—. En tanto que todos los tipos encierran al menos el aspecto material antijurídico de la conducta, esto es, el daño o peligro (lesivos) al bien jurídico tutelado. Lo cual al menos en su envoltura fáctica debe captarse por el dolo.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ Claus Roxin, *Problemas Básicos...*, pp. 86 y ss.

⁵⁰⁰ *Idem*, pp. 93 y ss.

⁵⁰¹ *Idem*, pp. 178 a 213.

**Mi opinión sobre la «conducta» penalmente relevante
conforme al Derecho Penal Mexicano y los límites de un estado de derecho**

A. Las premisas ónticas del finalismo acerca de la conducta y su adecuación a un concepto jurídico de la misma en un Derecho Penal democrático. Si se considera a la «conducta» en sí, es indudable la aportación del finalismo para acercar la concepción de la conducta en el Derecho Penal a la del estado de derecho, en cuanto a la noción básica de acción que postula el finalismo.⁵⁰² La que tradicionalmente se ha considerado de carácter “pre-jurídico” y con la cual se debe contrastar la conducta a examinar para que pueda ser penalmente relevante. Ello es así, porque la tesis final de la acción rescató para el Derecho Penal sus premisas ontológicas y, además, corrigió la deformación causalista de la conducta, para pensarla con su auténtica carga de voluntad. Pues no se puede desconocer que la conducta, si se le supone ontológicamente dentro del ámbito penal, además de implicar la exteriorización de un comportamiento voluntario, también se orienta a un fin e involucra el conocimiento de lo que se hace. De tal suerte que —como lo señaló Jiménez Huerta—: “El elemento finalístico o teleológico de la conducta es precisamente lo que se enseñorea del comportamiento y matiza al mismo de significación penalística”;⁵⁰³ como lo es el ánimo de apropiación en el apoderamiento, sin el cual no hay delito de robo; o incluso —nos dice el indicado tratadista—: (...) las simples finalidades sociales de la vida cotidiana que presiden algunas conductas —pasear o viajar en automóvil (aunque a velocidad excesiva); encender un cigarro (aunque en lugar donde hubiere materias inflamables) —; cuando producen un resultado típico tienen trascendencia en algunos delitos para configurar sus contornos y perfiles culposos.⁵⁰⁴ Y todo ello es correcto. Pero es correcto sólo si, además, a la conducta se le matiza y examina —sin desnaturalizar sus condiciones básicas ontológicas— en función de los diversos elementos que la caracterizan como delito y en los que el legislador la toma en cuenta para ese efecto. Pues a la conducta penalmente relevante no se le puede definir a priori y fuera de su sentido en el Derecho Penal en el que se enmarca. Para así pretenderse que de aquel modo ella rija sin cambio para cualquier parcela de la teoría del delito.

No obstante todo lo anterior, es aún pertinente discutir si en Derecho Penal es o no es válido partir de un concepto óntico-nomológico de conducta (concepto pre-jurídico), así como en qué sentido tendría validez esa noción y cuál sería su función. Con un enfoque de carácter finalista, la “conducta” —como base en la cual se asientan los demás presupuestos de la punibilidad o elementos del delito— siempre implica una acción voluntaria con contenido de orientación y fin y sin que sea necesario que ella contenga la «valoración» del hecho mismo que prevé el tipo. Esto es, la conducta de la que habría que partir, sería una conducta

⁵⁰²A la cual solo habría que precisar que a los datos ónticos se les tiene que estimar en su aspecto *nomológica* (según lo que se sabe acerca de su realidad en términos comunes, conforme a las bases de la experiencia y el estado actual de la ciencia, dado que dicha realidad siempre está sujeta a la corrección que pueda surgir de comprobaciones científicas ulteriores.) La postura nomológica de reconocer que los datos que se estiman como “reales” según lo que de ellos se conoce en la actualidad y pueden ser erróneos, como lo demuestra un sinnúmero de creencias cuya falsedad se ha demostrado a través del tiempo y según los avances científicos, no debe llevar al extremo de un subjetivismo extremo de sancionar por las acciones que cada quien creyese que serían delito, como parecería orientarse la posición de Fernando Molina Fernández en su excelente obra *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (J. M. Bosch Editor, Barcelona, España, 2001), la cual por la excelencia de su investigación de cualquier modo merece ser leída y reflexionada.

⁵⁰³Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., p. 76

⁵⁰⁴ídem.

«ónticamente» considerada. Por lo tanto, no existiría conducta tan cuando “*el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente*”, como cuando al comportamiento le falte en absoluto algún fin —como contenido de la voluntad—. Al proceder de esa manera, en realidad lo que destaca es lo incorrecto de construir un concepto de acción inventando lo que no existe en el mundo. Cualquier ciencia que se ocupa de la conducta humana parte de la abstracción de los datos que le proporciona la realidad, de tal suerte que en ese sentido no hay un concepto de acción real, sino una realidad de la conducta humana, de la que cada rama del saber le abstrae los datos que entiende útiles para su concepto de acción. Ya Marinucci⁵⁰⁶ y Zaffaroni⁵⁰⁷ subrayan que así como el concepto de acción difiere para la reflexiología o el conductismo, para el psicoanálisis y para la sociología, etc. —aún cuando todas ellas toman datos de la realidad en las que se expresa la conducta, pero que tienen sentido para el objeto de su ciencia—. Pues bien, de igual forma el Derecho Penal debe construir su propio concepto de acción pero adaptándolo al objeto de su estudio. Y es indiscutible que el Derecho Penal tiene por objeto el análisis de conductas humanas que pretende regular la ley penal. Ya que sus normas prohíben con penas ciertas conductas de las personas y a través de proscipciones de esa naturaleza tiende a motivarlas a comportarse de acuerdo con la norma. Por lo tanto, en un Derecho Penal respetuoso de los derechos de las personas al analizar la regulación de las conductas que la ley les prohíbe con pena, tiene que considerarlas como provenientes de esas personas, partiendo de cómo aquellas se manifiestan en la realidad, para de ahí tomar los datos de esa realidad que tengan sentido para el Derecho Penal. Así pues, lo primero que cabe hacer, mediante un proceso de abstracción, es seleccionar los requisitos mínimos con los que se conforma en la realidad la conducta humana para que tenga sentido en el ámbito del Derecho Penal en el que aquella se enmarca. Tomando en cuenta de que es a las conductas y no a un remedo de ellas a las que se hará la imputación penal en caso de que se ajusten a las que prevén los tipos penales.

En tal línea de pensamiento, es ya inevitable que un concepto pre-jurídico de la acción para el Derecho Penal sea a la vez un concepto jurídico y no un mero dato de la realidad. Bien apunta Zaffaroni: (...) No se trata de una decisión del penalista sino de una condición que no puede eludir.⁵⁰⁷ En ese contexto, es quizá una exageración y asimismo constituye un imposible pretender abarcar el ser total de la acción en un concepto prejurídico de ella. El ser de la acción tal como ella se manifiesta en la realidad es inabarcable debido a su misma amplitud fenoménica en la realidad. Como igual lo sería pretenderlo como concepto jurídico pero a la vez inmutable y universalmente válido, más aún porque no todas las realidades del ser de la acción, no todas las manifestaciones de la conducta interesan al Derecho Penal. Y esto era ya evidente desde el concepto de acción de Welzel, como “la unidad real de sentido dominada por la voluntad que establece el fin”,⁵⁰⁸ quien en tal sentido seleccionó de la realidad aquellos datos de la acción trascendentes para el Derecho Penal, como lo muestra, por ejemplo, que aun cuando también las motivaciones forman parte del ser de la acción, sin embargo Welzel las abstrae de ella —y lo siguen haciendo los funcionalistas— para sólo colocar en otro plano las motivaciones concientes y que importan para la culpabilidad. Y ello se debe, ni más ni menos, a que Welzel

⁵⁰⁶ Giorgio Marinucci, *El delito como 'acción'*, Prólogo del Prof. Dr. Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., traducción de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós, Madrid-Barcelona, España, 1998, pp. 30 y 31.

⁵⁰⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 395 y ss.

⁵⁰⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, ..., op. cit., p. 395

⁵⁰⁹ Citado por Enrique Díaz Aranda en “Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México”, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001, p. 65.

seleccionó de la realidad de la acción humana, por un lado los datos que importan para la tipicidad según las constantes de los tipos penales: acción con voluntad final. Y por el otro, a aquellos otros —los motivos— que interesan para la reprochabilidad de la conducta, esto es, para la culpabilidad. De todo ello se siguen varias consecuencias:

1) *Que —en tanto el Derecho Penal se ocupa de prohibir y sancionar acciones humanas— el concepto de acción que debe manejar el Derecho Penal para los efectos del delito, ha de vincularse a los datos de la realidad que informen a la acción en la medida que ella tenga sentido en un Derecho Penal vinculado con los ideales de un estado de derecho. Ello significa que el concepto de acción que haya de tomar en cuenta el Derecho Penal no debe ser un concepto artificial y ajeno a las realidades de la vida en las que se expresa la conducta humana, sino congruente con esas realidades que la ley penal misma pretende regular, dentro de las cuales están las que informan a la acción como un concepto toral que le dan sentido dentro del Derecho Penal.*

2) *Lo anterior apareja, por un lado y en virtud del mismo proceso de abstracción, tomar el mínimo de datos de la realidad que sean suficientes para que tenga sentido hablar de un comportamiento humano —como objeto de regulación del Derecho Penal—, correspondiéndose así tal búsqueda con el respeto al ser humano —que es el único capaz de realizar acciones— dentro del marco de un estado de derecho. Y esos datos mínimos consisten en la exteriorización de una voluntad final con conocimiento de lo que se hace; en virtud de lo cual la persona puede dominar ciertos hechos o serle dominables según la experiencia y lo que se conoce.*

3) *Más por el otro lado, también significa seleccionar sólo aquellos datos de la realidad que —sin desnaturalizar los datos mínimos básicos de la conducta humana— tengan interés para el Derecho Penal dentro de los mismos límites que le impone el estado de derecho. Por lo que el concepto prejurídico de acción es válido en la medida que seleccione aquellos datos de la realidad de la conducta humana que sean constantes para que —dentro de un Derecho Penal respetuoso de un estado de derecho— luego se pueda seguir hablando de conducta humana en aquellas categorías en las que aquella es tomada en cuenta por el Derecho Penal para definir al delito.*

4) *Que en el sentido anterior, aunque al concepto prejurídico de acción se le vuelve jurídico desde que se le vincula a los límites que le impone un estado de derecho, ello en nada obsta para que tal concepto jurídico de acción se deba luego moldear —sin desnaturalizarlo— según los contenidos de los tipos penales. Si se procede de esa manera se mantiene la vinculación del concepto al marco de un estado de derecho y el cual es de superior interés valorativo. Lo cual impide que por la vía de los tipos penales se pueda arribar a nociones desconfiguradas de la acción que no solo se aparten de la concepción óptica de la acción, sino que abran la posibilidad de que casi cualquier cosa pueda ser estimada como conducta dentro del tipo penal; transgrediéndose así los límites que para el poder punitivo se derivan del mismo tipo penal y que siempre presupone un hecho dominable por una acción. Es decir, en el mundo de relación los tipos penales solo pueden adquirir vida a través de conductas concretas y reales que los llenen.*

5) Por último, que el concepto jurídico-penal de acción vinculado a los valores y derechos fundamentales del ser humano y a los marcos depuradores de las categorías del delito dentro del mismo estado de derecho, principalmente a la tipicidad de la conducta, tiene una legítima función reductora del poder punitivo del Estado. Porque no solo impide que se pueda estimar como conducta todo hecho que no sea expresión final de la voluntad de una persona realizada con conocimiento, sino que, además, restringe sólo a aquellas expresiones de la acción que sean captables por los tipos penales.

B. La función legítima del concepto final-valorativo de acción como reductor del poder punitivo del Estado. Así, en un enfoque multidimensional, aunque la falta de voluntad se regula como excluyente de delito en los artículos 15-I del CPF, 29-I del CPDF y 14 del CPC.: la falta de fin y/o conocimiento como contenido de esa voluntad apareja otras consecuencias en el ámbito penal.

Porque de entrada, el fin y el conocimiento de la conducta que importan para el Derecho Penal son el específico fin y conocimiento necesarios para que sea típica la conducta que se ajusta al tipo penal de un delito.⁵⁰⁹

Por ello, no se debe olvidar la íntima relación que hay entre los elementos del delito. Y por ende, la interconexión de la conducta con los demás presupuestos de la punibilidad. En tal tesitura, la conducta, en sus aspectos objetivos —materiales-normativos— y subjetivos, en el ámbito penal se decide y acota por el tipo penal y la culpabilidad y hasta con la antijuridicidad como los propios finalistas así lo señalan. Pues lo que al Derecho Penal le importa es una conducta que sea típica, antijurídica y culpable. Por lo tanto, aunque no toda conducta conlleve su tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, es claro que estas categorías sí involucran a la conducta con una carga onto-nomológica —con la cual tenga sentido seguir hablando de conducta—, como igual debiere serlo, que, además, aquellas categorías la depuran de todas aquellas otras conductas que carezcan de relevancia penal, a la vez que la tifen y llenan con ciertos contenidos de fin y de especial valoración normativa —colándola aún más de ese modo—. Si se hiciera abstracción del contenido subjetivo de la conducta en el tipo penal —al igual que en la antijuridicidad y en la culpabilidad— se volvería a caer en la deformación causalista del concepto de delito y de las soluciones jurídicas a sus casos prácticos. Todo ello en demérito de la garantía de legalidad con relación a la interpretación de cuándo la conducta es típica, cuándo es antijurídica y cuándo es culpable. Además, con infracción de los principios de libertad y de dignidad humana que nuestra C. postula como límites a todo acto del Estado que afecte a las personas. Mas el riesgo de caer en tal deformación es lo que también lleva a demarcar la noción finalista de la conducta. Para evitar que esta pase a ser un factor predeterminante del tipo, en el sentido de que para decidir la tipicidad de la conducta sólo importe estimar que el fin de ella nada más capte el sustrato fáctico del tipo sin ninguna consideración a sus elementos normativos. Porque los supuestos de hecho que contiene el tipo penal no son sucesos humanos avalorados, sino precisamente lo contrario. Son acontecimientos imputables a una conducta humana desaprobada que el legislador prohíbe debido a su dañosidad social cuya primera manifestación es el peligro o el daño que motiva la conducta. Son pues sucesos humanos siempre desvalorados por el legislador, en virtud de que la

⁵⁰⁹ De aquí que sea natural que se estime como conducta dolosa cuando el fin y el conocimiento de la misma coincidan con los elementos del tipo penal de un delito en particular.

conducta que él prohíbe pone en peligro o daña (lesivamente) y de manera desaprobada un bien jurídico. Y por lo cual, también el aspecto subjetivo de la conducta tiene relevancia en el injusto y la culpabilidad.

De aquí entonces que, aun cuando dentro de las demás categorías del delito se deba tener presente siempre la base ontológica mínima de la conducta, la razón sí exige que se le acote —sin deformarla— con las exigencias de los tipos penales y las de los demás presupuestos de la punibilidad. Y para que en ese sentido se le dimensione con ciertos contenidos de fin por una parte, y por la otra con límites normativos, según ellos se contengan en los demás elementos del delito que se infieren de la ley penal. Por todo ello es preciso el examen de la conducta dentro de las restantes categorías —presupuestos o elementos— del delito. Pero también por todo ello no es plausible que antes de aquellas categorías a ella se le considere tan solo como “manifestación de la personalidad” y según la cual (...) es acción todo lo que se puede atribuir al ser humano como centro anímico-espiritual; de la cual su contenido solo puede estimarse dentro de los demás elementos del delito pero no previamente a ellos, como lo estima Roxin.⁵¹⁰ Porque las concepciones de aquella naturaleza (“manifestación de la personalidad” y “centro anímico espiritual”) —aunque sean amplias y comprensivas— **1)** serán siempre vagas e imprecisas de lo que es acción y con las cuales se corre el riesgo de que se les aleje del significado real de sentido de la conducta en Derecho Penal y que es valladar contra la intromisión del Estado en la esfera de los derechos de las personas, sustituyendo tal significado con nociones artificiales —aunque fuesen normativas— de lo que es la acción sin serlo. Y porque asimismo **2)** esa noción da luego pie al reproche por la personalidad del autor y no por lo que él hizo, es decir, por lo que la persona hizo de su vida y no por la acción que ella realizó. Asimismo, **3)** porque en ella está un sustrato indispensable sin el cual ya es imposible sostener que hay conducta: La voluntad con sentido de fin.

Pero como ya se dijo, no por ello es admisible adoptar una noción pre-jurídica de conducta con la pretensión de que rija como concepto ontológico supra-ordenado, esto es, que disponga del mismo modo y sin cambio a los demás elementos del delito. Lo necesario, pues, es que al menos se parta de lo que es la conducta realmente, para de ahí seleccionar los elementos que, además de su manifestación externa, le puedan dar sentido dentro del Derecho Penal, cuales son el conocimiento y la voluntad final. Y aunque también deba aceptarse que ella o su función tengan que acotarse y modularse —sin desnaturalizarla— de acuerdo con las exigencias de los diversos elementos del delito que descansan sobre la misma y a los cuales también informa. De esa manera, **1)** no cambia nada al concepto de la conducta el que la función misma del contenido final de acción deba de redimensionarse en los delitos culposos —con inclusión de los delitos de olvido—. Pues por más que en ellos lo decisivo sea la valoración objetiva de la infracción de un deber de cuidado. De todas suertes el contenido de fin de la conducta en el delito culposo aún juega un papel primordial, el de excluir al delito doloso; precisamente, porque el fin de la conducta del sujeto —objetivamente desaprobada— discrepa con el resultado que acaece con motivo de la infracción. **2)** Lo mismo puede decirse de los delitos de simple omisión dolosa, en tanto que en ellos el sujeto también ha de conocer las circunstancias que describe el tipo y voluntariamente realizar una acción distinta a la que manda el tipo, la cual, por ello, se le puede objetivamente

⁵¹⁰ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*; traducción por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, reimpresión, Editorial Civitas, S. A., Madrid, España, 1999, pp. 252 y ss.

estimar como contraria a la debida que omitió. 3) Sin que estas consideraciones varíen en los delitos de comisión por omisión, en cuanto que el sujeto ha de conocer las circunstancias que dan motivo a que realice la acción que evitaría el resultado cuando él a su vez realiza una acción distinta a la debida que deja de hacer. 4) Y también la conducta —con todos sus ingredientes de voluntad y fin— opera en los delitos que se cometen por emoción violenta o por arrebató interno. 5) Como igual sucede en ciertos delitos que se cometen en estado de inimputabilidad del sujeto, dolosa o culposamente procurada, donde la imputación penal se retrotrae —por disposición de la ley— a una conducta anterior del mismo sujeto, bien sea dolosa o culposa (conductas libres en su causa). Según se verá más adelante.

Asimismo, la tipicidad de una acción no puede comprenderse sin atender al sentido de la misma acción. Y ello vale en cualesquier el tipo penal, sea doloso o culposo, de acción o de omisión, de resultado o de simple conducta. Porque las conductas que prevén los tipos penales solo tienen sentido en cuanto sean conductas prohibidas en el sentido que importa para el mismo tipo penal de que se trate. Y ello conlleva ciertos esquemas tanto objetivos como subjetivos. Y en cualquier caso, dichas pautas solo serán plausibles si antes se sabe cuál es el sentido y fin de la acción. Esto es, de qué clase de acción se trata. Así, respecto al deber de cuidado como elemento normativo en los tipos penales culposos, bien dice Zaffaroni: (...) Nadie puede individualizar de qué clase de cuidado se trata, si ignora de qué actividad se trata... [y aún] (...) aceptando que el cuidado debido puede convertirse directamente en una abstención (no conducir por quien no sabe hacerlo, no aplicar inyecciones por parte de quien no está entrenado, etc.).⁵¹¹ Dicho de otro modo, la evitabilidad de una acción que representa un peligro lesivo para el bien jurídico, solo se puede decidir con relación a actividades concretas según su sentido; sentido que sólo se puede determinar si se sabe cuál fue el fin de su autor. Y es que el deber de cuidado al igual que su infracción solo puede referirse a actividades determinadas. Nadie puede determinar que en el caso concreto existe un deber de cuidado y que tal deber se infringe, sin saber de qué comportamiento se trata. Todo ello lleva a las siguientes premisas:

Bien se puede sostener que 1) las normas legales que establezcan —o de las que se deduzca— que en toda acción u omisión debe existir voluntad, este último dato impide que a la conducta se le configure solo por los coeficientes de la exteriorización de un comportamiento determinado por la voluntad, pero abstraída ésta de su contenido de fin. Y asimismo 2) que esas normas tienen una función sistemática mucho más modesta aunque fundamental: el señalar las condiciones básicas que debe reunir la conducta para que «pueda ser» —y no necesariamente sea— penalmente relevante. Operando así como un primer filtro: excluir como conducta toda manifestación de un comportamiento —aparente— si acaso le falta la voluntad. *Con ello ya se da de por sí una primera función reductora del concepto de conducta al poder punitivo del Estado. Éste no puede estimar como objeto de pena los aparentes comportamientos cuando sean ajenos a la voluntad.* 3) Mas la conducta que puede tener sentido para el Derecho Penal no puede ser precisamente un mero movimiento o inervación corporal voluntarios sin sentido. Y para que lo tenga es preciso abstraer de la realidad otros datos con los que ya se pueda hablar en todos los casos, que con los datos de esa realidad óptica de la conducta, ya es sensato

⁵¹¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alegría y Alejandro Stokar, *Derecho Penal*,... op. cit., p. 400

que la misma pueda ser captada por un tipo penal. El dato adicional es el contenido de fin que tiene la voluntad. **4)** No es pues paradójico que este proceso de abstracción sea a la vez uno de selección que depura del Derecho penal todo comportamiento que carezca del requisito adicional para que la conducta pueda tener sentido dentro del propio Derecho Penal.

5) Asimismo, tan es un error estimar que la función selectiva y reductora de la acción en el Derecho Penal se agota con su concepto jurídico pre-típico, como es inconveniente considerar que dado que la acción adquiere su configuración plena de sentido dentro del tipo, solo cabe conceptuarla antes como mera referencia de centro espiritual anímico para la imputación penal. Lo primero, porque la función depuradora de lo que es conducta penalmente relevante solo se puede empezar a agotar —y no siempre del todo— con el sentido que se da a la misma en los tipos penales, con lo cual el concepto jurídico de conducta también cumple otra función reductora del poder punitivo estatal. Y lo segundo, porque la llamada noción pre-jurídica de acción tiene su fundamento jurídico en el respeto al ser humano en un estado de derecho, al atender a los datos de la realidad en los que tiene sentido la acción humana que puede ser relevante para la ley penal. Ella es, precisamente, el objeto de regulación del Derecho Penal. Y porque el conceptuar de manera demasiado amplia y vaga a la acción, además de que se pierde la función selectiva del concepto pre-jurídico de acción —que por aquellos motivos ya se vuelve jurídico—, se corre el riesgo de que también en el nivel del tipo se amplíe en forma desmesurada el poder punitivo estatal al desatenderse en el mismo lo que es realmente la conducta como objeto de regulación del Derecho Penal.

6) Por último, el establecer los datos con los que una conducta «puede» ser penalmente relevante no significa predeterminar o sujetar su concepción a un comportamiento en el que no importará la comprensión por el sujeto del sentido de desvalor social de la misma a los efectos del tipo penal y del injusto, ni tampoco aparece excluir de ella otros factores subjetivos que puedan tener relieve para la culpabilidad; sino que significa tan solo fijar las condiciones mínimas que aquella debe tener, precisamente para que luego ella pueda tener sentido en el análisis de los restantes elementos, estratos o categorías del delito; es decir, para que aquella a su vez se le amolde, sin desnaturalizarla, a las exigencias del tipo no sólo en cuanto al conocimiento y fin de los elementos materiales típicos, sino, además, a la captación de los elementos normativos del tipo y del injusto, como en su caso, respecto a las consecuencias jurídicas que tiene saber o no saber la ilicitud penal de lo que se hace a efectos de la culpabilidad.

C. Conclusiones acerca de la «conducta» que puede ser penalmente relevante. Con base en todo lo visto se desprenden ya las consideraciones siguientes que en su mayoría habrán de ser objeto de verificación dogmática en este trabajo: **1)** Si se quiere ser congruente con el respeto al ser humano en un estado de derecho, el análisis del delito debe tener presente siempre la base óptica de la conducta. **2)** De los datos de la realidad que conforman a la conducta humana, se deben seleccionar aquellos que permitan una noción de conducta que pueda ser relevante para el Derecho Penal y así, entenderla con su auténtica carga de conocimiento y voluntad final. **3)** Sin perjuicio de que a ella se le acote y redimensione —sin desnaturalizarla— según las exigencias de los demás elementos del delito en lo que ella se proyecte.

Lo anterior apareja que la relevancia penal de la acción dependerá en gran medida de su adecuación concreta – objetiva y subjetiva— con la conducta que exija la figura típica del delito en particular que aparezca se cometió, junto con la forma típica de intervención de que se trate.

En el contexto anterior, cabe señalar que la conducta no es un elemento aislado del delito, sino que es la base del mismo delito, la cual se le ha de redimensionar en función de los demás elementos del delito. La conducta, pues, es el «*asiento*» que se proyecta a los demás presupuestos de la punibilidad y los cuales, a su vez, se proyectan sobre ella y la moldean cada uno es sus respectivas categorías. Como señala Víctor M. L. Obando: (...) El concepto clásico del delito se compone de la acción como concepto genérico, y de los atributos de la misma, típica, antijurídica y culpable, como caracteres específicos.⁵¹² La explicación gráfica que da Cousiño Mac Iver de su concepto del delito es más ilustrativa.⁵¹³ Mac Iver lo representa tridimensionalmente: como una pirámide con una corona. La base de la pirámide es la "conducta". Uno de sus lados representa el carácter «típico» de la conducta, otro su carácter «antijurídico» y el último costado su aspecto «culpable»; los que juntos con aquella forman el poliedro. La corona es la "punibilidad". Los flancos del tripode se basan en la "conducta" y al interior se interconectan entre sí. Pero todos ellos descansan en aquélla. Aunque la misma adquiere perfiles y relieves propios en cada uno de ellos.

De aquí que —dado que la omisión sólo puede ser penalmente relevante si se infringe un deber de actuar— quizá no quepa hablar de "omisión" en un nivel pre-típico, ni siquiera si a ella se le abstrajera de la frustración de las expectativas sociales y de la violación de deberes sociales de acción que involucra la realización de un tipo que la admita o la requiera. Porque ónticamente la omisión significaría no hacer nada y de la nada ninguna consecuencia se puede derivar. Ello apareja que el concepto de conducta en un nivel pre-típico solo puede construirse sobre acciones y, además, que sólo sabiendo de qué clase de acción se trata en un caso particular, se puede saber si en ese caso se omitió realizar la acción debida. En tal sentido, todos los tipos de simple omisión o que admitan a la omisión presuponen necesariamente una acción. Como lo señaló Fernando Gómez Mont al comentar las reformas de 1993 a la C. y al CPF—: (...) para poder referirnos a la omisión tenemos que acudir a un concepto normativo, entonces ya no estamos hablando sólo de conducta humana, tenemos que referirnos a un aspecto normativo. Entonces ésta tiene que ser tratada en un elemento posterior de la conducta humana, pero no en la base de la pirámide que es la actividad humana... Para poder hablar de omisión no podemos hacerlo en la primera fase, tenemos que irnos a la segunda, el deber de hacer algo, al nivel de tipicidad, donde venga el mandato de portarse de determinada manera, así que a los que sostenemos esta teoría, la omisión no puede tener un tratamiento pre-típico, podemos hablar de conducta sin tener que hablar de tipo pero no podemos hablar de omisión sin poder hablar de conducta penal, de ahí que se quitara esta diferencia entre actividad e inactividad.⁵¹⁴

⁵¹² Víctor M. L. Obando, *Apuntes sobre la culpabilidad con intención a la reforma*, op. cit., p. 114.

⁵¹³ Luis Cousiño Mac Iver, *Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1975, p. 267.

⁵¹⁴ Fernando Gómez Mont, *Causas de exclusión del delito, Coloquio "Reformas a la Constitución y diversos ordenamientos legales en materia penal"*, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, mayo de 1994, p. 79. Pero por mi parte cabría preguntar: ¿cómo habría entonces de plantearse la aparente inactividad en los casos de fuerza irresistible que impide la acción, si ni siquiera hay aparente expresión de una actividad? Quizá como eso. Como la falta de actividad. Al menos en éste primer nivel, que cambia cuando se le valora en la tipicidad, aunque se conserven las bases ontológicas en respeto a un estado de derecho. Pues en el tipo ya no sólo se trata de la conducta ónticamente considerada, sino de la conducta que el legislador valora en ciertas circunstancias para tipificarla penalmente. Valoración que al menos en la esfera del profano debe captar el sujeto al que se dirige el tipo.

Pero precisamente por ello, cuando se estudie a la «conducta» en el ámbito de la tipicidad, el conocimiento, la dirección y el fin de la voluntad se deben acotar por el contenido del tipo penal de cada delito. En el delito doloso, a efecto de verificar si la conducta —con su contenido de fin— se adecuó o no se adecuó al tipo, mas no sólo en su aspecto fáctico; sino, además, si el sujeto se ajustó con su conducta a las condiciones objetivas por las que típica y objetivamente deba estimarse jurídicamente desaprobada y si subjetivamente —amén de que aquél captó las descripciones del tipo de mera referencia material— el sujeto tuvo o no tuvo claros los factores de sentido social o jurídico en la esfera paralela del profano que se contengan en el mismo tipo penal.

Desde esta perspectiva, el dolo como «contenido final de la voluntad», no se limita a la voluntad de un hecho típico avalorado. Además, comprende el conocimiento de aquél y el de sus circunstancias de significación jurídico y social —en la esfera del profano— según se contemplen en el tipo penal. Lo que también tiene trascendencia en cuanto a las formas con las que se “interviene” típicamente en el delito.

Ello es más claro aún en los tipos penales dolosos que contengan elementos “normativos específicos”. Pues éstos teñirán al dolo a tal grado, que en caso de que se yerre sobre las circunstancias que les dan origen —contrariamente a lo que considera cierta corriente del finalismo— faltará tal dolo y el error será de tipo y no un error de prohibición.

Así pues, reitero, al Derecho Penal no le interesa cualquier conducta. Sino sólo aquellas que sin que se les abstraiga su contenido final, se ajusten objetiva y subjetivamente a los marcos de los tipos penales realizando el injusto y haya en ellas culpabilidad. Y ello significa de entrada lo siguiente:

1) En el ámbito de los delitos dolosos: Importan sólo las que se realicen con conocimiento y voluntad con contenido de fin que abarque los demás elementos el tipo penal. Y si el tipo penal doloso contiene elementos normativos —daño o peligro al bien jurídico y elementos normativos específicos—, las circunstancias que estos impliquen se deberán comprender por el dolo y, además, en cuanto a la voluntad y conocimiento de actuar u omitir en el sentido de las circunstancias de significación normativa de esos elementos —en la esfera paralela del profano—.

2) En lo que respecta a los tipos penales culposos: El fin y la dirección de la acción tienen como primera función el descartar al dolo y —contra lo que se estima por lo general— también son útiles para decidir sobre la existencia de la culpa en sí, en tanto que para saber qué deber de cuidado se violó, es preciso que se sepa cuál es la actividad que se realizó y el sentido de la misma con el cual aquél deber contrasta. Así pues, si bien es verdad que no hay ninguna estructura ontológica preexistente que decida por sí sobre el carácter «culposo» de la acción. También lo es, que la discrepancia entre el fin de la acción y el resultado interesará para excluir al dolo. Y si bien es cierto que la realización de la culpa y del mismo tipo penal culposo no depende sólo de la finalidad, ni sólo del resultado, sino, además y en esencia, de la trasgresión de deberes jurídicos de cuidado. Es igualmente verdad que para saber de qué clase de cuidado se trata, es menester saber de qué clase de acción se trata. Por lo tanto, aunque la culpa es un elemento del tipo penal culposo íntegramente normativo que se valora objetivamente. En los delitos culposos no es indiferente a tal efecto la finalidad y la clase de actividad de que se desarrolle en el caso concreto. Y aunque ésta y aquella pueden faltar en el momento y el

lugar en los que se actualice el deber de obrar —delitos de olvido—, tales casos encuentran su asiento bien en la misma actividad que facilitó el olvido o bien en la normación penal de las conductas libres en su causa, mismas en las que se halla la base de la conducta que se imputa.

3) Finalmente: Cuando la ley penal dispone —o de la misma se deduce— que para que la conducta pueda ser penalmente relevante es necesario que se dé un comportamiento voluntario, ello no autoriza a sostener que, para los efectos penales y como primer elemento del delito, la conducta sea nada más que tal acción determinada por la voluntad, pero sin contenido de fin y sin conocimiento de lo que se hace, lo cual se aparta de por sí del significado literal de lo que es la voluntad como “intención, ánimo o resolución de hacer una cosa”. Cuando en realidad aquellas formulas legales solo destacan las dos primeras condiciones para que haya conducta que pueda ser penalmente relevante —y no que por dichas condiciones queda ya configurada de por sí la conducta penalmente relevante—. En ese orden de ideas, en realidad esas formulas cumplen tan solo una función primaria de selección que limitan el poder punitivo estatal, el excluir de antemano como conducta que puede ser penalmente relevante, cualquier manifestación corporal del ser humano en la que falte su voluntad. Para que la conducta pueda ser penalmente relevante es preciso que se manifieste en una acción voluntaria con contenido de fin y aún así, dado este segundo filtro a nivel pre-típico, para que aquella sea penalmente relevante es preciso que al menos la conducta se ajuste objetiva y subjetivamente a las exigencias del tipo penal.

Cierto que todas estas afirmaciones aún requieren debida fundamentación y una más amplia explicación, la cual corresponde darla en los restantes elementos del hecho punible. Más aún, porque en realidad sólo se han perfilado algunas implicaciones para la conducta principalmente a los efectos del tipo. Pero antes que eso, es preciso pasar a ciertos casos marginales donde es discutible la existencia de conducta.

VIII

Los delitos de olvido, otros casos marginales y las conductas libres en su causa

Establecido y delimitado el contenido de la “voluntad” —como coeficiente subjetivo de la conducta penalmente relevante—, corresponde determinar ahora como funciona la voluntad en orden al comportamiento activo y pasivo en ciertos casos marginales. En otras palabras: ¿De qué manera el comportamiento corporal del agente se le puede atribuir a su voluntad, en los casos en que su actuar no se encuentre en íntima conexión con su querer consciente? Es decir, ¿deberá existir la voluntad al momento en que la persona realiza su movimiento corporal o cuando su actividad se vuelve penalmente relevante por infringir un deber jurídico de actuar en cierto sentido? ¿Qué sucede cuando el comportamiento corporal es ajeno a una específica representación-fin? Nos referimos, por una parte, a ciertos actos instintivos superiores, como lo son los actos habituales y automáticos. Por la otra, a los casos que la doctrina conoce como delitos de olvido.

Ahora bien, en los delitos de olvido se dice que la voluntad final en el comportamiento se encuentra en la conducta antecedente que determinó la omisión. Diáfanos son al respecto las palabras de Jiménez Huerta,

quien manifestó: (...) Aunque en algunos casos la inactividad corpórea no es querida pues falta en el instante dado la voluntad; voluntaria es la conducta antecedente que ocasiona el estado de inactividad. Así, en el caso del guardavía que, a causa de su cansancio, se durmió en el momento en que debía hacer las señales, voluntaria fue la actividad que le produjo el cansancio y voluntario fue el haberse sentado y adoptado la postura en la que el sueño podía dominarlo.⁶¹⁵ Lo mismo se puede decir de aquellos otros casos en que la persona quiere hacer el acto debido, pero no le es posible a causa de su precedente actividad voluntaria. Ejemplo: el guardavía que se ausenta del paso a nivel, porque antes se fue a la ciudad y por un cálculo descuidado no puede llegar a tiempo a la hora del paso del tren. Mas por otra parte, en los llamados delitos de simple olvido sólo es concebible la culpa en los que a través de una acción penalmente relevante se transgreda “el deber jurídico de actuar” a cargo del agente en el caso concreto, bien sea que surja de la propia ley; de resolución obligatoria (en Coahuila); de contrato; del actuar precedente que determinó el riesgo o de la misma «previsibilidad» del resultado como fuente última de tal deber. Sin que quepan aquí los principios de convivencia social como fundatorios del deber jurídico de obrar que se incumpliría a través del olvido, lo cual es válido tan para el CPF y el CPDF como para Coahuila. Ya que el CPF y el CPDF no contienen tal fuente del deber. Y, por lo que respecta al CPC, aunque sí señala esa fuente, el párrafo tercero de su artículo 38 la restringe a que el agente «advierta como seguro» el resultado y pudiendo evitarlo no lo hace; lo cual implica entonces sólo a la forma «dolosa» de realización, que es inadmisibles en el «olvido» delictuoso. Sin que la solución cambie en el CPDF, pues aunque es verdad que su artículo 16-III-b) alude a los supuestos en que el sujeto voluntariamente forma parte de una comunidad que afronte peligros de la naturaleza, condición que no excluye la posibilidad del actuar culposo por omisión de los deberes de cuidado que se den en virtud de esa comunidad, también lo es que los principios de comunidad de vida y peligro voluntariamente aceptados son diferentes a aquellos deberes que se podrían originar por el simple hecho de la convivencia social, mismos que el CPDF no regula como fuente general de un deber cuya trasgresión pueda ser penalmente relevante. Salvo claro está, de los delitos dolosos de omisión simple de no ayudar —en lo posible— a una persona presa de un peligro personal a su salud o su vida (artículo 157 del CPDF), pero en tal supuesto ya se está ante un delito doloso. Amén de lo anterior —y por las mismas razones— el delito de olvido sólo es posible en los delitos de resultado y no en los de mera conducta. Pues si bien es cierto que existen delitos de mera conducta omisiva, también lo es, que dada su naturaleza típica solo es concebible la forma dolosa de comisión, pero no la culposa. Y ésta es la única forma posible de cometer un delito de olvido.

Como excepción a esto, se alega que en Coahuila sí cabría el olvido punible en el caso del disparo culposo de arma de fuego, si es que la culpa consistió en olvidar ponerle seguro al arma antes de accionarla, aun cuando ese delito es de simple conducta. Quizá puede admitirse la excepción en el sentido que en ese tipo penal falta un resultado material, pero en el evento que se cuestiona la culpa se sustenta en la acción de manejar con descuido el arma. Ello demuestra, además, lo que en su oportunidad se verá mejor: en los delitos culposos y en muchas ocasiones en los mismos delitos dolosos, es difícil trazar en la realidad una línea divisoria tajante entre acción y omisión penalmente relevantes, misma que de por sí ya no puede provenir de una noción

⁶¹⁵ Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., p. 122.

estrictamente naturalística de la conducta. Ya no sólo porque ópticamente la omisión significaría no hacer nada y de la nada ninguna consecuencia se puede derivar; sino porque si el concepto de conducta en un nivel pre-típico se construye sobre acciones, sólo sabiendo de qué clase de acción se trata en un caso particular que se le contraste con el supuesto típico, es que se puede saber si en ese caso se omitió realizar la acción debida, en tanto que solo se omite lo que social o jurídicamente se está obligado a hacer. En tal sentido, todos los tipos de simple omisión o que admitan a la omisión presuponen necesariamente una acción. De ahí —entre otras razones— la importancia de la valoración jurídica de la conducta dentro de la estructura del tipo penal y de la misma figura típica. Alguien puede omitir saludar a propósito a un conocido en una reunión social y es sólo la expectativa social —de lo que socialmente se espera en esos casos del omitente—, lo que le da relevancia a dicha falta de saludo. El que esa omisión pueda valorarse como injuria es algo que ya tiene implicación jurídica, especialmente penal en el enfoque del tipo, lo que se decide según el fin de la conducta y la normación de los deberes de actuar que implique el mismo tipo penal.

En suma —y regresando a los delitos de olvido—: *En los delitos de olvido existe la omisión de una acción de diligencia concreta y jurídicamente exigida, a través de una acción desaprobada —jurídicamente descuidada— en los que sólo es posible que se configure una conducta culposa. Aún así, cabe preguntar: ¿qué acaso en los delitos de olvido no hay voluntad? Porque hay ocasiones en que esa voluntad no existe al momento en que se actualiza el deber de actuar en el sentido del mismo. Como sucede cuando el guardavía duerme al momento en el que él debe hacer el cambio de rieles. Empero, a ello cabe responder que, aparte de que el sujeto inconsciente —o desmayado— tan no puede “actuar” nada, como tampoco no puede omitir nada. En los delitos de olvido, que siempre son culposos, la voluntad existe en las acciones anteriores plenamente conscientes del sujeto en las que existió descuido. Las que se ligan con el estado pasivo de la persona al momento en que se actualiza a su cargo el deber de actuar en cierto sentido. Además, si la última fuente del deber de obrar reside en la previsibilidad del resultado, por lo tanto, es esa previsibilidad la que funda a la culpa que genera el actuar del sujeto por el cual no podrá después estar en condiciones de expresar su voluntad. (artículos 7°-párrafos primero-segundo, 8°, 9° y 15-I-VII [interpretado en sentido contrario] del CPF, 15, 16, 18 y 29-I-VII [interpretado en sentido contrario] del CPDF y 11, 13, 25, 26, 34 y 36 del CPC.)*

Con ello entramos a los casos de la perturbación o torpeza —que no plena anulación— de la conciencia que se ocasiona por la ingestión de alcohol, estupefacientes o sustancias de efectos análogos. Por ejemplo, el delito de conducción de vehículos en estado de ebriedad o por la ingestión de sustancias equivalentes, de algunos códigos penales. Mas de ahí cabe señalar que en esos eventos sí hay conducta, y lo que se podría cuestionar es que en esos casos la perturbación —o el “trastorno mental transitorio”, en las palabras de la ley— puede ser de tal grado que incapacite al sujeto comprender la ilicitud de lo que hace o para decidirse de acuerdo con tal comprensión. Cuestión que atañe ya a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad. Mas tan en el caso de falta de conducta por estado de inconciencia —el conductor que al manejar en estado de ebriedad entra en la fase letárgica en la cual arroja a un transeúnte—, como en el de trastorno de la misma que origine inimputabilidad —embriaguez en alto grado—, es preciso que la inconciencia o trastorno de la conciencia no se derive de un anterior comportamiento doloso o culposo del propio agente. Pues es claro que si el sujeto activo

se procuró la alteración a través de alguno de esos modos, se le puede imputar aquella conducta. Así se deriva de la interpretación en sentido contrario de los artículos 15-VII del CPF y 29-VII del CPDF, pues en lo conducente señalan que no hay causa de exclusión del delito cuando: (...) *el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible*. Lo mismo que del artículo 11 del CPC que al respecto prevé que: (...) *se considera penalmente imputable a quien comete el hecho en estado de inconsciencia o trastorno mental que él se provoque para aquello; así como a quien se coloque culposamente en alguno de tales estados, en cuyo caso responderá por el hecho si lo previó o le fuere previsible*. De ello cabe pues concluir que en esos casos la inconsciencia o perturbación de la conciencia es consecuencia de un anterior comportamiento plenamente consciente de las perspectivas de la conducta futura que se acepta como tal (dolo), o del que es previsible aquella y el resultado no aceptado (culpa). Así, el juicio se retrotrae a cuando el sujeto decidió libremente con su acción procurarse la alteración, bajo la cual posteriormente se da el delito. Dicho de otro modo, las prohibiciones y mandatos de las normas penales —y por tanto, las normas de valoración o determinación y las de motivación— se refieren también a aquellas formas de comportamiento a través de las cuales el sujeto elimina la posibilidad de ser interpelado por la norma, ya que, de lo contrario, se daría carta blanca al fraude de ley y cualquiera podría sustraerse mediante tal manera de proceder al carácter motivador de las normas penales. Cuestiones todas estas que conciernen a la imputabilidad y culpabilidad de la conducta más que a la conducta misma.

Pasemos ahora a los actos instintivos superiores, como lo son los actos habituales y automáticos —y en los que también sólo cabe el actuar culposo—. En esos eventos la acción o la omisión es “no consciente” —en el sentido que exista alguna representación motivo determinada que impulse en tal sentido el movimiento o la inercia corporal—. Sin embargo —siguiendo a Maggiore— se debe destacar que la moderna fisiología demuestra que dichos actos habituales o automáticos son “gobernables” por la voluntad, cuando por la “atención” se les somete al “control del querer consciente”. Atención que puede orientar la actividad o inactividad —instintiva superior, habitual o automática—, por un sendero diverso de aquél por el cual discurre. O como lo expresa el mismo Maggiore, los actos habituales, automáticos o instintivos superiores “pueden ser gobernados por esa forma de voluntad negativa que algunos psicólogos llaman «noluntad», para indicar el funcionamiento de la voluntad como una fuerza de resistencia, como un freno y que tienen función positiva”.⁵¹⁶ De ésta manera, cuando nuestra acción se pueda modificar mediante el control consciente de nuestra voluntad, los actos u omisiones aparentemente no conscientes tienen su origen en la conciencia misma y pueden ser modulados por la voluntad. Supóngase al trabajador de una fábrica que por años acciona una cuchilla en un mismo sentido y que por la constante repetición de sus labores, realiza sus movimientos de manera automática; de tal suerte que —absorto en sus pensamientos— efectúa esos actos en un momento diverso del que debe y lesiona a otro. Aquí es claro que en las maniobras del trabajador no existe un verdadero “querer” consciente —las realiza de manera automática—. Sin embargo, esos “actos” cuya voluntad esta determinada por el mismo sujeto son a su vez gobernables por la voluntad para inhibir su actividad corporal en

⁵¹⁶ Cit. por Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa S. A., México, 1975, p. 116. Nota. Los corchetes y los dos puntos son míos.

el momento indicado. Y en cuanto al conocimiento «actual», los artículos 9° del CPF, 18 del CPDF y 26 del CPC no lo exigen como relevante para configurar el tipo penal culposo. De aquí pues que Francisco Pavón Vasconcelos destaque que: (...) si bien es cierto que el acto automático en un momento dado puede estimarse como independiente de la voluntad, se encuentra por lo menos ligado a ésta por cuanto el actuar inicial es voluntario. Esta conexión, notoriamente, es tomada en cuenta por el Derecho para apreciar como conducta, en algunos casos, el actuar automático.⁵¹⁷ Por otra parte, existen un sinnúmero de acciones automáticas, como la conducción de un vehículo, en los que se aplican frenos, cambios y pedales y se dirige el volante, sin que tales movimientos sin reflexión impidan considerar a tal comportamiento como una acción final, ya que entre los mismos hay en realidad una acción conforme a un sentido y un fin desde que se decide conducir. Lo mismo sucede con el accionar una cuchilla de manera “automática”.

Por ende, en rigor estricto, tan los movimientos automáticos, como los instintivos superiores y habituales, en el momento de su ejecución puede parecer que carecen de un contenido «consciente» de fin. Mas esta ausencia de relación directa o inmediata entre el “querer” y el acto u omisión automáticos, no nos permite proclamar que falta conducta por falta de la voluntad final; pues dicha relación se da desde el comportamiento inicial en el que presidió la voluntad consciente con un objetivo, precisamente con el que luego se expresa el actuar automático, instintivo superior o habitual. Asimismo, difícilmente se puede sostener que esos actos automáticos dejen de ser acciones conforme a un sentido y con un fin, en la medida que siempre hay en ellos la decisión de actuar en el sentido en el que se expresa la actividad de que se trate.

La verdad es que —como asienta Pavón Vasconcelos—: (...) la voluntad constituye el coeficiente psíquico de la conducta, con excepción de aquellas omisiones en las cuales, ni aún en forma indirecta, puede hablarse de la existencia de la voluntad.⁵¹⁸ Así pues, se puede afirmar que la voluntad final se encuentra presente no solo cuando en las acciones existe en todo momento un querer consciente; sino también, cuando el hecho está ligado a una decisión anterior plenamente voluntaria y consciente del sujeto. De lo cual se sigue que en última instancia la existencia de voluntad final también se puede afirmar en los actos automáticos o habituales del mismo modo que en los delitos de olvido. Donde sin “querer consciente” el agente omite la acción que jurídicamente se esperaba de él, produciéndose un resultado típico no como consecuencia de dicha omisión sino de la misma acción descuidada. Y al igual que en los delitos de olvido, en los actos automáticos o habituales sólo es posible hablar de conducta culposa y, por tanto, de que se infringió una regla de cuidado, como se verá en su oportunidad.

Sin que sea ocioso volver a recordar que en los tipos penales culposos no hay ninguna estructura ontológica preexistente que decida sobre el carácter «culposo» de la acción. Pero en el mismo tipo penal culposo sí es necesario que haya conducta final cuya función es la de descartar el dolo y porque según la clase de conducta final, ésta será útil para decidir sobre la existencia de la culpa en sí. Es decir, la discrepancia entre el fin y el resultado valdrá para excluir al dolo. Y aunque la culpa no dependerá de la finalidad en sí, ni del resultado, sino de la trasgresión relevante de mandatos jurídicos de cuidado, si dependerá del sentido de la conducta el que se decida qué clase de cuidado se viola.

⁵¹⁷ Francisco Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 40.

⁵¹⁸ Ídem, p. 168.

Ausencia de conducta

Una vez fijadas las condiciones básicas con las que se puede hablar que la conducta puede ser penalmente relevante, lógico es que si falta alguna de aquellas es imposible que haya conducta. Y, por ende, no habría pie no solo para que se examine si ella es punible en el estrato del tipo, sino para que exista el delito. De aquí que el artículo 14 del CPC disponga que: *“La conducta será inexistente cuando el movimiento o inactividad corporal se determinen por fuerza física exterior que sea irresistible; hecho de la naturaleza; movimientos reflejos o cualquiera otra causa por la que falte voluntad”*. Es más, como afirma Soler: *“Cuando no hay acción, no está dada siquiera la base para una medida de seguridad”*.⁵¹⁹ El artículo 14 del CPC señala algunos supuestos en los que no habrá *“conducta”*. Mas esos casos son *enunciativos* y, de ningún modo, *limitativos*. Ello se evidencia con la expresión final del mismo artículo 14 en el sentido de que: *No habrá conducta en... “cualquier otra causa por la que falte voluntad”*. Y no podría ser de otro modo. Pues hay causas diferentes a las que menciona el artículo 14 —de *“fuerza física exterior que sea irresistible; hecho de la naturaleza y movimientos reflejos”*— en las que es posible que falte la voluntad. Tales son los casos del sonambulismo, del sueño, de los estados crepusculares en la epilepsia y de los movimientos inmediatos anteriores o posteriores al sueño profundo, de los movimientos reflejos, de ciertas situaciones de hipnosis, de narcosis, de delirio en alto grado, de ciertas condiciones de miedo gravísimo como es el pánico o pavor, de desmayos o de ataques de vómito incontinente, de embriaguez letárgica, etc.

Por otra parte, pareciera que se procedió con buena técnica al apostillarse al artículo en comento —del CPC— con la expresión *“ausencia de conducta”*. Aunque al respecto la diferencia no es fundamental en los artículos 15-I del CPF y 29-I del CPDF que se refieren a la ausencia del delito mismo por falta de voluntad ya que esta es la condición esencial de toda acción para que pueda ser penalmente relevante. Ahora bien, cuando el CPF consignó a la fuerza irresistible como *«excluyente»* de *«responsabilidad»*, Jiménez Huerta destacó: (...) Es inadecuado, considerar la fuerza irresistible, como una circunstancia excluyente o eximente de la responsabilidad, pues falta en el violentado la conducta que ha de servir de soporte natural a la excluyente. Si el violentado es tan sólo un mero instrumento de que se vale la persona que le fuerza, resulta incorrecto considerar que la naturaleza jurídica de la fuerza irresistible es la de una excluyente o eximente de responsabilidad; habida cuenta que a los instrumentos y objetos inanimados y, en general, a todo aquello que no puede ser sujeto de delito por no ser vinculable a un acto de voluntad, no hay porque excluirlo o eximirlo de una responsabilidad en que no puede incidir.⁵²⁰ Empero, los argumentos del jurista ibérico dejan de tener valor desde que en tal artículo se habla ahora de excluyentes de delito en vez de responsabilidad. Y en tal sentido la actual postura del legislador federal y del Distrito Federal es impecable, sin que por ello sufra el apostillado del CPC. Por otra parte, los artículos 15-I del CPF y 29-I del CPDF consignan ahora la *«excluyente»* en forma amplia, pues dice que el delito se excluye cuando: *“El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente”*. Superando la fórmula anterior que nada más se refería a algunos casos de ausencia de voluntad, pero

⁵¹⁹ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, T. I, p. 253.

⁵²⁰ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., p.70

al enfermo que tenía obligación de asistir. Pues en todos esos casos la fuerza exterior, si bien no impide la conciencia, si elimina cualquier posibilidad de que se manifieste físicamente la voluntad en el sentido de la norma. En todos esos supuestos es indudable que quien se ve impulsado, forzado o maniatado no se «conduce», sino que sirve como instrumento a otro, quien es el que realmente realiza la conducta. Aún así, se debe subrayar que dicha fuerza —según el CPC— debe ser “física e irresistible”. Cuando se alude que la fuerza ha de ser “física”, se quiere acusar que la energía determinante del comportamiento proviene del exterior objetivada materialmente. De esta manera la SCJN sostuvo:

FUERZA FÍSICA EXTERIOR IRRESISTIBLE COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. Para la procedencia de esta eximente, se hace necesario que el sujeto que la invoca, al cometer la infracción, haya estado incapacitado para determinarse con su propia voluntad, por «una violencia material directa» ejercida sobre él, porque careciendo de tal objetividad, su invocación es inoperante.⁵²²

Expresado en sentido negativo, es necesario que el impulso no corresponda a un arrebatos “interior”; ni a la violencia “moral” que proceda de terceros. La fuerza física, además de ser externa, debe ser “irresistible”. Es decir, que sea de una energía tal, que le impida al sujeto expresar corporalmente su voluntad. Si alguien toma la mano de una persona consciente y físicamente capaz, enseguida tranquilamente le coloca una pistola en la mano y el dedo índice de ella en el gatillo del arma, y luego de igual manera le oprime el dedo engatillado, es obvio que con ello no anuló la voluntad ni la facultad motriz de quien porta el arma al momento del disparo. Al respecto la SCJN sostuvo las tesis siguientes:

LEGÍTIMA DEFENSA, AGRESIÓN Y FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE EN LA. Si de autos no aparece comprobada la existencia de la agresión que se atribuye a la víctima, carece de aplicación la excluyente de legítima defensa. Así mismo, «la fuerza irresistible a que se refiere la ley, necesariamente debe ser física y de tal modo fuerte que supere a la voluntad del sujeto al grado de producir su irresponsabilidad.⁵²³

FUERZA FÍSICA EXTERIOR IRRESISTIBLE EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD DE. La excluyente de responsabilidad de fuerza física exterior irresistible, requiere para su procedencia que se ejerza violencia en la persona del acusado y que éste involuntariamente sólo sirva de instrumento en la producción del daño.⁵²⁴

La energía o fuerza que determina el movimiento o inacción corporal será oriunda de un fenómeno natural o subhumano en los casos de terremoto, huracán, descarga eléctrica, animales bravíos o poderosos, etc. Así, las fuerzas naturales o los embates de un animal también pueden determinar esa ausencia de voluntad en un momento dado. Resta por último destacar que la conducta del tercero que ejerza la fuerza física e irresistible puede ser o no ser delictuosa. Pues es posible que el tercero sea inimputable, o que actúe sin dolo ni culpa o sin culpabilidad. Mas con ello también queda claro que la fuerza física exterior e irresistible es incompatible con los arrebatos internos y con la vis compulsiva en los que sí hay voluntad.

B. Los arrebatos internos no aparejan falta de voluntad final. En los “arrebatos internos” el impulso de obrar no proviene directa y materialmente de fuera. El arrebatos es reflejo de un estímulo emotivo que impulsa la voluntad para obrar en cierto sentido. La psiquiatría y la criminología son abundantes respecto a los arrebatos pasionales. En esos casos de perturbación de la conciencia por alteración afectiva, los abogados y criminalistas de la primera mitad del siglo pasado alegaron la inexistencia de conducta. Tomaron como

⁵²² Amparo 5949/55, Quejoso: Amulfo Solís López, 28 de junio de 1956, Unanimidad 5 votos, Ministro: Lic. Genaro Ruiz de Chávez, Secretario: Lic. Raúl Gutiérrez Orantías, 1ª. Sala, Informe 1956.

⁵²³ Amparo directo 1711/1956, Abril 30 de 1956, Unanimidad 4 votos, 1ª. Sala, S. J. F., Quinta Época, Tomo CXXVIII.

⁵²⁴ Jurisprudencia 145, Sexta época, 1ª. Sala, Segunda Parte, Apéndice 1917-1965, Jurisprudencia 140.

fundamento que la escuela francesa empleaba la expresión "fuerza irresistible" en el sentido de violencia moral, arrebató interno o impulso pasional. Pero ahora se afirma de consuno que —aun en las formas más graves— en el arrebató pasional existe un elemento de voluntad final —aunque deformado y afectado— que influye en el comportamiento. Los arrebatos internos se diferencian de las emociones normales por el fácil desencadenamiento o viveza del acto; pero no se puede negar que hay "voluntad final" en el comportamiento y, por ende, que hay conducta. Empero, es posible en ciertos casos que el arrebató interno obedezca a una causa que determine la inimputabilidad del sujeto o le motive una imputabilidad atenuada. (Artículos 15-VII del CPF, 29-VII del CPDF y 10-IV del CPC.) Pues están todas aquellas conductas emocionales que se desarrollan en el terreno de las psicosis y que afectan esa «imputabilidad» del sujeto; el que, no obstante, se "conduce". A este apartado también pueden pertenecer ciertas conductas emocionales de los maníaco-depresivos y epilépticos, etc.

Igualmente, en el plano de la aparente normalidad psicológica de una persona encontramos también a las llamadas "reacciones primitivas". Éstas se derivan asimismo de un estado intensamente emotivo y de las que profusamente nos hablan Ernesto Seelig en su *Criminología*,⁵²⁵ Kretschmer en su *Psicología Forense*⁵²⁶ y Altavilla en su *Dinámica del Delito*.⁵²⁷ Dichos autores coinciden en que las «reacciones primitivas» se caracterizan porque surgen repentinamente; sin control de los mecanismos inhibitorios y en virtud de un mínimo estímulo externo que resulta desproporcionado a la viveza del impulso y reacción conductual. El sujeto, pocos minutos antes, no cuenta con que puede realizar una acción de ésta índole y el impulso que la precede viene determinando por intensas emociones que invaden la conciencia. De tal suerte que el estímulo emotivo no recorre íntegramente la interpolación de una total personalidad desarrollada; sino que surge de súbito a la superficie y se transforma en acciones instantáneas, explosivas o de corto circuito. (...) Se comprenden en este actuar impulsivo —nos dice Jiménez Huerta— las acciones explosivas de los irascibles e irritables, las que tienen su mecánica en el campo de la histeria, los estados de embriaguez patológicos, los estados crepusculares afectivos, la cleptomanía, etc.⁵²⁸ Mas cabe insistir que el problema de si en estos casos existe delito, se debe dilucidar en el ámbito de la imputabilidad y la culpabilidad. Pero no en el de la conducta porque el sujeto al reaccionar primitivamente actúa con conocimiento y voluntad. La SCJN sostuvo al respecto las tesis siguientes:

FUERZA FÍSICA, EXTERIOR, IRRESISTIBLE. No cabe invocar la violencia material que reduce al sujeto activo al papel de mero instrumento, cuando en realidad se trata en el caso de un delito pasional, de un acto cometido bajo un estado anímico, psicológico, motivado por los celos que, por fuerte que sea, no implica fuerza exterior física irresistible.⁵²⁹

LEGÍTIMA DEFENSA, MIEDO, TEMOR Y FUERZA FÍSICA; NO PUEDEN COEXISTIR. Desde luego que no puede coexistir defensa legítima, miedo grave, temor fundado y fuerza física exterior irresistible; ello por razones obvias, la fuerza física extraña la ausencia de comportamiento y no puede sostenerse por una parte que no hubo acción y que al mismo tiempo se actuó repeliendo una agresión, además, es absolutamente inconsistente pretender que dentro de una sola situación pueden darse los supuestos de las excluyentes a que se acaba de hacer referencia y coetáneamente existir una inimputabilidad como es el miedo grave y una inculpabilidad cual es el temor fundado.⁵³⁰

⁵²⁵ Ernesto Seelig, *Tratado de Criminología*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 164 y 165.

⁵²⁶ Cit. por Mariano Jiménez Huerta en *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., p. 69.

⁵²⁷ Enrico Altavilla, *La Dinámica del Delito*, T. I, Editorial Temis, Bogotá, 1977, p. 152.

⁵²⁸ Mariano Jiménez Huerta, op. cit., p. 69.

⁵²⁹ S. J. F., Directo 5463/1955, José Pérez, 11 de mayo de 1957, unanimidad de 5 votos, Ponente: Mtro. Mercado Alarcón, Secretario: Lic. Raúl Cuevas, 1ª Sala, Sexta Época.

⁵³⁰ Amparo Directo 1729/1981, Olivia Bañuelos de Martínez, Julio 5 de 1981, 5 votos, 1ª Sala, Sexta Época, S. J. F., Volumen XLIV, Segunda Parte.

C. La *vis compulsiva* implica una conducta voluntaria no libre. Por otra parte, además de que el CPC requiere de una fuerza “*exterior*” y “no interna”, también dice que la fuerza debe ser “*física*”. Por ello, el impulso que determina el aparente actuar o la inactividad no ha de corresponder a la llamada violencia “*moral*” de terceros. Con relación a estos casos, la doctrina distingue a la «*vis absoluta*» —*fuerza física exterior irresistible*— de la «*vis compulsiva*» —*violencia moral*—. La violencia moral no anula la voluntad, sino sólo la constriñe (torturas, amenazas) para que el sujeto realice una acción u omisión. El moralmente coaccionado, aunque violentado, se comporta con “voluntad final y conocimiento” y, por lo tanto, se “conduce”. De ahí que la conducta por *vis compulsiva* también se debe valorar a la luz de la culpabilidad —y del temor fundado como una de las excluyentes de aquélla— (artículos 15-IX del CPF, 29-IX del CPDF y 48 y 51-V del CPC.) Al respecto, la SCJN sostuvo la tesis siguiente:

FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE, COMO CAUSA DE INIMPUTABILIDAD. CASO EN QUE NO EXISTE. Acreditado en el proceso penal, de acuerdo con la confesión de la imputada, que ésta, luego de dar a luz a su hijo, lo golpeó en la cara, causándole lesiones que determinaron su muerte, actuando así por el temor de que sus padres tomaran conocimiento de que su hijo era el producto de relaciones ilícitas, tal proceder es demostrativo de que la voluntad de la quejosa estuvo conscientemente dirigida a privar de la vida al recién nacido. En consecuencia, la conducta desplegada por la victimaria, no está cubierta con la causa de inimputabilidad que prevé la fracción I del artículo 17 del Código Penal del Estado de Michoacán al no concurrir sus exigencias técnicas; bien sabido es que la misma se caracteriza por aquella violencia hecha al cuerpo del sujeto activo, que da por resultado que este ejecute irremediablemente lo que no ha querido ejecutar; ya que entonces concurre lo que penalistas designan como *vis absoluta*.⁵³¹

D. Otras consecuencias sistemáticas de la falta de acción. La falta de acción no sólo excluye al delito, sino que trae otras posibles consecuencias sistemáticas. E aquí algunas —que se desarrollarán de modo más amplio en su lugar congruo—: **1)** Quien elimina o cancela la posibilidad de expresar la voluntad de otro para usarlo como instrumento no actúa como autor mediato, sino como autor directo, salvo que se deduzca la conclusión contraria de las previsiones de la ley. **2)** Quien carece de voluntad no puede ser considerado como autor a efectos de los tipos penales de sujeto activo múltiple, también llamados tipos plurisubjetivos o de participación necesaria, pero tampoco como autor en los tipos penales comunes. **3)** La legítima defensa es inadmisibles contra quien no realiza una conducta. **4)** En tales casos, la acción de repulsa podrá encuadrar en un estado de necesidad justificante o eventualmente en una defensa putativa la cual se traduce en un error de prohibición. **5)** Lo anterior se mantiene aún cuando otro use a la persona como instrumento, porque la defensa legítima procede contra quien agrede, pero no contra quien funge como mero objeto, lo cual no le hace perder el valor de sus bienes jurídicos. Y quien usa de ese modo a otro responderá dolosa o culposamente por las lesiones que se le causen a aquél.

⁵³¹ Directo 5224/1955, María de la Luz Ceriteño, 28 de abril de 1956, unanimidad de 5 votos, Ponente: Mtro. Olea y Leyva, Secretario: Lic. Enrique Padilla C., 1ª Sala, *Boletín* 1956.

