

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO**

**BASES PARA UN
NUEVO DERECHO PENAL MEXICANO**

Los límites al delito y a la pena

TOMO III

ANTONIO BERCHELMANN ARIZPE

TM

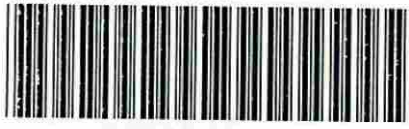
K1

FDYC

2003

.B4

v. 3



1020148588

CAPÍTULO SEXTO

LOS FUNDAMENTOS Y LÍMITES DEL TIPO PENAL

— I —

No hay delito sin tipo penal ni lesión

Del artículo 14 Constitucional —así como de los artículos 16 y 19 de la misma carta fundamental— se deriva el principio de *no hay delito sin tipo penal*.⁵³² Por el que procede que la potestad punitiva se exprese siempre en la ley en varias vertientes: **1)** Por un lado, por la que se precise siempre la o las conductas «específicas» punibles para cada delito. Lo que ya de por sí se deriva de la exigencia legal del artículo 9° del CPF en el sentido de que sólo se puede punir el hecho si se parte de una acción u omisión, por las que quedan excluidos los modos de ser o los estados de las personas. (Pero lo cual va mucho más allá, porque aquella exigencia apareja que no cualquier acción u omisión son penalmente relevantes, sino sólo las que engarcen con alguna de las que prevean las figuras típicas de los delitos en particular que señale la ley a través de las diversas formas típicas de intervención en el delito y se amolden, además, a las exigencias que establezca la misma ley para el tipo penal o se deriven de éste.) **2)** Por el otro, en la que en cada delito se especifique de manera clara el marco objetivo verificable —«materia de prohibición»— donde se concretan aquellas conductas. **3)** Finalmente, el que la realización de una conducta típica punible sólo se concibe si ella daña o pone en peligro (lesivamente) a un bien jurídico. De aquí que en México se pueda decir:

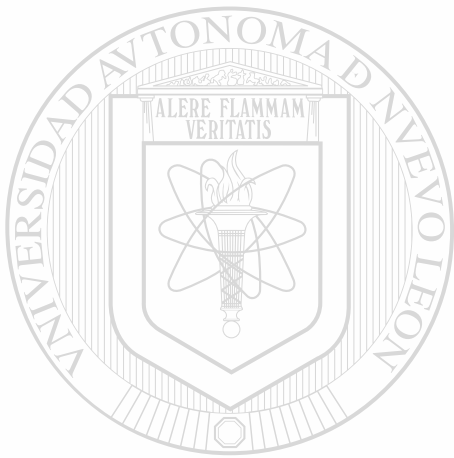
El tipo penal es el supuesto legal de un hecho punible —conducta realizada en cierto marco de prohibición delimitado— que involucra un daño o peligro (lesivos) a uno o más bienes jurídicos.

El aludido principio, en el plano de «estricta legalidad» se dirige al poder legislativo y se traduce en la regla de «no hay delito sin tipo penal» que cumpla las tres vertientes. Mas en el plano de «mera legalidad» se dirige al poder judicial y consiste en que para punir la conducta, es necesario que el juez previamente determine con base en prueba que aquella se ajustó a todos los elementos del tipo penal de un delito —es decir, que hubo tipicidad— entre otras condiciones. Así pues, el tipo penal en sentido estricto realiza una función de concreción del injusto y a través de él se debiera cumplir con el principio de certeza de la ley en los delitos, cual es la claridad específica del ámbito prohibido en un tipo cerrado. El tipo penal funge —o debiese fungir— como un supuesto legal del hecho punible que limita la potestad punitiva estatal a marcos de los que el juzgador no se puede salir sin quebrantar el principio de legalidad en los delitos. Sólo pueden ser punibles las conductas que cumplan con todos los elementos del tipo penal de un delito, sin que sea admisible la analogía o mayoría de razón. Y asimismo, si el tipo penal ha de describir un hecho que concrete una conducta lesiva prohibida penalmente, por consecuencia, el hecho que se consigne en el tipo penal debe hacer referencia concreta a las particularidades fácticas del mismo. Lo cual no sucede cuando los tipos penales se formulan de manera tan amplia que prácticamente hacen nugatorio el principio de certeza legal. Eso también sucede con frecuencia cuando en el tipo penal se insertan elementos normativos de base indeterminada y a los cuales el Ministerio

⁵³² El porqué los artículos 16 y 19 C fundamentan también el principio de no hay delito sin tipo penal, se comprende mejor si se lee el CAPÍTULO SÉPTIMO, en especial los núms. I, III, IV y V.

312627

TH
K1
FD4C
2003
.B4
J.3



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



FONDO
TESIS

Público y el juzgador luego les entazan cualquier norma secundaria ajena a la ley (con trasgresión de la exigencia de ley escrita del artículo 14 C.) Ya no se diga cuando sin que exista reenvío por el propio tipo o por la ley penal, al tipo se le vinculan normas reglamentarias faltándose a la referida garantía de ley escrita, al recurrirse a normas ajenas a la ley para completar o llenar el tipo penal de un delito lo que controvierte el principio constitucional de que nada más la ley puede ser fuente de las normas penales; sino incluso recurriéndose a normas de inferior jerarquía a los reglamentos como pueden serlo manuales, circulares, lineamientos, etc. En síntesis, escudándose en cualquier cosa que pueda llamársele "normatividad". Pero si el tipo penal no remite a otras normas de menor jerarquía, técnica legal que de por sí es cuestionable en materia penal constitucional a la luz de la garantía de ley penal escrita, es más inadmisibile una exégesis judicial de aquella naturaleza acerca de expresiones normativas o tipos penales abiertos. Pues esa interpretación obviamente extiende el poder punitivo de manera desmesurada con violación del principio de legalidad en los delitos. Ya que por lo amplio de la interpretación, cualquier violación a la normatividad se puede convertir en conducta penalmente prohibida. Con lo cual se da pie a un Derecho Penal de intervención máxima y normalmente autoritario por su arbitrariedad y que trasgrede francamente el párrafo tercero del artículo 14 C.

Se debe mencionar el hecho de que es a Bebing⁵³³ a quien se debe el que ahora se reconozca de manera unánime en la doctrina y la jurisprudencia la necesidad de acuñar a los delitos en tipos penales y no en definiciones genéricas y vagas. Ya que al deslindarse con precisión las conductas y los hechos prohibidos, el destinatario de la norma podrá apreciar cuáles son las verdaderas y concretas materias de prohibición. En tal sentido, la función concretizadora de la antijuridicidad que realiza el tipo penal es útil no tan sólo para reafirmar el principio "*nulium crimen sine lege*", al describir en forma específica la conducta y el hecho que se sancionan penalmente; sino, además, dicha concreción contribuye a enmarcar, determinar y guiar al arbitrio judicial en la aplicación de la ley penal al caso concreto. Pues sin el tipo penal, los jueces no podrían establecer de manera uniforme que es lo que legalmente se prohíbe para los efectos penales. Sin el tipo penal, en suma, quedaría tan sólo el arbitrio judicial para calificar lo antijurídico con relevancia penal. Se originaría así, ante la amplitud de valoraciones individuales, un insoportable estado de incertidumbre en la aplicación del Derecho Penal. ®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS — II —

El «bien jurídico» como presupuesto —y no elemento— del tipo penal

Los elementos materiales y, en su caso, los elementos normativos expresos y los subjetivos que se contienen en las figuras típicas y sus dispositivos amplificadores no agotan por lo general la noción del tipo penal. Ni por ende, el juicio de tipicidad. Porque de entrada, el tipo penal no es —o no debiere entenderse— sólo como el supuesto legal que describe de manera expresa y clara una conducta que se realiza en cierto ámbito de prohibición delimitado por la misma la ley, en tanto que las figuras típicas que informan a los tipos penales se encuentran inmersas en un sistema más o menos ordenado de normas para proteger determinados bienes o intereses jurídicos. Los bienes jurídicos que por la forma en que se les ataca, el legislador estima se deben salvaguardar de la forma más enérgica, mediante la amenaza de la sanción penal. En tal sentido el tipo penal

⁵³³ Cit. por Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal...*, op. cit., T I, p. 26.

obedece a prevenir lesiones al bien jurídico que protege. De tal suerte que el daño o peligro (lesivos) al bien jurídico —que sí son elementos del tipo penal— sólo pueden darse si en el caso concreto existe el bien jurídico. Las figuras típicas deben así su creación y existencia a los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger conminando con penas a las conductas de quienes los lesionen en el marco de prohibición que especifique en la ley. A tal grado —afirma Bettiol— (...) que no hay norma penal incriminadora que no esté destinada a la tutela de un valor y que no tenga por fin la protección de un bien jurídico. Así, la norma que incrimina el homicidio, tutela la vida. Aquélla que incrimina el robo, la propiedad. La que incrimina la bigamia, el orden familiar, etc.⁵³⁴ Ya se vio como el principio del bien jurídico tiene el trascendental papel de servir de base sustancial para el Derecho Penal de intervención mínima. En virtud del cual el legislador sólo debe prohibir penalmente la conducta si ella lesiona a un bien jurídico. Y sólo si se trata de los bienes jurídicos más importantes y con motivo de los ataques más graves contra ellos. A tal grado que de esa idea surge la necesidad de despenalizar o penalizar ciertas y determinadas conductas.⁵³⁵ El Dr. Moisés Moreno apunta que incluso: (...) el proceso de descriminalización y despenalización también puede darse cuando con relación a ciertos problemas específicos se adopta un criterio limitador, como es el del «*numerus clausus*» para el problema de la tentativa, de los delitos culposos y de los delitos de omisión impropia, en la medida en que ellos sólo en determinados casos serán punibles. De esta manera se limita también la intervención del Derecho Penal.⁵³⁶ Los artículos 4° del CPDF y 16 y 41 del CPC reconocen expresamente a la lesión del bien jurídico como condición esencial para que se dé el tipo penal.

En el anterior orden de ideas, el marco de prohibición en que se formula el supuesto penal del hecho dentro del cual se ha de realizar la conducta lesiva de un bien jurídico, informa a la noción del tipo penal. Y ese marco es un cerco jurídico que protege al gobernado de los excesos o desvíos del poder punitivo del Estado. Y el cual se debe expresar en cuanto se ejerza para salvaguardar ciertos bienes jurídicos de su grave lesión que se dé en cierto entorno legal de una conducta desaprobada, denominado tipo penal. De aquí pues que sin la existencia del bien jurídico que se trata de proteger mediante la erección del supuesto típico-penal, éste carecería de razón de ser. Y querer pensar que el tipo penal se configura tan sólo con las locuciones que se contienen de manera expresa en los supuestos legales que se conocen como —las figuras típicas de— los delitos en particular cuando ellas no aludan de modo expreso a la lesión o al peligro del bien jurídico, es desconocer la razón misma del Derecho Penal y parte de su inmediata teleología. Pues implicarla privar al delito de su unidad de sentido y que sólo surge cuando se afecta lesivamente el o los bienes jurídicos que la norma prohibitiva tutela. Bástenos hojear la Parte Especial de los códigos penales y podremos fácilmente advertir —con más claridad en los nuevos CPDF y CPC— que el legislador sistematiza los supuestos punibles en orden a determinados bienes jurídicos que pretende proteger. Respecto de los cuales, sin duda, debe existir siempre un titular en el caso concreto, sin el cual resultaría absurdo hablar de que ahí existe el bien jurídico que se protege. Cuando se tutela la vida, es porque se pretende proteger al ser humano vivo como su titular. Cuando se protege al patrimonio, es porque se quiere salvaguardar la relación de disponibilidad que las personas

⁵³⁴ Bettiol, *Problemas Penales*, p. 82, citado por Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 77.

⁵³⁵ Ver *Infra*, Primera Parte, Capítulo Tercero, núm. III.

⁵³⁶ Moisés Moreno Hernández, "Penalización y despenalización en la reforma penal: Importancia del principio del bien jurídico en la creación de los tipos penales", *Criminología*, año LIX, N° 2, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa S. A., México, D. F., mayo-agosto 1993, p. 70.

tienen con los bienes que aquellas ostentan bajo el título de propiedad, crédito, uso o posesión. Ahora bien, el hecho de que el bien jurídico tutelado informe a la noción del tipo penal, en cuanto constituye su "presupuesto", tiene su innegable trascendencia en aquél y en el correspondiente juicio de tipicidad. Pues ésta sólo se puede afirmar cuando —además de darse en el mundo de relación todos los elementos expresos de la figura típica— se dañe o concretamente se ponga en peligro el o los bienes jurídicos que aquélla tutela penalmente. Así, el daño o peligro (lesivos) al bien jurídico protegido se erigen, asimismo, en elementos del tipo penal. De aquí que no se tipifique el delito de violación cuando con violencia se yace con una persona adulta que libremente consiente tal menester. Pues en este caso el consentimiento de esa persona —amén de eliminar la antijuridicidad del hecho— impide su integración típica. Y ello porque el bien jurídico de la libertad sexual del violentado no se lesiona por el autor de la impropia conducta.⁵³⁷ Asimismo, es frecuente observar que en las causas penales de despojo de inmueble se afirma que falta el delito al acreditarse que quien se dice ofendido no se encontraba en posesión del predio ilegítimamente ocupado. Pues se estima que en esos casos está ausente el daño al disfrute de la «posesión» de quien se ostenta como titular de la misma. También resulta irrelevante penalmente, por ausencia de lesión jurídica, el que una persona ejecute una conducta que debería producir la privación de la vida del agredido, si éste ya está muerto. Pues la inexistencia concreta del bien protegido, cual es la vida, impide desde antes que a ésta se le pueda dañar.

En tales extremos, el bien jurídico tutelado se reconoce en México como presupuesto o elemento del tipo penal por Porte Petit⁵³⁸, Jiménez Huerta⁵³⁹, Pavón Vasconcelos⁵⁴⁰, Villalobos⁵⁴¹, Carrancá y Trujillo⁵⁴² y Moisés Moreno Hernández⁵⁴³, entre otros. Y su trascendencia es tal, que se puede lícitamente afirmar que no hay delito sin el previo y concreto daño o peligro de daño (lesivos) al bien jurídico que tutela el tipo penal. De tal suerte que tratándose de tentativa, cuando el delito se inconsuma por la inexistencia del titular del bien que el tipo protege, aquélla no se puede reputar como punible. La SCJN también se ha ocupado de emitir su criterio respecto al concepto del tipo penal. Así ha sostenido que: (...) *El tipo delictivo, de acuerdo a la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los supuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena.*⁵⁴⁴ También la SCJN ha expresado: (...) *Bien sabido es que el tipo en el propio sentido jurídico-penal, significa mas bien el «injusto» descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos a cuya realización va ligada la sanción penal. De donde se sigue que una acción, por el hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de sus presupuestos, es inconcuso que el tipo penal no se llega a configurar.*⁵⁴⁵ Como se puede observar, dos aspectos destacan de las ejecutorias antes transcritas con relación al tema que nos ocupa. El primero —de acuerdo con la primera tesis—, es el hecho de que al tipo penal se le concibe como "la suma de todos los presupuestos a cuya existencia va ligada la pena". Es decir, la Suprema Corte estimó que el tipo penal se forma no sólo con todos los elementos que se integran de manera expresa en

⁵³⁷ La violación tampoco se tipificaría cuando la copula se realizase ejerciendo violencia

⁵³⁸ Celestino Porte Petit, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, p. 45.

⁵³⁹ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., pp. 77 a 96.

⁵⁴⁰ Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, op. cit., p. 89.

⁵⁴¹ Ignacio Villalobos, *Derecho Penal Mexicano*, 4ª Editorial, Editorial Porrúa S. A., México, 1983, pp. 201 a 222.

⁵⁴² Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa S. A., México, 1982, pp. 174 y ss.

⁵⁴³ Moisés Moreno Hernández, "Penalización y despenalización en la reforma penal: importancia del principio del bien jurídico en la creación de los tipos penales", *Criminalia*, pp. 70 y ss.

⁵⁴⁴ S. J. F., Tomo CXIX, p. 2887, y S. J. F., Tomo XVI, p. 257; Sexta Época, Segunda Parte

⁵⁴⁵ S. J. F., Tomo CXIX, p. 884, y S. J. F. Tomo XVI, p. 257; Sexta Época, Segunda Parte

la figura típica. Sino, además, con la preexistencia del bien jurídico y luego con el daño o peligro de daño lesivos a ese bien jurídico que aquél tutela —y que se concreta a través del injusto—. El segundo —conforme la segunda tesis—, mediante el cual se pone de relieve la función concretizadora que de lo antijurídico realiza el tipo penal. Adhiriéndose así, básicamente, al concepto de tipo penal de Mezger como “*el injusto descrito en la ley penal*”.⁵⁴⁶

Lo hasta aquí dicho nos lleva también a destacar que la antijuridicidad —entendida como el «previo y abstracto juicio de desvalor que hace el legislador de una conducta determinada que ataca bienes jurídicos para sancionarla con una pena»— es «razón esencial» del tipo penal. Éste se crea precisamente y en virtud del previo juicio legislativo de desvalor del supuesto de hecho al cual el legislador le asigna pena.

— III —

La función del tipo penal como concretizador de lo antijurídico

Hoy se admite de consuno que el tipo penal permite concretar el injusto. Es decir, que para los efectos penales el tipo penal delimita el hecho que el legislador podrá estimar como antijurídico bajo ciertas condiciones. Así las cosas, el Estado crea los tipos penales para salvaguardar ciertos bienes jurídicos de ser lesionados a través de determinadas formas de grave ataque y cuando erige una figura delictiva es porque considera que el hecho que en ella se describe es socialmente dañoso y de gravedad tal que —al afectar determinados bienes y a sus titulares— es necesario formular respecto de él la conminación penal. El legislador pues, realiza previamente un abstracto juicio de desvalor respecto a esos hechos. Y al estimar aquél —mediante ese juicio axiológico— que es tan intensa la antijuridicidad de dichos hechos, determina que para impedirlos se hace necesaria prohibir penalmente la conducta que los realiza. En consecuencia, los describe —o los debería describir— con precisión en los correspondientes supuestos de hecho jurídico-penales con los que intenta motivar la conducta de las personas de evitar incurrir en su realización. De aquí que me arraigue en la convicción de que:

Una función fundamental de los tipos penales es la de delimitar las conductas indiciariamente injustas que se prohíben con pena.

Cuando el legislador crea el tipo penal de homicidio no da nacimiento meramente a una norma, sino a una norma cuyo asiento es la lesión jurídica al bien de la vida. Como tampoco crea tan sólo una norma cuando erige los tipos penales de los delitos contra el patrimonio. Lo que el legislador hace en ambos supuestos, es reconocer el hecho incuestionable que esa clase de conductas lesiona seriamente intereses jurídicos; esto es, daña la convivencia y el disfrute de los derechos individuales en que aquélla se sustenta. Por lo que trata de protegerlos de la forma más enérgica: por la vía penal. Por ello, por la antijuridicidad del hecho, es que el legislador formula la norma penal que prohíbe la conducta que le realiza. A lo mucho, podrían surgir juntos el injusto y el tipo penal. Cual es el ejemplo que Jiménez de Asúa expone: (...) Del caso de guerra o de rebelión: en que el mando militar prohíbe el paso por un puente o lugar estratégico bajo pena severísima. Pues nos ofrece prueba de la hipótesis que ahora examinamos. Sería falso, a nuestro juicio, decir que en ese supuesto

⁵⁴⁶ Edmundo Mezger, *Derecho Penal. Parte General*, Cárdenas, Editor y Distribuidor, Tijuana, 1985, p. 143 y ss.

no hay antijuridicidad, pero sí tipicidad. Lo que acontece es que el instante en que circunstancialmente se produce lo antijurídico de una conducta, se describe conceptualmente el tipo legal al que se asocia el castigo.⁵⁴⁷ Y respecto al ejemplo anterior, como certeramente puntualiza su homólogo español, Jiménez Huerta: (...) Sin disentir del pensamiento del ilustre maestro, nos permitimos tan sólo subrayar, que aun en esta hipótesis la antijuridicidad es 'ratio essendi' de la tipicidad. Pues si se tipifica la conducta indicada es porque quien legisla ha percibido instantes antes su antijuridicidad.⁵⁴⁸

Se ha dicho, además, contra lo que parece, que no hay contradicción si se sostiene que la antijuridicidad es «razón esencial» del tipo penal y que la tipicidad es «fundamento de cognición» de la antijuridicidad. Pues, según ello, los dos asertos tienen pleno valor y no se contraponen en cuanto se expresan en momentos y planos diferentes. En el momento legislativo de creación de la hipótesis penal es válido decir que la «antijuridicidad» es «razón esencial» del tipo penal. Pues el fundamento para que el legislador erija el tipo penal de un delito, es el previo juicio de desvalor intenso que aquél hace de la conducta o hecho que tipifica penalmente por dañar o poner en peligro de manera lesiva algún bien jurídico en cierto marco fáctico de prohibición. En cambio, cuando se aduce que la tipicidad —y no ya el tipo penal— es «ratio cognoscendi» de la antijuridicidad, si se sigue a Mayer —para quien la tipicidad es indicio o fundamento de cognición de la antijuridicidad—⁵⁴⁹, ya se está en el momento de una concreta y fáctica conducta que se da en el mundo de relación, que al adecuarse a un tipo penal se «presume» que es específicamente antijurídica por la misma razón de que el tipo describe lo penalmente injusto. Pero que esto último no es así de manera necesaria. Pues la conducta podrá ser típica y, sin embargo, conforme a Derecho. Piénsese en el homicidio en legítima defensa, por ejemplo, así como en la ejecución de la orden judicial de cateo que sí "lesiona" la morada y, sin embargo, en vez de contrariar al Derecho lo confirma. En todos esos casos la conducta es típica y, aún así, no es antijurídica, se afirma.

De esa manera, como se confirmará luego, se ha estimado que el tipo penal no agota a la antijuridicidad. Y ello es obvio si se piensa que están fuera de aquél las causas de permisión —o de justificación— que excluyen a aquélla. Sin que suceda lo mismo con la "lesión jurídica" como elemento común al tipo penal y a la antijuridicidad. Y ello es como se indica, porque dentro del tipo no sólo se examina un simple daño o el peligro de carácter naturalístico para los bienes jurídicos, sino que en aquél siempre debe resolverse una auténtica «lesión jurídica» en virtud de la cual se afecta la relación de disponibilidad del sujeto con el bien objeto de tutela. Ésta se da de ordinario a través del mero daño o peligro al bien jurídico cuando éste es indisponible por otro, pero no sucede así cuando el titular dispone del bien, porque en tal caso es preciso que tal daño o peligro se ocasione en demérito del ejercicio de libertad que el titular tiene para disponer del bien porque no hay consentimiento válido de aquél. En otras palabras, el tipo penal en sentido estricto abarca a los elementos normativos específicos de desvalor cuando el supuesto legal los contemple expresamente; como también capta en cualquier caso, al daño o el peligro al que se expone al bien o los bienes jurídicos tutelados por la figura típica, daño o peligro que deben aparejar una lesión jurídica. Pero el tipo penal en sentido estricto no

⁵⁴⁷ Luis Jiménez de Asúa, *Treatado de Derecho Penal*, Tomo I, Editorial Losadas, Buenos Aires, Argentina. p. 680.

⁵⁴⁸ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., p. 29.

⁵⁴⁹ Max Ernesto Mayer, citado por Mariano Jiménez Huerta, *La antijuridicidad*, Imprenta Universitaria, México, D. F., pp. 61 y 62.

incluye a la conducta que «ofende al Derecho» como un todo. En tal sentido, el tipo penal en sentido estricto y el injusto serían pues nociones diferentes. Ello adquiere fuerza si se considera que la lesión jurídica es tan el daño o peligro a un bien indisponible por otro aun con consentimiento de su titular, como el daño o peligro a un bien disponible sin consentimiento válido de su titular o sólo para dañar a terceros. Por lo tanto, el simple daño o peligro a un bien jurídico es del todo insuficiente para sostener que hay la lesión jurídica como elemento común del tipo penal y del injusto, sino es que respecto de aquél daño o peligro se afecta, además, la relación de disponibilidad del sujeto con el bien que es objeto de protección. Más fuera de tal elemento común, es claro que el tipo penal no capta a la ofensa al Derecho como segundo elemento del injusto. Misma que se da cuando existiendo la lesión jurídica —y no nada más el daño o el peligro— falta causa que justifique la conducta.⁵⁶⁰ Por ello —en el contexto actual de la opinión dominante— en el Derecho Penal Mexicano se rechaza la concepción de un tipo penal que englobe a la antijuridicidad. Tal como lo considera cierta corriente doctrinal que estima que el tipo penal comprende aquella.⁵⁶¹ Y la razón estaría más allá de estimar que la tesis de un tipo conglobante de la antijuridicidad condiciona ésta al tipo penal, pues se sabe de las razones que se dan para negar que así sea y, además, coincidir con la mayoría de la doctrina que la antijuridicidad es una sola para todo el Derecho. Sino que el motivo estriba en que el tipo penal de ordinario solo capta al daño o al peligro de daño (lesivos) como un elemento de aquél. Mismo que, a la vez, es un elemento de la antijuridicidad, pero que no configura a ésta que también requiere de la ofensa al Derecho. Igualmente, el tipo penal incluye a los elementos normativos de desvalor expresos que se contengan en aquél, pero que por igual razón no capta a la antijuridicidad en toda su extensión, a menos que tal elemento normativo específico del tipo precisamente la involucre de manera necesaria.

Sin embargo, ¿qué acaso todo ello tiene que ser así? Porque cabe preguntarse, ¿cómo es posible que cuando la razón fundamental para la creación del tipo penal es la valoración del carácter antijurídico de la conducta que realiza el hecho —y que el legislador describe en el supuesto penal— y luego, que en sede del mundo de relación se pretenda vedar esa consideración? Y no sólo respecto al aspecto subjetivo de la conducta típica, sino, además, ¿cómo es posible que se niegue que la tipicidad del hecho ya involucre el juicio de su antijuridicidad? Porque nada habría de antinómico en que el juicio de tipicidad —y antes de él, que el mismo tipo penal como formulación legal contextual— aparejara a la antijuridicidad de la conducta. Y porque más bien, la aporía parecería ser al revés. Ya que por más que se diga que la antijuridicidad es una categoría diversa a la tipicidad: Nada hay de irresoluble en el hecho de que la antijuridicidad se involucre en el tipo y aún así siga siendo unitaria en el campo del Derecho. Pues la conducta puede ser atípica por muchos motivos distintos a la ausencia de su antijuridicidad. Y así como la conducta puede ser antijurídica y, sin embargo, atípica: El tipo penal y la tipicidad también pueden abarcar a la antijuridicidad de la conducta y el hecho descritos en el supuesto legal punible.

⁵⁶⁰ Ver el Capítulo DÉCIMO QUINTO, relativo a la antijuridicidad como límite al poder punitivo.

⁵⁶¹ Adalid de esa tesis pareció ser Claus Roxin, en su obra *Teoría del Tipo Penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, traducción Dr. Enrique Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979, en especial, pp. 178 a 192. Sin embargo, Roxin aclara su postura en su obra posterior *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...* op. cit. pp. 286 y ss., adoptando la tesis que se explica en este apartado. Un expositor destacado de la teoría de los elementos negativos del tipo, la cual se emparenta con la corriente bipartita de los elementos del delito: injusto y culpabilidad, en vez de tipo, antijuridicidad y culpabilidad, que representa a la corriente tripartita del concepto de delito —y de los cuales me ocupo en este apartado— lo es en España Nicolás García Rivas, *El poder punitivo en el estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, España, 1996, pp. 82 y ss.

Ello también sería así, porque desde el descubrimiento de los elementos «normativos» del tipo, la afirmación de que el tipo penal es puramente «neutro» dejó de ser inobjetable. Más aún cuando el carácter antijurídico de la conducta ya se involucra en el tipo de muchos delitos a través de las expresiones normativas de desvalor que ellos contienen, tales como “ilegalmente” en la privación ilegal de la libertad. Por lo que si se ha de ser congruente con la razón de ser del tipo penal en el momento de su creación legislativa —en cuanto que el legislador erige al supuesto punible porque considera que la conducta que en él describe revela la antijuridicidad con una intensidad tal, que se hace preciso sancionarla con pena—: no se estaría más que cumpliendo con esa consideración al incluir dentro del tipo penal y para el juicio de la conducta típica, el que ella haya sido antijurídica y sus circunstancias se hayan captado por el sujeto. Por lo demás, desde hace tiempo se puso en evidencia que el tipo penal apareja siempre la descripción de un suceso con especial significación social de desvalor. El tipo penal no es mera descripción de un evento cualquiera, que nada más se le deba apreciar en su significación naturalística o manifestación material; ni siquiera es solo la descripción de cualquier conducta que al legislador se le antoja conveniente prohibir con pena; sino que es la descripción de una conducta que el legislador conmina con pena porque conlleva un ataque a un bien jurídico de forma tal, que se hace necesario prohibirla de esa manera. En tal sentido, la acción típica de matar a otro está lejos de residir en el mero dato naturalístico de —por ejemplo— accionar un arma de fuego que causa la muerte de alguien. Pues “la acción de matar a otro” que describe el tipo penal de homicidio conlleva un significado de trascendencia social que por lo general se juzga como socialmente desvaliosa en sí y por el contenido final de una acción que afecta un bien jurídico. Es ese significado de desvalor social —que legislativamente se caracteriza por la acción de lesión a un bien jurídico— el que tinte la valoración de todo tipo penal, por lo que si a éste se le enfoca en su sentido contextual con las demás normas de los códigos penales, en especial con las causas de justificación, se puede concluir que ese desvalor debe traducirse en un injusto. Mismo significado que debería dejar su impronta en la tipicidad. De aquí que el mero dato externo o los meros detalles naturalísticos de índole material y subjetiva sean del todo insuficientes para apreciar a una conducta como típica. Ya que se debe tener presente que en todo juicio de tipicidad también se está frente a normas prohibitivas de conducta que lesionan un bien jurídico y que al correlacionarlas con las causas de justificación, apareja la falta de las mismas. Porque la norma no prohíbe simplemente matar a otro, sino matarlo sin causa que justifique su conducta.

Ahora bien, para lograr una base de entendimiento entre los dos puntos de vista ya considerados, es conveniente recordar la distinción entre tipo penal en sentido estricto y tipo penal global o injusto. El tipo penal en sentido estricto, como figura delictiva permite identificar la clase de delito de que se trata y su núcleo rector se halla en cada uno de los supuestos legales de hechos punibles (figuras típicas) que en su mayoría se contienen en la Parte Especial de los códigos penales y otras leyes —conocidos o llamados como “delitos en particular”—. Respecto de ellos, es claro que describen una acción que siempre implica normativamente un daño o peligro de daño (lesivos) a un bien jurídico —y, por tanto, aparejan una evento socialmente desvalioso a primera impresión— que prohíbe la norma ínsita en el tipo. En tal sentido es atípica la operación de cirugía estética que «daña» la salud de la persona pero que no «lesiona» a ésta en virtud de su consentimiento válido

para la disponibilidad de su bien (y en atención a que aquélla no ocasiona un demérito de la función social de la persona —que no permitiese a otro el daño aun con el consentimiento de su titular—.) Como igual es atípica la destrucción de una cosa mueble con consentimiento de su dueño y sin irrogar perjuicio a tercero, pues si bien hay daño material a la propiedad del titular, falta la lesión jurídica por la válida disponibilidad del mismo por aquél. La lesión jurídica es pues el gozne entre la acción típica y el injusto.

Pero también es igualmente nítido que no toda acción típica tiene que ser injusta, en cuanto que —dada la previsión legal de las causas de justificación— la acción típica puede a la vez amoldarse a tales excluyentes de delito. Así pues, es admisible que quepa hablar de acción típica, sin que necesariamente ella tenga que ser antijurídica. Y si por otra parte se toma en cuenta que los códigos penales no son simplemente un catálogo de descripción de sucesos humanos punibles, sino que —precisamente por eso y en su función política-criminal— son enunciados de normas prohibitivas de conducta. Las cuales sólo tienen sentido cuando las conductas que se prohíben ofenden al Derecho como un todo, esto es, cuando son antijurídicas, lo que nada más se puede resolver de esa manera si la conducta típica es a la vez antijurídica, entonces se puede arribar a una concepción más amplia del tipo: la del tipo global. Misma que encierra a la conducta típica que se realiza sin causa legal que la justifique, De lo cual deviene el injusto. El injusto y el tipo penal global aparejan la misma idea conceptual.

Sentado lo anterior, también es dable tener presente que el presupuesto legal de hecho de la norma penal encierra no solo un juicio "provisional" de desvalor acerca de la conducta descrita en el supuesto legal del hecho punible —tipo penal (en sentido estricto)—, mismo que se da porque aquella apareja una conducta desaprobada que lesiona o pone en peligro al bien jurídico que la figura típica protege y que por ello indica que está prohibida jurídico-penalmente. Sino que esa norma prohibitiva, al desglosarse en una de determinación-valoración —y que vale para todos— y en otra de motivación —que solo vale para quien esté en un contexto de comunicación con la norma—, siempre implica que para la contrariedad con la norma de determinación-valoración que encierra la norma prohibitiva no ha de concurrir causa legal que la justifique —tipo global—. Lo que a su vez permite sostener el "injusto". Y el cual apareja *un juicio del desvalor social de la conducta penalmente prohibida que realiza una persona sin causa que justifique su conducta.*

Sin embargo, las causas de justificación también valen para todos y se dan en un marco mucho más amplio que el de los tipos penales; en tanto aquellas se realizan en el marco del ejercicio del derecho general de libertad de acción, respecto del cual se recorta la prohibición específica de ciertas conductas descritas en el tipo penal cuando lesionan gravemente un bien jurídico. *Así pues, en tal sentido se tiene toda la razón en sostener que la conducta que se subsume en un tipo penal solo permite «presumir» o «indicar» que la conducta típica sea antijurídica. Pues esa forma de razonar lejos de divorciar sin causa al mundo normativo del mundo fenoménico en el cual aquél se debe manifestar, parte del hecho de que las causas de justificación obedecen al amplio universo del ejercicio de nuestros derechos que sólo por excepción expresa se recorta en la ley a través de tipos penales y que aún así las conductas típicas todavía tienen que soportar el filtro de no ajustarse a una causa justificante para que se puedan considerar antijurídicas.* Porque la conducta que

fenoménicamente engarce en la de la figura típica y sus dispositivos amplificadores puede ser que no ofenda al Derecho concretamente. Como en el caso ya repetido del homicidio en legítima defensa. O antes de ello, porque puede no lesionar realmente al bien jurídico, aun dañándolo, si es que aquel es disponible y hay consentimiento válido del titular para ese efecto. Como en el caso de la cirugía estética. Mas en tales eventos no se está ya ante la contradicción con la norma de determinación, sino ante la confirmación de una conducta conforme a Derecho.

Por ello es importante evitar la confusión de la supuesta disociación entre las razones legislativas del tipo penal y las razones metodológicas al concebir la tipicidad y el injusto. Porque si se hace esa distinción, ya no valen las razones de una incongruencia sistemática entre la ratio del tipo y el objeto que regulan por un lado el tipo y por el otro el mismo tipo y la falta de causas de justificación: cual es la propia conducta típica-penal por una parte y por la otra, el injusto en el que se manifiesta el tipo global. Es decir, la razón del tipo penal es la valoración legislativa del carácter injusto del hecho que se consigna en el supuesto legal al añadirle ciertas notas que lo toman precisamente en un injusto. Esa ratio conlleva entonces a sostener que la concreción en el mundo de relación de ese hecho típico debe por igual revelar su carácter antijurídico sólo y nada más si falta causa de justificación, ya que es el mismo legislador quien consigna a tales supuestos de permisión. Con ello en realidad hay congruencia cuando se afirma que la tipicidad es «*ratio cognoscendi*» pero no es «*ratio essendi*» de la antijuridicidad. La cual, por su parte, sí es razón fundamental del tipo penal. Porque esa paradoja se resuelve cuando se separa al tipo penal en sentido estricto del injusto o tipo global. En tanto el tipo penal —o tipicidad— en sentido estricto solo comprende el hecho contenido en el supuesto legal punible que lesiona los bienes jurídicos que aquel protege, mientras que el tipo global o “injusto” capta tan la conducta típica en sentido estricto, como la inexistencia de causas de justificación; esto es, el tipo global es el injusto y éste sí apareja una conducta típica y antijurídica.

Pero por otra parte, las implicaciones de esos razonamientos no se quedan tan solo en el terreno esbozado. Ellas van mucho más lejos, en cuanto alcanzan a los contenidos del dolo y a los límites que se imponen al poder punitivo en un estado de derecho.⁵⁵² Las consecuencias y las implicaciones metodológicas que se derivan de ello son las que me incrementan las dudas acerca de la bondad de una tesis que pretendiera incluir sin más a la antijuridicidad en el juicio de tipicidad. Y las que —en mi opinión— solo se pueden salvar satisfactoriamente si se hace la distinción entre tipo penal en sentido estricto e injusto, en vez de fundir a éste en el mismo tipo penal.⁵⁵³ En efecto, la tesis de un tipo penal que siempre abarque a la antijuridicidad conlleva a una teoría sistemática bipartita del delito. En tanto que la tesis que sostiene que para los efectos sistemáticos se ha de separar la conducta, el tipo penal y el injusto o el tipo penal y la antijuridicidad como categorías diversas, aunque íntimamente vinculadas entre sí, conduce a la teoría tripartita y a la teoría tetrapartita del delito. En las posturas bipartita y tripartita se parte de la idea que la conducta es la base sobre la cual descansan las demás categorías del delito, pero que ella no forma una categoría que por sí tenga

⁵⁵² Ver en los Capítulos NOVENO y DECIMOTERCERO, los temas referentes al dolo, al error de tipo, a la culpabilidad y al error de prohibición.

⁵⁵³ Idem, nota anterior.

significación jurídico penal; ya que ésta se da cuando a la conducta se le conecta con los demás elementos del delito. (La tesis tripartita es sostenida por Roxin.)⁵⁵⁴ Y en la teoría tetrapartita (que aquí se sostiene a partir del capítulo inmediato anterior dedicado a la "conducta" en este trabajo), se afirma que aquella forma en sí es una categoría aparte al recoger de la realidad sus datos constantes que tienen sentido dentro del Derecho Penal, aunque, al igual que las otras teorías, concibe a la conducta como el soporte al cual se han de conectar las restantes categorías que configuran la noción del delito.

De acuerdo con tales premisas, la teoría bipartita del delito postula que el estudio del delito se debe hacer con base en el injusto y la culpabilidad. El injusto es la conducta típica en sí y que ya encierra a la antijuridicidad. Y la culpabilidad es la reprochabilidad al autor por esa conducta. En ese contexto encuentra acomodo la teoría de los elementos negativos del tipo, misma que cobra cada vez más fuerza en otros lares. Así, bajo la proposición que carece de sentido afirmar que la prohibición legal alcanza a todos los casos en que se dé la figura típica. Por ejemplo, que alguien prive de la vida a otra persona—. Porque esa afirmación contrastaría con los eventos en los que la misma ley permite la acción —matar en legítima defensa por ejemplo—. De aquí también que de ello se derive —según esa teoría— que el tipo penal no se agota con el mero supuesto legal del hecho punible que ataca uno o más bienes jurídicos, sino que aquél comprende lo antijurídico del hecho. Con base en ello, la teoría de los elementos negativos del tipo sostiene que uno de los elementos de dicho tipo es el carácter antijurídico de la conducta. Mismo que sería un elemento de índole positiva del tipo penal. A los que se le sumarían los de carácter negativo que se integrarían por las causas de justificación. De aquí entonces —según esta teoría— que las causas de justificación se conciben como excluyentes ya no de la antijuridicidad, sino del mismo tipo. De esta manera el tipo ya se tendría que representar como una versión desligada de todas las incidencias de la versión legal del supuesto del hecho punible —tipo penal en sentido estricto— porque solo de aquél modo sería posible hablar de que el tipo y la tipicidad serían razón esencial de la antijuridicidad. Otra consecuencia metodológica de tal postura es que los errores de prohibición basados en la creencia de que concurre una causa de justificación serían errores de tipo y, por lo tanto, aquellos merecerían el mismo tratamiento que a estos se les da.

Ahora bien, cabe preguntar, ¿sería correcto que dentro del tipo se subsuma al mismo injusto como uno de sus elementos? ¿Y lo sería, que las causas de justificación también se consideren como elementos negativos del tipo? Las razones que apuntan a una respuesta negativa a esas interrogantes son las siguientes: **1)** El juicio de injusto se puede formular con relación a cualquier hecho que lesione un bien jurídico y ofenda al Derecho. Mientras que las circunstancias que caracterizan a cada uno de los tipos penales según el delito de que se trate, fundamentan el merecimiento de pena precisamente para esa clase de delito. Por lo tanto, el tipo penal tiene una función delimitadora de qué conductas y bajo qué condiciones se pueden estimar punibles, lo cual se decide con relación a cada figura típica y sus dispositivos amplificadores. Situación que no acontece con el juicio del injusto, porque éste se puede fundamentar en otras materias del Derecho diversas a la materia penal. **2)** Lo mismo se puede decir respecto de la naturaleza de las causas de justificación, en tanto que las causas

⁵⁵⁴ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...* op. cit. pp. 284 y ss.

de justificación se refieren a todos los tipos penales de delitos, pero van más allá de la clase de delito de que se trate. Pues la mayor parte de ellas se rigen por los principios ordenadores de todo el Derecho y no sólo por los que gobiernan al Derecho Penal. **3)** Como consecuencia de lo anterior, la función preventiva general de los tipos penales se acota con los principios que se derivan de la garantía de legalidad en el delito. Y ello apareja que el tipo penal se rige por los criterios estrictos de interpretación literal ajustada al contexto de los límites del estado de derecho. En tal sentido, el tipo penal es «cerrado», sin que puedan caber dentro de él otros criterios de interpretación diversos a los apuntados. Situación que es distinta en las causas de justificación, porque aunque es cierto que solo caben las causas de justificación que la ley señala, igual lo es, que la fuente jurídica de la causa de justificación puede tan provenir del mismo Derecho Penal como de otras materias del Derecho, en las que rijan criterios de interpretación más amplios como la analogía y la mayoría de razón y según los principios ordenadores del Derecho mismo. **4)** Por otra parte, una situación atípica no está necesariamente permitida y, por lo tanto, si ella es antijurídica no tiene porque soportarla el afectado, mientras que las conductas justificadas son conductas permitidas y por ello aquél debe tolerarlas. **5)** Porque según se verá más adelante, para los efectos del error la teoría de los elementos negativos del tipo estima como errores de tipo a los errores de prohibición, no obstante que unos y otros se fundamentan y producen consecuencias jurídico-penales diferentes en el Derecho Penal Mexicano. **6)** En suma, las diferencias entre la conducta típica y la antijuridicidad, que van desde su contenido hasta su estructura, la aplicación del principio de legalidad, los reglas de interpretación y las diversas consecuencias jurídicas, tienden a quedar niveladas desde la perspectiva de la teoría bipartita, al grado de considerar como atípica toda conducta justificada.

Todo ello lleva a la conclusión de que tipo e injusto o antijuridicidad se deben ver como categorías distintas, aunque por su íntima conexión nada obsta para que se pueda hablar luego de un injusto en particular que comprenda a la conducta típica y a la antijuridicidad de esa conducta.

Sentado lo anterior, ahora es indispensable estudiar los elementos que pueden conformar al tipo penal en el Derecho mexicano, el cual a la vez tiene íntima relación con dos categorías básicas en el proceso penal mexicano: el cuerpo del delito y la responsabilidad penal. Lo que, además, permite estudiar de paso la noción de “causa probable” de esa responsabilidad penal. Primero me ocupo de esas categorías, para luego ver los elementos del tipo penal en particular.

CAPÍTULO NOVENO
TIPO PENAL Y SUS ELEMENTOS, CUERPO DEL DELITO,
RESPONSABILIDAD PENAL Y SU CAUSA PROBABLE

— I —

Tipo penal, tipicidad y figura típica

Como ya lo señalé, *el tipo penal (en sentido estricto) es el supuesto legal de un hecho punible, que involucra un daño o puesta en peligro (lesivos significativamente) a uno o más bienes jurídicos.* (Artículos 4 del CPDF, 16 y 41 del CPC.) La primera función del tipo penal es hacer eficaz la garantía de legalidad estricta y lata. Asegurando así a los ciudadanos cuáles son las conductas que la ley prohíbe y sanciona con pena. Y podemos adelantar que el contenido de "tipo penal" es más amplio que el de la "figura típica" —la cual en primera instancia cumple aquella garantía de legalidad— y que tanto aquél como ésta se pueden desdoblar en diversos elementos. Asimismo, que la «tipicidad» supone un juicio lógico por el que se afirma que un hecho históricamente determinado se ajusta a los elementos del tipo penal de un delito.⁵⁶⁵ Así se confirma en el artículo 15 del CPC que conceptúa a la conducta típica, al disponer:

"Para que la conducta sea penalmente relevante es necesario que a través de una o más formas de intervención, se adecue a los elementos del tipo penal de un delito y que éstos se actualicen."

En su turno, el artículo 16 del CPC señala como «elementos» del tipo penal a los siguientes:

Los elementos «permanentes»: Que son **1)** las "acciones" u "omisiones" de cada figura típica. Las demás **2)** "formas de intervención", en su caso, y **3)** el "dolo" o "culpa", según corresponda. Asimismo, **4)** el "objeto material" y **5)** el "daño" o "peligro" al bien o bienes jurídicos que protege la figura típica.

Los elementos «contingentes»: Que —según se prevean en la figura típica y sus modalidades— son **6)** el "resultado material", **7)** su "nexo causal" y, además, **8)** su "atribución objetiva" con la acción u omisión. **9)** Las "calidades del sujeto activo y/o pasivo". **10)** Los "medios utilizados". **11)** Las "circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión de comisión". **12)** Los "elementos subjetivos específicos". **13)** Los "elementos normativos". Y **14)** "las circunstancias que atenúen o agraven la penalidad legal".⁵⁶⁶

A su vez, el artículo 19 del CPC precisa qué se entiende por «figura típica» al prever que:

"Es figura típica, el supuesto legal en el que se contempla la conducta punible del o de los autores materiales de un delito en particular, consumado o en grado de tentativa; asociada a los elementos objetivos y, en su caso, subjetivos específicos y/o normativos que se describan o impliquen en aquél".

Con todo ello en el CPC se establece con seguridad cuáles son los elementos del «tipo penal» y qué es «figura típica», evitando la confusión tan frecuente de creer que el tipo penal es igual a la figura típica. Cuando ello no es así, en tanto que las *figuras típicas* —que en la práctica forense se les conoce como delitos en particular y que en su mayoría prevé la Parte Especial de los códigos penales, además de otras leyes— sólo contemplan el hecho punible en relación a la conducta con la que intervienen los autores materiales o directos de un delito consumado. Pero en ellas no se precisa a la tentativa punible, ni a las restantes formas de intervención típica.

^{565 566} Debo precisar que uso la expresión "hecho" en el ámbito típico como: el «marco de prohibición» —fáctico, normativo y subjetivo— «que se describe o implica por el tipo penal» y al cual se debe ajustar la conducta «específica» que también se describe o implica en el tipo penal. Por lo tanto, ese "hecho" comprende a la conducta y demás elementos del supuesto típico penal. De aquí que ese "hecho" puede o no puede comprender al "resultado material", pues ello dependerá de si la figura típica lo describe o implica, aunque siempre será necesario el "resultado jurídico". A diferencia de Pavón Vasconcelos y Porte Petit, que usan la expresión "hecho" como el primer elemento del delito cuando se trata de delitos de resultado. Y el cual se integra a su vez con la "conducta", el "nexo causal" y el "resultado". Ver al respecto el núm. III del Capítulo Quinto, el número VI del Capítulo Sexto y los números I y II de éste Capítulo.

⁵⁶⁶ Por supuesto que son más las comillas y los corchetes en la citas de los artículos.

Ni en ellas se dice en qué se hace consistir el dolo o la culpa —aunque el primero se pueda deducir de ellas de manera lógica y racional—. Igualmente, con relativa frecuencia las figuras típicas no describen el daño o el peligro al bien jurídico tutelado, aunque una interpretación sistemática de las mismas sí lo permite deducir, como tampoco comprenden a las modalidades atenuantes o agravantes que el legislador conecta a algunas de ellas. Sin embargo, todos los anteriores, sin excepción, son elementos del tipo penal. Bien sean *permanentes* o *contingentes*. Y tanto los unos como los otros serán esenciales para la *punibilidad* del hecho según se acomoden históricamente al supuesto legal del delito que los exija.

— II —

Los elementos del tipo penal

Ahora bien, si el tipo penal es el supuesto legal de un hecho punible que involucra un daño o puesta en peligro lesivos significativamente a uno o más bienes jurídicos; en consecuencia, se pueden considerar como elementos del tipo penal todos los datos que —sin necesidad de examinar otros estratos del delito— de acuerdo con la ley son necesarios para la punibilidad específica del hecho significativamente lesivo de los bienes jurídicos que el supuesto legal involucra. O dicho de otro modo, será elemento del tipo penal toda aquella expresión que se contenga o necesariamente se implique en el supuesto legal del hecho punible o se conecte con él, sin la cual el hecho, sea concreto o aun como supuesto legal, carecería, ya de por sí, de la punibilidad específica que le asigna la ley.

Y en tal sentido las figuras típicas —llamadas usualmente “delitos en particular” y que en su mayoría prevén las Partes Especiales de los códigos penales y otras leyes— son torales a ese efecto, como puntos de partida para identificar de qué clase de delito se trata, pero las que no siempre agotan todas las condiciones para afirmar que una conducta es típica. Y, por lo tanto, menos aún para ser delito. En efecto, es verdad que en las *figuras típicas* de los delitos en particular se encuentra la mayoría de los llamados elementos que conforman al tipo penal de esos delitos, con lo cual se cumple la primera exigencia constitucional de legalidad indispensable (artículo 14 C.) para luego poder afirmar la *tipicidad* de una conducta. Pero no lo es menos que la existencia, los conceptos o contenidos de algunos de esos «elementos» se complementan en las Partes Generales de los propios códigos penales. Además, es en las Partes Generales de los códigos penales —y no en las figuras típicas de sus Partes Especiales— donde se encuentra a otros elementos del tipo penal de ciertos delitos. Mismos que no solo faltan en las figuras típicas de los delitos que prevén las Partes Especiales de esos códigos, sino que el mecanismo lógico-jurídico para que se integre su tipo penal funciona a la inversa. Pues en vez de partir de la «figura típica» para integrar el tipo penal con datos de la Parte General, se va de los elementos de otra «figura típica» de la misma Parte General para completarla con la figura que corresponda de la Parte Especial, como sucede con los delitos culposos y los delitos en grado de tentativa.

De esa manera, las figuras típicas —llamadas delitos en particular— que se contienen en la Parte Especial y otras leyes —y por excepción en la Parte General— son supuestos que describen una conducta punible determinada (conducta de autor material o directo) de un delito. Conducta que se realiza en ciertas circunstancias fácticas y normativas y, en ocasiones, de carácter subjetivo específico, cuya concreción la ley

estima esencial para su punibilidad —ámbito típico de prohibición—. Aquellos supuestos legales no son tipos penales, sino que en realidad son figuras típicas cuyo contenido es más reducido que el del tipo penal. A todos esos supuestos legales el artículo 19 del CPC les llama de manera expresa *figuras típicas de delitos*. Y de la simple observación de esas figuras típicas se pueden encontrar en ellas algunos elementos constantes expresos del tipo penal, donde la “conducta” y el “objeto material” podrían ser los primeros de esa naturaleza —aunque el “objeto” es más bien un elemento contingente como luego se verá—. La primera se refiere —o debiere referirse— en las figuras típicas a través de “acciones” u “omisiones” específicas. En tanto que el “objeto material” es la persona o cosa sobre las cuales recae dicha conducta o hacia las que ésta se dirige. Mas el carácter permanente de ciertos elementos del tipo penal deviene no solo de la observación y el análisis de las figuras típicas, sino que se obtiene porque aquellos se imponen como límites jurídicos al poder punitivo del Estado con base en la garantía de legalidad de los delitos del artículo 14 C. y de los ideales del estado de derecho o democrático. Me refiero al principio de conducta específica y a los contenidos que de ella se derivan, como lo es el conocimiento y la voluntad dolosos. Así como a las formas de intervención en el delito, en las que aquélla se manifiesta. Y también al concepto de culpa, a la estructura del delito culposo y a las fuentes del deber jurídico, al igual que al principio de daño o peligro lesivos del bien jurídico. En este último aspecto, porque los tipos penales de los delitos en particular se erigen para proteger contra la lesión de ciertos bienes jurídicos preexistentes, por lo cual se sanciona la conducta que en cierto ámbito de prohibición los daña o pone en peligro lesivamente. Lo que también se deduce de la propia sistematización de los delitos que hacen las Partes Especiales de los códigos penales, que ordenan los delitos de acuerdo con los bienes jurídicos que se protegen y que, en su caso, resultan lesionados por la concreción de esos delitos.

En cuanto al conocimiento y la voluntad dolosos, en razón de que la impersonal y objetiva concreción histórica de la figura típico penal de un delito es del todo insuficiente para afirmar que hay conducta típica. Porque para ello a la vez es necesario que la conducta se ajuste *subjetivamente* al tipo penal del delito, en el sentido de que al realizar la conducta *el sujeto activo “conozca y decida cometer el hecho tal como se le contempla en la figura típica del delito”*. Concepto del dolo que se contiene en la Parte general del CPF (artículo 9°-párrafo-primero), del CPDF (artículo 18-párrafo-segundo) y del CPC (artículo 25.) Lo que es consecuente con la posición ontológica-valorativa del legislador, quien acota la *conducta punible* en las figuras típicas delictivas con la significación íntegra de la conducta que implica siempre el conocimiento y voluntad de lo que se hace o deja de hacer, imbuido el primero de los contenidos de valor del hecho que el legislador describe e implica en la propia figura típica. En tal sentido, en realidad la conducta que describe o implica la figura típica de un delito siempre aparece a tal elemento subjetivo, que se integra por el “conocimiento” y la “voluntad” de realizarla. Conocer y decidir realizar el hecho tal como se le contempla en el tipo penal del delito en particular, eso es lo que significa conducirse con dolo. Con independencia de que el sujeto sepa o no sepa de su existencia en la ley o de la ilicitud penal de su conducta pues éstas cuestiones en la mayoría de las veces no las contempla o implica el legislador en la descripción típica, y su análisis atañe de ordinario a la “culpabilidad”, como diverso elemento del delito. Igualmente, en la Parte General del Código Penal es donde se advierte una forma distinta al “dolo” de realizar ciertas figuras típicas. Dicha forma es la “culpa”. (Artículos 9°-párrafo-segundo del CPF, 18-párrafo-tercero del CPDF y 26 del CPC.) De esta manera la “culpa” alterna con el “dolo” que es elemento

subjetivo ontológicamente implícito en todas las figuras típicas de los delitos en particular. En tal sentido, todos los tipos penales son dolosos. Y a diferencia del dolo, la culpa opera con relevancia penal sólo por excepción. Es decir, la culpa aplica sólo en las figuras típicas que la ley enumera de manera taxativa en la propia Parte General. (Artículos 60-párrafo-segundo del CPF, 19 y 76-párrafo-tercero del CPDF y 27 del CPC). Misma Parte General que a la vez ofrece los principales elementos esenciales de la estructura típica de la culpa. (Artículos 9º-párrafo-segundo del CPF, 18-párrafo-tercero del CPDF y 25 del CPC.) Aquella enunciación taxativa se conoce como sistema de número cerrado —o sistema de «*numerus clausus*»— con el que también se cumple con la indispensable garantía de legalidad y con el principio limitador del poder punitivo. Cabiendo recordar que con relación a esos aspectos, la garantía de legalidad se inobservó por la mayoría de la legislación mexicana hasta antes de 1983, pues el CPF de 1931 y la mayoría de los códigos penales que le siguieron, omitieron precisar cuáles delitos eran culposos y en qué consistía su esencia o sus elementos propios.⁵⁵⁷ Ahora, de acuerdo con el CPF, el CPDF y el CPC, el tipo penal culposo existirá cuando se realice una conducta con la que se cause el resultado típico penal de un delito que legalmente le admite, si es que en el caso concreto el resultado no aceptado era previsible y se motivó por la inobservancia objetiva de un deber jurídico de cuidado específico que le incumbía acatar al agente. Es pertinente precisar aquí, que es diferente la conducta “culposa” a la conducta “culpable”. La culposidad —expresión inusual— es lo que se predica de la conducta culposa. Es decir, de la conducta que se realiza con culpa. Y ésta al igual que el dolo con el que alterna son elementos esenciales —disyuntivos y permanentes— del tipo penal de un delito. Tipo penal en un caso concreto que es el indispensable referente normativo para afirmar que hay conducta típica. Lo cual en sí es un presupuesto de la punibilidad distinto al de la “culpabilidad”. De aquí que mientras la culpa sea un elemento del tipo penal culposo, la culpabilidad lo sea del delito. Es decir, el dolo y la culpa son elementos de un elemento o presupuesto del delito, cual es el tipo penal. Mientras que la culpabilidad es en sí misma un elemento del delito —o presupuesto de la punibilidad— con un contenido conceptual diferente al del dolo y al de la culpa, como luego se verá.

Con todo lo dicho queda en evidencia lo incorrecto de sostener que la adecuación material e impersonal de una conducta a la figura típico penal de un delito es suficiente para predicar su tipicidad. En tanto que para ello es necesaria también la adecuación subjetiva y normativa de dicha conducta a las formas típicas del dolo o, en su caso, de la culpa. Y así mismo constatar que aquella motivó la “lesión jurídica”, cual es el daño o el peligro significativamente lesivos al bien jurídico tutelado. Unos y otros son elementos permanentes y esenciales del tipo penal. Y su noción conceptual se encuentra en la Parte General de los códigos penales o se deduce de las propias figuras típicas y de su ordenación sistemática en aquellos. Por otra parte, de ordinario las figuras típicas de los delitos que refiere la Parte Especial sólo contienen a la conducta del autor material en su fase de consumación. Pues los preceptos de la Parte Especial omiten describir a la conducta de tentativa punible. Así como también omiten señalar las formas típicas de intervención distintas a la del autor material o sujeto activo primario y que hacen posible la realización del tipo, como son las conductas del “autor directo” y del “autor mediato”; las de las “coautorías”; las del “instigador” o “inductor”; las de los “cómplices” por auxilio previo,

⁵⁵⁷ Las lagunas a que me refiero, no se subsanaron en el CPF sino hasta la reforma de 1983-84 a los artículos 7º y 9º de ese código, según publicación en el Diario Oficial de la Federación de 10 de enero de 1984.

simultáneo o posterior con promesa anterior; las del "participe en delito emergente" y las del "participe con ignorancia de autor". Esas conductas específicas, distintas a la del autor material que prevén las figuras típicas de los delitos consumados y la misma figura típica de la tentativa, no se podrían punir si no se previeren en la ley como punibles. Y para ello es necesario acudir a los dispositivos legales de la misma tentativa y de las formas de intervención: la primera que junto al marco de referencia de la figura típica al cual se dirige la voluntad del autor conforma una figura típica propia —la del delito en grado de tentativa— y las segundas, que «amplifican» a las mismas figuras típicas. Dispositivos que se contienen en la Parte General del Código Penal, ya que en ella se describe a la misma figura típica de la tentativa punible y a las diversas formas de intervención típica que, al igual que el dolo, la culpa y la lesividad de bienes jurídicos, forman filas dentro de los llamados elementos permanentes del tipo penal. De esa manera, para poder predicar que la tentativa es «típica», o que lo es una forma de intervención distinta a la del autor material, la conducta se deberá arreglar al supuesto legal de la tentativa punible; o a uno, por lo menos, de los supuestos legales de las diversas formas de intervención punible y siempre en correlación con la realización por un autor de la figura típica del delito de la cual dependen. Dispositivos «amplificadores» aquellos que se prevén en la Parte General del Código Penal y que se conectan con las figuras típicas de la Parte Especial u otras leyes.

A los elementos permanentes del tipo penal se les suman los elementos "contingentes". Esto es, según se contemplan en la figura típica de un delito en particular. Como elementos contingentes se pueden hallar al "resultado material o externo" —lo que apareja, además, buscar su "nexo causal" y, asimismo, su "atribución objetiva" con la acción u omisión y lo cual también debe buscarse con relación al daño o peligro lesivos al bien jurídico que se origine—; a las "calidades del sujeto activo y/o pasivo"; a los "medios utilizados"; a las "circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión de comisión"; a los "elementos subjetivos específicos"—expresiones que implican un especial motivo, conocimiento o contenido de voluntad—; a los "elementos normativos específicos" —expresiones que implican un juicio de desvalor o una especial valoración de índole jurídica o cultural—; y, a las "modalidades" agravantes o atenuantes que se conectan a ciertas figuras típicas. Es obvio que cuando esos elementos contingentes se prevén en la figura típica de un delito en particular o se conectan a ella, serán esenciales para configurar al tipo penal de ese delito en particular. Pues si en el caso concreto se inactualizan, la conducta será atípica por lo menos con relación a la punibilidad que la ley le asigne a esa figura típica. Y, por ende, ajena a la materia del proceso penal. A menos que se pretenda contrariar los artículos 16 y 19 de nuestra carta fundamental. Pues esos artículos exigen, en esencia, que exista prueba del cuerpo del delito y causa probable de la responsabilidad penal y, por lo tanto, que exista prueba de los elementos del tipo penal que tengan carácter objetivo; y que haya causa probable de los subjetivos, al igual que de la culpabilidad. Para así dictar en contra del inculpado orden de aprehensión o auto de formal prisión.

Todo ello tiene una importancia práctica enorme. Porque en cada caso histórico determinado, para saber si el hecho que conocemos es o no es típico, habrá que examinar cada uno de los elementos del tipo penal del delito que se trate, para ver si el hecho que se examina se ajusta o no se ajusta a cada uno de esos elementos que —con relación a la figura típica— sean esenciales para la punibilidad del hecho. En caso afirmativo, se podrá afirmar que el hecho es típico de ese delito.

**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**

Ahora bien, el CPF y el CPDF no señalan expresamente cuáles son los elementos del *tipo penal*. Aunque el artículo 164 del CFPP —desde 1993 hasta 1999— sí se ocupó de precisarlos en el sentido que se les mencionó y se abundará más adelante. A esos mismos «elementos» del tipo penal se les reconoció luego por la SCJN, misma que resolvió una contradicción de tesis sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito.⁶⁶⁶ Esta resolución hizo ver que, a partir de la reforma constitucional de 1993, se abandonó el concepto del cuerpo del delito como el eje del análisis para determinar la procedencia del obsequio de una orden de aprehensión y la posterior resolución de un auto de formal prisión, sustituyéndose por los elementos del tipo penal. Nuestro máximo tribunal estipuló en la resolución citada que los elementos del tipo penal que debería acreditar el Ministerio Público para que se expidiera orden de aprehensión eran:

1. La existencia de una acción u omisión que lesione un bien jurídico o lo ponga en peligro.
2. La forma de intervención del sujeto activo.
3. Si la acción u omisión fue dolosa o culposa.
4. La calidad de los sujetos activo y pasivo.
5. El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión.
6. El objeto material.
7. Los medios utilizados.
8. Las circunstancias de tiempo, modo y ocasión.
9. Los elementos normativos.
10. Los elementos subjetivos específicos.
11. Las demás circunstancias que la ley prevea, entre las que se cuenta, entre otras, las modificativas atenuantes o agravantes.

Mas en el año de 1999 se reformaron los artículos 16 y 19 C., en los que se sustituyó la expresión "elementos del tipo penal" por la muy añeja y conocida de "cuerpo del delito". Por ende, también se reformó el artículo 164 del CFPP, sin que la reforma incluyera la enumeración de los «elementos» del tipo penal que hacía aquel artículo. La reforma de 1999 al artículo 164 en tal aspecto es explicable, por el carácter de «categoría procesal» que tenía la expresión "elementos del tipo penal", de acuerdo con el texto vigente —en esa época— de los artículos 16 y 19 C. Pero muchos podrán querer ver en las reformas de 1999 la oportunidad de argumentar que los "elementos" del tipo penal son diferentes a los que se refirió la SCJN y antes mencionó el artículo 164 del CFPP. Es más, durante el citado período de vigencia de los artículos 16 y 19 C. y del artículo 164 del CFPP —de 1993 a 1999— se arguyó que el legislador era libre de determinar qué elementos

⁶⁶⁶ Novena Época, Instancia: Primera Sala, S. J. F. y su Gaceta, Tomo: V, Febrero de 1997, Tesis 1a. /J. 6/97, p. 197, Tesis de jurisprudencia 6/97, aprobada por la Primera Sala de la SCJN, en sesión de doce de febrero de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros, presidente Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Humberto Román Palacios, previo aviso a la Presidencia; misma que resolvió la contradicción de tesis 42/96, entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, 12 de febrero de 1997, unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Juan Ramírez Díaz. NOTA IMPORTANTE: La precisión de cuáles son los elementos del tipo penal se contiene en la ejecutoria y no en el tenor de la tesis.

configurarían al tipo penal, aunque fueren distintos a los que señaló el artículo 168 del CFPP.⁵⁶⁹ Sin embargo, el que la ley omita enumerar los elementos del tipo penal no autoriza al legislador o incluso al intérprete de la ley penal para que puedan declarar o deducir a su conveniencia cuáles son esos elementos. El legislador no tiene facultad alguna para crear una fórmula por la que considere como elementos del tipo penal sólo a algunos de ellos, pero no a todos los que realmente lo son y que él mismo ya incluye de otro modo en la ley penal, a menos que con ello pretenda vulnerar la garantía de estricta legalidad en los delitos y las penas. Y las mismas consideraciones se deben hacer con relación a los jueces, si es que han de respetar esa garantía en el ámbito de su competencia cual es el de aplicación de la ley penal. Porque la existencia del tipo penal de todo delito tiene su razón de ser en el supuesto legal del hecho punible que daña o pone en peligro (lesivamente y de manera significativa) a uno o más bienes jurídicos. En tal supuesto legal penal de un hecho que afecta bienes jurídicos y en la adecuación del hecho concreto a aquél, descansa la garantía de legalidad en los delitos y las penas que consagra el artículo 14 constitucional. De esta manera, *la medida y el contenido del tipo penal de un delito dependerán siempre del contenido del supuesto legal de un hecho como punible que lesiona significativamente bienes jurídicos.*

Esos supuestos legales punibles se contienen o implican en las figuras típicas delictivas, mismas a las que se les llama delitos en particular que se describen en las Partes Especiales de los códigos penales y en otras leyes. Al igual que en la tentativa que se prevé en la Parte General y que se vincula con ciertas figuras típicas de la Parte Especial. Y, además, en los dispositivos «amplificadores» de ellas, como son las formas de intervención y las modalidades atenuantes y agravantes; así como también en la exigencia del daño o el peligro al bien jurídico y la previsión legal del dolo o la culpa. La conducta y hecho descritos como punibles por el legislador en la figura típica de un delito y en sus dispositivos amplificadores, junto con el dolo o la culpa y el daño o peligro de daño (lesivos) al bien jurídico, delimitan pues el marco del ámbito prohibido en el que incursiona la conducta para que pueda ser típica y deciden el contenido mínimo del «tipo penal» de ese delito en particular. Y, por tanto, todos ellos constituyen los *elementos* que integran el tipo penal de aquel delito. Todo lo que esté fuera de ese marco —ajeno a su contenido— será extraño para efectos de decidir la tipicidad del hecho. Y, por lo tanto, para su punibilidad. Mas todo lo que se halle dentro del marco legal de la figura típica de un delito, sea doloso o culposo, según corresponda por ley —o en los dispositivos legales que la amplifiquen según corresponda en cada caso— será *elemento* del tipo penal de ese delito. Por lo tanto, será *esencial* que el mismo se dé para que se pueda afirmar la tipicidad y la punibilidad de la conducta y hecho. De aquí entonces que tan «*esenciales*» son los elementos permanentes del tipo penal, como también lo pueden ser los elementos contingentes en la medida que el legislador los describa o implique de manera necesaria en la figura típica de un delito en particular o en sus modalidades atenuantes o agravantes. Lo mismo cabe decir de los llamados elementos materiales, normativos y subjetivos del tipo penal. Pues aquellos y estos se corresponden a una «clasificación» de los elementos del tipo penal. Y clasificar a los elementos de una determinada sustancia no autoriza para afirmar que esa sustancia sólo se compone de los elementos que se correspondan con sólo alguna o algunas de las categorías que integran la materia de la clasificación, pero no

⁵⁶⁹ Una postura de esa índole la sostiene José Nieves Luna Castro en su monografía *“El concepto del tipo penal en México, un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional”*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1999, en especial pp. 78 y s.s.

con todas. Eso sería un absurdo. Si el agua es H²O. Ni «H²», ni «O» pueden ser agua por sí mismos. Sino que sólo lo puede ser el resultante de la conjunción de aquellos elementos y sólo en aquella proporción. Como también sería un disparate pretender reducir el tipo penal de un delito a menos elementos que aquellos con los que realmente se integre de acuerdo con el supuesto legal del hecho punible. El carácter «esencial» de los elementos permanentes del tipo penal se da por las mismas razones fundamentales para crear legislativamente las conminaciones penales. Las que describen conductas que se realizan en determinados ámbitos de prohibición y no remedos de unas y de otros. Y porque aquellas se crean para proteger bienes jurídicos y, por tanto, prevén penas para las conductas que los dañen o pongan en peligro (lesivamente) cuando se acomodan a la materia de prohibición. La razón del carácter «esencial» de los elementos contingentes se da a su vez en la medida que esos elementos se describan o impliquen en la figura típica de un delito particular y —según el caso— en las modalidades de ese delito que agraven o atenúen la pena. Todo ello es la misma medida de su carácter «esencial», como condiciones ineludibles para considerar punible el hecho en ese estrato del análisis del mismo. O dicho en otras palabras, *la «esencialidad» de los elementos contingentes y, por lo tanto, su carácter de elementos dependerá de que se puntualicen o impliquen en la figura típica y en sus dispositivos típicos amplificadores, para con base en ellos poder atribuir punibilidad a la conducta y hechos concretos.* Y de ninguna manera tal carácter «esencial» dependerá de lo que el legislador o el juzgador llegaren a regular o decidir absurda y arbitrariamente en contra. Ni aunque fuese en una fórmula que de por sí sería contradictoria con la misma ley.

Conforme a ello, se puede afirmar que la presencia de todos los elementos permanentes del supuesto del hecho legal punible es *esencial para* la punibilidad del hecho. Pero también lo será la presencia de los elementos contingentes en la medida que se describan en la figura típico-penal del delito particular y, según el caso, en sus modalidades.

Igualmente, el carácter material, subjetivo o normativo de algún elemento del tipo penal no predetermina el que ese elemento pueda ser o no ser un elemento típico. Pues si se refiere el carácter —material, subjetivo o normativo— de un elemento del tipo, es porque ese elemento pertenece precisamente al mismo tipo penal. Y, además, todo tipo penal consta de aquellos caracteres. En efecto, es verdad, sin duda alguna, que la misma conducta y cualquier forma de intervención en el delito que la ley penal arbitra siempre tienen su manifestación "externa" o "material" con la que trascienden al mundo exterior. Como también es sin duda cierto que esas conductas que arbitra la ley siempre poseen a la vez contenido "subjetivo", cual es el conocimiento con voluntad final. Regular o interpretar en contra de ello, significa ir contra la naturaleza de las cosas. Implica cambiar arbitrariamente los objetos de regulación del Derecho Penal, cuales son las conductas humanas, para sustituirlas por un artificio de las mismas. Así mismo, todo tipo penal implica al menos un daño o un peligro que sea lesivo a un bien jurídico, el que se valora "normativamente" al igual que la imputación de aquél a la conducta. Pues la razón de que aquél exista, es precisamente el daño o el peligro lesivos al bien jurídico que se realiza a través de la conducta en cierto ámbito de prohibición y lo cual se quiere evitar a través de la conminación penal. Y tanto unos como los otros son «esenciales» para la punibilidad del hecho que se describe en el supuesto legal penal. Estas consideraciones se confirman en el artículo 17 del CPC, el cual bajo el apostillado "elementos del tipo penal «esenciales» para la punibilidad del hecho", dice: (...) *Para la*

punibilidad básica, complementada o privilegiada de la conducta o, en su caso, para agravarla o atenuarla, será «esencial» que se actualicen los elementos «permanentes» del tipo penal que corresponda. La actualización de los «contingentes» lo será en la «medida que se describan o necesariamente se impliquen» en la figura típica del delito en particular y, según el caso, en sus modalidades.⁵⁶⁰

De todo lo expuesto resulta inadmisibile el alegato —como ya se pretendió que sucediera en la contrarreforma al CPPC de 1996⁵⁶¹— en el sentido de que los elementos «contingentes» del tipo penal son prescindibles para decidir la tipicidad de un hecho. O lo que es igual, para decidir «cuál» es su tipo penal. Para de ahí sostener que el «tipo penal» se puede integrar en el mundo de relación con la mera actualización histórica de los elementos permanentes. Ello también es válido para cualquier otra postura restriccionista. Como sería la de sostener que el tipo penal se actualiza sólo con los elementos materiales u objetivos, sin que importen el dolo o la culpa para tal efecto, o bien sin que interesen los elementos subjetivos y normativos, sino sólo los materiales. En tanto que —además de lo que ya se expuso— la falsedad de esos planteamientos —como el de cualquier otro que intente restringir los elementos del tipo penal— se evidencia por las razones siguientes:

En primer lugar, el tipo penal es un marco de referencia que se da en la esfera normativa y que delimita ciertos sucesos de conductas humanas que se dan en el mundo de relación y que en la ley se reputan punibles. Más ese marco sólo cobra validez con relación a la figura típica de un delito particular y al hecho conductual que en el mundo de relación se ajuste a aquella y, en su caso, a los dispositivos que amplifiquen a la misma figura típica.

De ahí que sería absurdo hablar en dichas esferas normativas —sea sustantivas penales o procesales penales— de un tipo penal "a secas". O que se construya sólo con los elementos "permanentes". O sólo con los elementos "materiales" u "objetivos". Y sería igualmente desatinado aplicar esas concepciones al mundo fáctico o de relación, que es donde las normas se aplican. Para empezar, tan en la esfera normativa como en la fáctica, el tipo penal sólo tiene sentido con relación a la figura típica de un delito particular. El tipo penal «a secas» es afuncional e inoperable. Él carece de sustancia y de la capacidad de activarse por sí mismo. A menos que al tipo penal se le dé contenido, dimensión y sustancia con la figura típica de un delito particular. Y es que no hay tipos penales a secas. Lo que hay son tipos penales de delitos. Lo que es diferente. Es decir, el tipo penal por sí es una idea abstracta que carece de un aforo material legislativo por sí a menos que se le vincule a los elementos de los tipos penales de los delitos en particular que prevé la ley. Lo que la ley describe son tipos penales de delitos que tienen como base rectora a las figuras típicas delictivas, por las que es posible establecer de qué clase de delito se trata en virtud de su aforo descriptivo y su correlación con las normas que amplían su base típica (coparticipación y modalidades atenuantes o agravantes) o la transforman (tipo penal culposo y tentativa punible.)

En segundo lugar, si al tipo penal de un delito se le redujese por ejemplo a los elementos permanentes arriba enunciados —o bien sólo a los materiales— aun cuando la figura típica de un delito particular contemple elementos contingentes —o, además, normativos y subjetivos específicos—, es incuestionable que se vulneraría la garantía de legalidad en los delitos y en las penas. Porque la determinación de cuáles son elementos de un tipo penal no se hace por decreto. Es decir, a través de una fórmula legal general que arbitrariamente viniera a decir que sólo cierta clase o algunos de los elementos —de los que describe o implica una figura típica de la misma ley o sus modalidades

⁵⁶⁰ Los corchetes son míos.

⁵⁶¹ Ver iniciativa de la reforma en Congreso del Estado de Coahuila, Dirección de Asuntos Parlamentarios, Palacio del Congreso, Saltillo, Coah., México, 1996, pp. 3 y ss.

agravantes o atenuantes— tienen el carácter de tales. Ya que ello se da a la inversa. Pues sólo podrán ser elementos, los descritos o necesariamente implícitos en la figura típica, en sus dispositivos que la amplifican y, en su caso, en sus modalidades, que con relación al hecho y según el delito sean esenciales para atribuirle a la conducta —y no a un artificio de ella— la punibilidad específica que le señale la ley.

De aquí que respecto a todos los elementos que se contengan en las figuras típicas, en sus modalidades y dispositivos amplificadores, la fórmula general del tipo penal «a secas» —bien sea teórica o legal— no puede hacer más que descubrirlos y enunciarlos. Ya que ella opera como una especie de marco orientador. Pero ajustable. Cuya medida estará en función del concreto contenido de cada figura típica punible de los delitos en particular.

En tercer lugar, aun limitadas las posturas “restriccionistas” a las primeras fases del proceso penal —dígamos a la de preinstrucción e incluso a la mera orden de aprehensión— es evidente que esas posturas “restriccionistas” motivarían graves e inadmisibles afectaciones a la libertad de las personas; además de lesionar la seguridad jurídica. Esto es, si se pretendiese que se dictasen esas resoluciones sólo con base en la prueba de los llamados elementos permanentes del tipo penal «a secas» —como se pretendió con la contrarreforma al CPPC de 1996—; o sólo de los elementos objetivos —según se debe entender la expresión cuerpo del delito del actual artículo 168 del CFPP— y sin siquiera la causa probable de los elementos subjetivos.

De esta manera, dada la afuncionalidad del tipo penal «a secas»: ¿con relación a cuáles delitos se presentarían esas severas desazones de privación a la libertad de las personas y al principio de seguridad jurídica? Pensemos en casos concretos. Por ejemplo, en delitos cuyas figuras típicas contengan, además de los elementos permanentes, algunos de los contingentes, que es lo que acontece con la inmensa mayoría de las figuras típicas delictivas en particular. De ese modo, en el delito de violación sería suficiente acreditar que una persona copuló con otra ¡para mandarla aprehender! Pues en tal caso, de acuerdo con la primera postura “restriccionista” —de que el tipo penal es igual a los elementos permanentes y nada más— para pedir y para librar la orden de aprehensión sería innecesario acreditar y comprobar la “violencia” como “medio” que se empleó, porque sería un elemento contingente o mera circunstancia o modalidad inesencial para integrar al tipo penal. Lo mismo sucedería con la calidad de “mueble”, de “ajeneidad”, “sin derecho” y “sin consentimiento” respecto al apoderamiento de una cosa en el robo. O con la previa “transmisión en tenencia” y la calidad de “mueble” de la cosa en el abuso de confianza. O el estar unido en “matrimonio” y el “escándalo” o el “domicilio conyugal” en el adulterio. O la calidad de “mujer menor de 16 años” y que la cópula se obtuvo “por medio del engaño o la seducción” en el estupro en el CPC. La lista podría seguir de manera interminable en incontables delitos. Pero son suficientes esos ejemplos de muestra para evidenciar lo absurdo de las posturas “restriccionistas”. Y sus peligrosísimas consecuencias. Pues propiciarían grave inseguridad jurídica. Y más que combatir la impunidad, la favorecerían sobremedida. Además de implicar a un Estado autoritario, abusivo e irracional en la afectación de la libertad de las personas. ¿Pues de qué valdría si no fuera para lo anterior, mandar detener personas con base en esos elementos? ¿Si luego se les pusiera en libertad, al faltar la evidencia de las características que le dan al hecho su auténtica esencia punible?

La primera postura “restriccionista” —que reduce el tipo penal a los elementos permanentes— se intenta defender con la afirmación de que los aquí llamados elementos contingentes, en realidad no son «elementos», sino “circunstancias” o “modalidades”. Es decir, que una “circunstancia” o “modalidad” no es “elemento”. Porque al ser una, deja de ser lo otro. Por lo tanto, según dicha postura, las “circunstancias” o “modalidades”

no forman parte del tipo penal. El sofisma es evidente. El carácter de una "circunstancia" o "modalidad" como «elemento» de un tipo penal no se da por el nombre que se le asigne a la expresión, referencia o frase legislativa de que se trate. Sino en la medida de que esa expresión, referencia o frase formen parte del supuesto legal que prevé a la conducta y hecho como punibles. *Es pues "elemento" del tipo penal, toda aquella expresión o circunstancia que se contenga o necesariamente se implique en la descripción legal de una conducta y hecho como punibles. Y sin la cual la conducta y el hecho, sean concretos y aún como supuesto legal, carecerían, ya de por sí, de la punibilidad específica que les asigna la ley.* Si ya fuese insensato decir que bastaría iniciar un proceso por parricidio si sólo se revelara la privación de la vida por otro. O hablar de robo con violencia si este último dato estuviera ausente. O de un aborto sin evidencia que el niño murió durante el embarazo. O de un infanticidio sin saber si la conducta lesiva se realizó con intervención de la madre o el padre dentro de las 72 horas siguientes al nacimiento. Más aún lo sería hablar de un robo simplemente porque existió el apoderamiento de una cosa. O de una violación, por evidenciarse sólo que existió cópula entre dos personas. O que la misma cópula revelara, por sí, un adulterio. O un incesto. Dado que las restantes expresiones con las que se integran los tipos penales de dichos delitos, no serían elementos, pues se trataría de meras "circunstancias" o "modalidades" irrelevantes para integrar el tipo penal. Igual de absurdo sería sostener que alguien cometió homicidio penalmente relevante con base en su pura manifestación material o física y sin importar el dolo o la culpa para ese efecto. Como también lo sería decir que el sujeto mató con dolo o culpa, sin siquiera la causa probable de su dolo o de su culpa. Porque la ley penal no prevé como homicidio el matar a otro a secas, sino matarlo dolosa o culposamente. Porque para la ley penal no hay homicidios a secas. Para la ley penal hay homicidios dolosos o culposos.

El carácter pues de elemento del tipo penal de un delito es independiente del nombre que se le llegue a dar a la expresión, referencia o frase legislativa de que se trate. Pues si se entiende como elemento todo aquello que es esencial para integrar una sustancia determinada, sin el cual la sustancia deja de ser tal, será entonces elemento del tipo penal, toda aquella expresión, referencia o frase que forme parte del supuesto legal de la conducta y hecho como punible, o que del mismo se derive necesariamente. Y sin la cual —y sin necesidad de examinar otros estratos del delito— sería imposible considerar un hecho conductual con la punibilidad que la ley le asigna. Es decir, como punible.

Para demostrar el aserto anterior baste contrastar los elementos del tipo penal que se consignan en el artículo 16 del CPC o que señaló la SCJN, con aquellos que contienen las figuras típicas de los delitos en particular en los códigos penales. De inmediato se podrá observar que no todos los «elementos» que consigna el artículo 16 y señaló la SCJN se encuentran en todas esas figuras típicas de los delitos. Pero igualmente se advertirá que en algunas de estas (que son la mayoría) sí se encuentra alguna o más de las que en la contrarreforma de 1996 en Coahuila se pretendió llamar "circunstancias o modalidades" supuestamente ajenas al tipo penal. Y —frente a lo que se intentó en esa contrarreforma con base en la primera postura restriccionista— aquello es suficiente para determinar la "esenciabilidad" de la llamada "modalidad" o "circunstancia". Y, por ende, para integrar a ese tipo penal con el carácter de elementos del mismo. En realidad, la imagen del tipo penal «a secas» es la de un marco ajustable a la descripción legal de la conducta o hecho punible de un delito en particular. Pero como marco estará hueco, hasta que se le conecte con la descripción legal de la conducta punible de ese delito en particular. Esa descripción es la que da al marco su dimensión, sustancia y contenido exactos. Le proporciona su «esencia». Es el dibujo, la fotografía o la pintura en sí. Si se le restan, varían o

añaden expresiones a la descripción legal, el contenido de ella ya no será el mismo. El cuadro será diferente. Y sin el supuesto legal que le da su esencia punible, el cuadro dejará de ser tal. Será sólo un marco con trazos sin sentido penal alguno. Así pues, si la "tipicidad" de un hecho supone un juicio lógico de adecuación de un hecho conductual concreto a los elementos típicos penales de un delito en particular; por ende, hay que examinar cada uno de los «elementos» del tipo penal del delito que se trate, para ver si el hecho que se examina se subsume o —en su caso— no se ajusta a cada uno de esos elementos o bien con relación a aquél falta alguno de ellos.

— IV —

Clasificación de los elementos del tipo penal

Los elementos del tipo penal se pueden clasificar de diversas formas. Incluso la doctrina es profusa en esas clasificaciones de los delitos. Algunas de esas clasificaciones atienden a «todos» y otras sólo a «ciertos» elementos de los tipos penales de los delitos. Dentro de las primeras: la de elementos permanentes y contingentes; la de elementos objetivos y subjetivos; la de elementos materiales o descriptivos, normativos y subjetivos; etc. Dentro de las segundas: la de delitos dolosos y culposos; la de delitos de daño y de peligro; la de delitos de simple conducta y de resultado; la de delitos unisubjetivos y plurisubjetivos; la de delitos de sujeto neutro, de sujeto cualificado o de propia mano; etc. Arturo Zamora Jiménez da buena cuenta de ellas en su monografía "Cuerpo del delito y tipo penal".⁵⁰²

Ahora bien, lo que importa destacar es que no se debe confundir a cualquiera de las «clasificaciones» de los elementos del tipo penal, necesariamente con «todos» los elementos que deba tener el tipo penal del delito que se clasifique. Ni tampoco liarlos como los elementos en sí del tipo penal. Pues esas clasificaciones normalmente aluden a algunos pero no a todos los elementos del tipo penal o de los del tipo penal de un delito en particular. Y como clasificaciones que son, nos hablan de "clases" de los diversos elementos pero no de los elementos en sí. Pensar lo contrario sería un error serio. Las clasificaciones del tipo penal o de sus elementos en realidad no nos dicen «cuáles» son esos elementos. Sólo los "clasifican". Y en ocasiones catalogan solo a algunos de ellos pero no a todos. Por lo tanto, aquellas sistematizaciones parten de la preexistencia de unos elementos que presuponen dados, pero que no especifican, al menos en su totalidad. Ellas no nos dicen «cuáles» son esos elementos en realidad. Y el error al que nos referimos no sería grave, si no es que a veces se cree que los «elementos» del tipo penal son sólo los que refiere alguna de esas clasificaciones. O que esos elementos siempre son variables según la clasificación a la que se acuda. Pasando por alto, en este último punto, que el tipo penal como imagen rectora ideal tiene siempre los mismos elementos, unos permanentes y otros variables. O lo que no es menos importante, cuando en realidad no se tiene claro «cuáles» son los elementos del tipo penal y «cuáles» —de los que son «objeto» de «clasificación»— se comprenden dentro de cada categoría de la misma clasificación. Y todo ello tiene trascendencia, ya que a los elementos objetivos —materiales y normativos—, así como a los subjetivos del tipo penal se les toma como modelo de referencia para decidir los contenidos conceptuales del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal. Y de acuerdo con

⁵⁰² Arturo Zamora Jiménez, "Cuerpo del delito y tipo penal", tercera reimpresión, Ángel Editor, México, DF., 2001, pp. 87 a 182.

las reformas a los artículos 16 y 19 C., esas categorías procesales plantean ahora una «graduación» de la prueba respecto a los elementos del tipo penal y del delito mismo según la clasificación antes dicha. Así, para librar una orden de aprehensión y para dictar un auto de formal prisión será necesario que se demuestre — como base de la acción penal— y luego que el juez compruebe —verifique según las reglas jurídicas de valoración y eficacia de la prueba— que se dio la concreción histórica de los elementos objetivos (descriptivos o materiales y normativos) del tipo penal —como contenido del cuerpo del delito—. En tanto que la comisión dolosa —o culposa, en el CPF— y los elementos subjetivos específicos (que en el CPDF forman parte del cuerpo del delito), además de los presupuestos de la culpabilidad —ésta como elemento del delito y no ya del tipo penal— serán materia de la de la responsabilidad. Respecto de los cuales es suficiente que haya causa probable. Por ende, tiene la mayor significación de seguridad jurídica respecto a las condiciones para poder afectar la libertad de las personas, precisar «cuáles» elementos concretos se corresponden con cada una de las categorías de dicha “clasificación”. Para así poder decidir los temas sujetos a prueba. Y qué «medida» de prueba se requiere con relación a esos «elementos» para motivar y fundar las resoluciones constitucionales antes dichas en el proceso penal.

En el artículo 18 del CPC se consigna aquella «clasificación» de los elementos del tipo penal cuando prevé: “Los elementos del tipo penal, sean permanentes o contingentes, se clasifican en materiales o descriptivos, subjetivos normativos. Los elementos subjetivos son el dolo y los elementos subjetivos específicos. Estos últimos son los enunciados expresos o necesariamente implícitos en el tipo penal, que conllevan un especial conocimiento o contenido de voluntad. Los elementos normativos son el daño o el peligro al bien o bienes jurídicos, la culpa y las expresiones del tipo penal que implican un juicio de desvalor, o un especial juicio de valoración jurídica o cultural. Los demás elementos del tipo penal se consideran descriptivos o materiales”.

No resulta ocioso hacer algunas precisiones más sobre esa clasificación de los elementos del tipo penal. Mas primero hay que dejar en claro que la clasificación de los elementos del tipo penal en objetivos y subjetivos comprende a la de los materiales o descriptivos, los normativos y los subjetivos. En tanto que los elementos materiales o descriptivos y los normativos son elementos objetivos. Esto es, los elementos normativos —como los son el daño o peligro (lesivos) al bien jurídico, el nexo causal y los criterios de imputación objetiva entre el resultado y la conducta, así como los normativos específicos del tipo penal— son de carácter objetivo. Como igual son de tal carácter «objetivo» los elementos materiales o descriptivos. Cualesquiera que estos sean según el tipo penal de un delito en particular y que por ello devengan esenciales para la punibilidad del hecho que se enjuicie. Asimismo, dentro de los elementos subjetivos se comprende no solo a los de carácter subjetivo específico; sino, además, al dolo o, según la concepción dogmática, a la culpa, la cual en el CPDF y el CPPDF, al igual que en el CPC y el CPPC, se valora normativamente en la mayoría de sus elementos constitutivos y, por lo tanto, se considera elemento normativo-subjetivo, según se verá después. En tanto que la conducta específica de las figuras típicas y las formas típicas de intervención también son elementos de naturaleza “mixta”. Pues todas las conductas específicas y las formas típicas de intervención siempre conllevan una forma material u objetiva de realizarlas y, además, un contenido subjetivo doloso o, en su caso, culposo.

Si se tiene presente entonces «cuáles» son los elementos del tipo penal y las precisiones que se han hecho a las «clasificaciones» de los mismos; antes de examinar cada uno de los elementos del tipo penal sí es pertinente hacer breves consideraciones adicionales sobre la clasificación de elementos materiales, normativos

y subjetivos del tipo penal. Ello es así porque la clasificación de los elementos del tipo penal en objetivos y subjetivos; o en elementos materiales y descriptivos, normativos y subjetivos tiene especial significación: No sólo para decidir qué elementos del tipo penal de un delito en particular se corresponden con cada una de las categorías con las que se hace aquella clasificación, sino para consecuentemente saber respecto de ese delito: «cuáles» se adscriben al cuerpo del delito y «cuáles» a la responsabilidad penal como categorías procesales fundamentales de todo proceso penal en México. Por ser las que el juez siempre deberá atender para resolver acerca de la orden de aprehensión, el auto de formal prisión y la sentencia. Y debido, además, a las reformas de los artículos 16 y 19 C. con relación a aquellas categorías procesales en 1993 y en 1999. Adelanto por lo pronto y a reserva de fundamentar mi observación, que:

El contenido mínimo admisible del cuerpo del delito es la concreción histórica de los elementos objetivos del tipo penal de un delito. Y que, como categoría procesal, la responsabilidad penal es la intervención dolosa o culpable del inculpado en el hecho materia del cuerpo del delito. Para librar orden de aprehensión o dictar auto de formal prisión, respecto del cuerpo del delito debe haber prueba y con relación a la responsabilidad penal debe haber causa probable.

A. Los elementos materiales o descriptivos del tipo penal. Los elementos materiales o descriptivos del tipo penal son expresiones del supuesto legal del hecho punible, que aluden a una circunstancia perceptible por los sentidos o por la simple actividad del conocimiento. Además, tales elementos tienen una naturaleza objetiva. Todos los tipos penales contienen, sin duda, la descripción de un hecho mediante referencias expresas al comportamiento y circunstancias que le acompañan o en las que aquél se realiza. Todas ellas aparejan que en el mundo de relación se les pueda apreciar por los sentidos o por la simple actividad del conocimiento. A veces, sin que en la descripción legal se haga mención alguna al desvalor de la conducta; ni a cuestiones axiológicas o normativas en general; ni a un especial conocimiento o voluntad del agente. Ello es válido en la manifestación externa de las conductas específicas de las figuras típicas, como en la concreción material de las formas típicas de intervención por acción a las que se les sumen otras circunstancias fácticas. Los elementos materiales y/o descriptivos son, pues, de carácter objetivo. Por ejemplo, en el tipo penal de conducción de vehículos en estado indebido, se describe tan sólo la conducta de manejar un vehículo en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias análogas, datos todos estos constatables objetivamente y mediante la simple actividad del conocimiento. Al igual que las expresiones que se contienen en ciertos tipos penales de abandono de atropellados, donde se describe la acción de irse de donde está quien fue objeto del atropello por el autor. Lo mismo ocurre con el tipo penal de homicidio, pues conforme al texto de la ley, comete homicidio "el que mata a otro" (CPC), o "el que priva de la vida a otro" (CPF y CPDF), narrándose así un hecho conductual que puede ser objetivamente perceptible o apreciable en el mundo de relación.

Conviene precisar que también existen otros tipos penales más detallados y concretos. Pues amén de que en los supuestos típicos siempre se describe o implica una conducta en su aspecto externo y a veces se le suma a ella un resultado material, también se alude a las cualidades numéricas o biológicas de los sujetos, o de lugar, tiempo, medios, modo o circunstancias de ocasión —perceptibles por los sentidos o apreciables con la simple actividad del conocimiento—, en las que se ejecuta la conducta. Hay tipos penales en los que

—puntualiza Jiménez Huerta— (...) su contenido material no solamente consiste en la realización de una abstracta conducta; sino, además, en la producción de un resultado; o en la forma, con los medios o las circunstancias que la ley específicamente establece.⁵⁶³ Estas referencias a la calidad del sujeto activo, sujeto pasivo o cosa sobre los que recae la conducta y que no implican especial valoración, al igual que el resultado material y los medios de ejecución y circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, en cuanto sean perceptibles materialmente o por la simple actividad del conocimiento, también formarían filas dentro de los llamados elementos materiales o descriptivos del tipo penal. Y a veces se denominan por la doctrina y la jurisprudencia como "circunstancias" de la conducta o hecho que atañen a las situaciones fácticas que en la figura típica se mencionan. Y por supuesto, también son de carácter «objetivo» en el sentido antes dicho. En esencia, pues, son elementos materiales o descriptivos del tipo penal de un delito:

1) La conducta específica en su manifestación exterior y el resultado material o externo si es que hay referencia a éste en la figura típica. 2) En los problemas de coparticipación en el delito: la forma específica que asuma exteriormente la acción distinta a la específica del autor material a través de las restantes formas de intervención típica. 3) El objeto en la mayoría de las veces. Y, 4) Las circunstancias perceptibles por los sentidos o apreciables por el simple conocimiento que, según la figura típica de que se trate y, eventualmente, de sus modalidades, acoten a aquellos en un determinado ámbito personal, temporal, espacial, de ocasión y/o de medios comisivos.

Por ejemplo, contienen expresiones que aluden a los «medios» comisivos, entre otros, los tipos penales de motín ("empleando violencia"), violación ("por medio de la violencia física o moral"), despojo ("furtivamente o con violencia"), etc. En su turno, alude a una circunstancia de «lugar», entre otras, las expresiones "en despoblado o paraje solitario" en el asalto. Finalmente, hacen mención de un lapso «temporal», entre otras, las lesiones levisimas cuando "tardan en sanar menos de quince días"; o las leves, si "tardan en sanar más de ese tiempo". Y en el infanticidio, en tanto es necesario que la conducta de privación de la vida del hijo ocurra "en el momento del nacimiento o dentro de las setenta y dos horas siguientes" en Coahuila.

B. Los elementos normativos del tipo penal. Los elementos típicos normativos son expresiones que se contienen o implican en el supuesto jurídico-penal que se aprecian a través de un especial juicio de valoración. La anterior definición implica que para su captación es insuficiente la tangibilidad o simple actividad del conocimiento (comprobación fáctica) como sucede con los elementos materiales o descriptivos. Mas cabe señalar que los elementos normativos descansan siempre en una circunstancia material expresa o implícita que la ley caracteriza normativamente. Ahora bien, aunque coincido con la afirmación de tratadistas tan connotados como Jiménez Huerta y Carrancá y Trujillo, en el sentido de que es indudable que las expresiones típicas cargadas de desvalor jurídico —que subrayan la antijuridicidad de la conducta— se deben considerar como elementos normativos del tipo penal.⁵⁶⁴ Vg., los términos "sin causa o motivo justificado", "ilícitamente", "ilegalmente", "injustificadamente", "indebidamente", "sin derecho", "contraria a la ley", etc. Tampoco se puede desconocer que en el catálogo de figuras delictivas hay múltiples referencias que implican si no un juicio de "desvalor", sí una especial valoración de carácter "jurídico" o "cultural". Como así lo precisó en su tiempo el

⁵⁶³ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., p. 39.

⁵⁶⁴ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., pp. 44 y ss. y Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano*, decimosexta edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1988, pp. 424 y ss

mismo Carrancá y Trujillo.⁵⁸⁵ Tal es el caso de las expresiones «jurídicas»: cosa “mueble”, “bien inmueble o derecho real”, “sentencia o resolución judicial de fondo”, “autoridad competente”, “título-valor”, “sociedad mercantil”, “servidor público”, “autoridad judicial”, “pariente colateral en segundo grado”, etc. Así como de especial apreciación «cultural»: como es “obsceno”, “pornográfico”, “escándalo”, “depravado”, “medio social del ofendido”, etc. Todas ellas, en cuanto aparejan un juicio especial de valoración, se pueden estimar como elementos normativos. Igual consideración merece parte de la “omisión” como forma de la conducta. Pues ella no es perceptible por los sentidos y para apreciarla como penalmente relevante hay que examinar si la acción con la que se “omite” viola un “deber jurídico de actuar”. Así, si bien es verdad que en los tipos penales de omisión expresa podría ser suficiente la simple actividad del conocimiento para saber —una vez dadas las circunstancias materiales del ámbito de prohibición— que el sujeto dejó de hacer lo que tipo penal sanciona como tal; también es cierto que no sucede lo mismo con los delitos de comisión por “omisión”. Pues si en un tipo penal de resultado, o incluso en uno de simple conducta en el que ésta se formule de manera «neutra», para que la «omisión» pueda tener relevancia penal será necesario que ella infrinja un deber jurídico de actuar de acuerdo con las fuentes que la misma ley señala para ello. Por lo tanto, en ese aspecto la omisión es un elemento normativo. Además, está la calidad normativa del «daño o peligro lesivos al bien jurídico», la calidad normativa del “nexo causal”, de la “imputación objetiva” a la conducta del resultado y de la lesividad jurídica como criterios de interpretación reductora de afanes punitivos desmedrados que se pudiesen dar sin aquellas condiciones y, asimismo, la calidad normativa de la conducta «culposa», de las cuales después me ocuparé. Es hasta los anteriores elementos —salvo la imputación objetiva y la culpa— sobre los que la doctrina nacional tradicional —y de manera implícita también la jurisprudencia— se ha pronunciado mayoritariamente como elementos normativos del tipo penal. Pues en cuanto a lo «antijurídico» del hecho —cuestión normativa por excelencia— se le ha considerado como elemento o categoría del delito aparte del tipo penal.

Por su parte, es dable tener presente que para cierto sector de la tesis finalista el tipo penal es predominantemente fáctico y subjetivo. Aquél será luego el «objeto» de valoración respecto a su carácter antijurídico. Por lo tanto, a los elementos «normativos» de desvalor del tipo penal de un delito se les coloca junto a los elementos positivos de lo injusto. Esos enfoques cambian por completo en el funcionalismo de Roxin. Pues como ya se vio —y más adelante se ampliará— Roxin estimó que por residir en la antijuridicidad la razón de ser del tipo penal, éste involucra a aquélla, por lo menos en su aspecto material. Por ende, la «antijuridicidad material» es un elemento normativo del tipo penal y no un elemento aparte de él.⁵⁸⁶ Sin embargo, como también ya se vio, el tipo penal “global” implica en realidad a la conducta típica que es antijurídica, la cual —además de la lesión jurídica como contenido de la llamada antijuridicidad material— comprende a la ofensa al Derecho por faltar causa que justifique la conducta. Y el mismo Roxin en su “Tratado” distingue entre tipo penal en sentido estricto y tipo penal global el cual también se denomina “injusto” por la doctrina a la que él se ajusta. Con lo cual también se viene a deslindar al tipo penal —con el contenido material, normativo y subjetivo del cual se ha venido hablando— del injusto, como categorías distintas sistemáticamente

⁵⁸⁵ Ídem, op. cit., p. 425.

⁵⁸⁶ Ver *Infra* CAPÍTULO QUINTO, núm. III. Además, a Claus Roxin, *Teoría del Tipo Penal...*, pp. 262 y sa.

hablando. Lo cual no es óbice para que el mismo daño o peligro de lesión al bien jurídico si sean elementos normativos del tipo según ya se expuso.

B. Los elementos subjetivos del tipo penal. Los elementos subjetivos del tipo penal son el dolo y, en su caso, las expresiones que contenga el supuesto legal de un hecho punible que aludan a un especial motivo, conocimiento o contenido de voluntad. En efecto, dentro de los elementos subjetivos, se encuentran el contenido de fin y de conocimiento de toda conducta con relevancia penal. Destacan así el «dolo» y los «elementos subjetivos específicos» del tipo penal. El primero, dolo, es la voluntad y conocimiento de contenido típico. Es decir, la voluntad y el conocimiento que abarquen a los demás elementos objetivos —materiales, descriptivos y normativos— del tipo penal. Los últimos, los elementos subjetivos específicos son expresiones legales que refieren un determinado motivo, conocimiento o fin que el autor imprime a su comportamiento. De tal suerte que es cierto estado anímico, que se acompaña a ciertos actos, el que —además del «dolo» sobre los demás elementos— le da relevancia penal a la conducta. En algunas ocasiones dichas expresiones del tipo —que se caracterizan como elementos subjetivos específicos— se conectan directamente con el mismo dolo. Otras veces, las expresiones aluden a motivos o al injusto propósito o a la finalidad ilegal de la conducta y aunque por ello se les intente vincular entonces a la conciencia de licitud como elemento de la culpabilidad, de todas suertes forman parte del tipo penal y van paralelas al dolo que las ha de captar. Porque bien se puede considerar que en esos particulares tipos penales, el dolo forma fila junto a esos elementos subjetivos específicos. En el anterior orden de ideas, son elementos subjetivos específicos que se conectan con el dolo los vocablos “dolosamente”, “a sabiendas”, “con conocimiento”, “deliberadamente, etc. Mientras que son elementos subjetivos que se asocian con la conciencia de la antijuridicidad o el reproche mismo las expresiones “para tomar medidas contrarias a la ley”, “con el fin de comerciar ilícitamente con ellos”, “con el fin de causar daño”, “motivos depravados”, etc. Por otra parte, en todos los casos anteriores, el elemento subjetivo «específico» se plasma en el tipo penal en forma expresa. De tal manera que es norte y guía para el juez a efecto de evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico el acto, si es que no va acompañado del especial motivo, conocimiento o fin específico que de manera expresa consigna el legislador en el tipo penal. Así, por ejemplo, en el tipo penal del delito de injurias en las legislaciones que lo mantienen, la conducta ofensiva o de desprecio hacia otra persona debe estar presidida por el “*ánimus injuriandi*”, que es diferente al ánimo de réplica, broma u otras clases de intención que puede conllevar la conducta que devenga objetivamente ofensiva. Lo anterior se infiere de la expresión “conducta «dolosamente» dirigida a ofender o manifestar desprecio a otro”, que se contiene en el tipo penal en cuestión. De ahí que con elegante pluma, Rivera Silva subrayara: “no interesa —jurídicamente— el cambio que en el mundo externo se produce por la palabra malsonante, sino la mutación que se realiza con la palabra malsonante vertida con el ánimo de menospreciar”.⁵⁶⁷

Mas no en todos los casos los especiales designios con los que el sujeto actúa se tienen en cuenta de manera expresa por el legislador. Sino que se deducen —además del texto legal del tipo penal del delito en

⁵⁶⁷ Manuel Rivera Silva, “Apuntes sobre el cuerpo del delito”, en *Criminalia*, año XXI, N° 3, Academia Mexicana de Ciencias Penales; Editorial Porrúa, S. A., México, sep.-dic. 1968, p. 97.

particular— de la interpretación contextual del tipo penal con su entorno o marco jurídico. Esto es, el del bien o el de los bienes jurídicos que tutelan y el de los demás delitos que los afectan y que regula la misma ley. Sirvan como ejemplo los citados por González de la Vega y Jiménez Huerta y que reconoce la jurisprudencia, relativos al tipo penal del delito de atentados al pudor y al de robo. En el primero, no cualquier manoseo, palpación o tocamiento sobre el pasivo constituye un acto "erótico", sino sólo aquellos que se encuentren presididos de una intención lasciva.⁵⁶⁸ Lo mismo ocurre con el robo, pues el "apoderamiento" de la cosa ha de ser con *ánimo de apropiación*, es decir, para disponer de ella como si se fuera su dueño sabiendo que no lo es. De no exigir esta condición subjetiva adicional para el robo, a éste no se le podría diferenciar del robo de uso en el que falta tal clase de ánimo.⁵⁶⁹ Los anteriores elementos se denominan elementos corporales de raíz subjetiva. Y entran también en juego en la configuración del tipo penal, como elementos subjetivos «específicos» de éste.

— V —

El cuerpo del delito y la responsabilidad penal como categorías procesales del delito en México

El Derecho Procesal Penal es y debe ser adjetivación del Derecho Penal. De tal suerte que si de acuerdo con los artículos 14, 16 y 19 C. el cuerpo del delito y la responsabilidad penal comprobados en el procedimiento, condicionan al juzgador, en última instancia y por regla general, a dictar en juicio una sentencia de condena. Por lo tanto, no cabe menos el suponer que la suma del contenido conceptual de esas categorías procesales debe implicar la reunión de los elementos con los que el Derecho Penal define al delito. Ya Victoria Adato puntualizó al respecto: (...) El delito es igual a unión de cuerpo del delito y responsabilidad penal. Por lo tanto, si se quiere saber lo que es cuerpo del delito, solamente restaremos del delito a la responsabilidad. Si se desea saber el contenido de esta, basta sustraer del delito al cuerpo del delito y ya se tiene la responsabilidad penal. Por otra parte, si se amplía el concepto de cuerpo del delito, se restringe el de responsabilidad. Y si se restringe el concepto del cuerpo del delito (situación inversa a la anterior), se amplía el concepto de responsabilidad.⁵⁷⁰ Por su parte, Olga Islas González Mariscal y Elpidio Ramírez coinciden con ese enfoque, al señalar: (...) Para construir el concepto de cuerpo del delito es necesario, en primer lugar, situar el tema en el marco no del tipo sino del delito. En segundo lugar, y ya ubicados en el campo fenoménico del delito, es preciso anotar que el cuerpo del delito es sólo una parte del hecho constitutivo del delito. Por último para integrar el concepto ha de considerarse únicamente aquella parte consistente en presupuestos y elementos típicos del delito. Ahora bien, esta última afirmación no implica que el cuerpo del delito se configure con todos los presupuestos y elementos del delito adecuados al tipo; es decir, cuerpo del delito no es lo mismo que la total tipicidad. Aquí surge la necesidad de analizar cada presupuesto típico del delito y cada elemento típico del mismo para determinar cuáles de ellos son materia del cuerpo del delito, y cuáles, junto con la culpabilidad,

⁵⁶⁸ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. III, op. cit., pp. 222 y ss., y Francisco González De La Vega, *Derecho Penal Mexicano, Los delitos*, vigésimo segunda edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1988, pp. 355 y ss.

⁵⁶⁹ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano, Parte Especial*, T. IV, Antigua Librería Robredo, Editorial Libros de México, S. A., 1983, p. 40 y ss., y pp. 90 y ss.

⁵⁷⁰ Victoria Adato, "Cuerpo del delito", *Dinámica del Derecho Mexicano*, Procuraduría General de la República, 1973, pp. 191 y 192.

dan contenido a la responsabilidad.⁵⁷¹ De esta manera, el cuerpo del delito y la responsabilidad penal, como nociones procesales unidas entre sí, se deben corresponder con el concepto del delito que tiene el Derecho Penal. Por ende, si partimos de la idea lógico-jurídica que los elementos del delito informan a las categorías multicitadas, algunos de ellos, en concreto, integrarán conceptualmente al cuerpo del delito. Y los restantes a la responsabilidad.

Por todas esas razones es indudable que se cumple con una premisa básica de seguridad jurídica al precisarse «cuáles» son los elementos del tipo penal que informan al cuerpo del delito y cuáles a la responsabilidad, al igual que cuál es el concepto de cuerpo del delito y el de responsabilidad penal, así como con relación a ésta última cuándo hay «causa probable». Pero, además, porque con ello se propicia una aplicación justa de la ley penal. Y se favorece el sano desarrollo del proceso penal evitándose causas kafkianas con el indebido desdoro de la libertad de las personas. Es pues necesario fijar con método jurídico cuál es el contenido y el alcance del «cuerpo del delito» y de la «responsabilidad penal», así como cuándo existe «causa probable» de la última y su diferencia con la noción de «prueba» en sentido estricto. Ya que esas categorías son el eje central para el desenvolvimiento de todos los procedimientos penales en nuestro país, desde la averiguación previa hasta la sentencia definitiva. El cuerpo del delito y su prueba, la responsabilidad penal y según el caso, su causa probable o prueba de ella, son nociones cuyo contenido conceptual es esencial para decidir tres resoluciones fundamentales en cualquier proceso penal: la orden de aprehensión, el auto de formal prisión y la sentencia de condena. Sobre el cuerpo del delito y la responsabilidad penal se determinan la garantía de audiencia y la litis. Y sobre el contenido de aquellas categorías versan los medios de prueba, los alegatos y la sentencia.

No se exagera entonces al afirmar que el cuerpo del delito y la responsabilidad penal son el punto de conexión más trascendente entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal mexicanos. En tanto que instrumentan al delito, del campo normativo del derecho sustantivo al campo histórico y fáctico del derecho adjetivo. Resulta claro así que el mayor o menor contenido conceptual de tales categorías procesales, determina el tema a probar y la extensión de la prueba durante el procedimiento penal, así como el alcance de las garantías de audiencia y de defensa. Y delimita las facultades jurisdiccionales para declarar su existencia o su inexistencia. Y en cualquier caso todo ello tiene consecuencias para la libertad de las personas.

A. La Iniciativa de Reforma y los dictámenes del Congreso de la Unión acerca de las reformas a los artículos 16 y 19 C. de 1997-99. Ahora bien, la Iniciativa presidencial de 1998 para reformar los artículos 16 y 19 C., propuso que para el auto de formal prisión se acredite la plena existencia de los elementos objetivos del tipo penal y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal del delito de que se trate, así como la probable responsabilidad del indiciado.

⁵⁷¹ Olga Islas González Mariscal y Elpidio Ramírez, "El delito en el derecho de procedimientos penales", *Revista Jurídica de Escuela de Derecho de la UJAT*, N° 1, 1975, pp. 92 a 93.)

La iniciativa recibió severas críticas porque proponía que se flexibilizara la exigencia de la prueba con relación a algunos elementos del tipo penal, lo que —se dijo— favorecería la arbitrariedad. García Ramírez —entre muchos otros destacados penalistas— vertió frases lapidarias y certeras en contra de aquella en su artículo: “Una reforma constitucional inquietante”,⁵⁷² las que luego reiteró en su trabajo: “La Reforma Procesal Penal en la Constitución: ¿Derecho democrático o Derecho autoritario?”.⁵⁷³ Así, el prestigiado juriconsulto dice: (...) El proyecto proponía evidentes y preocupantes retrocesos. Se confesó, desde luego, el craso error cometido en 1993, en la reforma a los artículos 16 y 19, que muchos observadores denunciaron oportunamente. Sin embargo, en lugar de reparar esa equivocación deplorable,⁵⁷⁴ el proyecto de 1997 extremó el supuesto remedio, hasta convertirlo en una flagrante supresión de garantías. En vez de que se exigiera la acreditación de todos los elementos del tipo penal, se pasaría a requerir débiles pruebas sobre los elementos del tipo penal.⁵⁷⁵

Por su parte, las cámaras del Congreso de la Unión modificaron el texto de la Iniciativa, sustituyendo la fórmula de la Iniciativa por la que existía en la C. antes de 1993. Es decir, por la que adoptó el constituyente de 1917 en el artículo 19 C. Sin embargo, en los dictámenes se dijo que:

(...) el restablecer el concepto de “cuerpo del delito” e incorporarlo a las reformas de 1993, permitirá el equilibrio adecuado de los intereses de la sociedad de que se procure justicia, las facultades de las autoridades, los derechos de los inculcados y de las víctimas. (...) el cuerpo del delito no es un concepto nuevo en nuestro Derecho. Ha sido ampliamente estudiado y, si bien se le ha interpretado de diferentes maneras. Antes de la reforma de 1993 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció jurisprudencia conforme a la cual por “cuerpo del delito” se entendía el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal. (...) éste es el concepto que hay que rescatar e incorporar al régimen aprobado en 1993. Así habrá de señalarse en la legislación secundaria el concepto citado.

Ciertamente, las modificaciones que hizo el Congreso de la Unión, aunadas a la última acotación que hizo el dictamen de la cámara de diputados al contenido conceptual del cuerpo del delito —restringiéndolo a los elementos objetivos del tipo penal— de ningún modo superaron las críticas que antes se le hicieron a la Iniciativa presidencial de reforma a los artículos 16 y 19 que nos ocupa; es más, al adoptarse de nuevo la expresión “cuerpo del delito” se parecía abrir la puerta a criterios ya superados con relación al contenido conceptual de esas categorías procesales bien se tratara respecto de la orden de aprehensión o del auto de formal prisión o de la sentencia.⁵⁷⁶

⁵⁷² Sergio García Ramírez, “Una reforma inquietante”, *Criminalia*, año LXIV, N° 1, Academia Mexicana de Ciencias Penales - Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., enero-abril 1998, pp. 3 a 41.

⁵⁷³ Sergio García Ramírez, “La Reforma Procesal Penal en la Constitución: ¿Derecho democrático o Derecho autoritario?”, *Criminalia*, año LXIV, N° 3, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa, S. A., México, septiembre-diciembre, 1998, p. 93.

⁵⁷⁴ Debo mencionar que discrepo respetuosamente de la opinión del Dr. García Ramírez: creo que la inclusión en los artículos 16 y 19 C. en 1993-94, de la expresión “elementos del tipo penal” que sustituyó a la de «cuerpo del delito», significó un gran avance jurídico hacia el estado de derecho. Simplemente porque dio mayor certeza jurídica y canceló de tajo las persistentes interpretaciones restrictivas acerca del concepto de cuerpo del delito. Mismas que mantuvieron muchas legislaciones del país con base en la tesis jurisprudencial de que el «cuerpo del delito» se reducía a la concreción de los elementos materiales del tipo penal, en contravención del concepto más completo que se desprendía de los antecedentes mismos del artículo 19 C y la cual ya había venido elaborando la SCJN y algunas legislaciones —con inclusión de la federal— de que aquella categoría procesal incluía a todos los elementos del tipo penal y no sólo a los materiales y descriptivos. Empero, coincido con el directo y perspicaz pensador y apreciado amigo, en cuanto a sus razones, de lo que yo llamaría: impetuosa y súbita reforma sin la previa legitimación de una consulta democrática. Ese error de omisión dejó sin sustento una reforma así y a largo plazo. Como tal prontitud y falta de consulta debería evitarse en toda reforma constitucional e incluso legal. La “precipitación” de la reforma —como la califica el Dr. García Ramírez— favoreció en parte el avance del pensamiento autoritario que se pretendió filtrar en la reforma de 1998-99 a los artículos 16 y 19 C y que a la postre lo logró en la reforma a la legislación secundaria. Véase el final de este núm. en este CAPÍTULO.

⁵⁷⁵ Sergio García Ramírez, “La Reforma Procesal Penal...”, p. 85.

⁵⁷⁶ Al respecto ver en el INTRODUCCIÓN de este trabajo el núm. VI: Las aporías, las falacias y las disfunciones en la jurisprudencia.

B. Importancia del dictamen del Congreso del Estado de Coahuila como parte del Constituyente Permanente, acerca de las reformas a los artículos 16 y 19 C. de 1997-99. Sin embargo, parece ser que en todo ello se ha pasado por alto que en el proceso de reforma constitucional hubo un dictamen más, que, «sin oponerse a los del Congreso de la Unión», al aprobar la reforma a los artículos 16 y 19 C. sí «aclaró, complementó y amplió de manera sustancial» los dictámenes del mismo Congreso de la Unión. Ese dictamen se aprobó por unanimidad por el Pleno de la Legislatura de Coahuila —como miembro del constituyente permanente o del poder reformador de la Constitución— en el que se proponía aprobar la reforma constitucional. El dictamen se envió al Congreso de la Unión como voto del constituyente coahuilense a la reforma propuesta, para debida constancia de lo que se debía entender por «cuerpo del delito», «responsabilidad penal» y «causa probable» de ésta última. Estimo que el mencionado dictamen de la Legislatura de Coahuila acerca de la reforma a los artículos 16 y 19 C. corrigió en gran medida el inconveniente que hubiera implicado el volver a la rancia concepción del "cuerpo del delito" sin acotaciones complementarias con relación a aquella y al contenido de la "responsabilidad penal". Y mucho más importante aún —dados los términos de la reforma— porque también precisó el contenido conceptual de «causa probable» con relación a la última categoría procesal, como enseguida se verá.

1. Los contenidos conceptuales de cuerpo del delito (¿qué es cuerpo del delito?) y de la responsabilidad penal (¿qué es responsabilidad penal?) y su necesaria congruencia con el contenido conceptual del delito. En efecto, el dictamen de Coahuila puso en claro que debe haber congruencia —necesaria— entre el contenido conceptual del delito en el Derecho Penal y la suma del contenido conceptual de cuerpo del delito y la responsabilidad penal del Derecho Procesal Penal. Pues el saldo de la unión de estas dos últimas categorías procesales es el de un delito. Ni más, ni menos. Si no fuere así, se cometería el error severo —que nadie discutiría— de que con base en esas categorías procesales se iniciaran procesos y luego se condenara a los inculpados y se les impusieran penas por conductas que el código o la ley penal no consideraran como «delito», vulnerándose así la garantía de legalidad y seguridad jurídica de nuestro artículo 14 constitucional y que se reconoce por todas las naciones del mundo. ®

Igualmente, el dictamen señaló que si en la dogmática penal existe el consenso general que el delito es conducta típica, antijurídica y culpable. Y que si de acuerdo con los antecedentes históricos y legislativos inmediatos y mediatos del artículo 19 Constitucional, así como con la interpretación sistemática de su texto y con los criterios de la Suprema Corte de Justicia antes de 1993 y del mismo artículo 168 del CFPP a esa fechas, *el cuerpo del delito era la concreción histórica de una conducta y hecho típico.* Y que si ahora el «cuerpo del delito» sería «un concreto hecho típico», pero acotado en su aspecto objetivo e impersonal. Por consecuencia, la «responsabilidad penal» se habría de nutrir entonces de los «restantes elementos típicos», además de la «culpabilidad» del acusado. Pudiendo afirmar —dice el dictamen— que:

(...) aun como «categoría procesal», se conduce en forma «responsable»: quien interviene de manera típica con dolo o culpa y con culpabilidad; concretando, en su caso, los elementos subjetivos específicos del tipo penal y sin que le ampare causa de justificación.⁵⁷⁷

Ello implica, en primer lugar, que para los efectos de la orden de aprehensión y el auto de formal prisión y no sólo en la sentencia, siempre se debe analizar el dolo o la culpa —ésta en su arranque subjetivo—, al igual que la culpabilidad, como parte de la responsabilidad penal. Con lo cual también se puso coto al sofisticado subterfugio —que se acogió en su tiempo por la jurisprudencia— de establecer “grados de la responsabilidad penal”, para arbitrariamente sostener que el dolo o culpa y la culpabilidad nada más se debían estudiar en la sentencia y que no eran materia del auto de formal prisión. Así, en el dictamen por el contrario se dijo que tales cuestiones sí debían ser materia de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión por las razones siguientes:

Primera. Porque el que en la orden de aprehensión y el auto de formal prisión se deban analizar las formas subjetivas-normativas de dolo o culpa y la culpabilidad, es ser coherente con un concepto unitario de la responsabilidad penal. Sobre el cual la Constitución ningún distingo hace. El que debe ser el mismo en la orden de aprehensión, en el auto de formal prisión y en la sentencia. Dar a la “responsabilidad penal” un contenido diverso en cada una de estas resoluciones es ser incongruente con el principio lógico de contradicción y, además, con nuestro sistema jurídico. Pues si la Constitución no restringe ese concepto y en el plano legal secundario los códigos procesales adjetivan normas sustantivas. Por lo tanto, el derecho procesal debe respetar los conceptos del derecho sustantivo que le toque adjetivar. Sin que sea admisible establecer entre ellos y en ellos recortes o divisiones artificiales que la razón repugna y que no autoriza la C.

Segunda. La doctrina causalista —y no la Constitución ni la ley— habla de “formas” o “grados” de la culpabilidad. Refiriéndose al dolo o culpa. Pero aún así éstas categorías sustantivas siempre forman parte de la responsabilidad penal como categoría procesal, sin que haya preceptos Constitucionales o legales que faculten, o de los que racionalmente se infiera que tales “grados” (sic) de responsabilidad sólo deban analizarse en la sentencia, más aún porque los mismos artículos 16 y 19 C que regulan la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, se refieren a la “responsabilidad penal” pero no establecen ninguna “graduación” de ella. Sino que dicha “graduación” la hacen de su prueba, lo cual es distinto.

Tercera. El que en la orden de aprehensión y en el auto de formal prisión se precise al dolo o la culpa cuando el tipo penal delictivo permita esa bifurcación para los efectos de la responsabilidad penal, no implica más que cumplir con la exigencia constitucional de que se examine si existen “datos bastantes” que hagan probable esos extremos de la responsabilidad.

Cuarta. El examinar el dolo o la culpa es exigencia de los artículos pertinentes de los códigos penales que establecen la clasificación de los delitos en dolosos y culposos. A su vez, los párrafos primero y tercero del artículo 19 C. obligan al juez en el auto de formal prisión a clasificar el delito con relación al hecho que fue

⁵⁷⁷ Dictamen que se aprobó por unanimidad por el Pleno de la LIV Legislatura del Estado, al resolver como miembro del Constituyente Permanente, la aprobación a la reforma de los artículos 16, 19, 23 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Saltillo, Coah., México, 16 de diciembre de 1988, p. 57

materia del ejercicio de la acción penal. De tal suerte que si se omite hacer dicha clasificación, se viola tan el primero como el tercer párrafo del artículo 19 C.

Quinta. El soslayar en la orden de aprehensión y en el auto de formal prisión la forma dolosa o culposa con que se cometió el delito, implicaría omitir la fundamentación de la pena aplicable al delito por el que se dictan aquellas resoluciones. La cual varía según se trate de un delito doloso o culposo. Esa omisión violaría no sólo la correspondiente garantía de fundamentación del artículo 16 C., sino la del mismo artículo 19 en su párrafo primero y la del artículo 18. En cuanto es necesario señalar “el delito por el que se dicta” el auto de formal prisión. Con la consecuencia de la prisión preventiva que sólo procede —de acuerdo con el artículo 18 de la misma C. — por delito que merezca necesariamente pena corporal.

Sexta. Si en la orden de aprehensión o en el auto de formal prisión sólo se señalara la penalidad legal aplicable, según se trate del delito doloso o culposo, pero se omitiera razonar el porqué se invoca tal fundamento legal para dictarlo, se violaría la garantía de motivación que la autoridad debe dar de sus actos de molestia y que exige el artículo 16 C. Y la que de manera específica se deduce también del propio artículo 19 C. El que, además de requerir que en el auto de formal prisión se señale el delito por el que se dicta, también preceptúa que se señalen las circunstancias de ejecución.

Séptima. La forma dolosa o culposa en que aparezca cometido el delito puede implicar diversa clasificación del delito según la cual el delito podría ser o no ser grave. Y, por ende, ser base para decidir sobre la procedencia o improcedencia de la libertad provisional bajo caución. De aquí que si en la orden de aprehensión o en el auto de formal prisión se omitiera decidir sobre el dolo o culpa, a la vez se le estuviese eludiendo al acusado conocer si tiene o no tiene acceso a aquella garantía en el incidente de suspensión en el amparo.

Octava. Si se omitiera aludir en el auto de formal prisión a la forma dolosa o culposa que pudo tener la intervención de la persona acusada en la conducta o hecho constitutivos de delito, se vulneraría no solo la garantía de motivación en éste extremo, además, al inculpado se le impediría conocer la forma subjetiva de intervención en el hecho que se le atribuye. Con lo cual se le colocaría en estado de indefensión, al estar en la imposibilidad de controvertir en debida forma y con pruebas tal extremo durante el proceso.

Novena. Finalmente, el dictamen destacó que incluir el dolo o culpa y la culpabilidad dentro del análisis de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión no implica prejuzgar. Sino que apareja partir de conceptos unitarios del cuerpo del delito y de la responsabilidad. Conceptos que deben ser los mismos en la orden de aprehensión, el auto de formal prisión y la sentencia. En las dos primeras resoluciones simplemente se debe analizar si existen datos para hacer “probable” la forma típica de intervención, los elementos subjetivos específicos del tipo penal y de que el inculpado lo realizó dolosa o culposamente y en forma culpable.

Todo ello llevó a concluir a la LIV Legislatura del Congreso del Estado de Coahuila —como miembro del constituyente permanente o del poder reformador de la Constitución— que no se debe cambiar el contenido conceptual de cuerpo del delito ni el de responsabilidad en el curso del proceso penal. Lo que varía en la

Constitución es el "grado de su prueba". Y no el mal llamado "grado de responsabilidad". Identificándolo caprichosamente con las formas subjetivas de dicha responsabilidad. Para de esta forma sostener, también en forma arbitraria, que el dolo o la culpa y la culpabilidad se estudian en la sentencia, sin que sean materia de la orden de aprehensión, ni del auto de formal prisión.⁵⁷⁶

Es pues inadmisibles escindir el concepto de responsabilidad, para que tenga un contenido diferente en las dos primeras resoluciones del contenido que deba tener en la sentencia. Porque importa subrayarlo y repetirlo, en el curso del proceso no varían los conceptos o contenidos del cuerpo del delito y de la responsabilidad. Lo que varía es el «grado de la prueba» con relación a la responsabilidad penal.

El dictamen también señaló que cabe decir lo mismo de las modalidades atenuantes o agravantes. Estas deben ser materia de estudio en la orden de aprehensión y en el auto de formal prisión en cuanto son elementos del tipo penal que pertenecerán al cuerpo del delito o a la responsabilidad. Ello dependerá del carácter objetivo —material y/o normativo— o subjetivo de la modalidad. Es decir, para que se ubiquen en una u otra categoría procesal. Asimismo, el dictamen no pasó por alto que dichas "modalidades" se encuentran fuera de la figura típica básica y que operan como mecanismos legales que incrementan o disminuyen su punibilidad legal. Aunque el dictamen también puntualiza que aquello es insuficiente para que se les considere simples «causas de extensión de la pena», ni tampoco como meras circunstancias que «modifican» la responsabilidad penal. Pues como sucede con los dispositivos típicos amplificadores de la participación —que captan conductas de otros no contempladas en la figura típica "básica"—, las «modalidades» agravantes o atenuantes también funcionan como auténticos dispositivos legales que amplían la figura típica a la que se conectan. Pues es absurdo pensar que la pena se pueda extender o la responsabilidad ampliar (atenuada o agravadamente) si no se previeran en la ley los supuestos típicos que contemplen a las modalidades como materia que agravan la punibilidad. Estimar lo contrario aparejaría incurrir en la anomalía jurídica de extender penas y ampliar responsabilidades a situaciones atípicas.⁵⁷⁹

2. El contenido conceptual de la causa probable de responsabilidad penal. No es cuestión menos importante —e incluso quizá ahora es de mayor trascendencia por la acotación que hizo el Congreso de la Unión a la noción de lo que es cuerpo del delito—: El dilucidar y precisar de acuerdo con qué criterio se debe estimar que hay «causa probable» de la responsabilidad penal para motivar los autos que regulan los artículos 16 y 19 Constitucional. Es decir, qué pautas han de sustentar el criterio de «causa probable» y cuya acreditación es indispensable para resolver sobre la responsabilidad penal en la orden de aprehensión y el auto de formal prisión. Porque una cosa es la «responsabilidad penal» y otra muy diferente es su «causa probable». Máxime que sobre este último tópico muy poco desentrañan la jurisprudencia y la doctrina.⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ Ídem., *Dictamen*, Saltillo, Coah., México, 16 de diciembre de 1998, pp. 66 y 72.

⁵⁷⁹ Ídem., *Dictamen*, Saltillo, Coah., México, 16 de diciembre de 1998, pp. 71 y 72.

⁵⁸⁰ No deja de ser sorprendente que todavía en obras recientes acerca de la «probable» responsabilidad penal, necesaria para fundar el auto de formal prisión, se tenga una noción tan imprecisa como equívoca de los que significa «causa "probable"» de la responsabilidad penal. Leopoldo de la Cruz Agüero en su estudio publicado por Porrúa, dice al respecto: "Del estudio de la conducta del sujeto activo y del resultado, por lógica jurídica se deduce el nexo causal (sic), dado que si en tales hechos criminales existe la imputación del ofendido en contra del inculcado, el resultado es causa de su proceder ilícito (sic), lo que trae como consecuencia que se presume su responsabilidad en su comisión". (Leopoldo de la Cruz Agüero, *El término constitucional y la probable responsabilidad penal*, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000, p. 23.) A ello cabría preguntar, entre muchas otras interrogantes con relación a esas ideas: ¿Significan lo mismo «presunta» y «probable» responsabilidad? Porque en verdad toda causa probable de la responsabilidad apareja la presunción de ella. Pero igual es cierto que no toda presunción de la responsabilidad configura causa probable de la misma. ¿Qué acaso la «probable» responsabilidad se puede válidamente sustentar sólo en la imputación del ofendido? Y eso, si es que en el caso concreto existe tal imputación. ¿Y qué acaso,

En efecto, no obstante el texto del párrafo primero del propio artículo 19 C. y la profunda trascendencia que tiene el auto de formal prisión en la estructura constitucional del proceso penal, el interés social de los debidos juicios penales y lo que ello representa para la libertad personal y muchos otros bienes jurídicos del acusado, de su familia y de la comunidad: la realidad jurídica y la práctica sorprendentemente demuestran que la ley, la jurisprudencia y la doctrina han omitido reglamentar y poco han precisado y analizado acabadamente sobre lo que debe entenderse por "probable" responsabilidad del acusado. Para así motivar en este aspecto el formal proceso penal.⁵⁸¹ Para confirmar la vaga noción que existe acerca de qué es causa probable de la responsabilidad penal, basta indagar en el foro y la judicatura. O incluso preguntar a los estudiantes de Derecho que han cursado la materia procesal penal: ¿Qué entienden por "probable" responsabilidad? Y muchos responderán con la verdad de perogrullo y, además, inexacta: "Cuando aquella sea presunta". O añadirán quizá —como significativo avance—: "Cuando existan datos o indicios de ella". Pero muchos otros también agregarán —a manera de robustecer su contestación— que la jurisprudencia de la SCJN resolvió que: (...) *La ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo; requiere únicamente que los datos arrojados por la averiguación sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.*⁵⁸² Sin embargo, es evidente que este último criterio —amén de repetir en lo conducente el texto del artículo 19 C. — con el agregado de que "... la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras..." lejos de que despeje la cuestión planteada la oscurece. Pues sugiere que para estimar como "probable" la responsabilidad del inculcado es suficiente con que existan pruebas confusas o no claras. Dando así pauta a un amplísimo y arbitrario criterio judicial para determinar con qué condiciones se configura la causa probable de la responsabilidad. A grado tal que la añeja conseja forense referente a la orden de aprehensión, pareciera confirmarse para el auto de formal

por una "imputación" de alguien a otro es como se establecería el "nexo causal" entre la conducta y el resultado? NOTA: Respecto a la doctrina sobre «causa probable» véase el siguiente pie de página.

⁵⁸¹ Entre quienes se ocuparon de conceptualizar o dar una noción de la "probable" responsabilidad penal de acuerdo con los lineamientos de nuestro artículo 19 constitucional aparece, entre otros, González Bustamante. Quien estima que aquella implica "la existencia de datos que hagan suponer que una persona es responsable. Es decir, cuando existan indicios o sospechas que nos haga presumir racionalmente, que una persona pudo haber tenido intervención en el delito que se le atribuye". Cuidándose el autor de precisar su pensamiento. En cuanto añade que "la sospecha o presunción debe ser motivada racionalmente, y no fundarse en presunciones infundadas o artificios; por lo que no resulta motivado el auto de formal prisión que se funda en datos inciertos o simples conjeturas, ... pues la presunta responsabilidad penal de una persona debe fundarse, como lo establecían las viejas leyes españolas, en la existencia de pruebas semiplenas". (Juan José González Bustamante, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, Sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, pp. 187 y 188.) A su vez, Rivera Silva acota que muchos autores habían de "presunta" responsabilidad. Otros de "posible". E incluso aluden también a la "sospecha". Destacando que esta impropiedad terminológica (en tanto se aparta del vocablo "probable" utilizado por el artículo 19 constitucional) es también llevada a los códigos de procedimientos penales. Además, puntualiza que: "Entraña un superlativo error relacionar la presunta responsabilidad con la prueba presuncional o circunstancial. Ya que esta conduce a la plenitud probatoria. Lo que no exige el artículo 19 Constitucional. Por lo que lo técnico es tener presente que los vocablos "probabilidad" o "posibilidad" no indican comprobación absoluta; sino que pueda ser o existir...". "Por lo que en resumen, la probable responsabilidad penal existe cuando se presentan determinadas pruebas, por las cuales se puede suponer la responsabilidad de un sujeto." (Manuel Rivera Silva, *El Procedimiento Penal*, Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, pp. 187 y 188.) González Blanco expresamente se adhiere a la opinión de Rivera Silva y dice que el carácter de "presunta" se desprende "únicamente de los indicios o sospechas que arrojen los elementos que se hubieren aportado hasta el auto de formal prisión, que hagan suponer fundamente que el sujeto a quien se le atribuye el hecho delictivo le sea imputable." (Alberto González Blanco, *El Procedimiento Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, p. 104.) Por su parte, Colín Sánchez, después de afirmar que "probable" y "presunta" son términos sinónimos. Sostiene que "existe presunta responsabilidad penal cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico". (Guillermo Colín Sánchez, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Segunda edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1974, p. 287.) Se advierten como más precisos y estructurados que los conceptos que se reseñaron, los vertidos por Herrera Lasso y Borja Osorno. En tanto que el primero expresa que "la responsabilidad probable es un juicio de atribución provisional que solo admite formularlo cuando existan indicios positivos no desvirtuados, que permitan considerar verosímil la participación del acusado en el delito". (Eduardo Herrera Lasso y G., *Cuerpo del Delito*, *Criminalia*, año XXXIX N° 11-12, México, D. F., nov-dic., 1973, p. 62.) En su turno, el segundo puntualiza que: "los términos del artículo 19 Constitucional son inequívocos y exigen: Pluralidad de datos y que tales datos sean bastantes para hacer probable la responsabilidad del acusado". Para luego precisar que entre lo "posible" y "probable" hay una diferencia de grado. Pues lo "probable" es lo posible que tiene mas probabilidades de ser, que de no ser; porqué merece verosimilitud. Es decir, ser más creído que la opinión contraria, cuestión que en el propio artículo 19 constitucional, se resuelve como tal, cuando los datos son "bastantes", que es sinónimo de suficiente" y significa "apto" o "idóneo". (Guillermo Borja Osorno, *Derecho Procesal Penal*, Editorial José M. Cajica Jr., S.A., Puebla, Pue., México, 1969, pp. 243 y 244.)

⁵⁸² SCJN, Primera Sala. Tesis de Jurisp. 55. Apéndice al S. J. F. de 1985. Novena Parte. Séptima Época, p. 87. La misma Tesis se sigue sosteniendo todavía en el *Apéndice al S. J. F. de 1985*. Tomo II. Parte TCC. Tesis 425. P.: 245. AUTO DE FORMAL PRISIÓN. Para motivarlo, la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo; requiere únicamente, que los datos arrojados por la averiguación sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

prisión: "como un vaso de agua, no se le niegan a nadie". De aquí que el dictamen de la Legislatura del Estado de Coahuila, enfatizó que:

(...) La 'probable' responsabilidad no se sustenta en una simple presunción o deducción. Pues aunque la 'probable' responsabilidad presupone presunción, no toda presunción configura la 'probable' responsabilidad. Ya que la simple presunción se puede generar de un indicio y la presunción que se exige para la 'probable' responsabilidad es una presunción 'cualificada' por el «número» y la «calidad» de los indicios. Ello es así, porque de acuerdo con la misma Constitución a los 'datos' se les cualifica por su 'pluralidad' (al requerir aquella que haya 'datos', esto es, varios) y, además, por su 'calidad' en cuanto exige que deben ser 'bastantes'. (...) Un indicio aunque sea 'grave' es pues insuficiente para satisfacer la exigencia de «pluralidad» —datos—. Lo mismo cabe decir de un indicio 'grave' aunado a varios 'leves'; al igual que de varios indicios 'graves' pero 'discordantes' o 'contradictorios' entre sí, porque también serán insuficientes para cumplir con la condición de calificación constitucional de los mismos —"bastantes"—.⁵⁸³

En el dictamen se puso en evidencia que en algunos códigos —así como en ocasiones en el foro— se utiliza la expresión "presunta" para referirse a la responsabilidad penal en el auto de formal prisión. Pero que la indicada variación terminológica es impropia. Tanto porque se aparta del texto mismo de las normas constitucionales, como porque la palabra "presunta" induce a confusión en este caso dada su equivocidad. Ya que "presunción" es la inferencia lógica de un hecho que parte de un dato probado —de la cual participa el criterio de "probable" responsabilidad—, pero mientras que la "presunción" se puede obtener de un dato, éste es insuficiente para constituir el número cualificado de "datos bastantes" que exige la Constitución para fundar la probable responsabilidad en el auto de formal prisión. El que un "indicio" consista en una "circunstancia fáctica" o "hecho indicante" y que no se debe confundir siempre con un medio de prueba se corresponde con el entendimiento que se debe tener de la palabra "datos", si se interpreta contextual y semánticamente el propio artículo 19 C. Pues en lo conducente éste dispone que "*...en el auto de formal prisión se expresarán... el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los demás «datos»...*". Por lo que la alocución "datos" se refiere a sucesos fácticos. Como también lo son "*... el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución*". Los artículos 16 y 19 Constitucionales no aluden pues a medios de prueba. Los implican, sí. Pero si se hubiere querido utilizar la expresión "medios de prueba" o su correspondiente semántico en sentido lato, cual es la voz "prueba", así se hubiera hecho. Más aún cuando tal expresión se emplea específicamente en el párrafo segundo del apartado A del artículo 102 C. para referir la atribución del Ministerio Público de buscar y presentar «pruebas» que acrediten la responsabilidad de los inculpados. En estricto sentido pues, el dictamen de la Legislatura de Coahuila subrayó que:

(...) la pluralidad que exige el artículo 19 C. es de "indicios" —datos— y no sólo de medios de prueba. Todo dato presupone necesariamente a uno o más medios de prueba, pero no necesariamente todo medio de prueba equivale a un dato, pues con frecuencia son precisos varios medios de prueba para apenas acreditar un dato. Por otra parte, la "probable" responsabilidad exige no sólo la cualificación de los indicios por su pluralidad (datos), sino, además, por su calidad (bastantes). Con lo que el artículo 19 C. demanda que la "probable" responsabilidad se sustente en indicios —datos— graves que concuerden o concurren en señalar la identidad del inculpado, su intervención típica que sea dolosa, o culposa en su caso, así como la culpabilidad de aquel en el hecho típico penal, sin que se les oponga prueba o indicios de igual rango que no se puedan descartar —bastantes—. Esto es, con relación a cada uno de esos aspectos deber haber causa probable.⁵⁸⁴

Todo ello se confirma con el sumario repaso del texto vigente del primer párrafo del artículo 19 C. y de sus antecedentes inmediatos y mediatos constitucionales, doctrinales y legislativos en cuanto a la "probable" responsabilidad penal que justifique dictar auto de formal prisión. Pues resulta incuestionable que en el ámbito jurídico procesal penal mexicano del siglo XIX y contemporáneo a la Constitución de 1917, se tuvo siempre

⁵⁸³ *Infra*, sesión y *Dictamen* de diciembre 16 de 1998 de la LIV Legislatura de Coahuila..., pp. 82 y 83.

⁵⁸⁴ *Ídem.*, *Dictamen.*, Saltillo, Coah., México, 16 de diciembre de 1998, p. 86.

una noción o concepto de lo que el artículo 19 de nuestra Constitución denominó “probable” responsabilidad penal. Ya que en progresiva evolución se vino a entender que esta debía sustentarse en “prueba semiplena” o “calificada”. En “indicios o datos suficientes o graves” de la participación delictuosa del acusado en el hecho típico penal.⁵⁶⁵ En tal línea de pensamiento, el dictamen de la Legislatura del Estado de Coahuila remarcó lo siguiente:

(...) sólo cuando exista pluralidad de indicios («datos») cualificados por su gravedad y sin que se les opongan otros de igual gravedad que no se puedan descartar («bastantes»), se podrá configurar la “probable” responsabilidad penal del inculcado y decretarse orden de aprehensión o auto de formal prisión.⁵⁶⁶

De ello se desprende que es de “grado” la diferencia específica de la causa “probable” de la responsabilidad para el efecto de motivar la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, con relación a la prueba “presuncional”, de “indicios”, “circunstancial” o “indiciaria” de dicha responsabilidad que motive una sentencia de condena. Pues para que se «compruebe» la responsabilidad es insuficiente que existan indicios “graves” que den conclusión «unívoca», ya que, además, requiere que de los indicios graves se obtenga conclusión «inequívoca» de la responsabilidad. Es decir, en la que, como tal, se descarten no solo los indicios que configuren prueba en contra o con igual rango de “probabilidad” que se aporten al caudal probatorio, sino también las hipótesis que se deriven de cualquier indicio contrario a la conclusión que se obtuvo. Pues la condena del acusado debe fundarse en prueba de su responsabilidad penal fuera de duda razonable. En otras palabras, para que exista prueba indiciaria es necesaria la «univocidad» e «inequívocidad» de los indicios. En tanto que para la causa “probable” es suficiente la «unicidad graduada» de aquellos. Mas su «inequívocidad absoluta» es innecesaria. O dicho de otro modo, la prueba en sentido estricto no admite duda razonable, mientras que la causa probable sí la acepta, aunque sólo y nada más en cuanto se trate de una duda “mínima” o “media” —uno o más contra-indicios leves, un contra-indicio grave o un contra-indicio grave y otros leves que

⁵⁶⁵ Para comprender mejor el concepto “probable” responsabilidad, es conveniente atender también a los *antecedentes constitucionales y legislativos mediatos del artículo 19 constitucional* sobre dicho aspecto. En efecto, para tener una idea de lo que el Constituyente de 1917 entendía por “datos bastantes” que hicieran “probable” la responsabilidad del acusado, es ilustrativo destacar que desde el siglo pasado no pasó desapercibido que para sujetar a proceso a una persona debía existir cierta presunción cualificada que hiciera probable su responsabilidad. Pues con relación al tema nos encontramos con los siguientes antecedentes mediatos en orden de su antigüedad: PRIMER ANTECEDENTE MEDIATO. El Proyecto de reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, en su artículo 9º rezaba: “Son derechos del mexicano: IV. Que no pueda ser declarado formalmente preso sin que preceda información sumaria, de la cual resulta a lo menos semiprueba de haber cometido un delito”. SEGUNDO ANTECEDENTE MEDIATO. El primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 25 de agosto de 1842, en la fracción VII del artículo 7º se disponía que: Ninguno será aprehendido, sino cuando contra él obren indicios por los cuales se presume ser el reo de un delito que ha cometido; no será detenido mas de tres días, a menos que subsistan las presunciones que dieron causa a su detención: ni más de ocho, sin que se provea el auto motivado de su prisión”. TERCER Y CUARTO ANTECEDENTES MEDIATOS. En la fracción VIII del artículo 5º del Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842; al igual que en la fracción XV del artículo 13 del Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1842, se lee que: “El detenido no puede ser declarado bien preso, sino porque... resulte que se cometió un delito determinado y que hay al menos una semiplena prueba para creer que el acusado lo cometió”. QUINTO ANTECEDENTE MEDIATO. El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, que se dio en el Palacio Nacional de México el 15 de mayo de 1856, en su artículo 44 disponía: “La autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por mas de cinco días, sin dictar un auto motivado de prisión, del que se dará copia al reo y a su custodia y para el cual se requiere: que este averiguado el cuerpo del delito; que haya “datos suficientes”, según las leyes para creer que el detenido es responsable...”. SEXTO Y SÉPTIMO ANTECEDENTE MEDIATO. Desde el siglo pasado, ya Beccaria esperaba que “las leyes determinarán la clase de indicios requeridos para el encarcelamiento del detenido”. Y no obstante que el artículo 19 de la Constitución de 1857 omitió mencionar los requisitos que debía satisfacer el auto de formal prisión. Vallarta expresó en sus “Votos”, al referirse a la declaración preparatoria y el auto de formal prisión contemplados en dicha Carta Magna, que: “Bastan sospechas racionales para el arresto, (pero) se necesitan para la prisión (preventiva) pruebas semiplenas cuando menos, pruebas “calificadas”, juzgadas por el criterio judicial después de oír al acusado”. (Ignacio L. Vallarta. *Votos. Cuarta edición*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, T. III, pp. 492 y 493.) En tal línea de pensamiento, los *Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1880 y de 1894*, en sus artículos 235 y 233; disponían respectivamente, que la prisión formal o preventiva solo podía decretarse si además de estar comprobada la existencia de un hecho ilícito que merezca para corporal, se satisficiera el requisito de: “Que contra el inculcado existan datos suficientes, a juicio de juez, para suponerlo responsable del hecho”, y en el subsecuente: “que existan indicios graves o semiprueba, a juicio del juez, para suponerlo responsable del hecho”. OCTAVO ANTECEDENTE MEDIATO. El último antecedente mediato del artículo 19 es el que con igual número figuró en el Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, interviniendo en la redacción definitiva del Proyecto de Carranza, el abogado José Natividad Macías. Variándose la frase de “...indicio, cuando menos de la culpabilidad”, por el ya conocido de “datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para... hacer probable la responsabilidad del acusado”. Con lo cual se volvió a la posición adoptada en el CPP de 1894. Sin que deba pasar desapercibido que también intervino Hilario Medina (otro jurista con suficientes méritos) en la Segunda Comisión dictaminadora del artículo 19 ante el Congreso Constituyente. Todos los cuales por su calidad de jurisperitos, evidentemente conocían el contenido y el alcance de las reglas consignadas en la legislación procesal para que se configurara la causa “probable” de la responsabilidad del acusado, sustentadora de un auto de formal prisión.

⁵⁶⁶ *Ibidem.*, *Dictamen*, Saltillo, Coah., México, 16 de diciembre de 1908, p. 88.

no se puedan descartar—, en tanto que la duda “máxima” —contraindicios graves que no se puedan descartar— excluye a la causa probable.⁵⁸⁷ También el dictamen de la Legislatura del Estado de Coahuila hizo hincapié en que:

(...) la presunción cualificada de la responsabilidad del inculpado que surja de los “datos bastantes” debe quedar jurídicamente subsistente al momento de dictar auto de formal prisión. Tanto por falta de prueba que anule o desvirtúe la pluralidad de los “indicios graves” en que se apoye; como porque no se demuestre una situación contraria (causa excluyente de delito o extintiva de la acción penal) o porque no desvanezcan los datos; o porque de haberse presentado contraindicios con el mismo rango de “probabilidad”, estos se puedan jurídicamente descartar.⁵⁸⁸

Para fundamentar la última parte de ese criterio, el dictamen señala conocer las opiniones que se inclinan en apoyar la idea de que al resolver la situación jurídica no se deben valorar las “pruebas contradictorias” pues esa ponderación corresponde a la sentencia. Y que para sostener tal aserto, se aduce lo siguiente: **1)** Que se trata tan sólo del auto de formal prisión que presupone la garantía de audiencia, pero no la valoración de cuestiones contradictorias. **2)** Que el juez tiene un tiempo limitado para resolver esta cuestión (72 horas y, en su caso, la ampliación legal.) **3)** Y, además, se sostiene, porque se olvida que aún falta la “instrucción” del proceso y que ésta tiene como finalidad controvertir las pruebas y producir la absoluta certeza en el juzgador. Sin embargo, a dichas consideraciones se hacen en el dictamen las siguientes réplicas:

Primera. En el fondo de las cosas, en su sustancia, un juez debe estar capacitado para dominar los principios legales, jurisprudenciales y lógicos de valoración de los medios de prueba. Y se pasa por alto que en los casos normales —o que deberían serlo— el juez ya se enteró antes suficientemente del contenido de la averiguación previa para dictar una orden de aprehensión. La cual también requiere que esté acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Segunda. Que en los supuestos de flagrancia, si el Ministerio Público consigna es que pudo reunir suficientes medios probatorios en no más de 48 horas de haber acordado la retención del inculpado para demostrar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. Por lo tanto, no debería representar un

⁵⁸⁷ Al respecto son dignas de mención las Tesis siguientes: “AUTO DE FORMAL PRISIÓN (TESTIMONIO SINGULAR.) Un testimonio singular, aún forzando su alcance jurídico, no puede, por sí solo, satisfacer las exigencias del artículo 19 constitucional, pues no es un hecho aislado, referido por una persona, lo que la ley requiere para motivar un auto de formal prisión, sino un conjunto de ellos, que integran los datos suficientes para justificar la presunta responsabilidad de un individuo, dar a un solo testimonio la fuerza y plenitud de “datos bastantes” es tanto como torcer el espíritu de la ley que aunque no requiere para motivar un auto de esa naturaleza, que haya pruebas evidentes de la responsabilidad de un inculpado, sí exige que los antecedentes que amolle la averiguación, sean suficientes, no para hacerla posible, entendiéndose por tal, la calidad de poder ser, de ser factible que sea, sino hacerla verosímil, o que se pueda probar, que es puridad léxicológica, lo que significa el adjetivo probable, empleado por la Constitución en el artículo 19 que se comenta y el cual si se analiza en su hondura filosófica, no tiene el alcance estrecho que se le ha dado frecuentemente, sino uno mayor, pues no es posible admitir que sea rigorista en su parte objetiva, al expresar que el cuerpo del delito debe quedar comprobado necesariamente; y tolerante en su parte subjetiva, en tanto sus interpretaciones han permitido en las más de las veces, el cambio del adjetivo probable por el de posible, concediendo con ello que, con una simple única, singular declaración pueda restringirse la libertad de una persona, con todas las gravísimas consecuencias que tal acto trae aparejada, en el orden moral, en el orden económico, en el orden familiar y en el orden jurídico”. (Primera Sala. Suprema Corte de Justicia de la Nación. S. J. F. Quinta Época. Tomo CVII, p. 2532.) “AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DATOS DE LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INculpADO, PARA EL DICTADO DE. Si bien es cierto que, en términos de lo dispuesto por el artículo 19 constitucional, para dictar un auto de formal prisión no se requiere la comprobación plena de la responsabilidad del inculpado, en la comisión del delito que se le imputa, sino sólo datos que hagan probable dicha responsabilidad; cierto es también, que esa probable responsabilidad implica la existencia de datos que, en un examen preliminar, lleven a estimar, con un grado aproximado de certeza, la participación del inculpado en la ejecución del delito que se le imputa, que precisamente por ese grado de convicción, hagan razonable y justo someterlo, mediante el dictado del referido auto, a formal procesamiento, para que posteriormente se dicte sentencia en la que en definitiva se establezca su plena culpabilidad o, en su defecto, se le absuelva; por lo que es evidente que la sola existencia de denuncia o querrela y de declaraciones de testigos o de otros datos, no satisface los requisitos de fondo exigidos para el pronunciamiento de un auto de formal prisión, si, en un examen preliminar, se advierte que todos los datos aportados no hacen probable, en un grado de convicción superior a la posibilidad y aproximado a la certeza, la responsabilidad del inculpado en la comisión del delito que se le imputa”. Tercer Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito. Amparo en revisión 64/92. Margarita Ortega González. 20 de febrero de 1992, unanimidad de votos. Ponente: Ana María Yolanda Ulloa de Rebollo. Secretario: José Manuel Torres Pérez. S.J.F. París: IX-Mayo, p. 401.

⁵⁸⁸ Idem., Dictamen de diciembre 16 de 1998 de la LV Legislatura de Coahuila, con relación a la reforma a los artículos 16 y 19 C... pp. 88.

obstáculo para el juez el plazo de 72 horas y su ampliación por igual término, para poder decidir sobre los medios de prueba contradictorios que se llegaren a aportar.

Tercera. De omitirse valorar pruebas contradictorias y sólo tomar en cuenta las que apoyen la acusación, se trasgrediría las garantías de audiencia y defensa probatoria que la declaración preparatoria y el término constitucional implican. Y, además, se vulneraría la igualdad procesal de las partes. Pues es claro: **1)** Que si se pasan por alto los datos de descargo que indiquen una situación opuesta a la que indican los de cargo, optándose por no dilucidar la cuestión hasta la sentencia, se hace nugatoria la garantía de defensa probatoria que la teleología del término constitucional conlleva. **2)** Y se desatiende también a la propia garantía de declaración preparatoria. Pues esta garantía y el término constitucional obedecen no sólo para cumplir una formal y escueta garantía de oír al indiciado y ni siquiera para completarla haciéndole saber del hecho concreto del que se le acusa. Sino que aparejan a la garantía de su defensa de probar en contra. Y, por ende, que los medios de prueba contraindicantes que se aporten, se valoren por el juez al resolver la situación jurídica del inculpado. De no ser así, a las garantías de audiencia y de defensa se les trastocaría en su fondo por un "te escucho pero no te oigo". En otras palabras, se harían nugatorias esas garantías individuales.

Cuarta. El hecho de que el término constitucional de 72 horas implica la oportunidad de que el inculpado o su defensor ofrezcan pruebas y, además, para que se valoren al resolver su situación jurídica, se deriva también del hecho de que en la reforma al artículo 19 C. se le adicionó otro párrafo para ampliar el plazo para probar "a petición del indiciado, en la forma que señale la ley...". ¿Qué sentido tendría entonces ese plazo para probar, si de todas suertes los medios de prueba en contra habrían de ser desoídos?

Quinta. Ninguna duda cabe que la convicción plena del juzgador sólo se le exige al pronunciar sentencia y no antes. Como también ninguna incertidumbre existe que para iniciar un proceso la Constitución exige una presunción «cualificada» de la responsabilidad del inculpado. Para que de ésta manera se pueda racionalmente esperar la condena del mismo. Si fijamos la mira en procesar a cómo dé lugar. Esto es, aun cuando existan datos contradictorios igual de graves que no se puedan descartar, además de afectar en muchos casos a inocentes, lo más posible es que se facilite la impunidad en vez de combatirla. Pues nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo delito. Y tan injusto es condenar a un inocente; como absolver a un culpable cuándo se pudo haber probado su responsabilidad.

Sexta. Ya Vallarta, hace más de un siglo, al comentar la última garantía brillantemente expuso: "Alta razón filosófica, profundo y debido respeto a la libertad del hombre ha, pues, en la ley que manda oír precisa e indispensablemente al acusado antes de juzgarle bastante indiciado de un delito, para hacerle sufrir una formal e indefinida prisión; porque bien analizado el asunto, tan inicua, tan iritante es la sentencia que condena sin defensa, como el auto de prisión que fulmina sin audiencia al inculpado. Cualesquiera que sean las diferencias que existen entre esa sentencia y este auto, y yo soy el primero en reconocerlas, no puede negarse que la formal prisión, además de las molestias físicas, de los sufrimientos morales que produce; además de la restricción indefinida de la libertad que legitima; causa nota en el que la sufre, como lo dice una célebre ley española. Y suspende los derechos de ciudadanía como las nuestras lo disponen. Y basta saber que tales son

los efectos legales de ese auto, para no dudar siquiera, de que pronunciarlo sin audiencia, sobre ser una iniquidad que la justicia execra, es un atentado contra la razón; porque en ningún criterio se puede formar juicio de la responsabilidad de un acusado, sino cuando se oyen los datos de cargo y los de descargo. Imponer una pena sin defensa es un ataque brutal a los derechos del hombre; pero ataque que en nada disminuye la gravedad de la que se comete aprisionado a una persona, sin pedirle antes explicaciones de su conducta, por más criminal que esta pueda resultar y a primera vista aparecer. La Constitución, lejos de confundir la detención con la prisión, las distinguió perfectamente en sus causas y efectos, autorizó la primera, cuando haya un mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento (Artículo 16.) Pero no permitió la segunda, sino cuando se pronuncie el auto motivado que la justifica (Artículo 19.) Aquella, que no puede exceder de tres días, se ordena para oír al acusado, para pedirle razón de su conducta y para declararlo bien preso, si no desvanece las sospechas que motivan la detención; y por esto la ley no concede para la primera audiencia del reo más que el término de 48 horas; al paso que para proveer el auto de prisión, se prolonga hasta tres días. Los motivos de la detención no pueden ser iguales a los de la prisión. Porque en aquella no se considera para nada a la defensa del inculpado, al paso que en esta su audiencia es elemento esencial para que el juez juzgue, si a pesar de lo que el acusado diga, hay razón, hay motivo para creerlo indiciado de determinado delito. Ya que la imperfección de las instituciones humanas no cabe garantizar la defensa aun contra la molestia de una detención de tres días, nuestra Constitución exige que tal garantía se respete, cuando la restricción de la libertad puede prolongarse por largo tiempo; exigencia que la razón apoya con toda su autoridad, puesto que para juzgar responsable de algún delito a un hombre, no basta conocer los datos que obran en su contra, sino que el criterio más vulgar requiere apreciar también los que se aleguen en su favor".⁵⁰⁰

Séptima. En el anterior orden de ideas, si la garantía de audiencia de la declaración preparatoria no debe desligarse del derecho a probar lo que el acusado alegue en su descargo. Y a que, consecuentemente, se aprecien las probanzas que aporte dentro del término constitucional, el sostener lo contrario aparejaría convertir a la garantía de audiencia en un simulacro de garantía y optar por la ruta menos gravosa para la autoridad pero más costosa para la sociedad y para las garantías de la libertad de las personas. Sin importar las gravísimas consecuencias que el auto de formal prisión trae consigo. Máxime cuando los datos en realidad no eran "bastantes". Contra lo que exige la Constitución. Dado que en el cúmulo estadístico y en la práctica cotidiana es patente que mucho antes de 1993 y no sólo entre 1993 y 1999 como al igual en la actualidad, después del auto de formal prisión en la gran mayoría de las causas penales poco o nada se ocupa la parte acusadora para aportar más medios de prueba al proceso que demuestren la responsabilidad penal del acusado —salvo en casos de excepción de mera coyuntura, la mayoría de las veces de índole política o de imagen pública—.⁵⁰⁰ Antes de concluir este punto, en el dictamen se reflexionó que quedaría tan sólo pendiente de resolver el cuestionamiento de que con la solución propuesta se olvida a la fase "probatoria" que sucede a la de "preinstrucción". En la que el Ministerio Público podrá todavía desvirtuar o desvanecer los contraindicios

⁵⁰⁰ Luis Ignacio Vallarta, *Cuestiones Constitucionales, Votos*, Tomo III, Editorial Porrúa, S.A., México, cit. en el *Dictamen*, infra. pp. 91 a 97.

⁵⁰⁰ Ídem., *Dictamen*, Saltillo, Coah., México, 16 de diciembre de 1998, p. 97.

que están haciendo probable la situación contraria a los que indican la existencia del tipo delictivo y la probable responsabilidad del acusado. Pero a ello el dictamen también formula las siguientes réplicas:

(...) **1)** Que el anterior argumento no invalida las garantías de audiencia y defensa que la declaración preparatoria y el término constitucional aparejan. **2)** Por otra parte, dictado el auto de libertad, el Ministerio Público no está impedido para ocuparse de promover medios de prueba conducentes a desvirtuar o desvanecer los conindicios. Es decir, que señalen una situación opuesta a la que se obtiene de los que con el mismo rango señalan la existencia concreta de la tipicidad del hecho y la responsabilidad del acusado. **3)** Y evidentemente que no, tanto más, que en cuanto a la última interrogante que en réplica se formula, se encuentra clara respuesta en los actuales códigos de procedimientos penales: pues en general disponen que tal auto de libertad por falta de elementos para procesar no impide el que por posteriores medios de prueba se actúe nuevamente en contra del inculpado. Y en tal virtud, el Ministerio Público promoverá el desahogo de nuevos medios de prueba ante el juez. Hasta reunir los requisitos necesarios, con base en los cuales solicitará de nuevo al juez dicte orden de aprehensión.⁵⁹¹

Por lo demás —añade el dictamen— (...) se ha intentado tergiversar ominosamente la naturaleza "acusatoria" del proceso penal que estableció la Constitución de 1917 para erradicar el carácter inquisitorial que prevalecía en el sistema imperante antes de su vigencia. La llamada "instrucción" no debería tener el papel fundamental de «averiguar» sobre los hechos fijados como materia del proceso en el auto de formal prisión. Ya que aquella tarea, de acuerdo con lo que expresa la propia Constitución (artículo 19), se realiza fundamentalmente en la "averiguación previa". Sin perjuicio de que se perfeccione (desahogar medios de prueba) durante la instrucción o fase probatoria. Pues así como la Constitución no tolera detener para investigar. Menos aún autoriza aprisionar e instruir un formal proceso para averiguar. Y el dictamen continúa:

(...) la "averiguación previa" es la etapa para indagar y obtener los medios de prueba del cuerpo del delito y la responsabilidad. Y cuando se dicta auto de libertad, tal etapa podrá reanudarse bajo el imperio judicial para el desahogo de pruebas que promueva el Ministerio Público. Hemos entonces de abundar: Los "datos bastantes" para acreditar el cuerpo del delito y hacer "probable" la responsabilidad se deben reunir durante la "averiguación previa". Y, por lo tanto, siempre antes de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión. Consecuentemente, el sumario o "instrucción" para indagar y recabar datos bastantes que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del inculpado, es etapa que se lleva a cabo durante la "averiguación previa". A grado tal, que en el auto de formal prisión ya deben quedar fijados los hechos y el delito. Según se colige de los párrafos primero y tercero del artículo 19 Constitucional. (...) Se debe pues insistir, que del sistema que perfila nuestra Constitución hasta el auto de formal prisión no sólo se proyecta para salvaguardar a las personas de indebidas privaciones de su libertad y de las profundas afectaciones que un proceso penal le trae aparejadas a sus otros derechos personales y patrimoniales. Y, quiérase o no, a los de su propia familia. Sino, también para garantizar a la sociedad que no se formalicen procesos penales débiles en la prueba de hechos determinados y muchas veces "indeterminados". Es decir, sólo con base en la concreción histórica del cuerpo del delito y en una «hipotética» existencia de la "probable" responsabilidad penal del acusado." En virtud de que si la acusación ya se formuló al ejercitar acción penal por un «hecho» determinado que la ley prevé como delito —artículo 16 C.—, o al menos ya se precisó la acusación en esos términos en la declaración preparatoria, al consignar con detenido en flagrancia —artículo 16 y fracción III del artículo 20 C.— Y luego se fijó la litis al dictar formal prisión. Precisando judicialmente los hechos y los puntos de Derecho aplicables — párrafo tercero del artículo 19 C.—: Consecuentemente, la decisión jurisdiccional de dictar un auto de formal prisión apareja haber permitido en justicia una cabal audiencia y oportunidad de defensa al acusado. Para contradecir probatoriamente el hecho en que se basa la acusación y que se valore esa contraprueba. Como ahora se consagra en el segundo párrafo del artículo 19 C. De tal guisa que, si se dicta auto de formal prisión, es porque se espera llegar al plenario con cierto grado razonable de confianza de que existen motivos y argumentos bastantes para pensar que se condenará a quién se estima culpable del delito.⁵⁹²

⁵⁹¹ Idem. , *Dictamen.* , Saltillo, Coah. , México, 16 de diciembre de 1998, p. 96

⁵⁹² Al respecto deben seguir prevaleciendo las tesis siguientes: PRUEBAS CONTRADICTORIAS O DE DESCARGO. DEBEN SER VALORADAS PORMENORIZADAMENTE EN LA ETAPA DE PREINSTRUCCIÓN. *La interpretación relacionada de las fracciones III, IV y V del artículo 20 constitucional con el artículo 161 del Código de Procedimientos Penales permite afirmar el derecho que tiene el inculpado a que se le reciban pruebas en el procedimiento de preinstrucción; por consiguiente resulta lógico y jurídico que las pruebas de descargo que aporte el inculpado para desvirtuar las pruebas de cargo de la representación social, deben ser valoradas aunque se trate de pruebas contradictorias, entendiendo como tales, las que tienen valor análogo, pues en caso de no ser valoradas dichas pruebas en la citada etapa de preinstrucción se violarían las normas que regulan la prueba, máxime que no existe fundamento legal que apoye al juez a posponer la valoración de las pruebas contradictorias hasta la sentencia definitiva, lo cual podría causarle al procesado un daño irreparable. Debe tenerse en cuenta que la finalidad de las pruebas depende del momento procesal en que se aporten, pues su objetivo difiere según la etapa procesal en que se aporte, ya que tienden a demostrar diferente hipótesis legal, así en la etapa procesal de preinstrucción, la hipótesis legal a probar por parte del Ministerio Público es el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del acusado y éste por su parte deberá ofrecer las pruebas para desvirtuar su presunta responsabilidad en la comisión del delito que se le atribuye. Una y otras pruebas deben ser analizadas por el juez circunscribiendo su valoración única y exclusivamente a la etapa de preinstrucción pues de ello dependerá si el acusado es o no sometido a proceso penal.* PRIMERA SALA. APÉNDICE DE 1995. Parte: Tomo II. Parte: SCJN. Tesis: 272. P.: 152. Octava Época: Contradicción de tesis 5/93. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito y Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y de Trabajo y Tribunal Colegiado en Materia Penal de dicho Circuito (antes Primero y Segundo Tribunales Colegiados del Séptimo Circuito), y Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. 18 de octubre de 1993, unanimidad de cuatro votos. NOTA: Tesis 1a. I.J.1/94, Gaceta número 75, p. 12; véase ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XIII-Marzo, p. 37. PRUEBAS CONTRADICTORIAS. AUTO DE FORMAL PRISIÓN. *Tratándose del auto de formal prisión y en presencia de pruebas contradictorias, basta conque las de cargo sirvan para demostrar la existencia del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del procesado para que los presupuestos de*

Finalmente, el dictamen apunta que:

(...) optar por una ruta contraria, argumentándose que es materia exclusiva de la sentencia valorar pruebas contradictorias, implicaría falta de visión contextual y teleológica de los presupuestos, el significado y las implicaciones de un formal proceso penal. Además de simulación. Pues no sólo se afectan garantías individuales, sino que en no pocas ocasiones se confunde y engaña a la comunidad con espejismos de una "probable" responsabilidad. De la que en realidad no puede racional y jurídicamente esperarse su plena demostración en los tiempos rígidos del proceso. Con lo que en nada se ayuda a la Justicia. Ni tampoco al ofendido o a las víctimas. Ni al interés social de que si existió realmente un delito: éste no debe quedar impune. Fenómeno que en la práctica se podría multiplicar. Bien porque dictándose con ligereza un auto de formal prisión, luego se llega al juicio absolviendo al acusado —por insuficiencia de prueba del delito o de su responsabilidad—. Lo que ya era evidente o presagiable desde el auto de formal prisión. Iniquidad que si no es más grave, tampoco es menor que si indebidamente se le condena. Quedando como únicos vencedores el delito y su responsable (si es que uno y otro existieron.) Y, en todo caso, la impunidad. No el acusado. Ni el ofendido o legitimados a la reparación del daño. Ni la sociedad. Ni la ley. Ni mucho menos la Justicia.⁵⁹³

El dictamen transcrito en las partes esenciales que aquí interesan, es elocuente por sí mismo y no requiere de mayor explicación para saber con certeza que el Congreso del Estado de Coahuila —como parte del Constituyente Permanente— optó por un camino sano al señalar con claridad cuáles son los contenidos conceptuales de las «categorías procesales» del «cuerpo del delito», de la «responsabilidad penal» y de la «causa probable» de ésta última en la reforma de 1999 a los artículos 16 y 19 C. La postura coahuilense buscó así evitar una "flexibilización" irracional de los requisitos para resolver órdenes de aprehensión y dictar autos de formal prisión, al ajustarlos a límites que mantengan el rumbo del Estado Mexicano hacia un estado de derecho. Así mismo, aunque el dictamen respeta las diversas posturas dogmáticas que hay en la doctrina con relación a la concepción del delito:

Es clara la afiliación doctrinal al menos finalista en el dictamen, al separar el dolo y la culpa de la culpabilidad, lo cual no admite el causalismo, pues para él el dolo y la culpa son formas en las que se manifiesta la misma culpabilidad.

C. La regulación en el CFPP, el CPPDF y el CPPC, del cuerpo del delito, de la responsabilidad penal y de su causa probable. Las reformas a los artículos 16 y 19 C. con relación a las categorías procesales de cuerpo del delito, responsabilidad penal y causa probable se tradujeron en las correspondientes reformas a los códigos de procedimientos penales en los ámbitos federales y comunes. El artículo 168 del CFPP se reformó por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de mayo de 1999, con el tenor literal siguiente en sus párrafos segundo y tercero:

(...) Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

(...) La probable responsabilidad del inculcado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del inculcado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad

A su vez, el párrafo tercero del artículo 272 del nuevo CPPC, que inició su vigencia el 1° de septiembre de 1999, dispone:

legalidad de tal mandamiento, a la luz del artículo 19 constitucional, se surtan, quedando para el momento de dictar sentencia el estudio de las pruebas de descargo. Tribunal Colegiado En Materia Penal del Séptimo Circuito. Apéndice de 1995. Parte: TCC. Tomo II, Tesis 687, p. 417

⁵⁹³ *Dictamen* que se aprobó por unanimidad por el Pleno de la LIV Legislatura del Estado de Coahuila, —el 16 de diciembre de 1998— en la ciudad de Saltillo, al resolver como miembro integrante del Constituyente Permanente, la reforma a los artículos 16, 19, 23 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Congreso del Estado, Saltillo, Coah., p. 99. Nota: Ese dictamen se envió el mismo día al Congreso de la Unión, y en sus puntos resolutorios determina: "Se envía al Congreso de Unión para constancia de los motivos, precisiones y consideraciones por las que se aprobó la reforma constitucional propuesta a los artículos 16 y 19 C." Debo señalar que redacté el dictamen cuyas partes más importantes transcribo en este trabajo —como diputado y coordinador de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales de la LIV Legislatura de Coahuila—. Así como también participé en su votación aprobatoria unánime, tan por aquella Comisión, como por el Pleno de la propia LIV Legislatura. Cabe hacer notar que ningún partido político tenía mayoría en la LIV Legislatura de Coahuila; ni tampoco la tuvo en la sesión del mismo Pleno.

(...) Por cuerpo del delito se entenderá la concreción histórica de los elementos del tipo penal que sean materiales o descriptivos y normativos, con inclusión de la culpa en su caso; considerados de manera impersonal.

Por su parte, el artículo 274 del mismo CPPC señala que:

(...) El juzgador comprobará las categorías procesales necesarias para ejercitar la acción penal cuando este código lo indique. Para ello verificará:

I. CUERPO DE DELITO. La prueba del cuerpo del delito, a través de la concreción histórica de los elementos del tipo penal que sean materiales o descriptivos y normativos, con inclusión de la culpa en su caso, que sean esenciales para la punibilidad del hecho; los que estimará de manera impersonal.

II. PROBABLE RESPONSABILIDAD. La probable responsabilidad del inculpado. Ésta se conformará cuando: 1) En favor de aquél falte prueba de excluyente de delito por impedir la antijuricidad o la culpabilidad; y, 2) Haya datos bastantes de una o más formas de intervención típica del inculpado; así como, en su caso, de los elementos subjetivos específicos del tipo penal; igualmente, del dolo y de la culpabilidad de aquél.

Para apreciar los elementos subjetivos específicos, el dolo y la culpabilidad, se estará a lo que previenen el código penal y este código.

Existirán datos bastantes: Cuando haya indicios graves que concurren o concuerden sobre el tema a demostrar; sin contraindicios de igual eficacia, a menos que se puedan descartar.

Contrasta con las anteriores la regulación que se hace en el CPPDF del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal —y más aún respecto a la "causa probable"—. En efecto, el párrafo segundo del artículo 122 del CPPDF dispone:

(...) El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

Mientras que párrafo tercero del mismo artículo 122 prevé:

(...) En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito.

Y por último, el párrafo cuarto del precitado artículo 122 preceptúa:

(...) La probable responsabilidad del inculcado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar dolo o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.

Ahora bien, en primer lugar, entre el tenor del artículo 268 del CFPP, el de los artículos 272 y 274 del CPPC y el del artículo 122 del CPPDF hay variantes importantes en cuanto al contenido de las categorías procesales del cuerpo del delito y la responsabilidad penal, así como de la causa probable de la última.

1. Respecto al cuerpo del delito: Mientras que el CPPC incluye en el cuerpo del delito a los elementos "normativos" sin distinción, dentro de los cuales está la lesión o peligro de lesión al bien jurídico protegido: los CFPP y CPPDF parecen pasar por alto tal elemento normativo del tipo penal de carácter permanente, aunque no siempre está expreso sino con frecuencia se halla implícito en el tipo penal. Sin embargo, se puede interpretar que aquél elemento está sobrentendido en la expresión "...elementos «objetivos»..." del 168 del CFPP y del 122 del CPPDF. Asimismo, el CPPDF y el CPPC consideran a la culpa como parte del cuerpo del delito, por estimarla un elemento normativo. Y, por lo tanto, sobre las circunstancias fácticas que le dan origen debe haber prueba, sin que sea suficiente la «causa probable» de ella. Empero, la situación no debiera ser distinta en el CFPP, pues los elementos normativos que integren al tipo penal culposo, por tener un carácter «objetivo» son parte del cuerpo del delito de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 168 del CFPP. De

aquí que la previsión del párrafo tercero del mismo artículo al igual que la del párrafo tercero del artículo 122 del CPPDF, en el sentido de que dentro de la causa probable de la responsabilidad penal se debe examinar “la comisión culposa (...) del delito”, se deba entender referida tan sólo a la intervención específica del inculpaado y al aspecto «subjetivo» de su culpa, cual es el que en la comisión del delito, la dirección y meta de la voluntad del inculpaado hayan sido discrepantes del resultado, para así excluir al dolo. Por su parte, el artículo 122 del CPPDF no sólo incluye a los elementos normativos expresos como parte del cuerpo del delito, sino plausiblemente también involucra a los subjetivos de tal índole que llegue a contener el tipo penal delictivo de que se trate.

De todo ello también se sigue que debe quedar desterrado el antiguo error —y en el cual todavía se incurre— de confundir al cuerpo del delito con el instrumento con el que se cometa el delito o con el objeto —cosa o persona— sobre los que recae la conducta típica o bien con los rastros, huellas o reliquias que pueda dejar la conducta delictuosa, pues tales evidencias físicas podrán ser útiles para demostrar el cuerpo del delito, pero de ninguna forma constituyen su contenido conceptual moderno, ni siquiera en su acepción más restringida como realización objetiva-material del tipo penal en un momento histórico determinado. Actualmente Miguel Ángel Mancera Espinoza opina lo contrario⁵⁰⁴, quien en un estudio reciente hace un buen recuento de las diversas acepciones que ha tenido y tiene el tipo penal en la doctrina, pero de las cuales difícilmente se puede encontrar el asidero para sostener una opinión así, ni siquiera con base en los antecedentes legislativos históricos del siglo XIX y principios del siglo XX respecto a la C. de 1917 ni en los criterios de la SCJN, como se verá más adelante.

2. Respecto a la probable responsabilidad penal. El legislador federal secundario omitió incluir dentro de la “responsabilidad penal” a los elementos subjetivos «específicos» del tipo penal. (A los que tampoco se refiere en la noción del cuerpo del delito.) Y dejó así una laguna reprochable. La que al menos sería deseable se remedie por la judicatura, tan del orden penal federal como la de amparo en su caso, atendiendo a los motivos y razones de los dictámenes que emitieron el Congreso de la Unión y la Legislatura de Coahuila para aprobar la reforma a los artículos 16 y 19 C. Por otra parte, si bien es cierto que los artículos 168 del CFPP y 122 del CPPDF parecieran no incluir a la culpabilidad como materia de la responsabilidad como categoría procesal, sino sólo al dolo o la culpa, también lo es que aquel extremo sí lo implican dichos artículos. Así se obtiene de la interpretación en sentido contrario del párrafo tercero del artículo 168 del CFPP y del párrafo cuarto del artículo 122 del CPPDF, cuando el primero se refiere a que “no exista acreditada a favor del indiciado alguna... excluyente de culpabilidad” y el segundo alude, asimismo, a “...que no esté acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito”.⁵⁰⁵ Lo que, además, indica que el «dolo» y la «culpa» son nociones distintas a la de «culpabilidad», apuntando así a un examen y valoración del delito diferente al de las

⁵⁰⁴ Miguel Ángel Mancera Espinoza, “¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?”, Academia Mexicana de Ciencias Penales, *Criminología*, año LXIV, N° 2, mayo-agosto, Editorial Porrúa, S.A., México, DF., 1998, pp. 3 a 14.

⁵⁰⁵ Las comillas son mías.

tradicionales tesis causalistas. Situación esta que ha destacado con elocuencia y razones muy amplias y sólidas Enrique Díaz Aranda en múltiples estudios y trabajos al respecto.⁵⁶⁶

Aún así las formulas de los artículos 168 del CFPP y 122 del CPPDF permiten indebidamente al Ministerio Público no acreditar —y eximen al juez el que verifique— los datos con los que se deba estimar «culpable» al indiciado, pues aquella formula legal sólo se refiere a que no esté acreditada causa de inculpabilidad. Asimismo, desatienden la exigencia constitucional de que haya causa probable de la misma que se base en datos bastantes, pues el artículo 19 C. exige que la responsabilidad sea “probable” por soportarse en “datos bastantes”, lo cual no es lo mismo que “...medios de prueba de los que se deduzca...”. Igualmente, el CFPP al referirse a la manifestación material de la responsabilidad penal alude a la expresión genérica de “participación” del inculgado, expresión que aunque es de uso común en la práctica forense e incluso en la doctrina, no deja de ser amplia y equívoca. Implica mayor seguridad jurídica la locución “una o más formas típicas de intervención” que emplea el artículo 274 del CPPC, la que no deja duda alguna de qué es lo que el Ministerio Público debe acreditar y precisar —así como el juez verificar— como componente de la «probable» responsabilidad penal del inculgado —tan en su aforo material, como subjetivo y normativo—, esto es, la o las formas «específicas» de intervención típica en el delito que probablemente asumió el inculgado en el hecho y que sean coincidentes con las que prevé la ley penal (artículos 13 del CPF, 22 del CPDF y 20 a 22 del CPC), en vez de una genérica “participación” del inculgado. Contrasta con la regulación anterior, el artículo 122 del CPPDF, pues deja dentro de la materia de la responsabilidad penal sólo “...el obrar doloso o culposo en el delito...” y con ello, correctamente a mi juicio, incluye congruentemente dentro de los elementos objetivos del tipo penal —a acreditarse como parte del cuerpo del delito— la forma externa o material de intervención del inculgado.

Ahora bien, al incluir la reforma del artículo 168 del CFPP, al dolo, la culpa y la culpabilidad como contenidos de la responsabilidad penal, se enriqueció legislativamente el contenido de esa categoría procesal, con relación al que tenía antes de 1993. Esta versión se refería tan sólo a la “participación” del inculgado, la cual antes dio pie en cierta medida a la perniciosa jurisprudencia de que en ese momento procesal no cabía examinar el dolo o la culpa —menos aún la culpabilidad— pues ello sólo era materia de la sentencia.⁵⁶⁷

D. Reflexiones adicionales y propuestas acerca de la regulación vigente en el CFPP, el CPPDF y el CPPC con relación al cuerpo del delito y la causa probable de responsabilidad penal.

1. Con relación al cuerpo del delito. No se debe pasar por alto que podría ser cuestionable que el CFPP y el CPPC incluyan dentro de la responsabilidad penal a la “participación” o “intervención” del inculgado respecto a su aforo material u objetivo. (Pues todas las “formas de intervención” tienen una manifestación externa o material y otra subjetiva.) Ya que el aspecto material u objetivo de la intervención del inculgado, por ser de ese

⁵⁶⁶ Enrique Díaz Aranda, *Cuerpo del delito: Causalismo y finalismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001; “Cuerpo del delito ¿causalismo o finalismo?”, en *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, en coautoría con Enrique Gimgemat Ordeig, Christian Jäger y Claus Roxin; Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001 y *Dolo, Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Editorial Porrúa, S. A., México, 2001, pp. 163 y ss.

⁵⁶⁷ Ver *INTRODUCCIÓN*, núm. VI: Las aporías, las falacias y las distinciones en la jurisprudencia:

carácter debería pertenecer al «*corpus delicti*» si se entiende que éste es la concreción histórica del conjunto de elementos objetivos o externos del tipo penal. En tal aspecto es indiscutible que el legislador del Distrito Federal asumió una postura más acorde con los ideales de un estado de derecho. Lo anterior sin que se desconozca el criterio que al respecto sustentó la SCJN antes de 1993, en el cual siempre consideró que el cuerpo del delito era una cuestión impersonal y que la «participación» del inculpaado era tema de la responsabilidad penal. A ese criterio aludió el dictamen del Congreso de la Unión. Pero sin que tampoco se desatienda otra importante consideración que hizo el Constituyente por parte de la Legislatura Coahuilense con relación a la estimación «impersonal» del cuerpo del delito. En su dictamen señaló:

(...) No es odioso, sino pertinente y necesario subrayar, que la pretendida "despersonalización" del cuerpo del delito es de por sí una ficción y ella encuentra su excepción en los casos en que era ya imposible antes de 1993 y será de nuevo imposible a partir de 1999. Ya que la "personalización" se enzarza necesariamente al cuerpo del delito cuando en la concreción histórica del tipo delictivo, por la configuración de éste con elementos subjetivos, implica referir necesariamente la conducta legalmente descrita a persona determinada como su autor y, por ende, individualizarlo procesalmente en el ámbito de la prueba. Es decir, a quien precisamente haya llevado a cabo la concreción histórica del tipo penal en su aspecto externo. (...) La "personalización" del cuerpo del delito se impone por vía adicional, cuando el tipo penal hace referencia a una específica calidad, condición o relación personal del autor. Porque entonces es preciso, al verificar esos extremos como parte del cuerpo del delito, atender al sujeto que en lo particular llevó a cabo la conducta descrita en el tipo penal. Así sucederá normalmente, cuando se trate de indagar la condición de "cónyuge" en el adulterio y en la bigamia. El carácter de "administrador", "juez", "abogado o patrono litigante", en los delitos de administración fraudulenta, prevaricación o asistencia dual contradictoria. Lo mismo que la de "servidor público", en el peculado, cohecho, negociación incompatible, etc. (...) En todos esos casos, ejemplificativamente enunciados, no se puede negar que la ley penal establezca un carácter "personalizado" al injusto. Es decir, al tipo penal. Y que como figura procesal, dentro del cuerpo del delito es igualmente personal. A grado tal que por esta vía también se confirma que el cuerpo del delito no se puede contemplar de ordinario como una cuestión "impersonal". Es decir, sin ligar a quien en lo particular llevó a cabo la conducta típica, lo que se debe acreditar al menos como parte de los elementos objetivos o externos del tipo penal.⁵⁹⁸

Dicha situación es válida por igual respecto a los elementos subjetivos específicos del tipo, en tanto ellos también personalizan al cuerpo del delito, como ya se reconoce ahora en la tesis siguiente:

CUERPO DEL DELITO. FORMAN PARTE DE ÉL LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS DISTINTOS AL DOLO. De la interpretación armónica y sistemática de los preceptos 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 15, fracción II, del Código Penal Federal, se desprende que los elementos subjetivos específicos distintos al dolo forman parte del cuerpo del delito, en primer término, por encontrarse contenidos en la descripción típica (cuando así se observe de la misma), al igual que los elementos objetivos y normativos; en segundo lugar, en virtud de que los aspectos que integran la probable responsabilidad versan exclusivamente sobre la participación dolosa o culposa del inculpaado en el injusto, la existencia de las causas de licitud y las excluyentes de culpabilidad. En este orden de ideas, al dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según sea el caso, esas ultraindicaciones —como se les conoce en la dogmática penal—, deben analizarse por los tribunales como elementos del cuerpo del delito; sin embargo, al dictarse el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, los elementos subjetivos específicos distintos al dolo no requieren acreditarse a plenitud, toda vez que las excluyentes del delito que se actualicen por falta de dichos elementos, deben analizarse por el juzgador con posterioridad al dictado de tales determinaciones.⁵⁹⁹

Y la necesaria personalización del cuerpo del delito para nada es incompatible con la idea de un sólo tipo penal que rige básicamente para todos los que hayan intervenido típicamente en el delito. Pues es inadmisibles que en aras de esa personalización se pueda sostener —como parece ser que se estimó por algunos durante la vigencia de la reforma de 1993-99 a los artículos 16 y 19 C.— que habría tantos tipos y delitos como intervinientes hubo en un delito. Eso es desconocer el carácter accesorio que tienen las conductas ajenas al autor que realiza los elementos del tipo penal y que, por lo tanto, no hay tantos tipos penales ni delitos como sea el número de quienes intervengan típicamente en un delito, sino que hay un solo tipo penal delictivo —y un solo delito— al cual varios concurren en su comisión y que tal postura la sostienen no solo el causalismo sino

⁵⁹⁸ Ídem., *Dictamen*, Saltillo, Coah., México, 16 de diciembre de 1998, pp. 62 y 63.

⁵⁹⁹ S. J. F. Materia: Penal. Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Clave: I.6o.P., Núm.: 20 P. Amparo en revisión 1956/2000. 28 de febrero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Luis Fernando Lozano Soriano.

también el finalismo como la mayoría de las tesis funcionalistas. Y porque no es solo mucho más sensato sino, además, ajustado a Derecho y a los fines del proceso, que se considere a los supuestos legales de las formas típicas de intervención como elementos accesorios del tipo. Esto es, sujetos a la realización del tipo por el o los autores y que, por tanto, a los supuestos legales de las demás formas conductuales se les estime como dispositivos amplificadores del tipo al cual concurren —y, por consecuencia, como parte del cuerpo del delito— a que se les aprecie como meras causas de extensión de la responsabilidad o de la pena, toda vez que es un contrasentido que se puedan ampliar responsabilidades y penas a conductas atípicas.⁶⁰⁰ En tal sentido se apunta ahora la posición de la Academia Mexicana de Ciencias Penales en su “Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno”, al sostener que: (...) La base del procedimiento penal reside en la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Aquél comprende todos los elementos recogidos en la descripción legal. Es inaceptable que se formulen consignaciones sin acreditar alguno de los elementos del cuerpo del delito.⁶⁰¹ De aquí que en tal contexto:

El legislador secundario —al menos el federal y el de Coahuila— bien pudo —y debería aún— incluir dentro del cuerpo del delito a las formas típicas de intervención en su forma externa, tal como así se desprende que se hizo en el artículo 122 del CPPDF. E incluso, nada impide al legislador secundario incluir dentro del cuerpo del delito a todos los elementos subjetivos del tipo penal —esto es, no sólo a los subjetivos específicos como se hace en el artículo 122 del CPPDF, sino, además, al dolo—, dejando a la culpabilidad como materia exclusiva de la responsabilidad penal.

Es más, aún admitiendo que lo anterior no se implicase en los vigentes artículos 16 y 19 C reformados, recuérdese que el artículo 1° C. prohíbe restringir, pero de ningún modo impide ampliar las garantías. Y todo ello no sería en lo absoluto novedoso. Porque es bien cierto que gran parte de los códigos procesales penales de la república siguieron en su tiempo los moldes normativos de los códigos de procedimientos penales de la Federación y del Distrito Federal (artículos 168 y 122, respectivamente), en tanto que esos códigos disponían que el cuerpo del delito se satisfacía con “la comprobación de los elementos materiales de la infracción”. Es decir, preceptuaban que aquél se estructuraba sólo mediante el cambio que sufre el mundo exterior como consecuencia de una conducta punible prevista en la ley. Con lo que para decidir la existencia del cuerpo del delito no importaban los elementos subjetivos y normativos del tipo penal. Pero también es verdad por igual que desde 10 años antes de la reforma constitucional de 1993 y a 15 años de la reforma de 1999, el 14 de diciembre de 1983 se reformaron el CFPP y el CPPDF —reformándose en el mismo sentido un número considerable de códigos procedimentales de la república entre los que se cuenta Coahuila—, en los que ya resultó indudable que el legislador identificó al cuerpo del delito con la concreción histórica de todos los elementos del tipo penal. Pues aquellos artículos 168 y 122 literalmente dispusieron que: “*Se tendrá por acreditado el cuerpo del delito cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos, según lo determina la ley penal*”. En el mismo orden de ideas, es igualmente cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación defendió la idea de que el cuerpo del delito era lo mero externo, objetivo o material de la infracción penal. Pero igual lo es que aún desde mucho antes de 1983 la doctrina de nuestro máximo tribunal empezó a aceptar a los elementos “subjetivos” como integrantes del

⁶⁰⁰ Ver al respecto los números I y IV-A-1-a, del Capítulo Décimo Tercero.

⁶⁰¹ Academia Mexicana de Ciencias Penales, “Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno”, *Criminología*, op. cit. p. 27.

"corpus delicti" en orden a algunos ilícitos penales, como en la difamación y las injurias.⁶⁰² Y también es verdad que desde antes de 1983 hay ejecutorias en las que ya francamente se identifica al corpus delicti con el tipo penal en su plenitud. Según se advierte de las tesis siguientes:

CUERPO DEL DELITO. Siendo la comprobación del cuerpo del delito la base del proceso penal, no estando acreditados en forma alguna los elementos constitutivos del tipo delictivo, no puede declararse la responsabilidad penal.⁶⁰³

CUERPO DEL DELITO. La comprobación del cuerpo del delito es la base del proceso, por lo tanto, no estando acreditados la totalidad de los elementos constitutivos del tipo delictivo, pero ni siquiera la modalidad del mismo, no puede declararse la responsabilidad jurídica penal.⁶⁰⁴

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. Comprobar el cuerpo del delito es demostrar la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos tal como lo define la ley, al considerarlo como delito y señalar la pena correspondiente.⁶⁰⁵

En el campo de la doctrina mexicana, también encontramos una arrolladora mayoría de reconocidos juristas que se resolvieron y pronuncian, de una u otra forma, por la identificación del cuerpo del delito con el tipo penal y la tipicidad. Entre otros, podemos mencionar a Guillermo Colín Sánchez, quien asimila la corporeidad de la infracción con el tipo penal.⁶⁰⁶ Suscribiéndose en similar trinchera Mariano Jiménez Huerta.⁶⁰⁷ Por su parte, Rivera Silva habló del delito real que encuadra en el delito legal (tipo penal).⁶⁰⁸ En su turno, identifican decididamente al corpus delicti con la tipicidad: Franco Sodi; Francisco Acuña Griego; Eduardo Herrera Lasso y G; Porte y Pérez Peña; Enrique Díaz Aranda, Olga Islas y Elpidio Ramírez.⁶⁰⁹

Los antecedentes históricos de la expresión "cuerpo del delito" que se consignó en el artículo 19 de la Constitución en 1917, son iguales de elocuentes. En efecto, en mayo 15 de 1856, la expresión cuerpo del delito alcanza por primera vez rango constitucional en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana. El que en su artículo 44 estableció al respecto:

(...) La autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por más de cinco días, sin dictar el auto motivado de prisión, del que se dará copia al reo y a su custodio, y para el cual se requiere que esté averiguado el cuerpo del delito y que haya datos suficientes, según las leyes, para creer que el detenido es responsable; y que se le haya tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión y de quien es su acusador, si lo hubiere.

Con relación a este proyecto y la noción del cuerpo del delito, Herrera Lasso apuntó:

(...) aún cuando hayan disminuido la importancia del artículo transcrito, la incompleta vigencia del Estatuto y la negativa implícita de los Constituyentes de 1856 a incluir el concepto en la entonces próxima Constitución; lo cierto es que en él se aprecian ya con nitidez las exigencias probatorias que fueron base de nuestro moderno artículo 19. Certeza del cuerpo del delito y al menos duda positiva de la responsabilidad.⁶¹⁰

⁶⁰² S. J. F., Sexta Época, Segunda Parte, Tomo XVII, pág. 685.

⁶⁰³ S. J. F., Boletín, Primera Sala, 1960, pág. 629.

⁶⁰⁴ S. J. F., Boletín, Primera Sala, 1959, pág. 141.

⁶⁰⁵ Apéndice al S. J. F., 1985, Segunda Parte, Primera Sala, pág. 184.

⁶⁰⁶ Guillermo Colín Sánchez, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1964, pág. 275.

⁶⁰⁷ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, op. cit., pp. 30 y ss.

⁶⁰⁸ Manuel Rivera Silva, op. cit., pp. 161 y 162.

⁶⁰⁹ Ver *El Cuerpo del Delito y la Teoría de la Tipicidad, Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa, S.A., Año VIII, N° 7, marzo 1° de 1942, pp. 392 y 394. Además, Enrique Díaz-Aranda, *Cuerpo del delito: Causalismo y finalismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001. Aunque cabe señalar que en esa obra y más precisamente en su libro *Dolo, Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Editorial Porrúa, S. A., México, 2001, pp. 163 y ss., Díaz-Aranda respeta ahora las distinciones del constituyente de 1999 respecto al contenido de cuerpo del delito y responsabilidad penal.

⁶¹⁰ Eduardo Herrera y Lasso, *El cuerpo del delito, Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa, S.A., Año XXXIX, N° 11-12, México, DF, nov.-dic., 1973, pág. 488.

El segundo y directo antecedente del artículo 19 Constitucional de 1917 con relación al cuerpo del delito, lo conforma el Proyecto de Reforma Constitucional de 1916, de la Secretaría de Justicia. El que en lo conducente estableció:

(...) Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión que tendrá como base, la comprobación del cuerpo del delito, el indicio, cuando menos de culpabilidad del acusado y los demás requisitos que establezca la ley.

La importancia de este segundo antecedente por lo que toca al cuerpo del delito se pone también de relieve por Herrera Lasso. Pues el autor del Proyecto fue el abogado Fernando Lizardi. Quien poco después llegó a Constituyente. Ya que en la discusión relativa a aquél Proyecto y en cuanto al cuerpo del delito, objetó su concepto José Diego Fernández. Quien no consideraba *"requisito indispensable para el auto de formal prisión la comprobación del cuerpo del delito"*. Pues creía que... *[S]ospechas vehementes bastaban para fundarlo*. A lo que Lizardi replicó: *[Q]ue es un principio aceptado por toda la teoría, en toda la jurisprudencia de Derecho Penal, que no se pueda proceder siquiera a la detención, ni menos a la formal prisión de un individuo, mientras no esté comprobada la existencia de un hecho delictuoso. Y comprobar el hecho delictuoso es comprobar el cuerpo del delito.*⁶¹¹ Dicho Proyecto se aprobó internamente por la Comisión con cuatro votos contra uno. Y en su esencia aparece luego en el Proyecto de Constitución que presentó Carranza el 1° de diciembre de 1916. En su redacción definitiva intervino el abogado José Natividad Macías. Y el texto pasó en diciembre 22 de 1916 a la consideración de la Asamblea Constituyente, acompañado con el Dictamen de la Comisión. La Comisión se integró por Francisco J. Múgica, Alberto Román, L. G. Monzón, Enrique Recio y Enrique Colunga. Quienes en el Dictamen sugirieron solo *"una enmienda de estilo en la primera parte del párrafo segundo del artículo, para hacer más claro el concepto"*.⁶¹² Pero los párrafos primero y tercero permanecieron sin cambio. Aprobándose sin discusión y por unanimidad de 165 votos en la fecha indicada. En el dictamen correspondiente se expresó que: (...) El artículo 19 del Proyecto de Constitución es idéntico, substancialmente, al de la Constitución de 1857; pero en el proyecto se precisan los requisitos mediante los cuales debe dictarse el auto de formal prisión; así es que la garantía queda mejor definida y asegurada"⁶¹³ La precisión de los requisitos mediante los que quedó mejor asegurada la garantía del auto de formal prisión y que no incluía el artículo 19 de la Constitución de 1857, corresponde, específicamente, a que en el auto de formal prisión se debían expresar: (...) *El delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad penal del acusado.*

Ahora bien, conociendo la autoría de Lizardi, quién a la postre fue constituyente. Así como el antecedente histórico inmediato de la innovación textual que se hizo al artículo 19 Constitucional en su primer párrafo, respecto al cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal. Al igual que los conceptos vertidos por el mismo Lizardi en cuanto al propio cuerpo del delito, identificándolo con la "existencia de un hecho delictuoso". Teniendo presente, además, que en la redacción definitiva del texto del artículo 19 que se presentó a la asamblea constituyente, intervino el destacado abogado José Natividad Macías. Al igual que en la Comisión lo

⁶¹¹ Idem.

⁶¹² XLVI Legislatura del Congreso de la Unión, *Derechos del Pueblo Mexicano*, Tomo IV, Cámara de Diputados, México, 1967, pp. 190 y 191.

⁶¹³ Idem.

hizo Hilario Medina. Juristas todos ellos. Y por último, que como juristas es incuestionable que hayan fijado su atención en la evolución del concepto del cuerpo del delito del Código de Procedimientos Penales, que en 1880 requería *“la probación del hecho o de la omisión que la ley reputara como delito”* y la que luego tuvo el artículo 104 del código de 1894, que estableció *“comprobar la existencia de todos los elementos del delito, teniendo siempre implícita la presunción del dolo”*; para finalmente en 1909, disponer que *“para comprobar el cuerpo del delito se debía justificar los elementos del hecho delictuoso”*. (Fórmula igual en lo esencial a la que estableció el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales desde diez años antes de 1993. Pues aquél disponía: (...) *Todos los delitos que por este Código no tengan señalada una prueba especial, se justificaran comprobando todos los elementos que los constituyen, según la clasificación que de ellos haga el Código Penal.*) No cabe menos el que concluir entonces que en la Constitución de 1917 se equiparó el cuerpo del delito con la concreción histórica de los elementos de un tipo penal. O como lo dijo Lizardi —con simpleza y pulcritud—: *cuerpo del delito es igual a la existencia de un hecho delictuoso*. Lo que se ponía ya de manifiesto en el contexto del propio primer párrafo del artículo 19 constitucional de 1917. Y el cual no pudieron eludir las reformas de 1998-99 al mismo artículo 19 C.: en cuanto que el juez, en el auto de formal prisión debe expresar: (...) *el delito que se impute al acusado y los elementos que lo constituyen: Esfera normativa. Y (...) lugar, tiempo y circunstancias de ejecución: Esfera fenoménica e histórica.*

En el anterior orden de ideas, si el original artículo 19 Constitucional de 1917 exigía que al dictar un auto de formal prisión se exprese el delito que se impute al acusado y los elementos que lo constituyen. Debla evitarse ver a esa exigencia como mero formulismo de mencionar, en abstracto, los elementos del delito en general. Es decir, la conducta típica, antijurídica y culpable. Sino la de precisar los elementos del tipo penal del delito que en particular que se ha de examinar jurisdiccionalmente. A efecto de constatar su existencia en el mundo de relación. Y obviamente que el artículo 19 C. no se refería a los elementos del delito considerado dogmáticamente en su aspecto sustantivo. Pues el delito informa procesalmente no solo al cuerpo del delito, sino, además, a la responsabilidad penal. Por lo tanto, se deduce que el precepto de nuestra carta fundamental aludía a los elementos del tipo penal de un delito. Así pensó también Herrera Lasso, al razonar que de acuerdo al artículo 19 C.: (...) la entidad delito consta de tres partes: a. Un concepto de derecho positivo: *“el delito que se impute al acusado y los elementos que constituyen aquel”*. O sea, el tipo penal. b. Un juicio de atribución provisional. Que es, obviamente, la *“responsabilidad probable”*. c) Elementos de hecho: *“lugar, tiempo, circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa”*. De las tres partes anotadas, la única precisa, por su rigidez, es el tipo penal. En consecuencia, con él habrá que confrontar los hechos y circunstancias para que operen las garantías de libertad contenidas en el precepto. En consecuencia, podemos afirmar que el cuerpo del delito es el conjunto de elementos del hecho comprendidos en los términos ejecución y sus circunstancias, en cuanto cumplen el tipo penal.⁶¹⁴

En síntesis, tanto del análisis histórico y lógico jurídico del original artículo 19 C., como del derecho secundario antes de la reforma a los artículos 16 y 19 C. de 1993 y antes del artículo 19 C. de 1917; amén de lo que se

⁶¹⁴ Eduardo Herrera y Lasso, El Cuerpo del delito, *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa, S.A., Año XXXIX, N° 11-12, nov-dic. , México, DF.1973, p. 490.

sostuvo en diversas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia antes de 1993 y por la gran mayoría de los tratadistas que se ocuparon del tema:

Antes de la reforma a los artículos 16 y 19 C. de 1999, el cuerpo del delito se integraba a través de una concreta conducta o hechos típicos históricamente delimitados. O dicho de otro modo, implicaban una misma idea conceptual el cuerpo del delito y una concreta conducta o hecho que reuniese todos los elementos del tipo penal de un delito. Sin olvidar que, en estricta puridad, el cuerpo del delito es la concreción histórica del tipo penal de un delito. Y la tipicidad es el juicio que se forja acerca de su existencia.

Fue la reforma a los artículos 16 y 19 C. de 1999 —con base en los motivos del dictamen del poder reformador de la Constitución— que realmente permitió restringir el contenido de aquella categoría conceptual. Retrocediendo así —con una sola frase— más de una centuria en un concepto cuyo contenido jurídico se vino enriqueciendo durante más de cien años de experiencias doctrinales y judiciales mexicanas. Más sin que nada impida al legislador secundario para que amplíe la garantía haciendo acorde el contenido del cuerpo del delito con todos los elementos del tipo penal. Lo cual, además, permite más seguridad jurídica y, lo que es igual o más importante, garantiza mejor que no se inicien procesos con pruebas débiles acerca de la intervención dolosa o culposa del inculpaado que a la postre den pie a la impunidad y todo ello a costa de las libertades individuales.

2. Con relación a la «causa probable» de responsabilidad penal. Mientras no se retome la idea originaria constitucional y que subyace en el texto vigente del artículo 19, vuelve a tener suma trascendencia el contenido conceptual de lo que es la «causa probable» de la intervención o participación del inculpaado como parte de la responsabilidad penal. Esto es, en cuanto respecta a la categoría procesal de la responsabilidad penal, por la que se debe examinar siempre si hay «datos bastantes» que indiquen que precisamente el inculpaado a través de alguna de las formas típicas de intervención admisibles —y que se determine de manera concreta— participó en el hecho con dolo o culpa y culpablemente. Tal como se precisó en el dictamen de la LIV Legislatura de Coahuila como parte del Constituyente Permanente y de acuerdo con lo que se aprobó la reforma de 1999 a los artículos 16 y 19 C. Sin que en ningún otro dictamen del Constituyente Permanente se oponga a ese entendimiento. El que se envió al Congreso de la Unión para que formara parte de los motivos y razones de lo que se consideró que se debía entender como «causa probable» de la responsabilidad penal en la reforma de los artículos 16 y 19 C. Porque la «causa probable» de la responsabilidad penal no se sustenta tan sólo en una simple “deducción” que se obtiene de los medios de prueba existentes acerca de “la participación dolosa o culposa del inculpaado” —como ahora lo señala e implica el párrafo tercero de los artículos 168 del CFPP y 122 del CPPDF—. Los que ni siquiera hacen referencia a la expresión “datos bastantes” que emplea el artículo 19 C. Más aún, cuando también omiten señalar que esos «datos bastantes» deben consistir en “indicios graves” que sean “concordantes o concurrentes” y “sin contraindicios de igual gravedad, a menos que se puedan descartar”. El tenor de los artículos 168 del CFPP y 122 del CPPDF al omitir la exigencia constitucional de “datos bastantes” —y sustituirla por la de “medios de prueba de los que se deduzca”— respecto a la causa probable de responsabilidad, dan pie a que con base en cualquier medio de prueba y con cualquier clase de indicio o indicios se pueda sustentar dicha causa “probable” de la responsabilidad penal. Y eso está muy lejos de lo que señala de manera expresa el mismo artículo 19 C. en cuanto que la “probable” responsabilidad del inculpaado se debe apoyar en “datos bastantes”.

La «causa probable» —de acuerdo al dictamen de la Legislatura de Coahuila, como miembro del Constituyente permanente, así como de la expresión «datos bastantes» del artículo 19 C. — se basa en una presunción cualificada por el número y la calidad de indicios que se obtienen de los medios de prueba, los que deben ser graves, concurrentes o concordantes y sin contraindicios de igual rango a menos que se puedan descartar. Tal como lo dice

el último párrafo del artículo 274 del CPPC con el tenor literal siguiente: Existirán datos bastantes —para que la responsabilidad sea «probable»— sólo cuando haya indicios graves que concurren o concuerden sobre el tema a demostrar; sin contraindicios de igual eficacia, a menos que se puedan descartar.

La incorrecta reglamentación en los artículos 168 del CFPP y 122 del CPPDF de la «causa probable» de la responsabilidad penal del inculcado (que prevé el artículo 19 C.), sí aparejó entonces una “flexibilización indebida” de los requisitos para librar ordenes de aprehensión y dictar autos de formal prisión que da margen al autoritarismo estatal. A lo que se opuso expresamente el Constituyente Permanente por las razones y consecuencias indeseables que se expusieron con amplitud. En tal sentido, es clara la aporía entre el desideratum constitucional y la norma legal secundaria. Porque con la amplia y vaga fórmula del párrafo tercero de los artículos 168 del CFPP y 122 del CPPDF acerca de la «causa probable» de la responsabilidad penal, se hace ineficaz aquella garantía de la carta fundamental. En ese aspecto, sí es incuestionable que con la reforma a los artículos 168 del CFPP y 122 del CPPDF se volvió al pasado con un gatopardismo trasnochado. Pues la reforma constitucional a los artículos 16 y 19 C. de 1993 exigió la prueba de la intervención y del dolo o culpa del inculcado. Y si en la reforma de 1999 se trató de aliviar la carga de la prueba respecto a tales extremos y para tales momentos procesales —orden de aprehensión y auto de formal prisión— *sí quedó de sobra en claro que la flexibilización de la prueba de ningún modo debía llegar a los extremos que ahora facilitan los artículos 168-párrafo-tercero del CFPP y 122 del CPPDF para una interpretación laxa y desvinculada del tenor y espíritu del artículo 19 C. que exige sustentar la probable responsabilidad en “datos bastantes”.* Más todavía cuando el párrafo segundo del artículo 135 del CFPP dispone que: *“las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizadas por el juzgador «después» de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculcado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo”.* Esto es, aunque desde la averiguación previa o dentro del plazo constitucional se llegare a demostrar que no hubo delito por inexistencia de elementos subjetivos del tipo penal: ¡el Ministerio Público tendrá que consignar y el juez iniciar un proceso penal sin que pueda estimar la prueba de la excluyente al resolver sobre la petición de la orden de aprehensión ni tampoco al definir la situación jurídica, sino que tendrá que dictar tal orden de aprehensión y el auto de formal prisión! Pero entonces, ¿cómo sería posible en esos casos fundar en la orden de aprehensión y en el auto de formal prisión la categoría de la probable responsabilidad respecto al dolo o a un elemento subjetivo específico?, pues si ya hay prueba que demuestra que falta el dolo o algún elemento subjetivo específico del tipo penal ¡es imposible que a la vez pueda haber datos bastantes que sí los hagan probables! En tal aspecto es indudable el carácter absurdo y anticonstitucional del párrafo segundo del artículo 135 del CFPP.

Para comprender aún mejor lo que se dice, concluyo con otras consideraciones del mismo dictamen del Congreso de Coahuila como miembro del Constituyente Permanente o del Poder Reformador de la C. en las reformas a los artículos 16 y 19 C. de 1999. Las que tienen íntima relación con el porqué es necesario que el proceso penal se inicie con bases firmes, de las que quepa esperar razonablemente que se pueda llegar al juicio y obtener una sentencia favorable a las pretensiones de la acción penal:

(...) En no pocas ocasiones, se ha caído en la seductora tentación de iniciar procesos penales con pruebas insuficientes y pedir el enjuiciamiento penal, aunque racional y jurídicamente no se puede esperar la condena del responsable. Además de lo injusto de un

medio que así se instrumenta, se genera sólo una ilusión de combatir la impunidad. Y con ello lo que en realidad se asegura es el éxito de esa impunidad. Porque después el espejismo de justicia se desvanece con la absolución del acusado. Y al final queda la arbitrariedad como única vencedora. No así las víctimas u ofendidos. Ni la sociedad. Ni la Constitución. (...) Ninguna duda cabe que la convicción plena del juzgador sólo se le exige al pronunciar sentencia y no antes. Como también ninguna duda existe que la Constitución exige una presunción «cualificada» de la responsabilidad. Para que, de ésta manera, se pueda racionalmente esperar la condena del inculpaado. Pues el fin no es procesar al inculpaado. El fin es la justa imposición de las penas, previo el establecimiento de la verdad en el debido proceso penal. Para lograr el fin está el medio: que es el debido proceso legal que se inicie y siga en contra de quién razonablemente se espera obtener su condena, porque ya desde antes de ejercitar la acción el Ministerio Público —al cual se le conceden amplísimas facultades en la C. y en las leyes para averiguar los delitos— debió averiguar exhaustivamente y probar el cuerpo del delito y obtener los datos bastantes de la probable responsabilidad penal del inculpaado. (...) Pero si fijamos la mira en procesar a cómo dé lugar. Sin contar con un principio confiable de la verdad histórica del hecho y de la intervención delictuosa del inculpaado, mismo que se obtenga durante la averiguación previa: además de afectar en muchos casos a personas inocentes, lo más posible es que faciitemos la impunidad en vez de combatirla. Pues los tiempos dentro del proceso penal juegan a favor del inculpaado ya que nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo delito. Y tan injusto es condenar a un inocente; como igual lo es absolver a un culpable cuando se pudo haber probado su responsabilidad. (...) Más aún, si por ligereza o interpretación irracional de los fines constitucionales del encausamiento penal, se inician procesos con base en elementos de prueba deleznales. Pues ello lo único que apuraría sería una “probable” consumación de la impunidad. Y, en cualquier caso, a la injusticia. Es preciso pues, evitar caer en espejismos de justicia. No se trata entonces sólo de iniciar más procesos penales. Se trata de iniciarlos con bases razonables de la verdad histórica y de conducirlos exitosamente, previo el debido proceso penal estructurado de acuerdo con los límites garantizadores de nuestra Constitución.⁶¹⁶

Es conducente ahora sí, ver cada uno de los elementos del tipo penal. El método para examinarlos en el Derecho Mexicano se impone por virtud de la exigencia constitucional de las categorías procesales del cuerpo del delito y responsabilidad penal que prevén los artículos 16 y 19 C y la regulación que hacen de ellas el CFPP, el CPPDF y el CPPC. Esto es, para adentrarnos primero a su aspecto objetivo, tan a los elementos materiales o descriptivos, como a los normativos del tipo penal. A los primeros es posible englobar con el nombre de tipo penal objetivo. Para enseguida y en capítulos aparte ver el dolo o culpa como elementos subjetivos o subjetivos-normativos del tipo penal. Conformando así el dolo al llamado tipo subjetivo. Mientras que la esencia de la culpa es primordialmente material-normativa, sin dejar de tener perfil subjetivo.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

⁶¹⁶ *Dictamen* que se aprobó por unanimidad por el Pleno de la LIV Legislatura del Estado, al resolver como miembro del Constituyente Permanente o del Poder Reformador de la Constitución, la aprobación a la reforma de los artículos 16, 19, 23 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Congreso del Estado de Coahuila de Zaragoza, Poder Legislativo, Dirección de Asuntos Legislativos y Parlamentarios, Saltillo, Coahuila, México, 16 de diciembre de 1998, p 25.

CAPÍTULO DÉCIMO

LOS LÍMITES AL TIPO PENAL: EL TIPO PENAL OBJETIVO

— I —

Los límites al tipo penal

El tipo penal es de por sí un límite al poder punitivo estatal. Pero el entendimiento del mismo tipo penal —que en sí ya debiese estar formulado correctamente en la ley en respeto a la garantía de certeza legal— está a la vez limitado por principios que se deducen de nuestro sistema constitucional. El tipo penal no debe ser interpretado cómo a cada quien se le antoje, ni siquiera es suficiente la interpretación meramente literal y contextual sino es que a la última se le acompasa con ciertos límites que se derivan de los derechos que la C. reconoce a las personas y con las garantías que ella instrumenta para preservar el ejercicio de una libertad humana responsable en el marco social. Esa tarea de ajuste se realiza tan en el tipo objetivo como por el tipo subjetivo. Por un lado, el tipo objetivo se delimita por el contenido material y normativo de las figuras típicas de cada delito y los dispositivos legales que amplifican a esa figura —elementos materiales o descriptivos y normativos del tipo penal— que siempre ha de suponer la realización de una conducta no permitida y con lesión o peligro de lesión significativos a un bien jurídico protegido. Y por el otro, ese contenido del tipo objetivo se ha de conciliar a la vez con ciertos principios jurídicos, los que se fundan en la libertad general de acción constitucionalmente reconocida para el debido desarrollo personal en el contexto social. En su turno, el tipo subjetivo surge también como reductor racional de un poder punitivo irracionalmente intolerable a efecto de que sólo pueda darse la concreción de un tipo necesariamente doloso si es que, precisamente, aquél se realiza con dolo. Uno y otro —tipo objetivo y subjetivo— están insertos en la idea del tipo penal de todos los delitos. Sin dejar de observar que el contenido material y normativo del tipo objetivo se corresponde con gran parte del contenido de la categoría procesal del cuerpo del delito, que eventualmente se complementa con el juicio de antijuridicidad de la conducta para efectos del injusto como parte de la categoría procesal de la responsabilidad penal. Mientras que el contenido del tipo subjetivo se corresponde con otra parte del contenido de dicha categoría procesal de la responsabilidad, la cual también se nutre con la culpabilidad. En este capítulo me ocupo del tipo objetivo y de sus límites. En el siguiente atenderé a las razones por las que se impone reconocer al tipo subjetivo (dolo) como parte y límite del tipo penal y las consecuencias jurídicas de esa concepción. Para luego atender en diversos capítulos a la concepción y los límites del tipo penal culposo y los dispositivos amplificadores del tipo como lo son las formas típicas de intervención y por último al tipo de la tentativa.

— II —

La conducta específica en su manifestación material y objetiva-normativa como elemento del tipo penal

Ahora bien, el primer elemento del tipo penal que tiene siempre una manifestación objetiva es la conducta.

No cualquier conducta (con voluntad final) —sea acción u omisión— es relevante para el Derecho Penal. Al Derecho Penal sólo le interesan las conductas específicas que contemple el tipo penal de un delito que —unidas al ámbito

fáctico de prohibición que delimita el tipo— puedan estimarse prohibidas o desaprobadas por el Derecho. La conducta específica puede ser la del autor material o directo que se prevé en la misma figura típica. (*Y esa es la que se analiza en este apartado.*) Pero también puede serlo cualquier otra que se ajuste las demás formas típicas de intervención en el delito siempre de manera accesoria a la realización del tipo por algún autor —aunque no sea el material—. (*Acerca de ellas me ocuparé en un capítulo aparte.*)

Así, en el primer extremo, en cualquier forma de intervención la conducta específica siempre debe tener una manifestación externa de carácter material o bien de carácter objetivo-normativo (omisión) que se relaciona con aquella. Cuando la figura típica de un delito contempla una acción específica, en el mundo de relación y en un plano objetivo sólo podrá hablarse de que es típico el hecho que prevé la figura típica de ese delito, si es que hay un hacer corporal que formal y objetivamente se adecue a la "acción específica" de aquella figura típica. El hacer corporal, como manifestación «material» de la conducta debe coincidir con el de la conducta específica que describa el tipo penal. Pero así como en ocasiones esa conducta se describe de manera expresa en la figura típica en forma de una acción determinada ("apoderamiento" en el robo, "copula" en la violación, etc.), en otras la forma de conducta se hace residir en una «omisión» y, en otras tantas, la conducta que se describe es «neutra», pues la figura típica no puntualiza la forma de acción u omisión que asume. En este último caso, la conducta se formula con una expresión que sin forzamiento puede admitir tan a la acción como a la omisión; por ejemplo, "privar de la vida" en el homicidio.

Por lo que toca a los tipos penales delictivos de simple conducta cuyo "verbo" se formule como una acción, la omisión no puede considerarse para integrar el tipo penal de esos delitos. Por ejemplo, el "apoderamiento" en el robo o la "cópula" en la violación. Pues son expresiones que sólo permiten esas acciones específicas y, por ende, excluyen la "omisión". Sin embargo, habrá que tener presente que la conducta que se examine sea la del "autor" o "coautor" directo o material, pues en caso contrario habrá que explorar si la conducta «omisiva» es admisible según la diversa forma típica de intervención y la posición de garante que ha de tener quién omite con relación al bien jurídico protegido. Pero en cualquier caso, cabe insistir en que es insostenible la «omisión» en los tipos penales de simple conducta o de resultado que refieran sólo acciones, o en los que la «omisión» se deduzca con brega. En su oportunidad estudiaré las formas de intervención distintas a la del autor material, al igual que el aspecto subjetivo de la conducta típica, cual es el dolo; así como, además, al tipo penal culposo, donde la culpa se configura como elemento objetivo-normativo en los tipos penales que la admitan conforme a la ley —sistema de número cerrado—.

Si en un caso concreto falta la forma externa de conducta específica que el tipo penal describa, existirá causa de atipicidad con relación al tipo penal de ese delito (artículos 13-IV del CPF, 29-II del CPDF y art. 16 en relación con el art. 42 del CPC.)

Así mismo, en un tipo penal de simple conducta que de manera expresa describa una "omisión", ésta no tiene una manifestación material, aunque sí objetiva-normativa con relación a la acción por la cual se omite; y ello es así, porque siempre se tratará de un hacer por el cual se "omite" otro hacer que es jurídicamente debido, en el lugar, tiempo y circunstancias que enmarque el tipo y motiven el deber de actuar.

En tales casos de tipos penales de simple conducta que de manera expresa describen una "omisión", el deber jurídico de actuar que se viola se fundará en la norma subyacente del propio tipo penal, que obliga a hacer lo que el propio tipo sanciona por dejar de hacer u omitir (art. 36 del CPC.) Por ej., el desacato, la omisión del

auxilio necesario, el incumplimiento de obligaciones básicas de asistencia familiar, etc. Mas si es un tipo penal delictivo de simple conducta cuya forma es neutra —es decir, que la conducta del tipo admita tanto a la acción como a la omisión— para que ésta entre en consideración, el deber de actuar ha de buscarse en norma jurídica diversa, que se relacione en forma directa con la protección posible del bien jurídico que tutela la figura típica a la que se pretenda adecuar (art. 36 del CPC.) Por ejemplo, en el delito de obstrucción a la justicia por "tardanza" de la averiguación previa de un delito perseguible de oficio, podría entrar en juego la "omisión" del agente investigador del Ministerio Público por no practicar las posibles diligencias necesarias, si es que la ley le señala el deber de llevarlas a cabo sin retraso. En Coahuila, una vez que se examine que el tipo penal delictivo es de simple conducta omisiva, o bien que admite la «omisión» por tratarse de tipo penal de simple conducta «neutra» y que, en éste último caso, la «omisión» violó un deber jurídico de actuar a cargo del agente en estrecha relación de protección con el bien jurídico que proteja la figura típica de que se trate, también se deberá atender a la «posibilidad material» de realizar la acción debida que se omitió. Para así decidir sobre la relevancia típica de la omisión. Ello es así, porque en el CPC dicha «posibilidad material» de actuar constituye un elemento objetivo del tipo penal del delito de que se trate y que se considera siempre unido a la misma omisión para poderla estimar penalmente relevante. (Artículos 16, 34, 36 y 37 del CPC.) En efecto, el último artículo que se cita, en lo conducente prevé que: (...) *Se considera cuestión de tipicidad, la «posibilidad material» de realizar la acción u omisión debida.* Ejemplos: El tipo penal del delito de omisión de auxilio necesario a una persona que esté bajo la amenaza de un peligro personal, requiere que el auxilio se «pueda» prestar sin riesgo alguno. El tipo penal del delito de incumplimiento de obligaciones básicas de asistencia familiar señala que la omisión de ministrar alimentos sea "sin motivo justificado". Al igual que el tipo penal de desacato demanda que se dé «sin motivo justificado» la omisión de la acción debida que imponga un mandamiento de autoridad. Por lo tanto, la omisión deja de ser típicamente relevante si hay «imposibilidad material concreta» de brindar auxilio; o la hay para dar los alimentos —derivada de la falta no procurada de recursos económicos—; o el citado legalmente a declarar no se presenta por causa de fuerza mayor. Y ello es así en virtud de que la imposibilidad material de realizar la acción debida hace inoperantes las expresiones "pueda" y "sin motivo o sin causa justificada" de los tipos penales en consulta. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 37 del CPC, aun cuando las figuras típicas de simple «omisión» no contemplen ni impliquen la «posibilidad material» de realizar la acción debida, la circunstancia contraria de todas suertes será trascendente para resolver la inexistencia de la "omisión" como penalmente irrelevante. Pues aún cuando el tipo omisivo no refiera la posibilidad material de realizar la acción que se omite, ésta también será "atípica" de existir la objetiva imposibilidad de realizar la acción debida. Por ejemplo, el delito de omisión de auxilio se tipifica a través de la modalidad diversa de que no se dé aviso inmediato a la autoridad de que una persona necesita auxilio. Aparentemente sin importar, según la redacción de esa modalidad de la figura típica, que quien omita no le sea posible dar aviso por el lugar donde se halla y la falta de medios de comunicación o de transporte. Sin embargo, esa condición sí se encuentra en la regla especial del artículo 37 del CPC, relativa a las omisiones penalmente relevantes, como elemento de esa clase de tipos penales.

Tal regla especial de la imposibilidad de actuar en el sentido del deber también se encuentra inserta en la fracción II del artículo 15 del nuevo CPDF, aunque con relación a los delitos de resultado, pero nada obsta

para que la misma se pueda aplicar por analogía a los delitos de simple omisión con fundamento en la última parte del artículo 2 del mismo código, aplicada en sentido contrario, que permite tal clase de aplicación análoga en beneficio de la persona. Por último, la condición de imposibilidad de realizar la acción debida falta en el artículo 7° del CPF, pero ello no debe llevar a la conclusión de que por tanto no sería relevante para decidir la atipicidad de la omisión la referida imposibilidad fáctica de realizar la acción debida en el caso concreto. Porque esa inferencia pasaría por alto el sentido ontológico de las acciones y su relación normativa con la prohibición de abstenerse. Porque carecería de sentido prohibir omisiones de acciones imposibles de cumplir, más aún cuando de esa prohibición se derivan consecuencias penales que se imputan a la persona que realizó la supuesta conducta omisiva. Y es que cuando hay imposibilidad material de realizar la conducta debida ya no se puede hablar de que el sujeto haya realmente decidido no realizar la acción debida. El Derecho Penal sólo puede considerar el desvalor de la conducta en tanto ésta y no una simulación de ella sea la que origine —o aumente— el daño o peligro al bien jurídico. En realidad carece de sentido incluso hablar en esos casos de desvalor de un resultado jurídico que ni siquiera estuvo bajo el dominio del autor. Al no poder evitarlo precisamente a través de una conducta con ese sentido y no de un remedo de ella.

Por último, si la figura típica prevé un resultado como consecuencia de la conducta que sea neutra y se pretenda fincar en una omisión la que originó tal resultado, esa omisión sólo podrá ser penalmente relevante si es que se funda en la violación de un deber jurídico de actuar posible de cumplir en el caso concreto cuyas fuentes se especificarán más adelante (delitos de resultado por omisión o de comisión por omisión.) (Artículos 7° del CPF, 2°, 15-II del CPDF y 16, 34, 36 y 37 del CPC.)

Restan todavía otras consideraciones acerca de la acción u omisión como elementos del tipo penal, vinculadas con la imputación objetiva a la conducta del daño o de peligro al bien jurídico y, en su caso, del resultado; así como después —en el tipo subjetivo— con el dolo; o con el carácter culposo de aquella —y el cual es un elemento de carácter prevalentemente “normativo”. Y sin las cuales, la misma no se puede entender bien en su dimensión típica-penal. Sin embargo, no es ocioso ocuparse antes y a vuelapluma de los demás elementos objetivos que puede contener el tipo penal de un delito; aunque por su importancia, también se dedica un capítulo especial a las formas típicas de intervención como elementos del tipo penal (y las cuales también son de carácter mixto, es decir, presentan relieves tanto materiales, como normativos y subjetivos para la imputación penal de las mismas.)

— III —

Las calidades del sujeto activo y/o pasivo como elementos objetivos —descriptivos o normativos— del tipo penal

Con relación al sujeto activo cualificado habrá que distinguir: 1°. ¿Qué se entiende por «sujeto activo»? Y, 2°. ¿En qué puede consistir la «calidad» del sujeto activo?

En sentido amplio será “sujeto activo” cualquier persona que de manera objetiva ponga una condición para realizar el tipo penal. Mas en sentido estricto y para los efectos del tipo penal, será “sujeto activo” la persona que realice alguna de las “formas típicas de intervención” de manera condicionante para verificar el hecho del tipo penal del delito que se trate.

La «calidad» del sujeto activo puede consistir en la condición descriptiva o de carácter material, jurídico o cultural que la figura típica del delito le asigne al sujeto activo de que se trate. Por ejemplo, la de “servidor público” como sujeto activo en el peculado, o la de “descendiente consanguíneo” como sujeto activo en el parricidio; la de “cónyuge” en el adulterio; la de la “relación consanguínea o de parentesco” que se exige para los autores de incesto; el carácter de “abogado, patrono o litigante” en la asistencia dual contradictoria en juicio o litigio. Lo anterior implica que para que se tipifiquen las figuras típicas de sujeto activo cualificado será necesario que intervenga en su realización una persona que tenga las características con que las se cualifica al sujeto en el tipo penal. Pero ello no apareja necesariamente —aunque sí casi siempre— que ese sujeto activo cualificado deba invariablemente asumir la forma típica del autor material. Más esto siempre será forzoso cuando el delito sea de «propia mano», lo que fundaré y ampliaré adecuadamente al ocuparme de las formas de intervención.⁶¹⁶ ¿Cuándo es de «propia mano» el tipo penal de un delito? El delito es de propia mano cuando el tipo penal del delito implique en forma necesaria como autor material al sujeto activo cualificado. Por ejemplo, por lo menos uno de los autores materiales del delito de adulterio debe tener la calidad de cónyuge, pues resultaría absurdo que pudiera hacer que un tercero realizara por él la cópula de su infidelidad. Sólo pueden ser autores materiales de incesto los que tengan el grado de parentesco que señala el tipo penal de ese delito y también resultaría un desatino que uno de ellos lo pudiera cometer como autor por medio de otro ajeno a la relación de parentesco. De lo anterior se sigue que todos los delitos de propia mano son de sujeto activo cualificado, pero que no necesariamente todos los delitos de sujeto activo cualificado son de propia mano. Es decir, en los delitos de propia mano el sujeto activo cualificado debe ser quien realice la forma típica de autor material —precisamente porque del tipo mismo se deriva la exigencia de que aquel sujeto lleve al cabo la acción específica descrita o implicada en la figura típica—. Sin excluir la posibilidad de que terceros participen con él a través de las otras formas de intervención (artículo 23-II del CPC.) En tanto que en los delitos de sujeto activo «cualificado» que no son de propia mano, podría ser suficiente en ciertos y limitados casos —dependiendo del tipo penal en particular y de las circunstancias de intervención y ejecución del delito—⁶¹⁷, con que el sujeto activo cualificado asuma cualquiera de las formas típicas de intervención; aunque no sea la de autor. Por ejemplo, en el delito de peculado (según su redacción en el CPC) es posible que el “servidor público” use a otro que no tiene tal calidad, para que sea quien materialmente disponga del erario a través de un egreso que aquel indebidamente autoriza. O en el delito de administración fraudulenta, es posible que el “administrador” haga que otro, que no tiene tal calidad, le presente los gastos inexistentes que aquel ordena pagarle.

Con relación al sujeto pasivo cualificado: ¿quién puede ser «sujeto pasivo»? ¿Y en qué consiste la «calidad» del sujeto pasivo?

Es “sujeto pasivo” la persona sobre la que recae o hacia la que se dirige la conducta del autor material —según lo requiera la figura típica—.

⁶¹⁶ Infra ver Capítulo Décimo Primero.

⁶¹⁷ Ver al respecto el Capítulo Décimo Primero: Los límites a las formas de intervención.

Pero hay que evitar confundir al sujeto pasivo con el "ofendido" o con el "titular del bien jurídico". El "ofendido" es quien resiente el daño causado por el delito. El "titular del bien jurídico" es la persona o entidad que la ley penal coloca como detentadora del interés o intereses tutelados que resultan lesionados. Las tres figuras normalmente coinciden en un sólo sujeto. Pero ello no es necesario en todos los casos. Por ejemplo, en el delito de fraude en perjuicio de persona moral, una o más personas físicas son el objeto del engaño (sujeto pasivo), en tanto que quien resulta ser "ofendida" y a la vez "titular" del patrimonio que se afecta es la persona moral (y no el engañado). En el delito de simulación de actos procesales, el "sujeto pasivo" será el juez que con base en el acto simulado, dicte o pueda dictar resolución judicial, en tanto que el "ofendido" lo será la parte o el tercero a los que les perjudique esa resolución; pero, además, sin ser "ofendido", el Estado resulta ser "titular" de la "administración de justicia" como bien jurídico que también se tutela en ese delito.

La «calidad» del sujeto pasivo puede consistir en la especial condición de carácter biológico o descriptivo, cultural o jurídico que le asigna al sujeto pasivo la figura típica del delito que se trate. Por ejemplo, en Coahuila, la calidad de "mujer menor de 16 años de edad" en el estupro, la calidad de "ascendiente consanguíneo en primer grado" en el parricidio, el "menor de doce años de edad" en la corrupción de menores, el que el niño o niña tengan hasta setenta y dos horas de "nacidos" en el infanticidio, etc. Por último, si falta la calidad del sujeto activo o pasivo que describa la figura típica, estará ausente un elemento del tipo penal y habrá causa de atipicidad que excluye al delito (artículos 15-II del CPF, 29-II del CPDF, 12, 15 y 16 con relación al artículo 42-IV del CPC.)

— IV —

El objeto

En sentido amplio, el "objeto" es la cosa o persona que —en forma expresa o implícita— prevé la figura típica; y sobre los que recae la conducta típica o hacia los que ésta se dirige.

Ejemplos: la cosa mueble materia del apoderamiento es el objeto del robo. La persona a la que se engaña es el objeto en el fraude. En sentido estricto y dado que la "persona" sobre la que recae la conducta típica es, además, el "sujeto pasivo"; el "objeto" sería sólo la "cosa" sobre la que recae o hacia la que se dirige dicha conducta. Por otra parte, es diferente el "resultado" al "objeto" que se puedan encontrar en el tipo penal. Por ejemplo en el homicidio, la persona a la que se priva de la vida es el "objeto" —y, además, "sujeto pasivo"— de la conducta y el "resultado" es la muerte de aquella. En el fraude, el "objeto" —y "sujeto pasivo"— es la persona a la que se le engaña y el "resultado" es el lucro o cosa que se obtiene por el engaño. En el robo, la "cosa" mueble es el "objeto" y —según su figura típica— no requiere de un "resultado" material o externo más sí del daño patrimonial, el que es un elemento del tipo distinto al "objeto" y al "resultado material", ya que se trata de la lesión al bien jurídico que el robo tutela.

Ahora bien, en el artículo 16 del CPC se estima al «objeto» como elemento permanente del tipo penal. En tanto que el artículo 168 del CFPP durante su vigencia de 1994-98 lo previó como elemento contingente. Moisés Moreno considera que tal elemento del tipo penal es de la última clase —contingente—, porque —en su concepto— "... hay delitos en que no hay «objeto material»; esto es, no hay objeto materialmente

perceptible...”, “ ... como en los casos de omisión de auxilio (artículo 340 del CPF); en ciertos delitos cometidos por servidores (artículo 214 del CPF); algunos delitos contra la administración de justicia (artículo 225 del CPF); así como la asociación delictuosa (artículo 164 del CPF); etc.”.⁶¹⁶ Sin embargo, como el mismo distinguido autor lo reconoce, en el delito de omisión de auxilio hay un sujeto pasivo que necesita la ayuda y es él quien resiente la omisión de la acción debida de socorro. Por lo que toca a los delitos cometidos por servidores públicos y contra la administración de justicia de los artículos 214 y 225-II del CPF, el ejercicio indebido del cargo, empleo o comisión recae precisamente en las funciones del cargo, empleo o comisión como su «objeto»; aunque sí se debe reconocer que en tales casos el «objeto» no es materialmente perceptible. Pero, asimismo se ha de admitir que tal «objeto» sí es de carácter objetivo y determinado. Sin que en las demás fracciones del último artículo —según su descripción legal— aparezca otra figura típica en la que pudiera faltar el objeto, ya que, por ejemplo, en la fracción I, el “objeto” es el negocio que se conoce cuando se tiene impedimento legal; en la fracción III el objeto es la causa en la que se litiga cuando la ley prohíbe el ejercicio de la profesión; en la fracción IV, el “objeto” es la persona a la cual se dirige o aconseja cuando litiga ante el servidor; en la fracción V, el “objeto” es la disposición legalmente comunicada sobre la cual incide la omisión de cumplirla; en la fracción VI, el “objeto” es la sentencia o resolución de fondo sobre la que incide la prevaricación; etc. Por cuanto al delito de asociación delictuosa, es verdad que no hay un objeto «determinado» en el sentido que la conducta recaiga o se dirija sobre una persona o cosa, por lo que aquél “objeto” solo sería determinable. «Determinable», en cuanto que el objeto del delito de asociación delictuosa se concretaría a posteriori, cuando la asociación o banda lleguen a cometer algún delito en particular por los que aquellas se forman. Y de ahí inferir que el objeto sería el de los delitos que aquellas lleguen a cometer. Sin embargo, esa idea insatisface la existencia del referido “objeto” tal como a éste lo conceptúa el CPC, porque en el supuesto típico de asociación delictuosa, la acción constitutiva del mismo no requiere de cosa o persona específicas sobre las que deba recaer o hacia las cuales aquella se dirija, lo que de seguro entrañará serios problemas para su configuración típica en casos concretos; a menos que ese delito —que surge concomitantemente con la clasificación del «objeto» como elemento permanente del tipo penal en el mismo CPC— se le entienda como la excepción que confirma la regla y la cual, precisamente, prueba el acierto del Dr. Moreno Hernández, de que es incorrecto estimar al “objeto material” como elemento «permanente» del tipo penal.

— V —

Los medios utilizados, los elementos normativos específicos, y otras circunstancias objetivas de la figura típica penal

En su caso, se deberá ver si la figura típica contiene algún “medio específico” por el que se realice la conducta. Ejemplos: El “engaño” para realizar la cópula en el estupro. La “violencia”, el mismo “engaño”, la “furtividad” o el “aprovechamiento de la falta de vigilancia” para la posesión del inmueble en el despojo. En caso de faltar el “medio” y la figura típica lo contemple, habrá excluyente de tipicidad por carencia de un elemento esencial del

⁶¹⁶ Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal*, Editorial Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales. México, 1999, pp. 206 y 207.

tipo penal. Y con ello se excluye al delito. (Artículos 15-II del CPF, 29-II del CPDF, 12 y 16 con relación al artículo 42-IV del CPC.) Sin que se deje de advertir que cuando la figura típica contemple varios "medios" — como también podría ser "modos" o "medios" y modos—, aquella los puede formular de manera alterna o conjuntiva. En el primer caso, será suficiente con que se dé cualquiera de los medios —o modos— alternativamente formulados. Mientras que en el segundo supuesto será preciso que se den todos los medios —y/o modos— que en la figura se expresen de manera conjuntiva a efecto de que se pueda integrar el tipo. De lo que se sigue que cuando se trata de medios formulados conjuntivamente será suficiente con que falte cualquiera de ellos para que se dé causa de atipicidad, mientras que si se trata de medios alternativamente formulados, será preciso atender a cada modalidad para ver si falta el medio correspondiente, en tanto que la conducta se puede tipificar empleando cualquiera de los medios que el supuesto legal formula de manera alterna. En cualquier caso se debe tener presente que el "medio" siempre presupone una característica de la conducta que el mismo tipo penal describe o implica aparte de dicha "conducta" y que en ocasiones el legislador caracteriza a la acción en un tipo con la misma expresión que emplea para describir el medio en otro tipo. Así sucede, por ejemplo, en el fraude y el despojo, porque en el primero el "engaño" constituye en sí la acción, mientras que en el despojo tal "engaño" es uno de los medios alternos con que se puede realizar la ilícita "ocupación" o "posesión" del inmueble, las cuales precisamente vienen a ser la acción de dicha figura típica.

Se deberán también estudiar, según se contemplan en la figura típica del delito: Las circunstancias de "lugar", "tiempo", "modo" y "ocasión". Por ejemplo, circunstancia de "lugar" será el "apartamento o dependencia de casa habitada" en el allanamiento de morada. Circunstancia de "tiempo" serán las "72 horas" siguientes al nacimiento en el infanticidio en Coahuila. Circunstancias de "modo" serán los "artifícios" o "maquinaciones" en la estafa o el "incendio" en el daño calificado. Circunstancia de "ocasión" será cuando "con motivo de la relación con el agraviado" se revele comunicación reservada en la revelación de secretos. Etc. En caso de faltar la circunstancia de "lugar", "tiempo", "modo" u "ocasión" y la figura típica la contemple, existirá atipicidad por ausencia de un elemento esencial de ese tipo penal. Y con ello se excluye al delito. (Artículos 15-II del CPF, 29-II del CPDF, 12, 15 y 16 con relación al artículo 42-IV del CPC.)

Habrá que vigilar a la par si la palabra o palabras que contenga el tipo penal implican un especial juicio de valoración ya sea "jurídico", "cultural" o "de desvalor", mismos juicios que siempre han de recaer sobre un objeto material, una circunstancia fáctica —con inclusión de la misma conducta— o condición del sujeto activo o pasivo—. El que exista el objeto o se dé la circunstancia o exteriorización de la conducta o condición —apreciables por los sentidos o por la simple actividad del conocimiento— es imprescindible pero insuficiente para pronunciar aquellos especiales juicios de valoración, pues siempre será necesario, además, que acerca de ese objeto o aquella circunstancia, conducta o condición del sujeto activo o pasivo se pueda emitir la especial valoración que se corresponda con el significado de la expresión "jurídica", "cultural" o "de desvalor" exigida en el tipo. A esas expresiones se les llaman elementos *normativos específicos* del tipo penal. Por ejemplo, la condición de "servidor público" como sujeto activo en el peculado se ha de verificar de acuerdo con el concepto de "servidor público" que dan los mismos códigos penales; la expresión "documento de crédito" en

el delito equiparado al fraude de documentos impagados de algunos código penales, apareja una especial valoración "jurídica". Pues se debe verificar si el documento reúne los requisitos legales para que se le considere "*documento de crédito*" según los establece la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. Conllevan una especial valoración «cultural», la exhibición "*obscena*" en público en el delito de ese nombre y la "*castidad y honestidad*" de la mujer en el delito de estupro en el CPC. La "*depravación sexual*" de un menor en el delito de corrupción de menores. Finalmente, será también elemento normativo específico aquella expresión que apareje un especial juicio de «desvalor» —en virtud del contraste de la conducta típica con lo que dispone la ley— las dilaciones *notoriamente "ilegales"* en la promoción procesal antijurídica, el poner "*illegalmente*" en libertad a un detenido en la liberación de presos. Más por otra parte, a veces el legislador emplea expresiones en el tipo que aparentemente no tendrían índole normativo y, sin embargo, debido a que la ley les da una connotación especial las locuciones adquieren tal carácter. Piénsese por ejemplo en el homicidio que se suele estimar como un tipo cuya descripción es eminentemente material. El "matar a otro" —según se conceptúa a la figura típica de homicidio en Coahuila— podría caracterizarse en su "resultado" —verificable— por la muerte de ese otro, misma que sólo consistiría en la cesación definitiva e irreversible de todas las funciones vitales —cardiovascular, respiratoria y cerebral—. No obstante, si bien esa noción se corresponde con uno de los conceptos de muerte que da el artículo 239 del CPPC, éste artículo igualmente considera como muerte "para todos los efectos legales" el hecho de la muerte cerebral —cesación definitiva e irreversible de las funciones cerebrales—, siempre y cuando: "...un médico legista y otro médico legalmente autorizado para ejercer la profesión [la] certifiquen...; y se reúnan, además, las condiciones que establece la Ley General de Salud"; con lo cual a la muerte en el homicidio se le volvería en Coahuila un elemento "*normativo*" específico de esa figura típica. Y, ciertamente, si alguien le ocasiona a otro la cesación definitiva e irreversible de las funciones cerebrales, no podría sostenerse la atipicidad del resultado, porque según la ley en ese caso ya hay muerte para todos los efectos legales; sin embargo, en ese evento aún podría discutirse su atipicidad, pues en él no se da la "privación de la vida" como lesión al bien jurídico y la cual es un elemento típico distinto al resultado. (Artículos 15-II del CPF, 29-II del CPDF, 12,15 y 16 con relación al artículo 42-IV del CPC.)

— VI —
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
Las modalidades —agravantes o atenuantes— como elementos del tipo penal

Las "modalidades" en sentido estricto se encuentran fuera del tipo penal "básico" o figura típica y operan como mecanismos legales que incrementan o disminuyen su punibilidad legal. Pero ello es insuficiente para que se les considere como meras "causas de extensión de la pena". Ni tampoco, como simples "modalidades" que amplían la "responsabilidad penal".

Pues lo mismo que sucede con los dispositivos típicos amplificadores de la participación —que captan conductas que no contempla el tipo penal básico o la figura típica—, las "modalidades" agravantes o atenuantes funcionan también como auténticos dispositivos legales que «amplifican» la figura típica a la que se conectan.

El pensar que se pueda extender la pena o ampliar la responsabilidad por ciertas modalidades si no se prevén los supuestos típicos que les contemplan, sería incurrir en la anomalía jurídica de extender penas y ampliar responsabilidades a situaciones "atípicas". Porque ¿cómo se podría validamente extender responsabilidades y

penas a conductas atípicas, si precisamente la garantía individual sobre la legalidad en los delitos y las penas, que se traduce en el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, consiste en que el legislador debe especificar en la ley a las conductas que son punibles? ¿Cómo podríamos entonces considerar con seriedad, que una conducta punible es a la vez atípica? Se deberán así examinar, por pertenecer al tipo penal, las circunstancias del hecho que se integran o se conectan a la figura típica ampliando a ésta. Bien sea porque modifiquen el tipo penal básico convirtiéndolo en uno “privilegiado” (atenuado) o en uno “complementado” (agravado.) O bien, sólo aumenten o disminuyan la penalidad legal de una o más figuras típicas. En efecto, las “modalidades” en sentido estricto son las circunstancias que pueden implicar un incremento o disminución en la penalidad legal del tipo penal básico o figura típica. Por ejemplo, el homicidio con ventaja o el homicidio en rifa. Mas en sentido amplio también esas “modalidades” aparejan la configuración de un tipo penal con punibilidad propia y autonomía típica. Esto es, que comprenda los elementos del llamado usualmente tipo penal básico —y que en realidad es figura típica (básica) — y a la(s) circunstancia(s) por la(s) que se reduce la punibilidad del tipo penal básico: tipo penal privilegiado. O por las que esa penalidad se incrementa: tipo penal complementado. Por ejemplo, el infanticidio es un tipo penal privilegiado, con relación al tipo penal básico de homicidio simple doloso. En tanto que el parricidio es un tipo penal complementado, con relación al citado tipo penal básico de homicidio.

Ahora bien, las aludidas “modalidades” atenuantes o agravantes del tipo penal se pueden examinar en forma metódica: esto es, de acuerdo con los restantes elementos del tipo penal. En cuanto que en ocasiones la pena se agrava o disminuye en atención a uno de esos elementos. Por ejemplo, la “calidad” del sujeto activo o pasivo en la violación prepotente. El “resultado material” específico en el contagio de enfermedad en período infeccioso. O al recaer la conducta en cierto “objeto material” en el robo de un “expediente o documento público”. O por emplear determinados “medios” en el robo con “ganzúa” o mediante “violencia”. O en virtud del “lugar” cuando se comete el delito en el robo en “lugar habitado”. De “tiempo” en el robo en bodegas “durante la noche”. De “modo” en el robo con “fractura de cerraduras”. De “ocasión” en el robo “con motivo de un desorden por siniestro”. O porque en los textos legales de las modalidades atenuantes o agravantes se encuentran elementos “subjetivos-normativos” de especial valoración jurídica o cultural, por ejemplo en el homicidio por “motivos” “depravados”. O bien elementos subjetivos específicos. Es decir, que hacen referencia a un especial “contenido” o “dirección” de la voluntad, por ejemplo la “alevosía” o “traición” en el homicidio, o bien al “conocimiento” del sujeto, por ejemplo, en el CPC la comunicabilidad al partícipe de la pena al parricida o filicida, o al infanticida por “conocer” las circunstancias de esos tipos penales.⁶¹⁹

En caso de faltar alguna circunstancia o modalidad que la ley prevea como atenuante o agravante de la pena, pero existan los demás elementos del tipo penal, a la conducta típica sólo se le podrá atribuir la punibilidad del tipo penal básico —figura típica— del delito que se trate. Pero sin que exista causa de atipicidad. Porque las modalidades agravantes o atenuantes son “esenciales” para aumentar o disminuir la punibilidad del hecho; o para configurar un tipo complementado o privilegiado en su punibilidad, pero no lo son para excluir la punibilidad del tipo básico si acaso se dan todos los elementos de éste.

⁶¹⁹ De los “elementos subjetivos específicos” me ocupo en el Capítulo siguiente.

**El resultado material, el nexo causal y la imputación objetiva
a la acción u omisión, como elementos y límites al tipo penal objetivo**

A. Delitos de resultado y delitos de simple conducta. Cuando se habla de delitos de resultado y delitos de simple conducta en realidad se alude a clases de tipos penales.

Los delitos —tipos— de simple conducta se integran con la conducta que se ejecuta en el ámbito fáctico de prohibición específico que prevé una figura típica ayuna de un resultado concreto.

En los delitos de simple conducta la redacción del tipo penal no incluye un resultado externo como consecuencia de aquélla. Bien sea porque el supuesto legal del hecho no describe algún efecto de la conducta. O bien porque no lo implica de manera necesaria. Por lo tanto, el hecho típico se integra con independencia de los efectos exteriores que cause la conducta prohibida.

A su vez, los delitos —tipos— de resultado sólo se integran con la consecuencia externa concreta de la conducta del autor que se da en el ámbito de prohibición que prevé una figura típica.

En los delitos de resultado, el supuesto legal del hecho prevé un efecto específico como secuela de la conducta. Por lo tanto, el hecho sólo se configura como típico si se da el resultado delimitado que exige la figura delictiva con motivo de la conducta prohibida. El CPC hace de manera expresa la distinción de la que se habla. El artículo 32 dice que: *“El tipo penal es de simple conducta, cuando su figura típica describa o implique una acción u omisión sin asociarse un resultado”*. El artículo 33 prevé que: *“Sólo se sancionará al autor material por el hecho de una figura típica que contemple un resultado, cuando éste sea consecuencia de la acción u omisión de aquél”*. Por su parte, aunque el CPF y el CPDF no hacen tal distinción, el mismo también se deduce de los artículos 7º-párrafos-segundo-tercero del CPF y 16 del CPDF. Tal diferencia —al menos la distinción legal del CPC— zanja las dudas acerca de lo que se debe entender por delitos de conducta y por delitos de resultado. Ya que el contraste no se hace residir en el peligro o el daño al bien jurídico. Mismos de los que se deriva la clasificación de delitos de peligro y delitos de daño. Condiciones estas que, por cierto, son exigencias permanentes alternas de todo tipo penal. Y que, por ende, también se han de dar en los delitos de simple conducta y en los de resultado externo. Mientras que éste último no se prevé en todos los tipos penales y en tal sentido el resultado externo es un elemento contingente del tipo penal. El cual solo será esencial para la integración típica en la medida que se enuncie o implique de manera necesaria en el tipo penal. Pero sin que ello apareje desconocer que en muchos casos el mismo resultado conlleva la lesión al bien jurídico que se protege. Ejemplo. En el homicidio, la muerte (resultado material) comporta la privación de la vida de otro (lesión jurídica), la cual se describe en la misma figura típica de homicidio de la mayoría de los códigos. Y es que los delitos de simple conducta —sin que sean de resultado externo en el sentido que antes se señala— invariablemente aparejan una lesión o peligro de lesión al bien o a los bienes jurídicos que tutela el tipo. Ejemplos: El estupro y el abuso de confianza. Porque en realidad todos los delitos tienen siempre un resultado jurídico —cual es el daño o peligro lesivos al bien o bienes protegidos en el tipo— más no todos los delitos son de resultado material o externo en el sentido antes señalado.

Desde el enfoque de la clasificación de delitos —tipos— de conducta y de resultado, lo que interesa para la integración típica es atender a la figura delictiva donde se contemple el hecho. El delito será de simple conducta si en ese supuesto legal se describe tan sólo un comportamiento junto a otras circunstancias que delimitan su ámbito de prohibición, pero sin que ninguna de ellas sea «consecuencia» de aquél comportamiento. (Artículos 16 y 32 del CPC.) Mientras que el delito será de resultado cuando en la figura típica —como efecto de la conducta prohibida— se describa o implique de manera necesaria una consecuencia de orden físico o apreciable por la simple actividad del conocimiento. (Artículos 16 y 33 del CPC.) Ejemplos. El delito de daño en propiedad ajena es de "resultado", en tanto él prevé el menoscabo de la esencia o de la configuración de una cosa con motivo de la conducta. El delito de robo es de simple "conducta", en la medida que sanciona por la sola acción de apoderarse de una cosa mueble en ciertas circunstancias. Pero en ambos delitos se produce daño patrimonial (resultado "jurídico"). Si falta la conducta prohibida o, en su caso, el "resultado" concreto que describa o implique la figura típica, habrá causa de atipicidad por ausencia de un elemento del tipo penal y con ello se excluye al delito. (Artículos 15-II del CPF, 29-II del CPDF, 12, 16 y 34, en relación con el artículo 42-IV del CPC.)

B. El nexa causal en los delitos de resultado y su imputación objetiva o jurídica a la conducta.

Ahora bien, para poder afirmar que un delito de resultado se integra típicamente es insuficiente constatar que se dieron la conducta y el resultado de una figura típica. Ya que también es preciso verificar la relación entre el resultado y la conducta. A esa relación se le llama nexa causal. La falta de nexa causal en un caso concreto determina la atipicidad del evento. En tal tesitura, el nexa causal presupone una "causa". Y en los delitos de resultado lo primero que se trata de saber al respecto es, si la acción u omisión del agente causó el resultado que prevé la figura típica. O dicho de otro modo, si la conducta es o no es la causa del resultado.⁶²⁰ En caso afirmativo, se afirmará que hay nexa causal entre la conducta y el resultado. Pero: ¿cuáles son o deben ser los criterios para decidir la existencia del nexa causal? O lo que es lo mismo ¿Con base en qué criterios se puede imputar el resultado a la conducta de una persona como su causa? Esas pautas son las que toca solventar ahora de manera correcta. Para lo cual es importante precisar antes dos aspectos.

El primero: El «nexa causal» es un elemento normativo del tipo que sólo atañe a todos los delitos que típicamente exijan un resultado.

Ello significa que el nexa causal es ajeno a los delitos de simple conducta. Respecto de los cuales solo cabe preguntarse: ¿Es realmente "prohibida" —o indiciariamente prohibida— la conducta que se dio? Lo que se plantea en el seno del "injusto" típico. Y se resuelve cuando se constata que la conducta se ajusta al ámbito típico de prohibición —conducta típica y por tanto indiciariamente prohibida— sin causa que la justifique —conducta típica e injusta (y por tanto prohibida) —. Dicho de otro modo, los delitos de simple conducta no requieren que se verifique un «nexa causal» entre aquella y un resultado que sea material o apreciable por la

⁶²⁰ Aunque —como luego se verá—: además, se trata de conocer cómo se puede atribuir el resultado a la conducta típica como «su» causa. Es decir, con base en qué criterios se debe imputar el resultado a la acción que se prohíbe en el tipo penal. Ver en este Capítulo el número VII, apartado B., de los incisos 5 y 6.

simple actividad del conocimiento y ello por la simple razón de que tal resultado no se incluye ni se implica de manera necesaria en el tipo penal. Por igual juicio, los delitos de simple conducta tampoco demandan que se verifique la atribución jurídica del resultado a la acción como obra de la persona ("imputación objetiva del resultado"). La cual es una condición diversa al nexo causal y que más adelante se examinará. Y, sin embargo, al igual que en los delitos de resultado, los delitos de simple conducta si exigen la "imputación de la conducta como típica o indiciariamente prohibida" según se acaba de señalar y se explicará más adelante.

El segundo punto a precisar es que: El «nexo causal» es un elemento "objetivo" del tipo penal en todos los delitos de resultado. Pues la conexión si bien parte de un dato natural, en realidad aquella es lógica-valorativa y lo que en definitiva decide su existencia es un enlace de ese orden, con independencia de lo querido por el agente en el ámbito del dolo. De ahí se deriva una postura sistemática: Que el nexo causal se analice en el tipo penal objetivo. Y una vez que se constate la conexión lógica-natural, se atienda, además, a la imputación objetiva —o jurídica— del resultado a la conducta dentro del mismo tipo objetivo. Y sólo después se examine el tipo penal subjetivo.

De lo dicho también se sigue que los problemas del nexo causal e imputación objetiva —o jurídica— requieren de reglas objetivas de carácter general. Las cuales sean aplicables a todos los tipos penales de resultado en tal esfera objetiva. Por ello, la Parte General de los códigos penales debiese prever su reglamentación. Y regular tan al nexo causal como a la imputación jurídica del resultado a la conducta que se estime típica como elementos objetivos del tipo penal.

No es ocioso reiterar que también los delitos de simple conducta admiten un diverso examen objetivo y subjetivo. Pues si bien es verdad que ellos no demandan que se verifique el nexo causal y la atribución objetiva de un resultado a la acción como obra de la persona. Es por igual cierto que su tipo penal permite un análisis objetivo y otro subjetivo. Desde un punto de vista objetivo —y en el ámbito del injusto indiciario— el carácter prohibido de la acción se constata "ex-ante" —debido al carácter preventivo-general que tienen los tipos penales— aunque ajustada tal verificación a las circunstancias del caso concreto —y con la óptica de un observador imparcial—. Es decir, el carácter indiciariamente prohibido de la acción se examina en atención a la misma conducta y las circunstancias específicas que concurren en el caso concreto que se amolden a las previstas por el tipo. Y por las cuales —según la figura típica— se genere la afectación al bien jurídico que tutela el tipo penal que se impute a la conducta que se realiza precisamente dentro del ámbito de prohibición de la figura típica, como indiciario del injusto. Por su parte, el conocimiento y fin del autor no son factores decisivos para decidir el tipo objetivo. Sino que el fin y el conocimiento concretos del agente se deciden a través de un juicio "ex-post" en el seno del tipo subjetivo para los efectos del dolo como limitante racional del poder punitivo en un estado de derecho. Y siempre y cuando antes se dé la constatación del tipo objetivo. Sin que ello sea distinto en los delitos de resultado. Aunque en estos delitos, en el plano «objetivo» también se examina el nexo causal y, además, la imputación objetiva —o jurídica— del resultado a la conducta indiciariamente prohibida. Los cuales de igual manera se deciden "ex-ante". Esto es, atendiendo a las circunstancias concretas que concurren. Con inclusión de los conocimientos especiales del autor en ciertos casos. Sin perjuicio de examinar después el tipo penal subjetivo; es decir, el fin y el conocimiento concreto del autor en la realización del hecho que prevé el tipo (dolo.) Y el cual sirve como referencia para excluir aquél en los delitos culposos, donde la esencia de la culpa se decide normativamente. Y, por lo tanto, por igual en el plano objetivo del tipo.⁸²¹

⁸²¹ Ver Capítulo Décimo Segundo.

En el anterior contexto, el artículo 35 del CPC regula al nexo causal como una cuestión objetiva que se plantea para decidir la tipicidad. Mientras que el CPF y el CPDF no regulan una fórmula general del nexo causal para todos los delitos de resultado; aunque sí reglamentan en alguna medida las reglas de causalidad adecuada para el homicidio, en tanto el CPF señala ciertos criterios objetivos que limitan hasta cuándo las lesiones se pueden estimar como mortales. Así como prevé los supuestos de ciertas concausas que interrumpen el «nexo causal» y evitan estimar mortal a la lesión. Lo cual también hace el artículo 124 del nuevo CPDF a través de una fórmula positiva que implica la admisión de concausas que puedan interrumpir el nexo causal. Al igual que el CPF y el CPDF regulan parte de las bases objetivas por las que se imputa el resultado al omitente en su calidad de garante del bien en los delitos de comisión por omisión, lo cual en parte hace más acabadamente el CPC al complementarlas con las reglas del artículo 35. Según se verá más adelante. Ahora bien, en cuanto a las reglas a tener en cuenta para decidir la existencia del nexo causal: El CPC en su Parte general —artículo 35— regula al nexo causal entre la conducta y el resultado mediante la pauta de la equivalencia de las condiciones. Pero, además, a ese criterio le introduce dos filtros o límites: 1) El de la teoría de las concausas (causalidad adecuada.) Y 2) El de la teoría de la imputación objetiva. Esos filtros intentan evitar los defectos y los excesos a los que puede conducir la regla de la equivalencia de las condiciones. Y es un fallo que el CPF y el CPDF no regulen al nexo causal de manera general para todos los delitos de resultado; ni en igual contexto general señalen filtros para una imputación objetiva del resultado al autor. Como también sería lamentable que los tribunales no establecieran límites a la tesis de la equivalencia de las condiciones, teoría que la misma SCJN adoptó como tesis aplicable.⁶²² No obstante que hay bases dogmáticas para rechazar aquella teoría como insuficiente e insatisfactoria desde varios puntos de vista, en especial del entendimiento de que a una persona solo puede serle imputado un resultado típico si aquél es obra suya en vez del azar y así evitar el «versare in re ilícita» que pugna contra el estado de derecho que sea respetuoso del ser humano en la imputación del hecho a la conducta que se puna. Y más aún, porque también a esa conclusión se llega a través de normas expresas de los mismos códigos penales. En efecto, se debe reconocer que algunos de esos ajustes —en el sentido de la tesis de la causalidad adecuada según se verá más adelante— se consignan respecto al homicidio en el CPF y el CPDF. Y de ahí cabe deducir al menos otros filtros a los fallos que conduce la aplicación rígida de la tesis de la equivalencia de la SCJN. Los que se complementan con la debida tarea dogmática interpretativa acerca de la naturaleza prohibida de las conductas que regulan los tipos penales y su influjo en el resultado típico.

1. La tesis de la equivalencia de las condiciones. En el anterior orden de ideas, para decidir en un primer momento el nexo causal, el artículo 35 del CPC parte en forma expresa de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Por su lado, los tribunales federales y la SCJN adoptaron esa teoría, como se aprecia en las tesis siguientes:

⁶²² A dichas tesis —que más adelante se transcriben— se les podría reprochar que violan la garantía de estricta legalidad penal. Pues la C. veda al órgano judicial que supla lagunas legislativas en materia penal. Y el hacerlo equivale a que aquél se erija en legislador. Empero: a ello se puede responder que la postura de las tesis no es más que un desarrollo lógico de la regulación legal del delito. Sin embargo: donde sí hay falla es en tal desarrollo lógico. Ya que los criterios judiciales no limitan la tesis de la equivalencia. La que al solucionar problemas de nexo causal favorece defectos y desvíos; como adelante se verá.

NEXO DE CAUSALIDAD. Un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la conditio sine qua non de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sentenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad.⁶²³

RESPONSABILIDAD PENAL. NEXO CAUSAL. El hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta, por su parte puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la llamada omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la conditio sine qua non o de la equivalencia de las condiciones, la cual se enuncia diciendo que causa es el conjunto de condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado; y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce. Basta pues suponer hipotéticamente suprimida la actividad del acusado para comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues si se hubiera negado a realizar la maniobra prohibida, evidentemente el resultado no se hubiera producido; lo anterior sólo constituye un medio de comprobación de la operación de la teoría de la conditio sine qua non, sin que sea preciso aludir aquí a los correctivos elaborados para evitar los excesos de la aplicación de tal criterio, tales como el de la culpabilidad y de la prohibición del retroceso, pues colocado el problema dentro del aspecto objetivo del delito, únicamente en éste debe encontrar solución, sin involucrar el planteamiento de una cuestión que pertenece al aspecto subjetivo del delito, o sea, la culpabilidad.⁶²⁴

Así pues y según ello, el comportamiento humano se debe considerar como «causa» del resultado, si fue una de las condiciones positivas o negativas que influyeron en su producción. En el contexto anterior la teoría de la equivalencia de las condiciones entiende por «causa» al conjunto de todas las condiciones positivas y negativas que contribuyeron a la verificación del evento. Y si, naturalísticamente hablando, es imposible dar relieve especial a una determinada condición; por ende, todas y cada una de las condiciones que intervienen en la producción del hecho tienen el mismo valor. Esto es, son equivalentes en su causación. De lo anterior se sigue que tan es verdad afirmar que «causa es la suma de todas las condiciones»; como igual lo es decir que «toda condición es causa del resultado». Pues este último aserto sólo pretende probar el carácter «causal» de las condiciones. ¿Cómo? Cuando se suprime hipotéticamente la acción —condición positiva—, o de añadir hipotéticamente la acción debida en la omisión —condición negativa—, el resultado se deja de producir. Es decir, el comportamiento humano se considera como «causa» de un resultado siempre que éste deje de acaecer sin aquél. Sin que importe que en el devenir causal se entreviera una concausa con la conducta de la persona (o ésta con aquélla) y coopere en la producción del resultado. En tanto que el comportamiento humano —objetivamente considerado— y las demás condiciones concurrentes a la producción del resultado —ya sean preexistentes, simultáneas o posteriores— son equivalentes en su causación. En teoría pues, para la equivalencia de las condiciones, si acaso la conducta fungió como condición, las concausas no excluyen el nexo causal entre aquélla y el resultado.

Conforme a lo dicho el nexo causal se decide en un primer momento a través de esa teoría de la equivalencia de las condiciones. Respecto de las que habrá que distinguir según sea una acción o una omisión. Si se trata de «acción» —art. 35 del CPC— se afirmará que existe nexo causal cuando sin la «acción» desaparezca el resultado. Mas se negará la existencia del nexo causal cuando sin la «acción» el resultado subsista. En éste

⁶²³ Tercer Tribunal Colegiado Del Cuarto Circuito, Amparo directo 485/94, Andrés Béjar Méndez, 1o. de febrero de 1995, unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Ángel Torres Zamamón. Octava Época, S. J. F., Tomo XV-II, febrero, Tesis IV.3o.144 P, p. 415.

⁶²⁴ Amparo directo 6619/58, Baldomero Berino Rangel, 18 de agosto de 1958, 5 votos. Ponente: Carlos Franco Sodí. Sexta Época, Primera Sala, S. J. F., Tomo XXVI, Segunda Parte, p. 134. Tesis relacionada con Jurisprudencia 228/85.

último caso existirá "atipicidad" por falta de nexo causal como elemento esencial del tipo penal; excluyéndose con ello al delito. (Artículos 15-II del CPF, 29-II del CPDF, 12, 16 y 35 del CPC.)

2. Referencia especial a la relevancia típico-penal de la "omisión" y al "nexo causal" en los delitos impropios de resultado por omisión (comisión por omisión).

El párrafo segundo del artículo 7º del CPF prevé que: En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

En tanto el artículo 34 del nuevo CPC preceptúa que: En los delitos de resultado material la conducta omisiva será penalmente relevante para producir el resultado, cuando el omitente no lo impida, si podía hacerlo y debía jurídicamente evitarlo. Y el 35 del mismo código dispone que: "omitir «equivale» a causar, si de realizar la acción debida y posible se puede evitar el resultado."⁶²⁵

Y por último, el artículo 16 del nuevo CPDF dispone que: En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico a quien omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

- I. Es garante del bien jurídico;
- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, y
- III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

- a) Aceptó efectivamente su custodia;
- b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o,
- d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida de la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o su pupilo.

De tales preceptos se desprende que cuando se trata de un delito de resultado por "omisión" (comisión por omisión), antes de examinar el nexo causal se deben explorar los presupuestos que hagan relevante a la "omisión" en el ámbito típico; es decir, determinar primero cuáles son las bases para fijar a la omisión con relevancia penal y a partir de la cual se pueda luego decidir acerca del nexo causal entre el resultado y aquella omisión. En efecto, primero se deberá ver si acaso el resultado material y la "omisión" se contemplan de manera expresa en la figura típica. En tal supuesto el deber jurídico de actuar se fundará en la norma subyacente del mismo tipo penal en particular, que prohíbe dejar de hacer lo posible para evitar el resultado que ella prevé. (Segundo párrafo del art. 36 del CPC.) Por ejemplo, el delito de daño por omisión de auxilio médico en casos urgentes que prevé el segundo párrafo del artículo 278 del CPC, el cual prevé tan la conducta omisiva como el resultado mismo que se puede derivar de ella. Sin embargo, se debe destacar que es inusual esta clase de figuras típicas.

Ahora bien, si el resultado material se contempla en la figura típica, pero la conducta que ella describe es neutra, es decir, admite tan a la "acción" como a la "omisión", por ejemplo, el homicidio consiste en "privar" de la vida a otro y, por tanto, admite la "acción" y la "omisión": en tal supuesto y para indagar la posible relevancia típica de la última, en el caso concreto se deberá buscar la fuente del deber jurídico de actuar que el agente violó con su "omisión". El cual debe tener la calidad de "garante", en cuanto él reúna las condiciones —expresas o implícitas— de la norma que lo obligue a actuar en cierto sentido. Y por la cual se derive su deber de proteger el bien jurídico y de actuar en el caso concreto para evitar su daño impidiendo el resultado. Por tal virtud, la norma del deber de actuar ha de ser claramente conducente a la protección del bien jurídico; y,

⁶²⁵ Los corchetes son míos, por supuesto.

además, generadora en el caso concreto del deber del agente para que evite el resultado y el daño al bien jurídico. (Artículos 7-párrafo-tercero del CPF, 16-I con relación al último párrafo y cuatro incisos del mismo artículo del CPDF —que regulan cuándo se es garante—, 34 y 36 del CPC.) Cabe puntualizar que las reglas que resuelven la causalidad en los delitos de omisión, señalan las primeras bases —pero no las únicas— para atribuir un resultado típico al autor de una conducta omisiva. Aquéllas pueden sintetizarse diciendo que sólo se podrá atribuir un resultado típico en un delito que admita a la omisión a quien no impida tal resultado cuando podía actuar en el sentido de un deber jurídico a su cargo como garante del bien jurídico que se tutele en el tipo y con ello evitar dicho resultado. La mera abstención de cierta acción se transforma pues en omisión que puede ser típicamente relevante, cuando en un plano objetivo el agente contraría un deber jurídico de actuar a su cargo que le era posible observar, no evitando así el resultado.

Cabe anotar de nuevo que —a diferencia del CPC y el CPDF— el CPF no señala de manera expresa la “posibilidad” objetiva de realizar la acción debida para decidir la relevancia penal de la omisión en un delito de resultado. Una primera inferencia de esa oquedad puede ser la de que como la ley no prevé dicha condición para decidir la relevancia de la omisión; por ende, sería incorrecto analizar la “posibilidad” de realizar la acción debida dentro de la excluyente que prevé la fracción II del artículo 15 del CPF. Esto es, porque “se pruebe que falta alguno de los elementos del tipo penal del delito”. Sin embargo, esa inferencia sería errónea porque pasaría por alto el sentido de las omisiones, es decir, su relación normativa con la prohibición al sujeto de abstenerse para que con su actuar proteja el bien jurídico y evite el resultado. Ya que carece de sentido prohibir omisiones de acciones imposibles de cumplir en el caso concreto. El Derecho Penal sólo puede considerar el desvalor de la conducta en tanto ésta —y no una simulación de ella— sea a la que se le pueda imputar el daño al bien jurídico al igual que el resultado. Va entonces en contra del sentido natural de las cosas hablar en esos casos de un “desvalor” típico objetivo de la conducta con relación a un resultado, cuando aquella o éste ni siquiera estuvieron sujetos al dominio del autor. Al no poder realizarlos, precisamente, a través de una conducta real y no de un remedo de ella; es decir, de una acción posible de cumplir y que hubiere evitado el resultado y no de una acción imposible de cumplir o incapaz de impedir tal resultado. Y que, por lo tanto y por tales motivos, la omisión de una acción debida sólo será típicamente relevante si en el caso concreto se tenía el dominio sobre ella en función de poder efectuarla y en virtud de la misma evitar el resultado.

El Derecho Penal prohíbe conductas y no meros resultados. Como tampoco toma en cuenta resultados que sólo provengan de supuestas conductas entendidas de manera artificial y no en el sentido natural de las cosas. Es preciso también advertir que la falta de un precepto que señalara las fuentes del deber jurídico de actuar y las bases para elaborar las reglas del nexo causal propiciaría la impunidad en los casos de comisión por omisión dolosa, a menos que se pretendiese punirlos arbitrariamente. Y, en general, para todos aquellos casos en que la conducta —por no ser causa física de un resultado material— sería insumible en el tipo penal por ausencia de una norma que atribuya ese resultado al autor de la omisión. Por ende, sólo entran en consideración como omisiones que pueden ser típicas, aquellas que contrarían un deber jurídico de obrar posible de cumplir en el caso concreto y a través del cual se podía impedir el resultado. Sin que entren aquí en

juego las omisiones de supuestos deberes morales o sociales. Los que solo pueden tener relevancia cuando se les reconozca en la ley penal o en otras leyes a las que aquella se remita de manera expresa o implícita, a efecto de proteger la lesión de uno o más bienes jurídicos. En otras palabras, lo que prohíbe la ley penal no es la simple omisión. Sino que lo que de principio ella podrá desaprobado es la omisión de la acción «jurídicamente debida» y «posible» a cargo del agente como garante que se dé en el ámbito de prohibición del tipo. Y — tratándose de delitos de resultado con conducta neutra— ello sólo es admisible en la medida que la ley penal admita a la omisión de la acción jurídicamente debida como una de las bases de la conducta prohibida y equivalente a la «causa» de un resultado que la norma del deber de actuar también intente evitar a través de una acción posible para ello en el caso concreto. Si la ley penal no erigiese al sujeto en garante del bien jurídico a salvaguardar bajo ciertas condiciones que den lugar a su deber de actuar en el caso concreto; esto es, no exigiere que su omisión viole un deber jurídico de actuar en el caso concreto y cuyo cumplimiento sea posible y capaz de evitar el resultado, se dejaría a las personas a merced de los jueces que las juzguen. Para que ellos decidan, según sus personales concepciones, para quién y cuándo existiría ese deber. Ya que la falta de preceptos de esta clase implicaría un serio descalabro a la seguridad jurídica y a la garantía de la exacta aplicación de la ley penal del artículo 14 C. Y, por ende, conllevaría a un severo estado de incertidumbre. Además, un silencio legal de las fuentes del deber de actuar y de las posiciones de garante aparejaría una convicta inconstitucionalidad de las penas que así se impusieran. Pues dejaría en manos de los jueces el poder creador de cuándo existiría el supuesto deber de actuar cuya omisión fuese penalmente relevante por parte de quien supuestamente omitió la conducta debida en los tipos penales de resultado. Con lo que así se contravendría el mismo artículo 14 C., que reserva a la ley la necesaria especificación del hecho punible.

En tales extremos, es la naturaleza de los derechos subjetivos que se pueden afectar al aplicar las normas penales, lo que lleva a la convicción de mantener esa determinación para los delitos impropios de resultado por omisión no expresamente escritos en la ley. Los cuales ya de por sí su constitucionalidad es también discutible, en el sentido de que sea suficiente la precisión de las fuentes jurídicas del deber de actuar para delimitar cuáles han de ser las conductas prohibidas en esos delitos conforme al principio de legalidad. La crítica en este aspecto proviene de la aguda percepción de Zaffaroni, a quien aún con todas las previsiones en la ley penal atingentes a las fuentes de los deberes jurídicos de actuar y, en su caso, de la posición de "garante" del bien, no le parece que pueda hablarse de que se respeta el principio de legalidad estricta en los delitos. De esta manera Zaffaroni sostiene la inconstitucionalidad de los tipos omisivos impropios no escritos, dado que en realidad no están del todo escritos, sino que el juez tiene que completarlos individualizando las características de los autores conforme a los modelos legales de los que se hallan escritos. En tal sentido, Zaffaroni aduce que: "...los tipos impropios de omisión serían tipos abiertos, al igual que los tipos culposos".⁶²⁸ El autor argentino reconoce que para paliar ese vacío se ha avanzado mucho a través de la determinación de las fuentes del deber jurídico de actuar y más aún, con los criterios adicionales para fijar la posición o las situaciones de "garante" del bien en aquél contexto; pero aún así todavía queda la oscuridad del método a seguir en los casos concretos y el favorecimiento de la analogía para resolverlos cuando las cláusulas que

⁶²⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 546 y ss.

norman las fuentes del deber de actuar son tan generales que permiten aquél proceder. Lo que se empeora —en criterio del autor argentino— cuando se hace emerger el deber de actuar de otras leyes, como puede ser la civil, porque “...el incumplimiento de un contrato no es materia del código penal, sino que constituye un injusto civil y nada autoriza a convertirlo en penal en ausencia de un tipo escrito”.⁶²⁷ Más aún cuando [s]e reconoce que *dejar morir* tiene un contenido injusto menor que *matar*, lo que por otra parte no solo responde a un valor social innegable, sino que desde el punto de vista jurídico no puede asignarse igual desvalor al que pone en funcionamiento una causalidad dirigida a producir el resultado, que a quien sólo se limita a no interrumpirla...”.⁶²⁸

Sin embargo, sin dejar de coincidir en gran parte con Zaffaroni, porque al menos sí es necesario —al igual que se hizo con los tipos que admiten la culpa— que el legislador enumere clara y exhaustivamente los tipos en los que se admite la omisión —principio de número cerrado (*numerus clausus*)— para así evitar que se puedan asumir como de resultado delitos que no lo son según su tipo penal o incluso para dejar dentro del *numerus clausus* —en los que sólo fuere admisible la omisión como causa «equivalente» respecto— a ciertos delitos de resultado; lo cierto es también que con la determinación de las fuentes del deber jurídico de actuar en la misma ley penal ya hay un principio de respeto al principio de legalidad, en tanto que es la misma ley penal la que hace el reenvío expreso a otras normas y sólo en función de aquellas fuentes jurídicas del deber de actuar que sean relevantes para fundar un concreto deber de actuar en función de la posición del garante para proteger el bien jurídico tutelado al poder evitar el resultado que le lesionará, mismos que sí están, a su vez, delimitados en los tipos penales de resultado con conductas neutras que admiten tan a la acción como la omisión. Y *sin dejar de reconocer o insistir que lo deseable a los fines de seguridad jurídica y de respeto al principio de legalidad, es que al menos el mismo legislador adopte con relación a esos delitos el sistema de “número cerrado” que acogió respecto a los tipos penal culposos y, asimismo, la necesaria precisión legislativa no sólo de las fuentes del deber jurídico de actuar sino de las específicas posiciones de garante que obligan a actuar en el caso concreto para evitar el resultado —como ya se hace en gran parte en el artículo 16 del nuevo CPDF—*. La crítica se debe entonces enderezar más a la manera que regule la ley penal el deber de actuar cuya omisión sea penalmente relevante en un delito de resultado, pues mientras más amplia e indeterminada sea la pretendida y supuesta delimitación, de tal manera que ella deje espacios “abiertos” en tales fuentes del deber de actuar y, en su caso, acerca de las posiciones de garante y sobre todo respecto de cuáles delitos de resultado concretamente se admite su comisión por omisión, sí se incurre por el legislador en una falta al principio de certeza que se halla implícito en la garantía de legalidad estricta en la determinación de los delitos. Ello se pone de manifiesto en el Derecho Penal Mexicano del contraste entre la formulas abiertas que regulan la fuente del deber de actuar en el CPF, el CPC y el CPDF. Pues las pautas del CPF son menos delimitadas que las del CPC y éstas todavía se quedan atrás frente a las formulas más específicas del CPDF (aunque en éstas se da el vacío de no se delimitan las fuentes jurídicas de ese deber, por lo cual por una parte se cumple con la determinación de los supuestos en que se está en posición de “garante” y por la otra hay silencio acerca de cuáles son las fuentes jurídicas en las que, además de esas posiciones, se podrá fundar el deber.)

⁶²⁷ *Ibidem.*, op. cit., *Derecho Penal...*, pp.552 y 553.

⁶²⁸ *Ibidem.*, op. cit. p. 553.

Antes de hacer la comparación entre las formulas de dichos códigos, se debe dejar en claro que la posición de "garante" de por sí puede ser ya discutible. En efecto, Zaffaroni señala que para fundar el deber de actuar: (...) *Se sostiene que no es el mero deber de actuar sino la particular posición en que se halla el sujeto activo respecto de un bien jurídico o frente a una fuente de peligro. Se privilegian hoy los contenidos de los deberes más que las fuentes formales de éstos, sosteniéndose que si bien todo garante tiene el deber de actuar, no todo el que tiene el deber de actuar es garante. Y que, según ello, con base en "...las tesis más corrientes en cuanto a la posición de garante como base limitadora de la construcción analógica, se sostiene que el deber de actuar derivado de la ley misma se erige en deber de garantía (a) cuando [la ley] imponga el deber de una persona, como el de padre a hijos, pero no cuando se trate de un deber legal general, como es el de ayuda*".⁶²⁹ Consideración a la que habría que preguntar: ¿por qué habría de darse esa restricción si acaso fuese la misma ley la que también señalara ese deber general de ayuda? De ser así se daría como consecuencia el mismo caso que cita Zaffaroni y que resolvieron de manera diferente Soler y Jiménez de Asúa: El jardinero despedido que ve ahogarse al niño y lo deja, cuya conducta sería impune porque no tendría el deber específico que surge de la posición de padre o madre o custodio, sino solo un deber general de ayuda aunque éste sí se contemplase en la misma ley a la cual reenviase el código penal. Zaffaroni observa igualmente: que "... (b) suele sostenerse que el deber legal erige también en garante al sujeto cuando *éste es legalmente responsable de un determinado ámbito o sector de la realidad*".⁶³⁰ Tal sería la situación del médico de guardia respecto de la asistencia de un paciente, porque tiene a su cargo un ámbito concreto, no bastando la obligación general que emergiese de una ley que estableciere su deber médico de asistencia, porque ello implicaría poner a cargo de cualquier médico el ámbito que abarque la salud de toda la población. Situación ésta que sin embargo ya se resuelve en México a través de la restricción de la omisión como penalmente relevante sólo cuando la acción debida sea posible de realizarse en el caso concreto, según ya se vio en los párrafos precedentes. Zaffaroni alude a un tercer grupo de deberes: "(c)...*cuando el sujeto tuviese un especial poder respecto de la protección o vigilancia para los bienes jurídicos de terceros, como es el caso de los empleados de fuerzas de seguridad, aunque aquí también algunos incluyen el deber de vigilancia de los padres respecto de los hijos menores*". Y por último "(d)...*se señala el deber legal que emerge de la relación del sujeto con una fuente de peligro, como puede ser el de quien tiene un automóvil en cuanto a la seguridad del tránsito, o el de quien tiene una fiera respecto de su vigilancia*".⁶³¹

Ahora bien, conforme al CPF y el CPC la «fuente» de ese deber jurídico de obrar se puede encontrar en la "ley". Como así sucede con la norma subyacente del deber de actuar que se deriva de los mismos tipos penales de simple omisión que prevean los códigos penales. Postura que sin embargo objetó Mariano Jiménez Huerta al señalar —en esencia— que esas normas obligan a actuar respecto a los tipos penales de simple omisión dentro del marco fáctico de prohibición que los mismos delimitan, pero que de ningún modo pueden hacerse extensivas sin más a los tipos penales de comisión por omisión —llamados también "tipos omisivos impropios" o "tipos de resultado por omisión"—, simplemente porque son distintos tan el marco de prohibición

⁶²⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sliokar, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 549.

⁶³⁰ *Idem.*, op. cit., p. 549.

⁶³¹ *Idem.*, op. cit., p. 550.

de cada uno, como también son diferentes las normas prohibitivas que se desprenden de cada cual.⁶³² Sin embargo, lo anterior es discutible en algunos casos. Por ejemplo, piensese en el delito de omisión de auxilio con relación al homicidio, donde en el primero el bien jurídico que se tutela es la salud y la vida, en cuanto que la omisión de la ayuda posible debe aparejar un agravamiento de las lesiones o el peligro de muerte del sujeto pasivo; pero donde sobreviene la muerte del pasivo que se pudo evitar con la ayuda posible que se omitió. Según la postura de Jiménez Huerta respecto al homicidio por omisión el deber de actuar no se podría fundar en la norma que prohíbe omitir la asistencia que se desprende del primer tipo penal: ¿Se tipificaría por ello sólo aquél delito de simple omisión y no así el de homicidio por omisión cuando alguien deje morir deliberadamente al necesitado de auxilio, no obstante que aquél pudo brindar la ayuda con la cual se habría evitado el resultado? ¿Y por qué habría de acudir a otra norma no penal para sustentar el deber de actuar en ese caso? También los deberes jurídicos de actuar se pueden hallar en los que se deriven de otras leyes, cualquiera que sea su materia. Ejemplo: la madre que deja morir de hambre al hijo recién nacido, con violación del deber de darle cuidado y asistencia y de ministrarle alimento que le impone el código civil. (Artículos 7° del CPF y 34 del CPC.) A diferencia del CPF y el CPC —los cuales aluden a la “fuente” del deber— el CPDF opta mejor por definir la posición de “garante” y respecto al ejemplo citado, el artículo 16-III-d) erige al sujeto en garante cuando aquél “se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o la integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo”. Lo cual, naturalmente, debe fundarse en la ley que establezca dicha posición de custodia, o en la resolución judicial correspondiente o incluso de mero contrato con cláusula específica tratándose de los pupilos, si acaso a esa expresión se le diese una connotación amplia; lo cual es discutible, porque en tal caso en realidad es aplicable la diversa posición de garante que define el artículo 16-III-a) del mismo CPDF: el garante debe “haber «aceptado» la custodia del bien”. Conforme al CPC el deber de actuar también puede fundarse en un “reglamento” (cualquiera que sea su materia.) Ejemplo: el celador que deja escapar a un preso, al omitir su custodia en los términos a que lo obliga el reglamento del centro de reclusión. O el encargado de la cocina en un comedor público que desatiende las normas del reglamento de salubridad correspondiente, al omitir la limpieza de la cocina y de los alimentos, cuya contaminación por aquél motivo origina lesiones a los comensales. (Artículo 34 del CPC.) Sin embargo, en tal supuesto legal —como igual sucede en los supuestos de consignar a las resoluciones judiciales o administrativas y a los contratos como fuentes del deber de actuar— se irrumpe contra la garantía de ley penal «escrita» del artículo 14 C. —a través del proceso criticable de deslegalización en la misma ley penal y que no deja de serlo porque la misma ley penal lo prevea, dados los límites del artículo 14 C., que no hace ninguna salvedad—. (En contra opinó Mariano Jiménez Huerta, quién sostuvo en esencia que tanto en los casos de reglamentos como de resoluciones judiciales es válido invocarlos como fuentes jurídicas del deber de actuar, toda vez que ellos provienen de la ley.⁶³³) Por su parte, los sendos artículos 7° del CPF y 16 del CPDF no prevén esa fuente y sería incorrecto invocarla en un caso concreto, salvo en el CPDF pero siempre ajustada a los supuestos de posición de garante que el mismo prevé, de lo contrario, ya sería indudable la trasgresión al principio de legalidad estricta de los delitos del artículo 14 C. Aunque por otra parte, el artículo 16-III-a) del

⁶³² Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano...*, Tomo I, op. cit., p. 233.

⁶³³ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano...*, Tomo I, op. cit., pp. 234 y ss.

CPDF resuelve aquellos supuestos, sólo en el caso de que la persona *"haya aceptado efectivamente la custodia del bien jurídico"*, la cual le convierte en *"garante"* del mismo bien en lo términos de la misma fracción III del artículo aludido.

Esos deberes de actuar también pueden derivarse —conforme al CPC— de una *"resolución administrativa o judicial"*. Ejemplo: el obligado por una resolución judicial a reparar su edificio que amenaza derrumbarse, si por omitir hacerlo se desploma el inmueble y produce daños a terceros. (Artículo 34 del CPC.) Más de nuevo los artículos 7°-párrafo-segundo del CPF y 16-III del CPDF no prevén esa fuente y sería discutible invocarla así en un caso concreto porque se trasgrediría el principio de legalidad estricta de los delitos del artículo 14 C., a menos que en el caso del CPF se fundase en la misma ley que establezca el precepto del deber de actuar en esos casos y en el cual se haya basado el juez o la autoridad administrativa, o bien en el CPDF, cuando la referida fuente se sustentase, además, en alguna de las posiciones específicas de garante que tal artículo precisa. El CPF y el CPC disponen que el deber de actuar también pueda surgir de un *"contrato"*. (Artículos 7°-párrafo-segundo del CPF y 34 del CPC.) Mismo que puede ser de cualquier clase, bien sea civil, laboral, de prestación de servicios, administrativo, etc. Y aunque no lo especifiquen así esos artículos, se ha de asumir que esos contratos establezcan de manera clara y efectiva la custodia del bien jurídico con relación al obligado y los deberes específicos inherentes a esa custodia, esto es, las condiciones en que se ha de prestar la atención y el modo de la misma. Posición de garante que delimita de aquella manera el artículo 16-III-a) del CPDF. Ejemplo: el encargado de una guardería infantil, si un niño a su cuidado resulta lesionado por omitir las acciones posibles de atención al menor y que su contrato le obliga específicamente a realizar. Sin que sea ocioso señalar que mientras el garante se encuentre en la situación que le obligue a obrar, aquél no podrá de manera unilateral abstenerse de ello con el argumento de que hay causa de rescisión del contrato. La cual debe intentar en la vía judicial para que aquella se declare en caso de controversia. Mientras eso no suceda o no se dé algún supuesto legal que expresa y directamente exima del deber al garante, tal deber se actualizará cuando se dé la situación que lo obligue a obrar o hasta que se le sustituya por otro que preste el cuidado debido. El deber de actuar se puede sustentar igualmente en un hacer precedente que determinó el riesgo. (Artículos 7°-párrafo-segundo del CPF, 16-III-c) del CPDF y 34 del CPC.) Ejemplo: quien después de cerrar un lugar sin saber que otra persona se encuentra adentro, omite luego abrirle al escuchar sus peticiones en tal sentido. Sin que deba llamar a perplejidad la previsión del inciso c) del artículo 16-III del CPDF, que sostiene el deber de actuar aún cuando el hacer precedente que generó el peligro fuese *"fortuito"*, ya que respecto de ello está el límite de la fracción II del mismo artículo, de que sea *"posible"* realizar la acción impeditiva del daño y evitarlo precisamente con una acción que sea *"posible"* de efectuar. De aquí que también sea aceptable la posición de garante —y de todos modos haya deber de actuar— cuando la conducta precedente que generó el riesgo hubiese sido adecuada a derecho, como sucede en el caso del conductor que sin dolo ni culpa causa un accidente y luego abandona a la víctima.

Igualmente la fuente del deber jurídico de actuar se puede originar en principios de *"comunidad de vida"* o de *"comunidad de peligro"* reconocidos por el Derecho. Como son los de ciertas normas legales civiles o administrativas. *Por lo que su fuente es la propia ley.* Como tales se citan a la comunidad matrimonial, a la

comunidad habitacional o de vivienda, a las personas que en una excursión alpina se unen a una misma soga, etc. Lo cual se prevé de manera clara en el artículo 16-III-b)-d) del nuevo CPDF al disponer que tan: (...) será garante del bien jurídico el que voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza; [como aquel que] se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo. Y finalmente —sólo de acuerdo con el artículo 36 del CPC— el deber de actuar se podrá fundar en un mero principio de “convivencia social” nada más cuando: “se advierta como inminente el resultado, éste sea seguro y se hubiere podido evitar sin riesgo para el omiso o terceros”. Ejemplo: quien al estar en una pila de agua de muy poca profundidad, omite auxiliar a un menor de escasos meses de edad que cerca de él ve que cae a la pila y yace en el fondo, donde se ahoga. Por supuesto, que aquella previsión no se excluye respecto al CPF si acaso una ley establece un deber general de ayuda, ya que en esa ley se puede fundar el deber de actuar si es que en el caso concreto se dan las condiciones que establezca el supuesto legal con relación al bien tutelado en un tipo penal de resultado. Lo cual no es posible en el CPDF pues el deber jurídico de actuar sólo surge si se dan los supuestos de garante que prevé el citado artículo 16-II en sus diversos incisos. Si falta el deber jurídico de actuar, actualizable para el agente como garante en el caso concreto, la omisión no se podrá plantear como típicamente relevante con relación al resultado. Eventos en los que existirá “atipicidad”. Y con ello se excluye al delito. Antes de concluir no es ocioso señalar que al determinar el artículo 16 del CPDF los supuestos que dan pie a la posición de garante y motivan el deber de actuar, se cumple mejor con el principio de «certeza» de la ley penal «escrita» que se deriva de la garantía de legalidad del artículo 14 C., ya que tal artículo cierra más las fuentes jurídicas de donde surge el deber de actuar —al precisar las situaciones de garante— frente a las meras fuentes genéricas a que aluden los artículos 7° del CPF y 36 del CPC, los que, además, hacen el reenvío a normas no penales, sin que se deje de señalar que en tal regulación cerrada de descripción de los supuestos de garante también hubiese sido recomendable que el CPDF incluyese el supuesto de simple convivencia social con las condiciones que al respecto da el artículo 37 del CPC, a efecto de respetar un elemental deber de solidaridad social mínimo en esos casos que quedan fuera de los supuestos de garante del citado artículo 16 del CPDF, además de complementar la regulación de esos supuestos con la autorización expresa de los reenvíos a otras normas no penales y las que sólo de manera implícita se pueden deducir —cuestionablemente desde el enfoque de la garantía de legalidad penal— de los supuestos que regula el artículo 16 del CPDF.

Como ya se dijo, en el CPC también se negará la «relevancia» penal de la “omisión” cuando “el agente en el caso concreto no tuvo la posibilidad material de realizar la acción debida”. Caso en el que igual se configura excluyente de delito por faltar una omisión penalmente relevante como elemento esencial del tipo penal. Ejemplo: Quien en lugar apartado y solitario encuentra a otro gravemente lesionado, el que luego muere, lo que se pudo evitar de prestarle el auxilio necesario en un hospital al que se podía llegar a tiempo con un vehículo; mas en el caso concreto, el omitente no traía auto para trasladar al herido. En el CPDF la solución es similar, cuyo artículo 16-II si prevé como condición que se pueda evitar el resultado y sin embargo, en aquél supuesto la omisión se excluye como penalmente relevante si acaso no se dan, además, las posiciones de garante de los diversos incisos de tal artículo. Sin que la falta de una condición tal —posibilidad de realizar la acción que evite el resultado— deba conducir en el CPF a una solución diferente. Pues aunque para excluir la

relevancia típica de la omisión de la acción debida ese código no prevé la imposibilidad fáctica de evitar el resultado, son aplicables los mismos razonamientos que se hicieron con relación a la imposibilidad fáctica de realizar las acciones debidas. Nadie está obligado a lo imposible y salvo los casos en que el agente no se haya procurado tal imposibilidad, la condición de que en el caso concreto le sea posible al agente evitar el resultado bien puede estimarse implícita en la regulación de los delitos de comisión por omisión del artículo 7° del CPF. Y es que el Derecho Penal sólo puede considerar el desvalor de una conducta con relación a un resultado, en tanto éste haya estado sujeto al dominio del autor. Porque cuando aquél se produce por la imposibilidad fáctica no procurada de realizar la acción debida; o cuando aquél se da aun realizando la acción debida, el mismo es inatribuible a esa conducta. Estimarlos de otro modo sería alterar el sentido natural de las cosas y responsabilizar en realidad por un resultado que solo en forma aparente proviene de la conducta. Lo cual no sería otra cosa que sólo punir por el resultado. ("Versare in re illicita".) Más adelante volveré sobre el tema.

Ahora bien, cuando se determina que la omisión es penalmente relevante porque violó un deber jurídico de actuar posible de cumplir y de evitar el resultado en una figura típica de tal carácter, deberá examinarse enseguida el nexo causal. Primero a la luz de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Así, se afirmará que existe nexo causal entre la omisión y el resultado, cuando al añadir la acción debida y posible se evite el resultado. Por lo tanto, se excluirá el nexo causal cuando el resultado se habría dado aun con la acción debida y posible. Por ejemplo, el guardavía que omite dar las señales, pero el tren de todas suertes se hubiese descarrilado, al venir desde antes con fallas en los frenos, a velocidad excesiva y en una curva pronunciada. O en los ejemplos de los párrafos anteriores, de quien se encuentra a otro gravemente lesionado en un lugar apartado y solitario sin que le preste el auxilio posible y luego muere; pero se evidencia que aun de haberlo brindado no se habría evitado su muerte. Aspectos que de todas suertes requieren otras precisiones acerca de la imputación jurídica del resultado a la conducta y las cuales se harán más adelante.

3. La crítica a la teoría de la equivalencia de las condiciones y los filtros (límites) que se le imponen por tales motivos. La teoría de la equivalencia ha sido y es objeto de crítica. Por una parte, se le objeta que deja sin resolver los casos de "causalidad doble" y "complementaria". Como ejemplo de manual se expone que si dos personas, cada una por su cuenta, vierten dosis letales de veneno en el vaso de té de la víctima, de acuerdo con la equivalencia de las condiciones resulta que ninguna dosis se reputa causa del resultado si la persona muere envenenada por ingerir el líquido tóxico. En tanto que si se suprime cualquiera de las pociones letales, el resultado de todas suertes se produce. ("Causalidad doble".) A la misma conclusión se llega en el evento que ninguna de las pócimas sea letal por sí, pero sí lo sea la suma de ellas. ("Causalidad complementaria".) Y ello no obstante que en ambos ejemplos en realidad los dos agentes causaron la muerte. Ya que existe una *causalidad doble o complementaria*: La de cada cual que vertió una pócima letal o contribuyó materialmente a ello. Empero, esa clase de casos ninguna perplejidad debe originar en el Derecho Penal Mexicano. De la cual dan cuenta los artículos 13-VIII del CPF, 26 del CPDF y 20-V del CPC. Ellos prevén los supuestos de intervención plural con ignorancia de la causación específica y ausencia de preordenación. Y contemplan como regla especial —según se verá en su oportunidad— que el resultado se atribuya —con penalidad atenuada— a todos los que sí se sabe que sin preordenación realizaron conductas

idóneas para producirlo. Aún así, tal previsión legal es un primer dato que revela que la teoría de la equivalencia no rige sin más en el Derecho Penal Mexicano según los criterios judiciales que así lo entiendan. Pues si así fuese, hubiese de sostenerse la exclusión "mutua" del nexo casual de las dos causas, no obstante que ellas produjeron el resultado.

Mas por otra parte, a la teoría de la equivalencia se le critica que al nivelar como "causa" a todas las condiciones que concurrieron a la producción del resultado lleva a situaciones grotescas y conduce en ciertos casos a una extensión ciega de la causalidad. Ello es cierto. Porque según esa tesis son inadmisibles las excepciones o interrupciones del nexo causal con motivo del concurso de otras condiciones. (Que el CPC llama "concausas".) Es decir, para aquella es suficiente con que en la producción del resultado haya concurrido cualquier condición. Ello incluye a la conducta de la persona, aunque hubiere carecido por sí sola de la suficiente potencialidad causal. Como también la teoría admite otras condiciones o concausas ajenas a la línea evolutiva de peligro que originó la conducta y a las que se les puede enlazar el resultado. En tal contexto se reprocha que aplicar sin cortapisas la tesis de la equivalencia significaría —según sus postulados— que el padre y la madre de quien más tarde se convierte en asesino también realizarían el tipo penal de homicidio. Así mismo —y de acuerdo con la teoría de la equivalencia— si alguien le fractura a otro el dedo de un pie, quien fallece como consecuencia de un accidente automovilístico cuando se le traslada al hospital por aquel motivo, de todas suertes subsiste el «nexo causal» con la conducta de quien originó la fisura ósea. Porque sin ella, la muerte no se habría producido. Por lo tanto, la muerte también le sería atribuible a quien fracturó. Aún cuando la misma fisura careció de relevancia típica para el resultado —«filtro» de la teoría de la relevancia—; o no tuvo potencialidad causal concreta para producirlo —«filtro» de la teoría de la causalidad adecuada—. Y es que la fórmula de la equivalencia de las condiciones también fracasa por lo general donde —con abstracción de la conducta del agente— el resultado concreto se hubiese dado con base en una causa ya existente. Así, de acuerdo con la teoría de la equivalencia, no habría nexo causal entre la muerte del condenado y quien lo mata instantes antes de que se ejecute en su contra la pena de muerte. Frisch apunta que: (...) desde principios del siglo pasado ya se decía con claridad que la teoría de la equivalencia era insatisfactoria para resolver la relación causal.⁶³⁴ Sobre todo en los cursos causales fuera de lo común. E igual se consideró incorrecto estimar al dolo o a la culpa como correctivos de esos cursos causales. Pues según la comprensión en aquel momento el dolo y la culpa pertenecían al ámbito de la culpabilidad. Y, además, se estimaba que el introducir esos correctivos distorsionaría el aspecto objetivo del tipo penal. Y el cual —según el entendimiento que aquí se propone— por lo menos deja fuera al dolo, por pertenecer al tipo penal subjetivo. Así las cosas, ya desde la primera mitad del siglo pasado había unanimidad en la doctrina que el nexo causal requería de otros «filtros objetivos». Los cuales colaran a ciertos cursos causales en el mismo ámbito objetivo del tipo penal. En especial a los extraordinarios. Ellos se encontraron, sucesivamente, en las tesis de la causalidad relevante o adecuada, la del dominio del hecho y la de imputación objetiva.

⁶³⁴ Wolfgang Frisch, "La imputación objetiva: estado de la cuestión", en Claus Roxin, Günter Jakobs, Bernd Shünemann, Wolfgang Frisch y Michael Köler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), Civitas ediciones S. L., Madrid, España, 2000, p. 25.

Ahora bien, el CPC establece de manera expresa esos límites o filtros a los defectos y excesos de la equivalencia de las condiciones. Pues si bien es verdad que el CPC parte de dicha teoría para decidir la existencia del nexo causal; igual lo es que la corrige en sus fallas y sus colmos. Esto es así cuando el artículo 35 del CPC admite la concurrencia de cierto tipo de «concausas» que sí excluyen el nexo causal. Lo que — como ya vimos— es inadmisibles para la teoría de la equivalencia. Y en el mismo sentido, en el artículo 16 del CPC se añade otro criterio que pretende limitar los excesos a que pueda conducir la regla de la «conditio sine qua non» y que en ciertos casos no se resolverían a través del filtro de las concausas. Así el artículo 16 del CPC alude a la tesis de la «imputación objetiva». De la que después me ocuparé. No es ocioso destacar que esos límites son ajenos a que la conducta deba ser causa "directa" o "inmediata" de la muerte. Ello es así, en tanto que tal restricción es extraña a las normas en consulta. Además, resultaría absurdo que se excluyera la «relación causal» entre la muerte de una persona y la conducta de quien le infirió las lesiones por el sólo hecho de que la muerte del ofendido no se produjo "inmediatamente" después de que se le infirió la lesión. O porque el fallecimiento no fue consecuencia "directa" de la lesión inferida, aun cuando se acredite que sus complicaciones orgánicas no evitables determinaron la muerte. Lo cual nos llevaría a la clara impunidad de conductas ostensiblemente punibles. Incluso ello se establece de manera expresa en el artículo 124 del CPDF al disponer: *"Se tendrá como mortal una lesión, cuando la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias «inmediatas» o alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión"*—ergo, es innecesaria la inmediatez de la complicación (que motive la muerte) determinada por la misma lesión—.

Empero, el CPF y el CPC fijan para el homicidio un límite adicional: La muerte debe ocurrir dentro de cierto tiempo —noventa días en el CP y ciento ochenta días en el CPC—. Lo que en el fondo evita acusaciones con medios de prueba que el legislador ante juzga de dudosa credibilidad con relación al «nexo causal»; en virtud del tiempo que transcurre entre la lesión y la muerte. Y lo que vuelve a indicar que la tesis de la equivalencia de las condiciones no es la que deviene dogmáticamente aceptable de nuestro Derecho. Al menos como la única aplicable. Pues si los códigos penales la admitiesen sin límites, la muerte sería atribuible a la conducta del agente cualquiera que fuese el tiempo en el que se produjese aquella. Aquella conclusión se volverá a confirmar más adelante para los mismos CPF y CPDF.

4. Los filtros (límites) del dominio del hecho o causalidad adecuada al caso concreto y de la imputación objetiva. El examinar extensamente estas teorías, sus supuestos y alcances excede los cercos de este trabajo. Pero sí es necesario su análisis básico por tres razones. Primera: Tan en la doctrina del dominio del hecho —que desarrolló el finalismo—, como en la evolución actual de la teoría de la imputación objetiva —que aún desarrolla el funcionalismo— se hallan muchos fundamentos que legitiman la exclusión del resultado en virtud de concausas. Segunda: Porque esas teorías son las que subyugan el estado actual de la discusión acerca del nexo causal o imputación objetiva del resultado. Y tercera y más importante: Porque con base en ambas teorías se pueden conformar «nuevos» filtros jurídicos al poder punitivo estatal dentro del marco de un estado de derecho, para poder atribuir el resultado a la acción e incluso para estimar a la misma

acción como típicamente relevante o bien para negar esa atribución o la relevancia típica de la misma conducta.

En efecto, según apunta Frisch⁶³⁵. El punto de partida sobre la categoría de la imputación objetiva en su concepción finalista es el escrito de Honig del año de 1930. Honig planteó que si bien era cierto que el nexo causal requería de un filtro que depurara a ciertos cursos causales en el ámbito del tipo penal, en especial a los extraordinarios; también era verdad la necesidad de que tal tamiz conllevara a la vez un fundamento de los resultados típicos como obra de la persona. De tal manera que se pudiera decir que fue «suyo» el resultado. Y no sólo se le sustentara o excluyera a través del mero curso lógico-naturalístico de las consecuencias. Como lo hacía la teoría de la equivalencia y en su inicio lo visualizó la tesis de la relevancia. La pregunta que se debía hacer era, pues, la siguiente: ¿Cuándo se le atribuye el resultado al agente como «suyo»? Para ello Honig dio un paso importante. Este autor puso en una categoría ontológica la relación típica entre acción y resultado. Honig se basó en las reflexiones de Larenz sobre la imputación civil. Y aquél señaló que lo importante para el Derecho Penal y para configurar los tipos penales es saber si al resultado se le puede ver como obra del agente. Solo en virtud de su obrar se le puede imputar el resultado a una persona. En tal sentido, lo que caracteriza a las personas es que pueden configurar el mundo exterior según su voluntad. Y de ello se sigue que sólo se puede estimar «configurado» un resultado, si éste es la consecuencia de una expresión de la voluntad capaz de controlar el curso causal. Esto es, en virtud de la cual al resultado se le pueda entender como dispuesto por la acción de manera final. Así es como el resultado se puede imputar de manera objetiva al agente, sin que se desnaturalice la esencia ontológica de su conducta. Por lo que el resultado no se atribuye al agente cuando aquél es fruto del mero acontecer casual. Tal postura apuntó sin duda hacia la teoría del dominio del hecho que desarrolló Welzel para la acción final. Aunque Welzel estimó al dominio del hecho como una cuestión que atañía más al tipo penal subjetivo que al objetivo. A diferencia de Honig que desde un principio la ubicó en el ámbito objetivo. De todas suertes, de ellas se obtiene la idea del dominio o dominabilidad del hecho por el autor (en cuanto configurado por aquél) como marco y límite para que se le impute el resultado.

En suma, el resultado se imputa al agente sólo en la medida que sea expresión de la configuración del mundo exterior que aquél dispuso con su conducta. De tal manera que el resultado no le es imputable al autor, si éste no alcanza a ordenar el suceso como expresión de su voluntad por la cual le hubiere podido dominar. O dicho de otro modo, el resultado debe caer bajo el dominio de la acción del autor. Debe ser "dominable" por la acción a la cual aquél se le atribuya. Y el resultado no puede ser expresión del dominio del hecho cuando aquél se determina más por el azar. O por otras consecuencias extraordinarias que estén fuera del control de la voluntad que se expresa en la acción.

Mas la óptica de Honig fue por igual la base de gran parte de las nuevas tesis de la imputación objetiva. Entre ellas destacan la de Roxin⁶³⁶ como su impulsor inicial y decisivo, seguido de Rudolphi⁶³⁷, Jakobs⁶³⁸ y Frisch⁶³⁹,

⁶³⁵ Wolfgang Frisch, *La imputación objetiva... Sobre el estado de la...*, op. cit. pp. 25 y ss.

⁶³⁶ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...* op. cit. En especial, pp. 342 a 411. Por su parte, en esa obra Roxin cita a Hardwig con un trabajo al respecto en 1957. Op. cit., p. 363.

⁶³⁷ Hans-Jaschim Rudolphi, *Causalidad e imputación objetiva*, traducción de Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, Colombia, 1998.

⁶³⁸ Al respecto ver, especialmente, a Günter Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, España, 1997.

entre muchos otros en Alemania. Aunque cabe mencionar también como un precursor a Gimbernat Ordeig en España, con su encomiable estudio crítico de las tesis acerca de la causalidad prevalecientes hasta 1966.⁶³⁹ Sus defensores también opinan que la teoría de la equivalencia describe de manera inadecuada la relación entre acción y resultado. Pero a diferencia de Honig, las tesis más modernas de la imputación condicionan la atribución del resultado a un amplio abanico de criterios jurídicos. Ellas no excluyen de manera necesaria a las teorías iniciales del nexo causal. Ni menos aún a la categoría óptica de Honig. De la cual parten. Pero van más allá del mero enfoque físico o lógico formal pero deshumanizado de una tesis causalista o del nivel prejurídico de la imputación objetiva del resultado a la conducta según el dominio del hecho. Pues añaden filtros nuevos de cuño "jurídico". Con los cuales ya se puede hablar de una imputación «jurídica» del resultado a la conducta del autor. Y por los que se mutan en resultados que no se imputan a algunos que no alcanzan las teorías tradicionales y la misma tesis de imputación con el criterio objetivo del dominabilidad de la acción sobre el resultado. Que inicialmente postuló Honig y luego defendieron los seguidores de la tesis del dominio del hecho. En tal sentido, las objeciones a las que hoy se enfrentan las nuevas teorías de la imputación "objetiva" o "jurídica" se refieren más a su carga normativa. Pero de ningún modo refutan la antigua visión de Honig. Asimismo, cabe señalar que en su evolución actual la teoría de la «imputación objetiva» ya prevalece doctrinalmente en Alemania, Austria y Suiza. Y la misma ya se manifestó en muchas resoluciones judiciales de esos países. La cual, a la vez, gana sólido auge en España y empieza a tenerlo en Italia. Todos esos países tienen un sistema jurídico penal y principios constitucionales del estado de derecho muy similares a los del Estado mexicano. Y según esto, aquella teoría en su estado actual resuelve problemas sobre el nexo causal que no tienen solución satisfactoria o quedan sin resolverse por la equivalencia de las condiciones y el filtro de las concausas —causalidad adecuada o del dominio del hecho—. O bien, que fundamentan la imputación del resultado desde una perspectiva diferente, con una carga más normativa pero acorde con los principios rectores del Derecho Penal en un estado de derecho.

En el contexto anterior: **a)** Cabe ocuparse primero del planteamiento inicial de la teoría de la adecuación, su desarrollo finalista y su aplicación dogmática en nuestro Derecho. **b)** Enseguida ver la postura de las nuevas teorías de la imputación objetiva o "jurídica". **c)** Después atender a su posible ajuste en el Derecho Penal mexicano y sus consecuencias. **d)** Para finalmente: Concluir con una síntesis.

5. El filtro (límite) de la causalidad adecuada al caso concreto: Postura finalista. La tesis original de la causa adecuada reputó como tal a la condición que de manera regular producía el resultado. Esto es, serían relevantes para producir un resultado aquellas condiciones que en forma abstracta y general se pudieran considerar idóneas para generarlo. Esta idoneidad abstracta y general se fundó sobre un cálculo de regularidad derivado de la experiencia. Donde, con independencia del caso concreto, sería condición del resultado aquella que guardase una relación de regularidad estadística con el resultado. En este sentido,

⁶³⁹Wolfgang Frisch, *Tipo Penal e Imputación Objetiva*, traductores, Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo y Yesid Reyes Alvarado, Editorial Colex, Madrid, España, 1995. Y del mismo autor, *La imputación objetiva: estado de la...*, op. cit...

⁶⁴⁰ Enrique Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Editorial Reus, Madrid, España, 1966, 235 pp.

Jiménez Huerta apunta a von Bar. Von Bar —dice Jiménez Huerta—: (...) *excluía de la causalidad en el ámbito jurídico, todo aquello que no correspondía a la por él llamada "regla de la vida".*⁶⁴¹

Concebida de aquella manera, la teoría de la causación adecuada tenía el defecto de fundarse en abstracciones y generalizaciones distintas de los casos concretos. Bien señaló Jiménez Huerta que: "...la adecuación o inadecuación de una condición para producir un resultado no se puede establecer conforme a un patrón de universal eficacia pues pende casi siempre de las circunstancias que circundan al caso concreto".⁶⁴² De aquí que el mismo Jiménez Huerta, haciéndose eco de los penalistas de la época indicara que: "...La idoneidad de la conducta para producir un resultado dado, no puede ni debe ser enjuiciada en forma abstracta, sino en las concretas condiciones en que el agente operó".⁶⁴³ ¿Y cómo se enjuicia la idoneidad de la conducta con base en esas condiciones? Para ello hay que tomar en cuenta dos aspectos. Primero: Las concausas que concurren. Y segundo: Las circunstancias precedentes y concomitantes en las que el agente obró con relación al resultado. En uno y otro extremo se hallan las principales diferencias entre la *conditio sine qua non* y la causalidad adecuada. Respecto al primer punto Soler dice que: —para la doctrina de la equivalencia— (...) *es inadmisibile la interrupción del nexo causal, ya que si un hecho es condición de otro asume la categoría de causa aún en el caso en que para su eficiencia sea precisa la intervención de otras condiciones. Y (...) para la doctrina de la adecuación, un hecho preexistente, simultáneo o superveniente a la conducta del sujeto interrumpe el nexo causal cuando hace surgir consecuencias extraordinarias y excepcionales que en el curso normal de los hechos análogos no se derivan de la acción del sujeto*".⁶⁴⁴ En lo que toca al segundo aspecto, éste se remarca desde la postura de Honig en 1930: La necesidad de que los filtros aparejasen un fundamento de los resultados típicos como obra de la persona. Y ello en la medida que aquél haya sido capaz de configurar el mundo exterior de tal modo que el resultado se vea como generado por el autor. De tal manera que se pudiera decir que es «suyo» el resultado. Se trata así de atender a una condición diferente o adicional a aquellas que se establecieren con base en el mero curso físico o lógico de las consecuencias como lo hacía la teoría de la equivalencia, o de su frecuencia estadística como en su inicio lo concibió la tesis de la adecuación.

Mariano Jiménez Huerta fue quizá el primero en México que desde 1972 visualizó e hizo suya esa postura de corte finalista. Así se desprende de los siguientes párrafos de su obra:

(...) La doctrina de la causalidad adecuada tiende a valorar teleológicamente la causalidad humana trascendente para el Derecho penal. Es intuitivo que en la idea-fin insita en el concepto, está latente, en forma larvada, un resultado fáctico penalmente relevante. (...) Un tiro de pistola es adecuado para matar un hombre y no lo es para dañar un bosque. Resulta imposible determinar penalísticamente la adecuación de un nexo causal, sin tener presente la esencia de la figura típica en que está recogido el resultado fáctico. Causa adecuada es, pues, la conducta humana que, además de ser *conditio sine qua non* de un resultado, asume relevancia por implicar una forma idónea de producir dicho resultado habida cuenta de la concreta situación en que el agente actúa.⁶⁴⁵

(...) Cuando se afirma que a los fines de la imputación jurídica es necesaria una causalidad adecuada, no se adopta un concepto de causa diverso del que ministran las ciencias experimentales: se parte de éste, y la *conditio sine qua non* que se individualiza como

⁶⁴¹ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano, Tomo I, introducción al estudio de las figuras típicas*, primera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1972, p. 156.

⁶⁴² *Ibidem*.

⁶⁴³ *Ibidem*.

⁶⁴⁴ Sebastián Soler, *Derecho Penal...*, op. cit., T I, p. 275

⁶⁴⁵ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 157 a 158.

procedente de una conducta humana, es sometida a una valoración para esclarecer su relevancia jurídico-penal. Acaece así que la causa tiene una esfera de aplicación más restricta en el terreno jurídico, sin que esto implique, de ningún modo, una variación ontológica del concepto.⁶⁴⁶

(...) No se trata de indagar las causas naturales determinantes de un resultado dado, sino de precisar la eficacia de una causa ya individualizada —el comportamiento humano— que ha tenido en la producción de un resultado concreto, relevante para el Derecho penal. Esta premisa sitúa el problema dentro de un marco ya individualizado y con un fondo teleológico jurídico-penal. Sólo la causa humana tiene relieve en nuestra ciencia. La teoría de la causación adecuada tiene por objeto destacar el singular relieve que adquiere en el orden jurídico la causalidad humana; es su fin establecer, para el ámbito del Derecho, un límite a la causalidad fenoménica. Y como desde el punto de vista de un estricto logicismo ajurídico es arbitrario e imposible limitar el curso causal, la teoría de la adecuación trata, con las luces que ministra la experiencia jurídica, de personificar la causa y precisar sus contornos. Según esta teoría, para que exista ante el Derecho una relación causal entre el comportamiento y el resultado, forzoso es que el hombre haya producido el resultado con una conducta idónea para su realización.⁶⁴⁷

(...) Necesario es, por último, fijar con base en cuáles conocimientos debe ser valorada la idoneidad de la conducta, esto es, si con base en los conocimientos del juez, de un hombre particularmente perspicaz, del hombre medio o del propio agente. El juicio se debe formular sobre la base de los conocimientos que pudiera tener un hombre de media inteligencia en el momento del hecho; pero en el caso en que el agente hubiere tenido conocimientos superiores o por razones particulares hubiere llegado a conocer circunstancias de otros ignoradas, deberá tenerse esto en cuenta al formularse el juicio de adecuación. Así, si un empleado ferroviario sabe que un puente va a ser hundido e induce a una persona a viajar en el tren que parte para dicho lugar, la conducta del empleado debe considerarse idónea respecto a la muerte del viajero acaecida en el desastre. La exigencia de una valoración a priori obliga a una interpretación —subraya Pedrazzi— distinta de aquella que ve en la figura típica una árida ecuación causal, sino un comportamiento humano, un fragmento de vida caracterizado por un típico significado social.⁶⁴⁸

Para ello, Jiménez Huerta —siguiendo a Welzel— alude a que la concepción de la causa adecuada al caso concreto concuerda con un enfoque ontológico de la acción en el marco de las figuras típicas.

El juicio de adecuación se hace con base en las consecuencias de la acción que estén dentro del peligro concreto que aquella originó, ajustado a los conocimientos del autor.

De tal suerte que falta la adecuación si el resultado se verifica por supervenir factores de carácter extraordinario ajenos al peligro que dio lugar la acción. Tal acontece en el caso del herido que fallece como consecuencia del incendio del hospital o por un choque cuando lo transportaban al mismo; pues el resultado es consecuencia de haber sobrevenido estos extraordinarios acontecimientos, no ligados a la conducta por el necesario nexo de adecuación.

¿Tiene algún apoyo en nuestro Derecho esa postura? Ciertamente sí. El mismo Jiménez Huerta se ocupó de demostrar que así se infería de los artículos 303, 304 y 305 del CPF de 1931 —y que aún subsisten en el actual CPF— en orden al homicidio. Pues mientras que la teoría de la equivalencia parifica las concausas en virtud de que no predominan unas sobre otras ni excluyen el nexo causal. En cambio, para la teoría de la adecuación, la concausa es aquella condición que concurrió a la producción del resultado y que prevalece sobre la acción del sujeto. La que así produce el efecto de interrumpir el nexo causal entre la conducta y el resultado. Pues bien, al interpretarse en sentido contrario los artículos 303-I del CPF y 124 del CPDF, resulta que la ley penal acepta las concausas que consistan en hechos posteriores a la conducta como impidentes —o interruptoras— del nexo causal del resultado con aquella. Esas concausas son las que operan cuando la muerte —según el artículo 303-I del CPF— no *"se deba a las alteraciones causadas por las consecuencias inmediatas o a alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pueda combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios"*. Para ello es suficiente el ejemplo de la

⁶⁴⁶ Idem.

⁶⁴⁷ Ibidem.

⁶⁴⁸ Idem.

persona lesionada que muere incinerada en el accidente de tránsito cuando se le traslada al puesto de socorro. Pues conforme a la fracción I del artículo 303, se excluye el nexo causal entre la acción que infirió la lesión y la muerte; aun cuando la conducta de quien hirió fue *conditio sine qua non* de la muerte. Esto es, la interrupción del nexo se produce por la *concausa*. Misma que no se debe —como exige la fracción y artículo citados—: "a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesado, o a complicaciones determinadas por la misma lesión y que no puedan combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios". También Jiménez Huerta señala con corrección que: (...) De manera explícita se acepta la *concausa* en el artículo 305 [del CPF]. Establece el mismo que "no se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió: ... cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos del paciente o de los que le rodearon".

En todas esas hipótesis, es evidente que no obstante ser la lesión *conditio sine qua non* de la muerte, ésta no es atribuible al autor de la lesión. Razonamientos que cabe reiterar respecto a las restantes fracciones del artículo 304 del CPF y respecto a los supuestos del artículo 124 del CPDF, pues unas y otros también ajustan racionalmente al caso concreto el nexo de causalidad. Ello es así, porque en las hipótesis de las fracciones II y III del artículo 304: Si acaso la muerte se dio es que se debió precisamente a las complicaciones orgánicas que se derivan de la lesión. Sin que haya motivo —en opinión de Jiménez Huerta— de excluir el nexo causal porque la muerte se habría evitado con auxilios oportunos o porque aquella se debió a la constitución de la víctima. Y menos aún "cuando la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o «alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión»", según lo señala el artículo 124 del CPDF. Aunque, precisamente, interpretando en sentido contrario la última parte del artículo 124 del CPDF, no se imputará la muerte a quien lesionó si es que "la complicación [no fue] determinada inevitablemente por la misma lesión", sino por circunstancias ajenas a ella que sí determinaron la muerte. Por su lado, el artículo 35 del CPC plantea el problema causal y admite a la tesis de la equivalencia de las condiciones como primer paso para decidir la existencia de dicho nexo. Lo cual también admiten casi todos los postulantes de una teoría objetiva —sea finalista o funcional— de la imputación. Pero a aquél nexo, a su vez, el artículo 35 del CPC le condiciona a que —en el caso concreto y con motivo de otras condiciones— no devenga en un proceso causal "irregular" el desarrollo del peligro que se genere por la conducta del agente. De tal suerte que el resultado ya no le sea imputable objetivamente a la conducta de aquél cuando intervenga otra "concausa" porque esta *obre por sí y con suficiente eficacia para determinar el resultado*".

En tal virtud, según este primer filtro, las «concausas» serán excluyentes del nexo causal "cuando por sí mismas sean suficientes para producir el resultado".

Esto es, aunque el nexo causal opere con la regla de la "equivalencia de condiciones" para estimar como «causa» del resultado a la conducta del sujeto activo, si acaso aparece una *concausa* que por sí sola sea suficiente para producirlo, tal «concausa» excluirá dicho nexo causal en relación con aquella causa. En tales casos, si se suprime la "acción" del agente el resultado se deja de producir y, por lo tanto, esa conducta sería

«causa» del resultado; sin embargo, ese nexo causal se cancela al concurrir una diversa condición ("concausa") —preexistente, simultánea o posterior— si es que por sí misma fue suficiente para producir el resultado. (Teoría de la adecuación al caso concreto: como primer filtro a la teoría de la equivalencia de condiciones.) (Segundo párrafo del art. 35 del CPC.) En cuyo caso falta la tipicidad por falta de "nexo causal", como elemento esencial del tipo penal. Lo que a la vez excluye al delito. (Arts. 15-II del CPF, 29-II del CPDF, 12, 16, 35 y 42 del CPC.)

La concausa debe ser real y no meramente hipotética. Y, además, debe operar por sí de manera suficiente para producir el resultado. Sin que, para esto último, tampoco baste la mera hipótesis. Ello apareja entonces averiguar siempre si el resultado concreto se dio bien por la conducta del agente o bien en virtud de la concausa. Lo cual se decide conforme a leyes experimentales y científicas en el ámbito de la prueba. Y no por la mera regla de la equivalencia. La cual en realidad tiene sólo una función heurística, esto es, de mera confirmación de sucesos que en realidad antes se deben probar. En la práctica forense y judicial a nadie se le ocurrirá decir —ni siquiera en la perspectiva de la tesis de la equivalencia— que un homicidio se prueba porque se constata que alguien le disparó a otra persona y ésta muere. Al menos mientras no se compruebe también —a través de la necropsia— que el proyectil que se disparó causó realmente la muerte. De la diversa fórmula de las concausas, también queda claro que la concausa debe operar con la suficiente potencialidad para que ella produzca el resultado. Lo que igual presupone la constatación probatoria. Por lo tanto, también mata el que priva de la vida a quien ya padece de una herida que más tarde le producirá su fallecimiento. O quien mata a un enfermo incurable cuyo padecimiento después le llevaría a la muerte. Y el médico es también causante de la invalidez de un paciente, aunque el error clínico de tratamiento sólo adelante la parálisis que de seguro se daría más tarde.

En otras palabras, mientras las concausas no hayan incidido realmente por sí y de manera suficiente para producir el resultado, no hay porque invocarlas como excluyentes del nexo causal.

La «concausa» puede consistir en la conducta de otra persona, aunque sea "ilícita". (Párrafo tercero del artículo 35 del CPC.) O bien radicar en un fenómeno natural (físico, biológico, etc.) Los que interfieren con los efectos de la acción u omisión excluyendo a estas como causas. Ejemplos: La persona que muere (resultado) en el hospital con motivo de una intervención quirúrgica imperita o negligente (concausa "ilícita"); aunque la operación se dio por una lesión inferida por otro (causa que se excluye.) El de una persona que fallece politraumatizada (resultado) como consecuencia del deslave en una mina abandonada que se da por el deterioro temporal de su estructura (concausa "física natural"); aunque la persona entró a la mina instada por otra de hacerlo (causa que se excluye), la cual esperaba luego tapar la boca del túnel con un derrumbe que ella provocaría para que la persona que indujo a entrar a la mina muriera de asfixia. El de una persona que muere (resultado) por trombosis cerebral, porque ingirió por su cuenta un medicamento distinto o igual pero con mayor cantidad o frecuencia de la indicada (concausa posterior); sin que la embolia se derive de la lesión que otro le infirió (causa que se excluye) y que dio motivo a que se medicamentara. En el artículo 35 del CPC se obliga entonces al intérprete y al juzgador a hacer un especial análisis de «adecuación objetiva» del nexo causal al caso concreto según la idoneidad concreta que tuvo la conducta para causar el resultado. Negándose

la relación causal entre la conducta a enjuiciar y el resultado, cuando en vez de la conducta que se examine, la «concausa» operó “por sí misma” y en forma “suficiente” en la producción de aquel. En tal orden de ideas, y en sentido contrario, si las concausas preexistentes, simultáneas o posteriores —a la conducta que se examine— no operan “por sí mismas ni en forma suficiente” en la producción del resultado, es porque carecen de una influencia determinante en la línea evolutiva de peligro que inició o desencadenó la conducta del agente. Y, por lo tanto, aun con la concurrencia de dichas concausas se debe afirmar la existencia del «nexo causal» entre la conducta a enjuiciar y el resultado. Por ende, el resultado se atribuye al agente.

Para los efectos jurídico-penales, la expresión “concausa” que interrumpa el nexo causal va ligada a los procesos causales “irregulares”. Es decir, donde se encuentra una condición que se entrefiere e influye por sí y de manera suficiente en el proceso causal que se originó con la conducta que se enjuicie como posible productora del resultado típico penal, excluyendo a la última del nexo causal si la primera determina el resultado. La expresión «concausa» significa pues el concurso de una condición (anterior, simultánea o superveniente) que influye por sí misma en el devenir causal para producir el resultado. Acaecer causal en el que también aparece como condición la conducta que se cuestiona como causa. Sin embargo, también se estima como «concausa» —aunque cuestionable en un plano lógico el llamarla así— aquella «condición» que produce el resultado en forma totalmente independiente al devenir causal que originó o desató la conducta que se enjuicia. Que parece coincidir con tal devenir causal. Pero sin que influya en la línea evolutiva del peligro que originó la conducta. Ejemplo: Cuando se hiere a una persona que fallece de un infarto al miocardio que se originó en una deficiencia y lesión cardíaca anterior a la herida y sin que ésta influyera en la angina. En ese supuesto en realidad hay dos condiciones independientes entre sí. Pero cuando la herida influye en una enfermedad preexistente, sí habrá en sentido estricto una «concausa». Sobre ésta habrá que decidir si la patología anterior —o la herida inferida por el agente— es la que fue suficiente por sí misma para producir el resultado. Ya que si la condición anómala preexistente operó por sí y de manera suficiente para determinar el resultado, la conducta del sujeto activo de herir al pasivo pierde su potencialidad causal. En caso negativo, la herida que influyó el sujeto activo sí tendrá relevancia causal. Pues para que se considere que alguna concausa interrumpa el nexo causal, es necesario que actúe en forma “suficiente y por sí misma” en la producción del resultado. El que por tal motivo es inatribuible al agente. Lo que implica que la concausa se encuentra en una situación de “relativa autonomía” respecto a la línea evolutiva del peligro que inició la acción y sobre la cual aquella incide. Ciertamente es que también puede suceder que en el ámbito de prueba no se pueda establecer cuál condición fue la que determinó el resultado, lo cual impide que se afirme la existencia del nexo causal entre el resultado y la conducta del inculpaado. Mas esta ya es una cuestión procesal y no de carácter sustantivo penal, aunque si conlleva a estimar indemostrado el cuerpo del delito.

Ahora bien, con relación a los casos en que se excluye la relación de causalidad entre la conducta a enjuiciar y el resultado por la precedencia o superveniencia de concausas suficientes por sí mismas para tal efecto, cabe pensar en este ejemplo: A vierte en un vaso de agua una dosis letal de veneno que surte tal efecto a partir de las veinte horas de que se ingiere. Eficacia y tiempo que no varía aunque se aumente la dosis. Por su cuenta B hace lo mismo en otro vaso de agua. A su vez C toma del segundo vaso de agua. Y después de tres horas C

toma del primer vaso de agua. La causa dada por B es la que viene a interrumpir el nexo causal de la muerte con la conducta de A, al aplicar aquella "por sí" y "de manera suficiente" para causar la muerte. Ésta sólo se debe a B. Pero si C hubiese tomado primero del vaso de A, sólo con relación a éste habría nexo causal. Y sin que se configure el homicidio en grado de tentativa para el agente que realizó la diversa conducta que no produjo el resultado, debido a la imposibilidad fáctica de que ella ya pusiera en peligro la vida del pasivo. En otras palabras, en tal caso la conducta superveniente ya no implica la generación de riesgo alguno para el pasivo, ni acelera ni contribuye a la muerte. Sin que se pase por alto que en hipótesis como la indicada en verdad es muy difícil que sólo una de las concausas pueda determinar el resultado, sin que la restante no incida sobre él bien sea acortando el tiempo o acelerando en sí el proceso mortal. Y, por ende, no es la misma conclusión a la que se llega cuando el veneno adicional acorta el tiempo o aumenta la eficacia del proceso mortífero. En tal caso hay nexo causal entre el resultado y la conducta de los dos agentes.

Asimismo, si habrá interrupción del nexo causal en los otros ejemplos ya multicitados: El herido leve que fallece como consecuencia de las quemaduras que se motivan por un incendio en el hospital donde se le atendía de las heridas. O del caminante que se tropieza por el empujón del agente y sufre una fractura, pero que muere por las lesiones mortales que sufre al chocar la ambulancia que le transporta. Pues es claro que estas «concausas» posteriores "por sí mismas" fueron "suficientes" para producir el resultado. Sin embargo, en lo que atañe a la conducta que se excluye como causa, no significa excluirla siempre en estos eventos de toda relevancia típica, pues según el caso, permanece la diversa tipicidad a que ella pueda haber dado lugar con el resultado precedente, o bien de la tentativa punible —del resultado no imputado— pero donde la inconsumación se debió a causa ajena a la voluntad del agente. Lo mismo sucede en las hipótesis de la muerte o de la agravación de una lesión: "por aplicación de medicamentos nocivos, operaciones quirúrgicas; excesos o imprudencias del paciente; o de los que lo rodearon". Por ser éstas las que inciden sobre el pasivo "por sí mismas y en forma suficiente" para provocar el resultado. Sin que ello obste que se pueda imputar al autor la lesión que dio pie a aquellos eventos desafortunados. Es también nítido que la simple condición física del pasivo, aunque sea patológica, cuando no opere en un caso concreto por sí a efecto de producir el resultado, aunque sobrevenga una conducta que lesione a dicho pasivo y desencadene su patología preexistente, ésta será insuficiente para interrumpir el nexo causal. Ejemplo: el hemofílico que sangra sin parar con motivo de un simple golpe hasta que se da el peligro concreto de que muera o bien se da la muerte. Porque no fue la hemofilia la cual aplicó por sí misma y de manera suficiente para poner en peligro la vida del pasivo; sino que éste resultado se desencadenó en virtud del golpe que recibió y que fue el que incidió sobre la patología preexistente sin que ésta aplicara por sí. Empero, la solución es diversa si acaso sana la lesión inferida, de tal suerte que sea la hemofilia la cual opere por sí misma para motivar el resultado. Ya que en tal evento, ningún influjo causal puede ya tener aquella lesión con relación al resultado en el que sólo operó la hemofilia. Pero en el primer caso y en los que sigan el mismo patrón de que la concausa sea de por sí insuficiente para producir el resultado y éste se da por virtud de circunstancias extraordinarias de la víctima: ¿En realidad será correcto imputar jurídicamente el resultado al autor? Sobre esto volveré más adelante, pero sí cabe adelantar que el pasivo no tiene porque soportar las consecuencias de la conducta desaprobada del agente. Por lo que la exclusión de la imputación del resultado sólo se daría si acaso el mismo paciente incurra

en excesos o concurre otra concausa diversa que sea suficiente y no como secuela inevitable de la lesión original. Lo mismo se debe sostener de lo previsto por el artículo 124 del CPDF, porque interpretado en sentido contrario, el nexo causal se excluye, si es que *“la complicación [no fue] determinada inevitablemente por la misma lesión”*, sino por circunstancias ajenas a ella que sí determinaron la muerte.

También la concausa posterior puede residir en “el hecho de otro”. El cual puede consistir tan en una “acción”, como en una “omisión”. Pues si bien todavía se debate si en la esfera naturalística la omisión puede o no puede fungir como “causa” de un resultado. Sí es innegable que en el ámbito jurídico penal y en el plano normativo de la tipicidad, las “omisiones” se reconocen con tal carácter tan en el CPF y el CPDF como en el CPC. Incluso el CPC estima de manera expresa a las omisiones con la «*equivalencia*» de “causas” relevantes para producir resultados típicos penales. En tal orden de ideas, no hay que olvidar que —desde el punto de vista filosófico— la «causa» se define como la suma total de condiciones «positivas» y «negativas» tomadas en su conjunto y que concurren en la producción del resultado. Por ende, la conducta que consiste en la «omisión» de una acción debida, es una condición «negativa» que puede influir y operar —de manera equivalente a una acción— como causa de un resultado. Y si —en el plano normativo del injusto típico— dicha condición «negativa» se entretiera a un devenir causal que se inició por la conducta de otro, tendrá la naturaleza de “concausa”. Concausa que tendrá relevancia causal para impedir el nexo causal, si de realizarse la acción posible que indebidamente se omitió, el resultado se podía evitar. En efecto, para determinar la relevancia causal de omisiones que funjan como «concausas» posteriores en un proceso causal irregular y excluyan jurídicamente la relación de causalidad de la condición anterior que se cuestiona como causa, se debe proceder con la misma técnica que se observa para resolver la potencialidad causal de las “acciones”, pero aplicada en forma inversa. Esto es, hipotéticamente se suprime la conducta “omisiva” del agente y en su lugar se coloca a la acción debida y posible. De tal guisa que la conducta “omisiva” será “concausa” relevante para excluir el nexo causal, cuando imaginada en mente la acción debida y posible, en vez de la omitida, aquella evite el resultado. Dicho en otras palabras, para estimar que la «concausa omisiva» operó por sí misma y de manera suficiente para interrumpir el nexo causal y excluir la acción que se cuestiona como «causa» se debe verificar: 1) Si la acción omitida era un deber jurídico del omitente en su calidad de garante. Y, asimismo, 2) Que éste pudo realizar la acción prescrita que omitió. Y, 3) Con ella evitar el resultado.

Lo anterior es como se indica, porque las *omisiones* penalmente relevantes se estiman como «equivalentes» para causar un resultado material típico, sólo cuando el omitente no impida el resultado si puede hacerlo y jurídicamente debía realizar la acción para evitarlo. Según lo preceptúan expresamente los artículos 16-III del CPDF y 34 del CPC. Y lo cual también se infiere de los párrafos segundo y tercero del artículo 7° del CPF, aunque aparentemente sin las exigencias de la “posibilidad material” de realizar la acción y la “posibilidad” de evitar el resultado. Las que de todas suertes se deducen de acuerdo con una interpretación ontológica-jurídica del sentido de las cosas y la valoración de la conducta prohibida con relación al resultado. Ahora bien, si la conducta omisiva puede operar con la equivalencia de concausa posterior que excluya la relación de causalidad, cuando el resultado se habría dejado de producir de realizar la acción omitida que jurídicamente se debía y podía llevar a cabo para impedir aquél. Por ende, las intervenciones quirúrgicas motivadas por lesiones

inferidas a un sujeto interrumpirán el nexo causal entre la conducta que produjo las lesiones y el resultado de muerte cuando concurren las siguientes condiciones: 1. Por impericia o falta de cuidado debido se omitieron las acciones que la técnica médica exige. 2. Las que eran posibles de observar. Y, 3. Con las que se habría evitado el resultado que se produjo. O bien, conforme al artículo 124 del CPDF, interpretado en sentido contrario, si es que *"la complicación [no fue] determinada inevitablemente por la misma lesión"*, sino por circunstancias ajenas a ella que sí determinaron la muerte. Así pues, a la luz de los artículos 16-III y 124 del CPDF, 34 y 35 del CPC —e implícitamente de los párrafos segundo y tercero del artículo 7º del CPF—: La concausa posterior que interrumpa el nexo causal puede ser de carácter «negativo» que se derive del "hecho ilícito de otro". Esto es, cuando se concreta en la «omisión» de un deber jurídico de actuar que, de poderse cumplir, hubiere impedido el resultado. Esa «concausa posterior» de carácter «omitivo», por haber sido penalmente relevante para producir el resultado al entretenerse en la línea evolutiva de la lesión original, opera con la autonomía y suficiencia bastantes para hacerla «equivalente» en la producción del resultado. Y, por ende, excluye la relevancia causal de la lesión original. Sin embargo, no es ocioso apuntar que en realidad no es admisible una pura y sola omisión cuando se trate de un delito culposo. En estos siempre hay una acción descuidada antes o al lado de la omisión, la cual sólo tiene realidad en el campo normativo del Derecho. Ello es válido incluso en ciertos delitos de "olvido". Pues aunque es cierto que el guarda-vía que duerme a la hora en que debe hacer el cambio de rieles no decide en ese momento no mudar la vía; también lo es, que él sí decide realmente la acción de colocarse en las condiciones y posición en las que el sueño le sorprende.

Respecto a la omisión violatoria de un deber de actuar fundado en los principios de convivencia social, el CPC les construyó a los casos en que se advierta como inminente el resultado, éste sea seguro y se pueda evitar sin riesgo para el omiso u otras personas. El pretender ir más allá, haría peligrar los principios de seguridad que deben nutrir al orden jurídico penal y, además, el ejercicio libre de nuestros derechos. Como más adelante se verá.

6. Los nuevos filtros (límites) derivados de las teorías de la imputación objetiva o jurídica. En el centro de los nuevos motivos a favor de esa categoría objetiva se halla la pregunta: ¿Con qué condiciones normativas se le debe atribuir el resultado al agente? La imputación del resultado a omisiones de un deber jurídico de actuar ya hablan de por sí en tal sentido. Para Honig sólo importó un momento pre-jurídico. O dicho más exacto, sólo le interesó la realidad óptica que el Derecho ha de considerar. Postura que se reafirmó por Welzel. Mientras que ahora son criterios "jurídicos" los que ocupan el sitio cardinal. Este nuevo rumbo no es casual. Y él significa algo que pretende ser más preciso que la idea de Honig. El plan de Honig se enfocó al modo ontológico en el que se podía ver el resultado como obra del sujeto. Mientras que en las tesis nuevas de la imputación objetiva —que se desarrollan desde 1970 con Roxin⁶⁴⁹ como uno de los impulsores más influyentes— son las calificaciones jurídicas adicionales las que pasan a ser la clave. Es decir, los criterios

⁶⁴⁹ Claus Roxin empieza a destacar de manera relevante los nuevos planteamientos de la Imputación objetiva, en sus *Problemas Básicos del Derecho Penal*, mismo que se tradujo al español por Diego Manuel Luzón Peña y se publicó en 1976 por Editorial Reus S. A., Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Madrid, pp. 342 a 411. Y la cual Roxin ya presenta de manera más acabada en su obra *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, en especial, pp. 342 a 411.

jurídicos son los que deciden en el ámbito del injusto si al sujeto se le imputa el resultado. Así se pasa del plano óntico al deóntico. Para el cual, *el agente debe realizar una conducta riesgosa que —se estime como suya, pero que, a la vez— desapruebe el Derecho y motive el resultado.*

Esta máxima incluye la idea de que el fin —a través del dominio del hecho— se puede decidir de manera objetiva a efecto de atribuir un resultado a la conducta. Aunque con dos calificaciones más: 1) *La «desaprobación jurídica» de una conducta riesgosa para el bien jurídico en dirección al resultado. Y, 2) Que la infracción jurídica que se da por la conducta riesgosa desaprobada sea precisamente la que «motive» el resultado.* Es evidente que con esta concepción de la relación objetiva ya se alude a una idea distinta a la de Honig. Para Honig la cuestión residió en delimitar de modo óntico los cursos causales que no desempeñan ningún papel para el Derecho. Por el contrario, ahora se trata de precisar, dentro de esos cursos causales que ya se delimitaron: ¿Cuáles son indiciariamente injustos y cuáles no? Pero más aún —y esto es esencial— ello se intenta sin acudir a las eventuales causas de justificación —examen que atañe más a la antijuridicidad de la conducta en vez de su tipicidad—. El evitar acudir a las eventuales causas de justificación no siempre se consigue. Sin embargo, también es preciso reiterar que las nuevas teorías de la imputación objetiva no excluyen la imputación del resultado a la conducta del autor según el enfoque finalista del dominio del hecho. Por el contrario, implícitamente le presuponen. Pero le añaden otro requisito. Con el cual simplemente se colocan en otro plano, en el de una imputación "jurídica" del resultado a la conducta. Aunque no sea esa la terminología que algunos de sus defensores emplean. Y la cual creo es preferible a la de imputación "objetiva". Porque ésta expresión parece eludir la verdadera naturaleza de la tesis, cual es *decidir la imputación "jurídica" del resultado a la conducta en razón del carácter jurídicamente desaprobado de la última.* Y al aparentemente desdibujarla, facilitan las críticas que se les hacen en el sentido de que no es posible decidir siempre de manera "objetiva" cuando se está ante una conducta que típicamente se prohíbe de manera indiciaria pero respecto de la que se atiende en ciertos casos a los conocimientos especiales del autor para aquél efecto. Lo que no niegan las nuevas teorías y difícilmente superan con el argumento de que esos conocimientos especiales tienen una medida objetiva. Ya que —se aduce— los riesgos en los que se basan esos conocimientos especiales tienen una realidad objetiva. Esto es —continúa la réplica— ellos existen y no solo están en la cabeza del autor. Empero, esa argumentación no puede esquivar el hecho de que la conducta adquiere significación típica en virtud de que se conocían esos riesgos. Mas sin que esto tampoco lleve a desconocer que la misma objeción se podría hacer a la tesis del dominio del hecho cuando intenta presentar tal dominio como una categoría óntica "objetiva". Y la cual, sin embargo, atiende a los conocimientos especiales del autor en la medida que ellos influyeron en el resultado. Así, si el agente insta a viajar en avión al pariente rico —del que sabe testó a su favor— con la esperanza de que la aeronave sea presa de un ataque terrorista, pero ignorando en realidad si tal agresión se daría, no se le imputará el resultado si el aparato explota en el vuelo aunque sea por un atentado de aquélla clase; en cambio, sí se afirmará el nexo causal cuando el agente sepa del plan violento y lo aprovecha convenciendo al pariente a viajar en el objeto del designio criminal. Nada quita a lo dicho el argumento de que la valoración "jurídica" es de carácter "objetivo". Ponderación cuyo objeto es una conducta que sí pueda incidir en el resultado. Ya que en dicha conducta está

Insito el conocimiento del riesgo, sin el cual la imputación de tal “clase” —objetiva— no podría hacerse. Lo cual tampoco impide lo siguiente:

La teoría de la imputación objetiva en ningún momento desconoce que el objeto de valoración normativa es la conducta en su aspecto ontológico de sentido y el resultado con relación a ella. Y para saber tal “sentido” de la conducta en muchos casos serán factores decisivos los conocimientos especiales de la persona en el caso concreto.

Igualmente, es importante destacar que el enfoque de las nuevas teorías de la imputación objetiva se explica y justifica en el plano sistemático. Dada la concepción «funcional» del “injusto” que adoptan sus defensores.

Pues constituye un “injusto penal” cada hecho humano concreto que se ajuste al tipo penal “global”. Éste abarca a la acción y el supuesto de hecho que prevé el tipo penal en sentido estricto y, además, a la falta de causas de justificación.

De esa visión se sigue, que no es una incongruencia metodológica acudir a los principios rectores de las causas de justificación para decidir la imputación del resultado en el nivel del injusto. Aunque no sean aquellas causas las que en sí decidan. Sin embargo a ello cabría objetar que tal argumento difícilmente se mantiene si se atiende a la concreción del tipo en sentido estricto —cuyo estudio aquí nos ocupa—, el cual aún no incluye al injusto. Empero, respecto a esa objeción cabe la replica que la misma realización del tipo ya debe implicar por sí al injusto de manera “indiciaria” y, asimismo, que en mundo de relación nada más tiene sentido hablar de injusto típico, porque el hecho es uno sólo, esto es, se trata de saber si hay un injusto en la medida de que haya una concreta conducta que es típica porque la misma se desaprueba indiciariamente por el Derecho, por lo que dentro de los elementos positivos de esa concreta conducta subyace el carácter jurídicamente desaprobado de la misma donde el riesgo que ocasiona al bien jurídico se resuelve en el resultado. Pero, además y sobretodo, existen motivos que no solo explican el problema sistemático sino que justifican el enfoque de las nuevas teorías de la imputación objetiva en un plano dogmático y conforme a los principios de un estado de derecho. Y ello es así por varias razones:

Primera: Todos los tipos implican realizar una conducta prohibida por la misma norma de tal carácter (insita en el tipo); por lo tanto, decidir el carácter indiciariamente desaprobado de la conducta es zanjar si ella tiene relevancia en el nivel del tipo concretado históricamente.

Segunda: De la premisa anterior se sigue que para afirmar que es típica una conducta, es insuficiente con que ésta cause el resultado que prevé el tipo, pues en muchos casos el mismo Derecho aprueba la conducta riesgosa que le originó aún cuando falte una causa de justificación específica que le fundamente.

Tercera: El atender a los principios rectores que rigen al injusto y las causas de justificación para decidir en el nivel del tipo cuándo la conducta se desaprueba indiciariamente por el Derecho evita que se imputen resultados aparentemente típicos a conductas que desde antes estén aprobadas por el Derecho lo que es congruente con la garantía de la libertad de acción que sólo puede restringirse por los tipos penales cuando la acción se desaprueba por el Derecho.

Cuarta: En la mayoría de los delitos de resultado falta en el tipo la especificación de la conducta. Y el no partir de que la conducta deba estar de por sí desaprobada, es allanar el camino a la vaguedad y a los espacios exentos de Derecho para que el mismo poder punitivo se los arrogue para sí para sancionar cualquier conducta que cause un resultado con independencia de si ella estaba o no estaba desaprobada por el Derecho; lo que, además, pugna con el principio de que el Derecho Penal prohíbe conductas y no meros resultados.

Quinta: La exigencia de que la conducta a la que se le impute el resultado esté de por sí ya indiciariamente desaprobada se corresponde con la garantía de seguridad jurídica en los casos de delitos de resultado que no especifican la conducta.

Sexta: La función preventiva del Derecho Penal aparece prohibir ciertas conductas para que se eviten determinados resultados en función del respeto a la norma prohibitiva. Por lo tanto, es incorrecto desatender el influjo que tuvo en el resultado la trasgresión de la prohibición o del mandato que sea indiciaria del injusto; en tanto que dicho resultado se debe dar en virtud de esa infracción.

Esas ideas permiten que en el ámbito del tipo penal ya se pueda y deba acotar a la conducta típica. Esto es, como una conducta concreta que indiciariamente se estima desaprobada por el Derecho ya sea por sí misma o en función de que genere un riesgo no permitido para el bien jurídico. Lo cual supone un juicio del desvalor indiciario de la acción típica. Pero esa imagen permite por igual buscar condiciones adicionales a la omisión punible tratándose de delitos impropios de omisión (conocidos también como delitos de comisión por omisión o de resultado por omisión.) Es decir, el carácter punible de la omisión no se resolvería tan solo por la mera infracción objetiva del deber jurídico de actuar posible de cumplir en el caso concreto; sino, además, con otros requisitos que permitan estimarla desaprobada en el seno del tipo para poder imputarle el resultado. Para ello, además, habrá que preguntarse: ¿Cuál función de protección cumple la prohibición o el mandato normativo a los cuales se desajusta la conducta en el seno del tipo? Y, ¿Tuvo algún influjo la conducta que generó el riesgo en la producción del resultado según el marco de protección de la norma? Cuestiones estas que no se responden por la mera contrariedad al deber de actuar o de cuidado. Sino que van más allá, como se verá en el apartado siguiente.

Ciertamente, el planteamiento de que la imputación objetiva del resultado a la conducta es de carácter "jurídico" y en primer lugar ha de preguntarse ¿cuándo la acción es "típica en cuanto indiciariamente es desaprobada por el Derecho?", parte de las ideas de Roxin y de la mayoría que mantiene la tesis de la imputación objetiva. Pero es Wolfgang Frisch en su trabajo *"Tipo penal e imputación objetiva"* quien viene a delinear con mayor claridad de que aquella tesis plantea un problema que —en gran medida— atañe a la conducta típica, en cuanto ella debe ser una conducta desaprobada por el Derecho o al menos indiciariamente desaprobada por el Derecho. El trabajo de Frisch se publicó en España en 1995.⁶⁵⁰ Y en esencia Frisch llega a la conclusión que los problemas de imputación objetiva del resultado, si bien se resuelven con esas teorías, éstas permiten, además, que se les delinee como teorías de imputación jurídico-penal de la conducta. Esto es, decidiendo cuándo la misma se prohíbe en el ámbito del tipo penal de los delitos de resultado —o tiene «relevancia típica» según Frisch⁶⁵¹—. Y lo que cobra superlativa importancia cuando el tipo penal de resultado sea de conducta neutra. E incluso en los delitos de comisión por omisión. Y en los delitos culposos. En la medida que la mera infracción al deber de actuar o de cuidado es insuficiente para imputar el resultado, si es que en el caso concreto la infracción careció de relevancia para el resultado porque éste se habría dado aun con el ajuste al deber de actuar. Por otra parte, la idea de la imputación objetiva llevó a plantearla como una idea de imputación de todas las condiciones o elementos del delito. La cual es una de las bases con las que Günter Jakobs diseña toda su teoría del delito.⁶⁵²

⁶⁵⁰ Wolfgang Frisch. *Tipo penal e imputación...*, op. cit., en especial pp. 29 a 67. También Rudolph hace alusión a que en la teoría de la imputación el primer problema recae, precisamente, en decidir acerca de si la conducta fue típica en realidad; en el sentido de desaprobada por el Derecho. Hans-Jaschim Rudolph, *Causalidad e imputación objetiva*, op. cit., pp. 31 y ss.

⁶⁵¹ Idem, op. cit., pp. 107, 114, 115, 119 y ss.

⁶⁵² Günter Jakobs. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción. Joaquín Cuervo Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, España, 1997, especialmente, pp. 226 e 307.

De aquella manera, las nuevas tesis de la imputación objetiva se trazan como teorías que se pronuncian sobre el carácter injusto o indiciariamente injusto de los resultados que se producen en virtud de ese injusto o antes que él, por razón de la realización jurídicamente desaprobada de la conducta sin lo cual ella no puede estimarse típicamente relevante.

Así pues, el esbozo inicial en el campo ontológico del dominio del hecho que expuso Honig con abstracción del injusto, se retomó luego por Roxin y otros autores para replantear la teoría con filtros "jurídicos" que llevan a la tesis a atribuir el resultado sólo cuando el mismo se estime injusto en virtud de la acción injusta (o mejor aún, indiciariamente injusta en razón de la realización del tipo.) Mas sin que ello apareje, necesariamente, acudir a específicas causas de justificación; aunque sí a los principios que las rigen. A su vez, Frisch la plantea como una teoría que se pronuncia sobre el carácter prohibido penalmente relevante que debe tener toda conducta, tan para que a ella se le pueda estimar típica, como para que se le pueda imputar un resultado típico. Lo cual, en mi opinión, no apareja desorganizar sin más el estudio sistemático del tipo y del injusto, sino tan sólo reconocer el hecho que es en el tipo donde subyace la norma prohibitiva de realizar el hecho que aquél prevé. Y toda vez que desde el nivel del tipo se ha de decidir la atribución del resultado a la conducta del agente, nada impide y la razón sí exige que se acote ¿cuándo es tolerable atribuir jurídicamente el resultado a la conducta en razón de que esta haya indiciariamente contrariado la norma? Lo que conlleva a plantear que ello sólo será admisible cuando ya desde ese nivel se halle que la conducta que causó el resultado haya sido una conducta indiciariamente injusta donde precisamente la contrariedad de la conducta con la norma haya sido determinante para la realización del resultado. Todo lo cual se corresponde mejor con la máxima de que el Derecho Penal prohíbe conductas y no meros resultados. Pues lo que se valora es la conducta y no el resultado. De lo que también se obtiene que el resultado sólo adquiera significación típica cuando se le vincula al autor no solo como obra suya; sino, además, por realizar una conducta que ya se prohíbe indiciariamente en el seno del tipo penal de un delito de resultado. Y en el que, como tal, el resultado típico obedezca precisamente al obrar que indiciariamente se prohíbe con pena. Y ya no al mero obrar del autor donde el resultado se perciba como suyo.

7. El ajuste de la teoría de la imputación objetiva al Derecho mexicano orientado a un estado de derecho y sus consecuencias:

a. El ajuste de la teoría de la imputación objetiva al Derecho Mexicano. La teoría de la imputación objetiva será legítima en la medida en que se funde en los principios de un estado de derecho. Y en el Derecho mexicano, los soportes jurídicos conducentes a la tesis de la imputación son los siguientes:

1) De acuerdo con la C. toda persona tiene el derecho a la libertad y de ejercer sus derechos en ese marco. Pues la misma C. concibe el ejercicio de las "garantías individuales" de carácter sustantivo en tal marco de libertad y que viene a consagrar el aforismo Kantiano de que todo lo que no esté expresamente prohibido está permitido. Así se desprende de la expresión común con la que la C. concibe el ejercicio libre de los derechos humanos. Clara muestra de ello es la garantía de libertad en sí de la parte final del artículo 1º-párrafo-tercero de la C. Y a tal derecho le siguen, entre otros: El de libertad a cualquier actividad lícita. (Artículo 5 C.) De

manifestación libre de las ideas y de libertad para escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia, sin más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. (Artículo 7° C.) De libre asociación. (Artículo 9° C.) De poseer armas en el domicilio para la seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley federal y de las reservadas para el uso exclusivo del ejército, armada, fuerza aérea y guardia nacional. (Artículo 10 C.) De la libertad de traslado. (Artículo 11 C.) De la inviolabilidad y protección de la correspondencia por estafeta y de la comunicación privada. (Párrafos décimo, undécimo y trigésimo del artículo 16 C.) De la inviolabilidad del domicilio. (Párrafos noveno, duodécimo y decimocuarto del artículo 16 C.) De que cada cual profese la creencia religiosa que más le agrade y practique las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. (Artículo 24 C.)

2) De la misma C. y las demás leyes por igual se infiere que el ejercicio libre de los derechos personales apareja en muchos casos riesgos para otros bienes jurídicos, tolerándose aquellos en virtud de la vida de relación y de la moderna dinámica social, riesgos que no obstante tienen como límite el respeto a los derechos de los demás y la obligación de abstenerse de ciertas conductas que sobrepasen la medida de los riesgos tolerados. Y las que el Estado puede prohibir penalmente para asegurar el disfrute de los bienes jurídicos en los que se manifiestan esos derechos. Esto es, en una visión preventiva el Estado puede prohibir ciertas conductas con la conminación de pena para tutelar los bienes jurídicos en los que los derechos humanos se cristalizan cuando las conductas atacan de manera especialmente grave las situaciones que se derivan del goce de los derechos individuales. Así como, de igual forma lesionen el cumplimiento de los fines del estado — en el marco asistencial de los derechos colectivos—.

3) En tal contexto, para que en realidad se respete el ejercicio libre y responsable de los derechos de las personas, éstas tienen el derecho de que se delimiten las conductas que se les prohíbe⁶⁵³ con la amenaza de pena si acaso las llevan a cabo. Lo contrario sería intolerable para el mismo ejercicio libre y responsable de los derechos humanos. Pues las personas tendrían que restringir en todo momento su margen de actuación libre, al no poder saber cuáles conductas tienen relevancia penal. Ello presupone delimitar legalmente los supuestos de hecho en los que se puede dar la conducta riesgosa que se desapueba. (A esos supuestos legales de hechos punibles se les llaman tipos penales.) El no delimitarlos o el delimitarlos tan solo por la realización de resultados que en abstracto son indeseables, sin demarcar a la vez cuáles de las conductas que los causen son las que se estiman relevantes para ese efecto, significaría que el Estado se entrometiera de manera inadmisibles en el ejercicio libre de los derechos fundamentales para sancionar penalmente cualquier conducta que origine esos resultados aunque aquella hubiese sido una conducta aprobada por el mismo Derecho.

4) Pero de ahí es que también quepa preguntarse: ¿En un caso concreto cuándo debe estimarse indiciariamente “prohibida” en el ámbito del tipo penal la conducta que dio pie a un resultado típico? Esa cuestión es relativamente fácil de resolver en los delitos de simple conducta, en la medida que el tipo penal especifique la acción que se desapueba y el marco fáctico de prohibición en el que aquella se da lesionando o

⁶⁵³ Claro que —por facilidad expositiva— la prohibición de la norma penal se concibe aquí en sentido amplio: De prohibir acciones y omisiones. En sentido estricto: El Derecho Penal prohíbe realizar ciertas acciones en los delitos de acción y manda llevar a cabo otras en los delitos de omisión. En ese sentido estricto se habla de prohibiciones y mandatos del Derecho Penal. O bien: de normas prohibitivas y de normas imperativas.

poniendo en peligro el bien jurídico tutelado. De tal manera que aquella pregunta de ordinario se responde cuando se constata que la acción específica se ajusta al ámbito típico de prohibición que delimita el tipo penal atacando al bien jurídico sin causa que la justifique.⁶⁶⁴

Más he aquí que:

a) Ya en los mismos delitos de simple omisión —y que sólo pueden ser dolosos— la omisión se puede valorar como no prohibida aunque aquella se quiera y se ajuste de manera aparente al ámbito de prohibición. Tal es el caso de la imposibilidad fáctica no procurada de actuar en el sentido del deber en el caso concreto. (Y de la cual el mismo agente se podría regocijar.) Porque aquél obstáculo impide desde antes valorar como desaprobada la aparente omisión para luego estimarla prohibida penalmente. Ya que el Derecho Penal sólo puede prohibir omisiones de acciones posibles de realizar y no sólo simulacros de ellas. (Aunque al agente le de gusto perverso observar la situación en la que le es imposible intervenir, pues no es tarea del poder punitivo ocuparse de la moral de los ciudadanos.) Al menos si el mismo Derecho Penal no quiere trastocar su objeto de regulación: Las conductas humanas. En tal línea de pensamiento abundan ejemplos que antes ya se dieron en este trabajo. En el CPC: El tipo penal del delito de omisión de auxilio necesario a una persona que esté bajo la amenaza de un peligro personal, requiere que el auxilio se «pueda» prestar sin riesgo alguno. El tipo penal del delito de incumplimiento de obligaciones básicas de asistencia familiar prevé que la omisión de ministrar alimentos sea "sin motivo justificado". Al igual que el tipo penal de desacato demanda que se dé «sin motivo justificado» la omisión de la acción debida que imponga un mandamiento de autoridad. Por lo tanto, si hay imposibilidad concreta de brindar auxilio; o hay causa que impida dar los alimentos —derivada de la falta no procurada de recursos económicos—; o si el citado legalmente a declarar no se presenta por causa de fuerza mayor que él no dio lugar, la omisión no puede ser típicamente relevante aunque el mismo agente en realidad no haya querido realizar la acción debida. En tanto que la imposibilidad material —no procurada— de realizar la acción debida, excluye a los elementos "pueda" y "sin motivo o causa justificada" de los tipos penales en consulta. Deviniendo así en condiciones que permiten confirmar que no se prohíben penalmente las omisiones de acciones imposibles de cumplir en el caso concreto. ®

b) Ello es válido por igual en los delitos de simple conducta neutra que admita tan a la acción como a la omisión. Pues para que una acción neutra entre en consideración como omisión típicamente relevante, el deber de actuar ha de buscarse en norma jurídica diversa, que se relacione en forma directa con la protección posible del bien jurídico que tutela la figura típica a la que se pretenda adecuar. Lo cual se podría sostener conforme al artículo 16 del CPDF, e incluso del tenor del párrafo segundo del artículo 7° del CPF. (Respecto a ellas cobran especial significación los delitos de servidores públicos en los que la conducta que ha de darse en el ámbito de prohibición típico, ha de ser una conducta que sea contraria a las normas del ámbito legal de

⁶⁶⁴ No es ocioso recordar que también los delitos de simple conducta admiten un diverso examen objetivo y subjetivo. Es decir su tipo penal permite un análisis objetivo y otro subjetivo. Desde un punto de vista objetivo —y en el ámbito del injusto—: Se constata ex-ante el carácter prohibido de la acción. Es decir, las circunstancias concretas que concurren —con inclusión de los conocimientos especiales del autor en la medida que aparejen circunstancias reales. Por las cuales y según la figura típica: se pone en peligro o se daña al bien jurídico que tutela el tipo penal. Mas sin que ello fuerce a tomar en cuenta el fin del autor y su conocimiento de aquellas en el sentido del dolo. Pues mientras que el juicio objetivo se decide "ex-ante". El fin y el conocimiento concretos se deciden a través de un juicio "ex-post" en el seno del tipo subjetivo.

competencia del autor —que se delimite en la propia ley que regule las atribuciones y deberes del servidor público—; de tal suerte que sólo puede estimarse desaprobada la conducta que viole las normas del ámbito legal de lo que el servidor público debe o no debe hacer.)

c) Finalmente, tan del artículo 16 del CPDF como de los artículos 16, 34, 36 y 37 del CPC se puede deducir que la «posibilidad material» de actuar constituye un elemento objetivo del tipo penal del delito de que se trate, aunque fuese de simple conducta omisiva o neutra. E incluso el último artículo que se cita, en lo conducente dispone que: (...) *Se considera cuestión de tipicidad, la «posibilidad material» de realizar la acción u omisión debida.* Todo lo cual se debe decidir en el caso concreto. (Sin que en este punto la cuestión cambie de cariz en los delitos de resultado por omisión. Porque como ya se ha razonado, esta última debe ser la omisión de un deber de actuar «posible» de cumplir en el caso concreto. De tal manera que si se puniera la omisión de un deber de actuar y por la cual se le imputara un resultado típico, aún cuando el agente tuvo impedimento material de realizar la acción debida —sin que él lo hubiere procurado de ese modo—, en realidad se estará puniendo por el mero resultado y no por una conducta prohibida que le diera origen. Como igual sucede en los delitos culposos. Donde en el caso concreto debe ser posible observar la acción cuidadosa para que el deber que le da lugar pueda estimarse contrariado.)

d) Aunque después de ello y en cualquier otro evento de delitos —tipos— de mera conducta, se puede afirmar que la conducta específica que prevé el tipo se desaprueba indiciariamente en la medida que aquella se ajuste al ámbito típico de prohibición descrito en la figura típica, atacando idóneamente al bien jurídico. Sin que sea ocioso mencionar que el motivo de desaprobación de por sí supone una acción que sobrepasa el riesgo permitido atacando el bien jurídico, lo que por igual es válido en la tentativa punible dado que el riesgo lo constituye el peligro para el bien jurídico que deba generar la acción idónea y unívoca. Es decir, es la acción peligrosa —o riesgosa— la que se desaprueba al reunir las condiciones típicas objetivas de la tentativa punible.

e) Pero la situación es distinta en la mayoría de los delitos de resultado. Porque en ellos usualmente se dan dos escenarios. El primero: El tipo penal no precisa cuáles acciones prohíbe indiciariamente en orden a causar el resultado. O bien, el segundo: La conducta se formula de manera neutra, sin que en realidad se diga cuáles acciones tienen relevancia típica. Y el cual viene a configurar la misma situación que en el escenario anterior, aunque con distinto ropaje terminológico. En tales escenarios es donde adquiere especial importancia cuestionarse si en realidad ya desde la perspectiva de la tipicidad está indiciariamente desaprobada la conducta a la que se impute el resultado y si éste se dio en virtud de la contrariedad de la conducta con la norma según su marco y función de protección del bien. Y ello es así, porque como señala Rudolphi, las normas de conducta en que se basan los tipos penales: (...) No se dirigen de ninguna manera y sin excepción contra cualquier acción que se encuentre como fundamento del riesgo de la producción del resultado típico. Sino solamente contra aquellas acciones que se encuentran fuera del marco del riesgo permitido o que

sobrepasan la medida de dicho riesgo. Por lo tanto, la conducta típica supone siempre la creación de un riesgo antijurídico.⁶⁵⁵ Y esto tiene validez tan para los delitos culposos como para los dolosos.

5) Respecto de los delitos de resultado todo ello significa, en resumen, lo siguiente:

Un resultado que se cause por una conducta humana sólo se le imputa si ella creó un peligro que se desapruueba jurídicamente para la realización del resultado y si ese peligro también se realizó en el hecho concreto a través del resultado.

En efecto, si por un lado se atiende a la garantía de libertad y el ejercicio libre de nuestros demás derechos constitucionales, al igual que en la vida social se admite o tolera ese ejercicio de libertad incluso cuando se manifiesta en un sinnúmero de actividades riesgosas, y por el otro, se observa la función preventiva de los tipos penales de resultado según su marco fáctico de prohibición, de evitar ciertas conductas especialmente desaprobadas porque aparejen en sí un riesgo no tolerado de dañar el bien jurídico tutelado por la norma en el tipo de que se trate o bien que estén orientadas a ese daño. No cabe entonces sino concluir que las normas de conducta en que se basan los tipos penales sólo se dirigen contra aquellas acciones que sobrepasen la medida de un riesgo permitido por el Derecho y que precisamente por ello lesionen el bien jurídico tutelado. O dicho de otro modo, las normas de conducta que implican la prohibición de ciertas conductas —y que están insitas en el tipo por desaprobadas esas conductas en virtud de que ponen en peligro o dañan un bien jurídico— sólo son concebibles cuando desde antes del juicio del injusto, aquellas ya se puedan percibir como desaprobadas en el nivel del tipo, en virtud de poner en riesgo indebido a los bienes jurídicos que aquél tutela. Por tanto, la conducta típica supone siempre la creación prohibida de un riesgo para el bien jurídico que se protege y que, en su caso, se realice en el resultado. Riesgo que se desapruueba por el Derecho. Esto conduce a lo que ya se dijo:

Un resultado típico que se causa por una conducta humana, sólo le es imputable cuando se reúnen las siguientes condiciones: 1) Que ella se estime indiciariamente prohibida desde antes del juicio de injusto, en virtud de que en el nivel del tipo creó un riesgo jurídicamente no permitido para la realización del resultado. 2) Y sólo si ese riesgo determinó también el resultado.

En síntesis de lo dicho se puede concluir que en los delitos de resultado que omitan especificar la conducta o ésta se formule de manera neutra, entran en juego tres factores para que aquella se estime típica y se le atribuya el resultado. El primero: **1)** Que la conducta que se desapruueba como típica no signifique una inadmisibles restricción al ejercicio de los derechos fundamentales. El segundo: **2)** Que la acción que indiciariamente se desapruueba conlleve en sí un riesgo desaprobado de lesionar el bien jurídico que protege el tipo y de producir el resultado o esté orientada hacia esas consecuencias. El tercero: **3)** Que el resultado típico se produzca en virtud de la acción riesgosa que se desapruueba. Esto es, en razón de un riesgo idóneo desaprobado en función del fin de protección de la norma. Y que sea determinante en motivar el resultado. Dicho de otro modo, el agente debe realizar una acción riesgosa que desapruueba el Derecho y motive en sí el resultado. Sigue pues teniendo validez la frase de que sólo se pueden prohibir acciones y no resultados. Pero como razona Roxin: (...) Ella sólo es correcta en cuanto que los resultados no se pueden prohibir con

⁶⁵⁵ Hans-Jaschim Rudolph, *Causalidad e imputación objetiva*, op. cit., p. 31.

independencia de las acciones humanas. Como tampoco como consecuencias solamente casuales e incalculables de aquéllas. Ya que no tiene sentido querer prohibir fenómenos naturales o acontecimientos inevitables. Y, asimismo de que (...) En Derecho Penal no hay injusto del resultado sin injusto de la acción; pero perfectamente se puede prohibir resultados que supongan realizaciones planificadas de acciones punibles o la consecuencia adecuada de infracciones del cuidado debido.⁴⁴⁶

6) De aquí entonces que el objeto de valoración en el que se basa el injusto no sea sólo la conducta en su aspecto final y en un plano pre-jurídico. Sino, además, el carácter "típico" de la acción final, como una unidad de factores internos y externos y sólo en la medida de su adecuación indiciariamente contraria a la norma prohibitiva, por ser una conducta desaprobada y en sí idónea para producir el resultado y que en tal contexto se realice sin causa que la justifique. El Derecho Penal no prohíbe pues meros resultados casuales que tengan conexión con una conducta. Como tampoco prohíbe acciones que solo por azar producen resultados o cuando éstos sean inevitables y haya una imposibilidad de actuar no procurada en ese sentido. Ni tampoco sanciona aquellas acciones que los causen si acaso estaban jurídicamente aprobadas. De aquí que nadie estime en serio la punición de la conducta —aunque se quiera el resultado— si éste deviene más de la casualidad que del carácter desaprobado de una conducta idónea de por sí para causar aquél o para poder evitarlo. Ejemplo: Quien convence a otro de salir a la intempere cuando hay tormenta esperando que le hiera un rayo, lo que suceda.

b. Las consecuencias y los límites al poder punitivo que se derivan de la tesis de la imputación jurídica del resultado a la conducta típica: El punto de partida de las consideraciones anteriores reside en la idea de que *casi toda acción puede comportar la presencia o producción de condiciones capaces de lesionar un bien*. Y que ello no debe bastar para desaprobado una conducta se explica por sí solo. Una concepción así lleva a una restricción de la libertad que a nadie le interesa (en especial, tampoco a las potenciales víctimas si se imaginan como afectadas por esas limitaciones de la libertad.) Para una desaprobación jurídica de la conducta deberá producirse la circunstancia esencial de que cualquier potencial afectado por la limitación de la libertad que supone la prohibición de la conducta pueda aceptarla o estimarla racional; esto es, desde la posición de afectado potencial por la conducta que cause el daño típico. Con una orientación de esta manera no existirá por regla general ninguna razón para la limitación de la libertad por la mera posibilidad de la producción de un resultado. Pero aun cuando ese no sea el caso, se debe rechazar desde un punto de vista racional la desaprobación que tome como punto de referencia la mera posibilidad de consecuencias negativas. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando existen ciertas conductas riesgosas aunque altamente improbables de lesión y respecto a las cuales la prohibición de la correspondiente conducta afectaría tan solo a riesgos menores no significativos. Con relación a tales riesgos nadie renuncia racionalmente a las actividades que implican su producción, sino que todos contamos con ellos (también de manera racional) en el sentido de "los riesgos generales de la vida".

⁴⁴⁶ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...*, op. cit. p. 324

En cambio, la situación es bien distinta —por lo que atañe a las limitaciones racionales de la libertad— **1)** cuando se dan actos concretos que se manifiestan en circunstancias que exceden el marco y la función jurídica de protección de normas y con suficiente potencialidad lesiva; o **2)** cuando se trata de posibilidades fundamentadas en la experiencia sobre cuya base se aboga por la evitación del daño. Lo mismo sucede **3)** cuando pese a no existir para los demás ningún punto de referencia de circunstancias que conduzcan a lesiones de sus bienes, el autor desde su perspectiva posea conocimientos especiales en el caso concreto. Si ello es así, naturalmente el agente que desearía la omisión de la conducta llegado el caso como potencial víctima, tiene que aceptarse asimismo en la posición del autor y con ello también admitir la necesidad de limitar su libertad. Esto es, las consideraciones que tienen significado tan para los intereses de las víctimas potenciales como para el autor o los autores virtuales, representan que se deba imponer una limitación de la libertad de todos. Lo que, por lo demás, se debe aceptar reciprocamente por unas y otros. Mas también cabe que la realización del peligro en el resultado dependa de la actuación de la propia víctima en cuanto persona libre, racional y responsable o de eventuales terceros en iguales condiciones. Si ello es así, allí donde la producción de una determinada consecuencia evitable depende de la conducta de víctimas o terceros auto-responsables, por lo general no se podrá desaprobación la conducta concurrente, limitando así la libertad de actuación de quien la realice; sino sólo contemplar o confiar en la racionalidad o responsabilidad del tercero o de la propia víctima en el ejercicio de su libertad como garantía suficiente para evitar la producción del daño.

Lo dicho hasta el momento muestra, además, que para llegar a una desaprobación jurídica (por suponer una limitación tolerable de la libertad), sólo podrán tenerse en cuenta aquellas formas de conducta que comporten riesgos especiales y que no se determinan atendiendo a grados de la probabilidad, sino a partir de que por ciertas circunstancias concretas haya la posibilidad real de que se produzca el daño para la víctima. Resta por ver ¿cuáles son esas circunstancias? Ciertamente, por un lado están **1)** los conocimientos especiales del autor, por los que configure un suceso típico a través de una conducta aparentemente insignificante para el Derecho e incluso para producir el resultado. Y que sin embargo, debido a esos conocimientos especiales aquella conducta es decisiva para motivar el resultado. Y por el otro, **2)** aquellas conductas finales que en sí conllevan un serio riesgo de dañar y ocasionar el resultado cuando se realizan fuera de ciertos límites que el Derecho impone. Por lo que el mero riesgo tampoco constituye una razón para legitimar la limitación de la libertad (y con ello la desaprobación de las formas de conducta unidas a esos riesgos.) Por ejemplo, riesgos minimizados que tienen que compartirse ampliamente por el interés en el desarrollo de las actividades que los generan; al igual que los riesgos que se realizan sólo en caso de la conducta errónea pero libre de un tercero racional, etc.

Así pues, será inadmisibles desaprobación una conducta ahí donde los riesgos existan sin una razón que legitime la desaprobación de la acción idónea para la fundamentación objetiva del tipo según su carácter riesgosamente intolerable para el bien jurídico.

Tampoco cambia un ápice lo anterior el hecho de que tales acciones acarreen consecuencias aparentemente típicas. Y es que un resultado así no forma el injusto indiciario del resultado (típicamente imputable), simplemente porque no se trata de una conducta indiciariamente injusta. Igualmente, tampoco modifica nada el

hecho de que una persona, en el marco de las libertades reconocidas jurídicamente, desee el mal a los demás. Puede ser que la conducta sea inmoral, pero la distribución de la libertad queda siempre intacta. Todo esto significa lo siguiente:

La teoría de la imputación objetiva tiene toda la razón al estimar que el primer presupuesto sustancial para la imputación a la conducta de un resultado típico, es la realización de una conducta desaprobada sólo en la medida que los riesgos y las consecuencias que ella apareje sean intolerables en el marco de acciones libres y auto-responsables en la vida social y las cuales tengan influjo en el resultado. En suma, no se puede renunciar a un requisito cuyo contenido es la creación desaprobada de un peligro que se realice en el resultado, sin renunciar al ejercicio libre y responsable de los derechos de todos.

De todo ello se siguen múltiples consecuencias que es posible reunir en dos grupos. Unas atinentes al carácter desaprobado de la conducta. Otras con relación a la realización en el resultado de la conducta desaprobada.

Primera consecuencia: Las consecuencias de riesgos mínimos socialmente adecuados no son típicamente imputables a la conducta.

Es nítido que el Derecho no toma en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados que pudieren darse con motivo de la incitación a realizar actividades normales y jurídicamente irrelevantes.

Como pasear por la ciudad, subir escaleras, bañarse, subir a la montaña, etc., ni aunque tales conductas en situaciones excepcionales puedan dar lugar a un accidente e incluso aunque hubiere deseos inmorales del agente. Por ende, menos podría imputarse penalmente un resultado que se motive de aquella manera. Ejemplo: El instar a alguien a tomar un avión, con la esperanza de que el avión se desplome, lo que sucede debido a un desperfecto del aeroplano que el inductor desconocía y del cual no tuvo nada que ver. Otro ejemplo: Una persona quiere ver muerto a su enemigo y durante una tempestad eléctrica lo convence que salga a la intemperie para un menester, esperando que le caiga un rayo, lo que sucede. La excepción sería si el agente sabe a ciencia cierta de ciertas condiciones que si influirían en el resultado y en éste participe una víctima no libre o no responsable o que, siéndolo, no supiese de aquellas circunstancias. Ejemplos: A sabiendas de la seria afección cardíaca que padece un infante se le insta a subir de prisa largos tramos de escaleras. O mediante amenaza seria de otro mal grave se coacciona a hacer lo mismo a un adulto afectado de la misma dolencia. En ambos casos el síncope se produce. O la inducción a tomar el vuelo se hace a sabiendas de que la aeronave será objeto de un ataque terrorista, lo cual ignora el incauto inducido a viajar en ella.

Segunda consecuencia: Las consecuencias remotas o extraordinarias de las conductas no desaprobadas no son típicamente imputables a éstas.

El Derecho no desaprueba la mera posibilidad remota de causar consecuencias negativas. Y el Derecho tampoco desaprueba ciertas posibilidades de lesión —altamente improbables— y respecto a las cuales la prohibición de la correspondiente conducta afectaría tan solo a riesgos menores no significativos. Con relación a tales riesgos nadie renuncia racionalmente a las actividades que implican su producción, sino que todos contamos con ellos (también de manera racional) en el sentido de "los riesgos generales de la vida".

Ejemplos: El síncope cardíaco que sufre un individuo con motivo de la excitación de que es presa al resistirse a un arresto justificado cuando se emplea en su contra la fuerza racional para someterlo. O el infarto que sufre una persona debido al susto que le originó el sonido súbito de la bocina accionada por un automovilista con motivo del tráfico rodado.

Tercera consecuencia: Las consecuencias de las acciones que reduzcan el riesgo no se desapruedian por el Derecho.

El Derecho en general permite la mengua de riesgos, por lo que el sentido y finalidad de las normas penales de prohibición no puede ser el vedar acciones que reduzcan el riesgo de realización del resultado o que atenúen lesiones de los bienes jurídicos protegidos o demoren su realización en el tiempo.

De ello se sigue que no se imputa al autor el resultado que produzca, si su acción disminuyó el riesgo de uno más grave o retrasa éste. Ejemplo: El agente le fractura la pierna al pasivo cuando lo empuja de súbito para impedir que le mate un bloque de cemento que ve a punto de caer sobre su cabeza.⁶⁵⁷ Lo mismo tiene validez en los casos que cita Rudolphi: (...) A produce una demora en el asesinato de la víctima por parte de B; o, por ejemplo, el médico salva a un lesionado en un accidente y con esto, como él lo sabe, sólo consigue que éste muera algún tiempo más tarde, de cáncer.⁶⁵⁸ Así pues, no habría así acción típica imputable cuando se actúe para retardar, evitar o disminuir el riesgo y sin que ese actuar creara dicho riesgo, porque en esas condiciones es permitido el diverso riesgo que crea o permite —no evita— la acción sin haberle dado pie para aquel efecto.

Cuarta consecuencia: Las consecuencias que se deriven de acciones riesgosas permitidas no se imputan típicamente a éstas.

El Derecho expresamente autoriza actividades riesgosas en ciertas condiciones. Por lo que las normas penales no pueden prohibir acciones que generen riesgos permitidos. De aquí que deba excluirse la imputación cuando el autor cause un resultado con motivo de acciones riesgosas que permita el Derecho.

Pues aunque el autor haya creado un riesgo relevante al resultado, aquél debe ser un riesgo no permitido. Esto es, el riesgo puede ser idóneo para ciertos resultados e incluso tomarlo el Derecho como motivo de consecuencias civiles, y, sin embargo, el mismo Derecho lo permite de manera general. Tal es el caso del uso regulado —y admitido— de aparatos peligrosos. De aquí que el prototipo del riesgo permitido sea la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario. Porque no se puede negar que el tránsito terrestre motorizado constituye un riesgo relevante para la vida, la salud y los bienes materiales. Lo que se prueba con las estadísticas de accidentes. No obstante el legislador permite el tráfico rodado en el marco de determinadas reglas de cuidado, porque así lo exigen los intereses preponderantes del bien común que en esas condiciones todos admitimos. Lo cual es también trasunto del ejercicio de la libertad y de la dinámica de la vida social. En virtud de los cuales se toleran ciertas acciones riesgosas para los bienes jurídicos. De lo que se sigue que no puede estimarse típicamente prohibida la conducta que genere esos riesgos que se toleran aunque causen un resultado típico. O dicho de otro modo, el resultado no es imputable a

⁶⁵⁷ Ciertamente, este primer caso no se puede solucionar claramente con la teoría de la adecuación de la acción final: Ya que el curso causal le es claramente previsible al autor e incluso el contenido final de su voluntad se orienta en el sentido del resultado que él causa.

⁶⁵⁸ Hans-Jaschim Rudolphi, *Causalidad e Imputación objetiva...*, op. cit., p. 33.

los actos riesgosos que se permitan en interés de su utilidad social y que el mismo Derecho acepta, los que se efectúan en condiciones que minimicen el peligro según las pautas del Derecho mismo. Porque en tales casos el resultado que se dé en aquellas condiciones es sólo una expresión del riesgo que se soporta y permite de manera general.

Es cierto que los códigos civiles responsabilizan del daño que cause la persona que hace uso —como dueña o poseedora originaria o derivada— de máquinas, objetos, substancias, mecanismos, instrumentos o aparatos peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza tóxica, explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan, o por otras causas análogas. (Por ejemplo en el artículo 1913 del CCF.) Pero también es verdad, que los mismos códigos estiman que esa responsabilidad no se debe, necesariamente, a un hecho ilícito. Sino, precisamente a un acto o hecho jurídico que —de acuerdo con la ley civil— puede ser lícito o ilícito. Pues tan unos como los otros son fuente de obligaciones y derechos. (Como así se desprende de los mismos artículos 1913 del CCF y 1801 a 1803, 1805, 1806, 1809 y 1879 del CCC.⁵⁵⁹)

Quinta consecuencia: Los riesgos extraordinarios no sujetos al dominio del autor no se imputan a su conducta, ni tampoco los desaprobados por el Derecho cuando se les sumen otros aprobados.

1) La imputación objetiva del resultado falta siempre que al riesgo desaprobado que creó el agente se le una otro riesgo no desaprobado; al cual la tesis inicial de la adecuación llamó "riesgo general de la vida" que se refleje en el resultado. 2) A la misma conclusión se llega en los casos de cursos causales fuera de lo ordinario, aunque tengan como antecedente un riesgo desaprobado que originó el autor. Ya que desde la perspectiva ex-ante no hay un punto de apoyo para afirmar la posibilidad del resultado según el riesgo. Por lo tanto, el riesgo —aunque sea desaprobado— no se refleja en el resultado.

Entran aquí los sucesos extraordinarios no sujetos al dominio del autor que generó el riesgo que no se aprueba. Y los cuales se deben a concausas que operan por sí y de manera suficiente para producir el resultado. De tal manera que bien sea el riesgo tolerado o bien las concausas las que se reflejen en el resultado y no así el riesgo desaprobado que generó el agente. Ejemplo: La víctima ingresa al hospital con motivo de lesiones que le causó el agente, pero aquella muere por la infección de un virus que se propala en la clínica. En tal caso, tan puede razonarse que la causa de la muerte estuvo fuera del dominio del autor y sujeta al azar. Como también que, aun cuando la conducta que aquél realizó se desapruéba por el Derecho, el peligro que ella ocasionó no se realizó en el resultado; no solo por virtud de lo remoto y eventual del resultado con motivo de aquel peligro, sino por los riesgos ínsitos para cualquier persona que se interne en un nosocomio que fueron lo que sí causaron la muerte. Asimismo, cuando un ciclista es lesionado al interponerse en el curso de un vehículo cuando instantes antes el automovilista había rebasado la distancia de protección por escasos

⁵⁵⁹ Lo mismo cabe decir (aunque fuera del marco de la generación de un riesgo) de muchos otros supuestos de la ley civil en los que se dan hechos jurídicos. Esto es, hechos que generan consecuencias de Derecho aunque no provengan directamente de la conducta del autor. Así: Los que ejerzan la patria potestad o la tutela, tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los actos de los incapaces que estén bajo su poder y su cuidado y que habiten con ellos. Los directores de internados, de colegios, de talleres, los maestros de aquellos y éstos y los directores de hospitales y manicomios, son responsables de los daños y perjuicios que causen los menores o mayores incapaces, que estén bajo su cuidado y mientras dure éste, entre otros muchos sujetos o entidades a las que les surge la obligación de responder de los daños que causen ciertas personas que guardan una especial relación con aquellas. (Artículos 1918 a 1928 del CCF. y 1856 del CCC.) Los directores de internados, de colegios, de talleres, los maestros de aquellos y éstos y los directores de hospitales y manicomios, son responsables de los daños y perjuicios que causen los menores o mayores incapaces, que estén bajo su cuidado y mientras dure éste. (Artículo 1857 del CCC.) E incluso puede ser que se responsabilice a los mismos o a otras entidades cuando ni siquiera se les pueda imputar una falta de cuidado o vigilancia, como acontece con la obligación para ciertos terceros de reparar el daño proveniente de delito que prevén los artículos 32 del CPF, 48 del CPDF y 105 del CPC. Y el hecho mismo de los códigos penales estimen en esos casos que aquellos sujetos sólo responden del daño como terceros pero que quedan fuera de la imputación penal, refuerza el punto de vista que aquí se mantiene.

centímetros de la permitida, ya que la dinámica de la vida de relación y la falible condición humana suponen mínimos márgenes de error en la observancia de esos límites de protección en el tráfico rodado; por lo que en tales eventos la conducta deviene jurídicamente insignificante para adquirir relevancia típica.⁶⁰⁰ Finalmente, la embolia que se desencadena a quien se le amenaza con un arma en un robo.

Séptima consecuencia: El riesgo ajeno al fin de protección de la norma impide que el resultado se impute a la conducta.

El resultado no se imputa cuando el riesgo no permitido es ajeno al fin de protección de la norma con relación al mismo resultado.

Tal pauta sí se recoge de manera implícita en los artículos 9º-párrafo-segundo del CPF, 18-párrafo-tercero del CPDF y 26 del CPC con relación a la estructura del tipo penal culposo. Y también lo hace en forma expresa la fracción I del artículo 42 del CPC como causa excluyente de delito por caso fortuito. Ejemplo: el motociclista lleva a un pasajero en la moto, en contravención a la prohibición en tal sentido y la cual se funda en evitar el riesgo para la vida del acompañante por la dificultad de maniobrabilidad del piloto motorista. Sin embargo, si el conductor de un camión por descuido da alcance a la motocicleta y arrolla al pasajero causándole la muerte; en tal caso, aunque es claro que existe concurrencia de causas físicas que dieron origen al resultado, las que consisten en la conducta del motorista y a la del conductor del camión. Y lo mismo es obvio que el motorista violó una norma de cuidado. También es igual de nítido que según los fines de protección de la norma que prohíbe al conductor de una motoneta llevar un acompañante, su violación es irrelevante en el caso concreto para determinar, en virtud de ella, el resultado que se produjo; en tanto la muerte se debió al alcance descuidado del camionero y no porque el motorista perdiera o tuviese dificultad para maniobrar con motivo del acompañante que transportaba y que por tal razón el acompañante se hubiese lesionado.

Octava consecuencia: El resultado de la conducta no se le imputa típicamente cuando la violación de la norma no determinó la producción de aquél.

Asimismo, con base en la cláusula de incremento en la realización del riesgo que se realiza en el resultado, se admite que éste no ha de imputarse al autor cuando se habría producido igualmente en caso de que la conducta se hubiere ajustado a Derecho. O dicho de otro modo, el resultado no se imputa a la conducta cuando el riesgo desaprobado no es determinante en la producción de aquél debido a causas alternas que también lo producirían en esa situación y sin que el acto desaprobado hubiere incrementado el riesgo.

En efecto, como luego se verá en el análisis de los tipos penales culposos, al disponer el segundo párrafo del artículo 9º del CPF que: (...) *Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, «en virtud de la violación a un deber de cuidado», que debta y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.* Por su parte, al prever el párrafo segundo del artículo 18 del CPDF que: (...) *Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, «en virtud de la violación a un deber de cuidado», que era necesario observar.* Y, por último, al disponer el artículo 26 del CPC que: (...) *Se conduce*

⁶⁰⁰ Adviértase que esa concepción es consecuencia de la posición sistemática funcionalista de incluir a la antijuricidad material dentro del tipo.

con culpa quien decide realizar una conducta y ésta viole un deber de cuidado que «*motive*» un resultado típico previsible que no previó; o que previó pero no aceptó: En realidad en todos esos supuestos legales del hecho culposo se condiciona el resultado no sólo a la causa física que origina la conducta del autor, sino que se exige una condición más para que el resultado se atribuya a la conducta culposa. Esa condición adicional consiste en que en el caso concreto, sea la violación del deber de cuidado la que «*motive*» el resultado o que éste se dé «*en virtud*» de esa violación. Lo que, además de la causalidad física, implica que se debe hacer una valoración objetiva-normativa en cada caso, para examinar no solo si el riesgo no permitido que generó la violación de la norma de cuidado cae fuera del fin de protección de la norma según el resultado típico que se produzca sino, además, que él haya sido el determinante en la producción de ese resultado en virtud del incremento del riesgo que en el caso concreto aparejó la violación. Ya no se trata pues de si el riesgo no permitido es inadecuado al fin de protección de la norma; esto es, al fin de evitar el resultado que en el caso concreto resulta según otras circunstancias. Sino de que aun cuando el riesgo exceda al fin de protección de la norma se excluye la imputación del resultado si acaso el riesgo no permitido no determina el daño que precisamente se da por las circunstancias concurrentes. Porque sólo puede imputarse objetivamente el resultado cuando la infracción sea la que le dé pie. Ahora bien, el artículo 26 del CPC establece la valoración que se debe hacer de la «eficacia causal» de la violación del deber de cuidado respecto al resultado. Y la cual consiste en la formula siguiente: (...) *Violar un deber será causal cuando el resultado podría evitarse con la acción u omisión posible y adecuada.* ¿Pero cuál es la adecuada?

Antes de responder a ello cabe aclarar lo siguiente: Es cierto que los casos de un riesgo ajeno al fin de protección de la norma se resuelven en parte con la tesis de las «concausas» —causalidad adecuada al caso concreto—. Pero igual lo es, que esa tesis no alcanza a las situaciones alternas que en realidad no se dieron. Y en los que la conducta original que se reputa como «causa» sí produce físicamente el resultado y sí viola la norma, creando un riesgo no permitido por el ámbito de protección de la norma con relación al bien jurídico lesionado. Y parece ser que no se excluiría el nexo causal si no se introdujese el correctivo de la hipotética situación alterna de ajustarse la conducta a los fines de protección de la norma y con la cual tampoco se habría evitado el resultado en ese caso concreto. Y con la cual se evidenciaría que la generación de ese riesgo no fue «determinante» para la producción del resultado. Ejemplo: Cuando aún respetando la velocidad permitida, hubiere sido inevitable arrollar a la persona que de improviso se cruzó al paso del vehículo. Empero, aunque Roxin no se opone a esa conclusión si se manifiesta contra las razones de la misma —la cual a decir de Frisch todavía en 1995 eran mayoritarias en Alemania⁶⁸¹. Roxin aduce al efecto la tesis del incremento del riesgo: Porque sólo en la medida que el agente incrementa el riesgo a través de la conducta desaprobada, el resultado que cause debe imputársele al autor. Y en sentido contrario, sólo cuando la conducta desaprobada no hubiere aumentado el riesgo «ya predeterminado», ella en realidad no se refleja en el resultado. Y ello es así, porque si el Derecho establece límites objetivos hasta los que aprueba o tolera el riesgo, el sobrepasarlos significativamente —esto es, más allá de márgenes mínimos de error— incrementado el riesgo, ya indica una conducta prohibida sin que nada quite a ello el que el resultado también se habría dado de ajustarse el agente

⁶⁸¹ Wolfgang Frisch, *Tipo penal e imputación...*, op. cit., pp. 120 y ss.

a la norma. Sino solo cuando, además, el riesgo incrementado no se resuelva en el resultado porque éste en realidad ya estaba predeterminado por otras condiciones.⁶⁶² Las razones de Roxin son aceptables en su mayor parte. Porque el decidir hasta qué punto son admisibles los cursos causales hipotéticos para excluir la imputación al resultado depende más de que la conducta desaprobada no hubiere incrementado el riesgo de manera relevante, en vez de esos meros cursos causales hipotéticos. De aquí que sea claro que no se excluye la imputación porque haya un autor sustitutivo, que en caso de fallar el agente habría asumido la realización del hecho (principio de asunción). Por consiguiente, en casos de fusilamientos antijurídicos en la guerra, tampoco puede exonerarse al autor desde puntos de vista de la imputación alegando que si se hubiera negado, otro habría llevado a cabo el fusilamiento. O quien hurta una cosa no puede apelar a que en la situación concreta otro hubiera sustraído indudablemente la cosa, por lo que el dueño la hubiera perdido de uno u otro modo. De ello se sigue que el Derecho no puede retirar sus prohibiciones porque hubiera otro que también estuviera dispuesto a infringirlas. Pensar lo contrario produciría una grotesca impunidad Sólo porque en vez de una persona decidida a ejecutar el hecho, hubiera varias dispuestas a ello.

Al respecto, Roxin precisa: (...) Todo ello es válido por igual para los casos del autor sustitutivo que ya decidió actuar jurídicamente. Por tanto, sigue incurriendo en delito de daños quien tala un árbol ajeno que el mismo propietario hubiera querido talar, o quien mata a una vaca ajena que de todos modos por razones sanitarias se le sacrificaría. Igualmente, en un ejemplo muy conocido: debe condenarse por homicidio a quien como particular, echa por la fuerza al verdugo y acciona en su lugar la silla eléctrica. Pues si el legislador sólo les permite una acción típica a determinadas personas o funcionarios, esa restricción sólo se puede imponer eficazmente si la prohibición se mantiene incólume frente a los demás. Sería algo que conduciría a situaciones intolerables el que, contra las reglas legales de competencia, cada cual ya pudiera detener impunemente a otros por el hecho de que la policía tenga la facultad de hacerlo en virtud de una orden judicial de arresto. Y no es una excepción a esa regla el que en una situación de legítima defensa resulte impune quien lleva a cabo una acción lesiva de defensa que de lo contrario habría efectuado otro; pues en tal caso el agente está cubierto por la misma causa de justificación (legítima defensa de terceros) que hubiera amparado al autor sustitutivo.⁶⁶³ Como bien se puede advertir de los ejemplos que expone el ilustre autor, en todos ellos sólo existe una hipotética situación alterna que en realidad aún no se daba y que, por lo tanto, de ningún modo podía haber ya predeterminado el resultado. Por ello, el mismo autor añade enseguida: (...) En cambio, la imputación se excluye cuando el autor únicamente modifica una causalidad natural, sin empeorar la situación de la víctima en su conjunto. En circunstancias de ese tipo no rigen las razones que excluyen la toma en consideración de causas sustitutivas humanas. Y hay buenas razones que abogan por imputar la modificación de las causalidades naturales solamente si con ello el daño se aumenta o se anticipa en el tiempo, es decir, si se intensifica (principio de intensificación). Pero desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos, es indiferente que la víctima muera en la vía izquierda o en la derecha hacia la que se desvía al tren para evitar un obstáculo mortal que hay en la otra vía si acaso igual escenario presenta la derecha.⁶⁶⁴

⁶⁶² Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...* op. cit., pp. 324 y ss.

⁶⁶³ Claus Roxin, op. cit., pp. 368 y 369.

⁶⁶⁴ Idem., op. cit., p. 369.

Ciertamente las consideraciones de Roxin son aceptables en su mayor parte, aunque también no debe pasarse por alto que en ellas todavía no se decide sobre la trascendencia de la lesión jurídica, pues tratándose de un bien válidamente disponible a través del consentimiento de su titular, en los casos en los que ya el mismo dueño deseaba la destrucción del bien o incluso cuando ya no quepa esperar alguna efectiva disponibilidad del bien jurídico por su titular, se puede dar la falta de lesión o la insignificancia de una lesión anticipada que evite afirmar aquella lesión como típicamente relevante según se verá en el apartado siguiente de este capítulo. Asimismo, la tesis también puede reconducirse al caso de que la misma violación que da lugar al incremento del riesgo resulte irrelevante porque ya existe otra conducta que accionó diverso riesgo que ya predeterminó el resultado. Es decir, también cabe hacer notar que es insuficiente —como parece sostenerlo Roxin— el que la conducta se estime prohibida al haber incrementado el riesgo —lo cual es correcto—, pues lo que importa es decidir si ese incremento del riesgo fue en realidad suficiente para imputar un resultado a la conducta cuando aparece otra concausa —que no es meramente hipotética— que hace dudar de que ese incremento del riesgo haya sido bastante o determinante para producir el resultado. De lo que se sigue que cuando aparezca una concausa que también influya en la producción del resultado de tal modo que no se pueda determinar que fue el incremento del riesgo de la primera acción el que se resolvió el resultado, tampoco puede imputársele éste a la conducta desaprobada, según se verá en el tipo penal culposo.⁶⁶⁵ Lo cual también nos lleva a la siguiente consecuencia.

Novena consecuencia: El resultado no se imputa a la conducta cuando en aquél concurre la auto-puesta en peligro responsable de la víctima (principio de confianza.)

Tampoco se imputa el resultado cuando éste se produce por la auto-puesta en peligro de la víctima o de un tercero que sean responsables, en tanto cabe esperar que cada cual asuma responsablemente su ámbito de libertad.

Ejemplo: Quién de súbito “torea” a un vehículo que va a exceso de velocidad, si acaso la extrema cercanía del “andante” que de pronto se orienta hacia el curso del coche motiva el descontrol del conductor y da lugar al atropello de aquél. Asimismo, la exclusión de la imputación del resultado al autor del suministro de drogas por la auto-puesta en peligro responsable del consumidor cuando la droga que ingiere o se aplica le produce grave intoxicación, el peligro de morir o la muerte misma. Salvo que el autor sepa de la absoluta dependencia a la droga del consumidor y de sus condiciones de difícil auto-control—, o bien de la absoluta inexperiencia del consumidor. Con todo, en relación con este tópico aún se discute hasta que punto el actuar auto-responsable de la víctima excluye la imputación del resultado al agente. Como luego se verá en el capítulo de formas típicas de intervención, esa pregunta se debe responder a la luz del dominio del hecho por el autor. De tal modo que si la conducta del tercero libre y responsable escapa al dominio del autor, el resultado ya no puede serle atribuido a este último y viceversa. Asimismo, guarda relación con el tema el consentimiento expreso o tácito —y válido— del titular del bien para que éste sea afectado, siempre y cuando se trate de un bien disponible, aunque tal consentimiento más bien excluye la lesión jurídica como elemento del tipo penal y, además, difícilmente se puede equiparar a tal consentimiento con una auto-puesta en peligro aunque sea

⁶⁶⁵ Ver el número III-E del Capítulo Décimo Segundo.

hecha de manera responsable.⁸⁸⁵ Por último, está el problema de la distribución del riesgo —y de la imputación— entre el activo y la auto-puesta en peligro responsable de un bien indisponible por parte de su titular. La cual si bien por lo general no excluye la imputación al sujeto activo, sí sirve de pauta para la compensación del daño —civil— en ciertos casos de causas de justificación putativas por error de prohibición invencible que excluyen al delito y también influye para que el legislador considere atenuaciones de penas e incluso tipificaciones especiales menos severas en su penalidad que la que se daría sin ellas, como sucede con el auxilio al suicidio.

Ciertamente, la tesis de la «imputación objetiva» continúa si estar exenta de crítica. Y es que al menos una porción importante de los casos que ella pretende resolver ya se solucionan con la propia tesis de las «concausas» —«causalidad adecuada»—; y otros tantos casos ya se captan por los códigos penales como excluyentes de delito al operar una causa justificante de la conducta por estado de necesidad que evita que sea antijurídica. Pero no hay que olvidar que esta última cuestión es metodológica. Atiende al punto del cual se ha de partir para examinar la causalidad, pero no obedece a un planteamiento necesariamente incorrecto de las formulas que resuelven si hubo nexo causal; o dicho de otro modo, si es o no es jurídicamente correcto imputar como típicas cierta clase de acciones o a estas imputárseles determinados resultados. Aún así, restan otros supuestos que sólo se solucionan con las pautas de la «imputación objetiva» para excluir el nexo causal. Como sucede en todos los casos de acciones permitidas aunque riesgosas y también cuando "... *en el caso concreto, aún de observar el deber de cuidado, el resultado se pudo producir*"; según lo prevé la fracción I artículo 42 del CPC como caso fortuito (y que tienen que ver con la octava consecuencia antes vista.) Porque si bien es cierto que esos casos se resuelven en parte con la tesis de las «concausas»; también lo es, que no sucede así cuando se introducen hipótesis de condiciones alternas que en realidad no se dieron y en las que la conducta original —y real— que se reputa como «causa» sí produce físicamente el resultado y sí hay violación a la norma que creó un riesgo no permitido por el ámbito de protección de la norma con relación al bien jurídico lesionado. Y no se excluiría el nexo causal si no se introdujese el correctivo de la hipotética situación alterna de ajustarse la conducta a los fines de protección de la norma y con la cual tampoco se habría evitado el resultado en ese caso concreto. Con lo que se evidencia que la generación de ese riesgo no fue «determinante» para la producción de aquél. Ejemplo: Cuando aún respetando la velocidad permitida, hubiere sido inevitable arrollar a la persona que de improviso se cruzó al paso del vehículo. Lo cual se examinará con más detenimiento en el tipo culposo. Porque donde la teoría de la imputación ha tenido su mayor utilidad es quizá en el ámbito del referido tipo penal culposo. (Ver Capítulo Décimo Segundo, número III-E.)

Todavía caben muchas otras consecuencias e implicaciones de la teoría de la imputación objetiva cuyo análisis excede a este trabajo o al menos a este tema. Por ejemplo, la consideración de que el resultado jurídico —lesión o puesta en peligro de lesión del bien jurídico— también se debe someter al escrutinio de su atribuibilidad objetiva a la conducta. Las tesis de la equivalencia y de las concausas sólo se ocupan de la

⁸⁸⁵ Al respecto destaca el estudio monográfico de Beatriz De la Gandara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Prólogo de Enrique Bacigalupo Zapater, Editorial Colex, Madrid, España, 1995, pp. 146 a 170.

imputación del resultado «material» o «externo» que prevea la figura típica, mas no del peligro o del daño al bien jurídico que igualmente habría de devenir de la acción u omisión. Más aún, porque al regular los artículos 7° del CPF Y 18 del CPDF esa atribuibilidad en los delitos de comisión por omisión, se refieren expresamente al resultado «material» o «externo» y no al daño o peligro al bien jurídico protegido. Esa oquedad no se da en el CPC de acuerdo con sus artículos 16 y 41. Éste último artículo dispone: *"Para que la acción o la omisión sean punibles se requiere que dañen o pongan en peligro a un bien que se proteja jurídicamente"*. Y la fracción V del artículo 16-A señala que serán elementos del tipo penal: *"El daño o, en su caso, el peligro a que se expone a un bien jurídico, «atribuibles» a la acción u omisión."*⁶⁶⁷ Aunque también cabe ver de igual modo la exigencia del artículo 4 del CPDF: *"Para que la acción u omisión sean consideradas delictivas se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal"*. Ahora bien, es posible que esa «imputación» del daño o peligro jurídico a la conducta también se pueda resolver en la mayoría de los casos a través de las pautas de la equivalencia de las condiciones, de las concausas y de la imputación objetiva misma o después del nivel estricto del tipo en el más amplio del injusto. Pero el CPF y el CPDF no regulan a ninguna de ellas en el plano general, sino sólo para las lesiones letales (homicidio); a diferencia del CPC que sí lo hace, aunque éste código sólo da las pautas sobre el nexo causal con relación a los delitos de resultado material o externo, pero omite siquiera algún reenvío a las mismas tratándose de la «imputación» del daño o del peligro al bien jurídico a la acción u omisión. La laguna legislativa del CPF y del CPDF será más amplia, mas no por ello deja de haberla también en el CPC. Ellas pugnan con la garantía de estricta legalidad en los delitos. Además, al colmar esos vacíos bien haría el legislador si revisara antes los postulados de la teoría de la imputación objetiva, a efecto de regular algún supuesto que no se resuelva o no se resolviera bien a través de las tesis restantes. Como se hizo en el CPC al regularse eventos de caso fortuito por medio de reglas que se derivan de la imputación objetiva. Más todo ello no impide desarrollar las tesis antes dichas como válidas y aplicables al Derecho Penal Mexicano, en cuanto se sustentan en pautas que se obtienen de una interpretación sistemática de los tipos penales que los ajuste —y limite— contextual y racionalmente a principios que se apoyan en la misma C. como ya se vio.

Por lo demás, aunque la teoría de la imputación objetiva está aún en desarrollo y se puede decir que en ese sentido todavía está incompleta y que su capacidad de rendimiento está aún por verse; sin embargo, su desenvolvimiento ha sido tal que ahora se le ha convertido por sus principales adalides en un esquema toral para la estructura objetiva general de todos los tipos penales.⁶⁶⁸ Ello de por sí ya se puede inferir cuando se ocupa de la atribución del daño o del peligro al bien jurídico a la acción, porque con ello se tocan los problemas de esa atribuibilidad según se trate de daño, peligro concreto o abstracto al bien jurídico; alcanza, además, a cuestiones que atañen al desvalor de la acción con relación al desvalor del resultado y, por ende, a la tentativa; al igual que a los problemas de la autoría y coparticipación en virtud del "dominio" de la acción respecto de la primera y con relación a la segunda cuando se trata de sustentar la complicidad en conductas neutrales. De algunas de estas implicaciones me ocupo en parte en el tipo penal culposo, en las formas de

⁶⁶⁷ Los corchetes son míos.

⁶⁶⁸ Al respecto ver, especialmente, a 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. 226 a 307, y Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...* op. cit. pp. 342 a 411.

intervención típica en el delito y en la tentativa punible, en la medida que las mismas se recogen, al menos implícitamente, por el CPF, el CPDF y el CPC. Así pues, a la tesis de la imputación objetiva le toca el mérito no solo de replantear con óptica diversa los problemas del nexo causal en los delitos de resultado, sino de resolver algunos problemas que no encuentran solución en las restantes teorías y, sobre todo, de precisar que cualquier tema de imputación de consecuencias penales al individuo se debe enfocar desde la perspectiva de los límites que imponen los ideales de un estado de derecho que se recogen en la C. Toca antes ocuparse de un diverso límite al tipo penal objetivo: El daño o peligro que impliquen una lesión significativa al bien jurídico.

— VIII —

El *daño o peligro* (lesivos de manera significativa) al bien jurídico como elementos del tipo penal

Si la protección de bienes jurídicos de ciertos ataques graves es una de las razones fundamentales para crear los tipos penales, por ende, *es esencial que* en la concreción fenoménica de todo tipo penal se encuentre como elemento —al menos necesariamente implícito— el «daño» o el «peligro» de causarlo lesivamente a los bienes que jurídicamente se protegen en aquél. Ello también se deduce de la naturaleza misma de los tipos penales, porque el legislador no describe en ellos meros sucesos naturalísticos ni la realización de conductas en ámbitos avalorados, sino por el contrario, contempla acontecimientos henchidos de desvalor y socialmente inadecuados que provienen del actuar humano, en tanto que, precisamente, él lesiona de manera grave y significativa los bienes jurídicos que en ellos se protegen.

En todo delito debe existir, pues, un "*daño o peligro (lesivos) al bien protegido*" como elemento del tipo penal. Así lo disponen de manera expresa los artículos 4 del CPDF y 16-V y 41 del CPC. Así se infiere de manera necesaria del contenido, la regulación y la ordenación misma de los delitos en particular en el CPF, el CPDF y el mismo CPC.

A. Los bienes jurídicos cuya lesión se prevé en los tipos penales. Para ello se debe tener presente que dicho elemento presupone que en el caso concreto existan los bienes y sus titulares que jurídicamente se protegen. Asimismo, que el bien jurídico no es en sí un derecho ni el objeto —persona o cosa— sobre el cual recae el ejercicio de un derecho o hacia el cual se dirige tal ejercicio, sino que el bien jurídico es —usualmente— una situación en la que se disfruta un derecho o potestad jurídica de disponibilidad con relación a un objeto que tiene una manifestación de valor y el cual la mayoría de las veces es intangible. Y que por ello no se le debe confundir con el "objeto" como elemento del tipo penal. De esta manera el bien jurídico implica una relación de disponibilidad del titular del bien sobre un objeto, pero el bien jurídico no es el objeto o al menos no es nada más el objeto, ni menos entendido éste en sentido material. Además, lo que se daña o pone en peligro es esa situación o relación de disponibilidad, generándose un conflicto por la indebida intromisión en el disfrute del bien o por afectar de manera significativa la disponibilidad del mismo. El homicidio no afecta el derecho a la vida sino a la vida misma de la cual goza un ser humano. El robo no afecta al derecho de propiedad, sino que ataca al disfrute de la propiedad u de otros derechos patrimoniales sobre cosas muebles. El despojo lesiona la posesión de otro sobre un bien inmueble sólo en la medida que el otro no consienta la diversa ocupación. Y la violación ataca la libertad que tiene la persona para autodeterminarse sexualmente pero no destruye el derecho de libre autodeterminación sexual del titular que como tal permanece incólume. Por otra parte, la

concepción de un daño físico del bien jurídico como equivalente a la lesión jurídica es incompatible con los delitos en los que se tutela el disfrute de un bien jurídico intangible y cuya expresión corpórea es discutible, sin que haya un objeto aparte del titular, en el que se materialice el bien protegido: las injurias respecto del honor y ciertos casos de revelación de secretos respecto de la confianza en la privacidad de la comunicación, entre otros.

Ahora bien, el daño o el peligro al bien pueden ser genéricos o específicos. La lesión «genérica» se produce normalmente porque se afecta al "bien o interés jurídico" que tutela el tipo penal según la «familia» de delitos a la que pertenece. Por ejemplo, entre los delitos contra el "patrimonio" de las personas están el robo, el fraude, el abuso de confianza, etc. En tanto que la lesión «específica» dependerá del contenido del tipo penal de cada delito. La cual apareja la lesión genérica a través de una manifestación específica de esa lesión y en ciertos casos, además, a la lesión de otro titular o a una diversa del mismo titular a la que genéricamente se tutela en el mismo tipo penal. Es decir, en estos últimos eventos, en cuanto los mismos tipos prevean cumulativamente varias clases de lesiones jurídicas o bien se les contemple de forma alterna. En el primer grupo de supuestos —de lesiones cumulativas—, además de la lesión específica al bien jurídicamente tutelado, es preciso que también se lesione a otro bien jurídico —sea del mismo titular o de un tercero— para que la conducta tenga relevancia típica penal. Mientras que en el segundo grupo, según la redacción del tipo prevea la lesión de dos o más bienes de manera alterna, será suficiente que se lesione cualquiera de ellos. En efecto, la violación de un adulto lesiona sólo su libertad sexual —y en la figura típica de ese delito sólo se implica esa lesión—; pero el delito de raptó supone la lesión tan de la libertad personal como de la libertad o seguridad sexual de la mujer. Mientras que en otros casos el tipo penal protege bienes jurídicos «difusos» que pueden entrar en consideración junto con uno genérico: por ejemplo, en el delito de simulación en actos procesales quien debe resentir un daño es la parte o el tercero a los que les perjudique realmente la resolución judicial motivada por el acto simulado. Pero, además, con tal delito se afecta a la seguridad en la impartición de justicia que corresponde al Estado; es decir, también se lesiona la "confianza en la administración de justicia" como bien jurídico genéricamente tutelado.⁶⁹⁹ De aquí que cuando el tipo penal suponga la protección de varios bienes jurídicos y falte la afectación jurídica de uno de los diversos bienes protegidos, no se integrará el injusto típico de ese delito en particular. La lesión jurídica también puede radicar en el «peligro» de daño que —con una acción de esa naturaleza, esto es, riesgosa en sí— se expone al bien jurídico, como sucede en la tentativa o en algunos delitos de simple conducta, de los que se debe verificar que el riesgo de daño al bien jurídico fue real y concreto o potencial según se desprenda del tipo delictivo en particular (artículos 4 del nuevo CPDF, y 16-V, 41 y 42-III del nuevo CPC.)

Como ya se dijo, se debe evitar confundir al "objeto material" que prevé la figura típica con el "bien jurídico". El objeto, esto es, la cosa o persona sobre las cuales incide la conducta o hacia las cuales ella se dirige pueden ser eventualmente una manifestación corpórea del bien jurídico, pero no son por sí dicho bien. Así, en el robo

⁶⁹⁹ No deja de ser importante evitar la frecuente confusión entre "sujeto pasivo" "ofendido" y "titular del bien jurídico". En la mayoría de los casos estas cualidades pueden coincidir en un mismo sujeto, pero no en todas. Así, en el ejemplo del delito de simulación de actos procesales, el "sujeto pasivo" —como persona sobre quien recae o hacia la cual se dirige la acción típica— es el juez, quien con base en el acto simulado dicta la resolución, el "ofendido" —como quien debe resentir un daño en su interés jurídico— es la parte o el tercero a los que les perjudique realmente la resolución judicial. Pero, además, al ser "ofendido" el Estado también resulta ser "titular" de la "administración de justicia" como bien jurídico genéricamente tutelado.

la cosa mueble es el objeto, mientras que el bien jurídico es el disfrute de la propiedad u de otro derecho patrimonial sobre esa cosa mueble. En las lesiones la persona es el objeto, mientras que el bien jurídico es el disfrute de la salud personal que tiene esa persona. También se debe evitar confundir al "resultado material o externo" que prevé la figura típica con el "resultado jurídico". Al delito se le llama de "resultado material o externo" si la figura típica prevé o implica de manera necesaria consecuencias de ese orden, apreciables por los sentidos o mediante la simple actividad del conocimiento. En tanto que el "resultado jurídico" tiene que ver con el "daño" o el "peligro" que sean lesivos al bien jurídico, lo cual apareja una valoración por la que se resuelve que se afectó la relación de disponibilidad del sujeto con el bien. Lo que motiva la clasificación de delitos de "daño" y de "peligro". Es decir, el "resultado jurídico" es expresión que emplea la doctrina —aunque con frecuencia ella habla de «resultado» a secas— para designar a la "lesión jurídica" como la valoración normativa que se hace del daño o el peligro al bien que jurídicamente se protege al afectar la disponibilidad de los mismo por parte de su titular. En tal sentido, todos los delitos son de "resultado jurídico". Pero no todos los delitos requieren un "resultado material o externo". Pues ello dependerá de que el mismo se contemple o se implique de manera necesaria en la figura típica. En cuyo caso para la tipicidad del evento sí será esencial que se dé el resultado material o externo, además del resultado jurídico.

B. La imposibilidad de lesión jurídica por inexistencia del titular del bien o por inexistencia de daño o peligro. La ausencia de lesividad jurídica como excluyente de tipo penal se puede dar por inexistencia del titular del bien jurídico. Por ejemplo: El abandonar a un atropellado que falleció instantes después del impacto imposibilita que se actualice el delito de abandono de atropellados porque el mismo se prevé como delito de peligro a la vida o salud personal que se ha de dar respecto de quien se deja abandonado. El disparar al cadáver de una persona a la que se cree viva impide que se dé el homicidio en grado de tentativa porque es imposible que en aquél caso se dé el peligro para la vida de quien ya está muerto. O bien se puede dar porque —aún existiendo quien sería el titular— en el caso concreto ya falte de por sí el disfrute del bien jurídico mismo. Por ejemplo, la relación sexual entre dos personas cuando padecen la misma enfermedad transmisible en período infeccioso. La conducción de un vehículo en estado de ebriedad pero en una vía privada y solitaria, etc.

La "lesividad jurídica" también puede estar ausente cuando existiendo el bien jurídico, la acción por su naturaleza no puede dañarle ni producir riesgo de causarle daño. En general, cuando al sujeto activo le resulta imposible consumar el delito por error en la idoneidad absoluta de los medios empleados como cuando se debe a superstición o motivos similares. Ejemplos: El hacer conjuros para lesionar a otro. El cobrar por evocar espíritus si quien paga lo hace por curiosidad de conocer lo que el chariatán dice, y no por superstición o ignorancia de quien se aproveche de ella para defraudar. El disparar un arma de fuego para lesionar a otro, quien en realidad está muy lejos del alcance del proyectil. El intentar una violación cuando se es impotente, etc. Asimismo, en general apareja una imposibilidad de lesión jurídica por faltar el riesgo de causar daño al bien protegido cuando aquél error se provoca por agente encubierto en delito de simple peligro potencial, concreto o de daño, en virtud que el propio agente provocador impide tales peligros o el daño, al tener desde antes preparados los medios para ello. Ejemplo: el incauto a quien se le sorprende por el agente provocador y

encubierto al entregarle a aquél un arma de portación prohibida, para inmediatamente detenerlo por ese motivo. Lo mismo sucede con las falsificaciones burdas y notorias de billetes, en cuanto que la evidente tosquedad de la simulación no ocasiona un peligro real para la seguridad y confianza en la autenticidad de la moneda de curso legal en el tráfico de intercambio monetario o de bienes y servicios con base en dinero. En todos esos casos falta el daño o el peligro al bien jurídico.

C. La lesión jurídica como elemento común del tipo penal y del injusto. Ahora bien, aunque el tipo penal involucra una lesión jurídica en el sentido antes dicho, aquél no agota a la antijuridicidad. Y ello es obvio si se piensa que están fuera del tipo las causas de permisión o justificación que excluyen a aquélla. En tal contexto la "lesión jurídica" es un elemento común al tipo penal y al injusto. Y esto último es como se indica, porque dentro del tipo no se examina tan sólo un simple daño o al peligro de carácter naturalístico que una conducta irroge a los bienes jurídicos, sino que el ataque a ellos debe resolverse siempre en una auténtica lesión jurídica al interés o disponibilidad del titular sobre el bien. Es decir, *ella existe sólo allí donde la acción apareje la afectación de la relación de disponibilidad que el titular del bien tiene sobre el mismo*. La cual de ordinario se da a través del mero daño o peligro al bien jurídico cuando éste es indisponible por otro en cualquier circunstancia, pero no sucede así cuando el bien es disponible por virtud del consentimiento válido de su titular, porque en tal caso es preciso que tal daño o peligro se ocasione en demérito del ejercicio de la libertad que el titular tiene para disfrutar o disponer del bien porque no hay consentimiento válido de aquél para su afectación. De aquí entonces que el tipo penal en sentido estricto siempre debe captar un daño o un peligro que en el sentido antes dicho sean lesivos a los bienes jurídicos tutelados por la figura típica. Y aunque si bien es verdad que el tipo penal en sentido estricto no presupone una conducta que necesariamente deba «ofender al Derecho» como un todo, y en tal sentido, el tipo penal y el injusto son nociones diferentes. Es igual de cierto que el tipo penal siempre implica la lesividad al bien tutelado. Y esta lesividad al bien jurídico es el gozne que une al tipo penal con la antijuridicidad que se contiene en el injusto, pero sin que llene a éste. Toda vez que el injusto es la lesión jurídica que se da a través de la realización de un tipo que, además, ofende al Derecho. O dicho de otro modo, la lesión jurídica es un elemento común y esencial al tipo penal y al injusto; pero el injusto también requiere que la conducta típicamente lesiva se realice sin causa de justificación, de cuya ausencia se deduce que aquella contraría al Derecho.⁶⁷⁰

Ahora bien, si el tipo penal siempre ha de captar un daño o peligro de daño que sean lesivos al bien, es consecuencia lógica que tales extremos se constituyan en un elemento constante y esencial a todo tipo penal.

Para ello hay que situarse ya en un momento posterior al acto legislativo de creación del tipo penal. Pues hay que colocarse en el momento en el que el tipo penal se concreta históricamente. Y por ello, sobre la conducta que lo actualiza, dañando o poniendo en peligro de manera lesiva al bien jurídico, es que se puede formular el juicio de su tipicidad. Si en el mundo de las normas la antijuridicidad es razón esencial del tipo penal. En el mundo fáctico o de relación, la tipicidad es razón indiciaria o fundamento de cognición de la antijuridicidad en razón de la lesividad al bien jurídico que aquella implica. De esta manera, la tipicidad indica a la antijuridicidad por el hecho de que con aquella se daña o pone en peligro de manera lesiva a uno o más bienes jurídicos. Y

⁶⁷⁰ Ver el Capítulo Décimo Quinto, relativo a la antijuridicidad como límite al poder punitivo.

ese daño o peligro a uno o más bienes jurídicos es el que precisamente se configura como primer elemento de lo antijurídico. El vínculo necesario que existe entonces entre la tipicidad y la antijuridicidad se da a través del daño o del peligro al bien jurídico que sean lesivos de ese bien en el sentido antes dicho. Y ese daño o peligro lesivos se constituye a la vez como elemento común del tipo penal y del injusto.

Ciertamente, hay que reiterar que el daño o peligro al bien jurídico debe ser de contenido "lesivo" en cualquier caso para que pueda adquirir significación típica y se configure a la vez como primer elemento de la conducta antijurídica. Esto es:

El daño o peligro al bien jurídico de por sí es insuficiente para configurar a la "lesión jurídica" como elemento común del tipo y de la antijuridicidad en todos los casos. Aunque sí sirve para fundarla. Porque el daño o peligro al bien jurídico siempre ha de entenderse como la consecuencia de una acción «lesiva» para los bienes jurídicos de otros y no como la mera modificación física causal que se da en virtud de un daño o la valoración de la probabilidad —de peligro o riesgo— de esa clase de daño en el caso concreto.

En efecto, la ley penal tutela directamente intereses públicos. Esto siempre se da cuando el sujeto pasivo del hecho incriminado sea la colectividad, la familia o el Estado mismo y el bien que se afecte sea consustancial a la existencia misma de esos entes jurídicos, de tal modo que haya el interés público directo sobre la preservación del bien. Pero la ley penal también tutela en forma directa intereses privados que considera de interés público. Eso sucede cuando el sujeto es titular de un bien que se reputa esencial para la convivencia humana. Incluso cuando dicho titular sea un particular. Por ejemplo: la vida humana es esencial para la existencia del particular y a la vez es indispensable para la vida de la colectividad. A tal grado, que para que ella exista es imprescindible la vida de quienes la componen. En tal sentido es de interés público preservar la vida del ser humano. Y, por tanto, ese bien en dicho sentido sólo es disponible por sus titulares a grado tal que el suicidio no se pune pero sí se prohíbe penalmente la inducción o el auxilio al suicidio. Igualmente, cuando se infieren heridas de tal gravedad que dejen secuelas que comprometen a la propia vida o que anulan la misión social de la persona que las sufre, ningún valor tendrá su consentimiento para impedir que nazca la "lesión jurídica" con motivo del daño que se le ocasionó a su salud, debido al interés colectivo que existe en preservar la vida misma o la salud necesaria para hacer posible la misión social de la persona. ®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

En síntesis, cuando la ley penal tutela bienes colectivos cuyos titulares sean la familia, la sociedad o el Estado, por lo general esos bienes serán indisponibles. Y asimismo, cuando la ley penal tutela bienes subjetivos e individuales respecto de los que existe el interés público de protegerlos contra conductas que los pongan en peligro o los dañen, con independencia de la voluntad de su titular y aún contra ella, también será claro que el bien será "indisponible". En esos supuestos, el simple peligro o el daño al bien fundamentan a la «lesión jurídica» como primer elemento de la antijuridicidad.

Pero en muchos otros casos el interés público de preservar el bien jurídico existe en la medida del interés privado sobre el bien. La tutela penal del bien es, pues, "indirecta" en esos eventos, dado que el interés tutelado no es el interés público a la conservación del bien jurídico como tal, sino el interés público de que no se dañe al particular en un bien que nada más es de su incumbencia. Por ello, el Estado tiene sólo el interés indirecto o reflejo de atender que los individuos no frustren el interés que el particular tenga en conservar o disfrutar su bien. Interés indirecto o reflejo que, precisamente, sólo puede existir en la medida del interés que tenga el sujeto en conservar o disfrutar su bien. De aquí que el consentimiento válido de aquél para que se

dañe o ponga en peligro a su bien del que puede disponer sin dañar a terceros, en cuanto expresa ausencia de interés y renuncia a disfrutar el bien que en abstracto protege la ley penal, determina, como consecuencia lógica, la ausencia de una lesión jurídica y la carencia del interés estatal. Así, es verdad que el consentimiento en el delito de lesiones es ineficaz cuando por ellas se imposibilita de modo considerable al lesionado el desarrollo de su personalidad en la vida social. Pero también lo es, que existen innumerables otros casos en que dichas lesiones no imposibilitan a la persona tal desarrollo. Sino que más bien lo facilitan o incluso lo permiten. ¿Qué decir entonces, sino, de las intervenciones quirúrgicas para aliviar un paciente y procurar su salud? ¿Qué decir de la cirugía reconstructiva que reduce o elimina defectos físicos? O incluso ¿qué decir cuando esa cirugía se realiza con fines estéticos? ¿Qué decir cuando una persona consiente en ser objeto de una investigación científica aún cuando esa experimentación pueda tener consecuencias negativas en su salud? Ya que en éste último caso, las fracciones IV y VI el artículo 100 de la Ley General de Salud autorizan tales investigaciones con la condición del consentimiento de la persona y con el límite de suspender la investigación en cualquier momento sólo si sobreviene el riesgo de lesiones graves, invalidez o muerte del sujeto que es objeto de la investigación. Y ¿qué decir de las afectaciones a la salud con motivo de la donación de órganos o tejidos en vida en los términos de los artículos 320, 322, 330, 332, 333, 341 y 342 de la referida Ley General de Salud? El consentimiento del titular del bien jurídico que se afecta en su salud por esas conductas opera en tales lances como causa que impide la "lesión jurídica" en el seno de la misma tipicidad; esto es, sólo puede haber tal lesión cuando el tipo penal suponga la ausencia de consentimiento válido del titular del bien que sea disponible por aquél. Y tal lesión no se configura ya no sólo cuando falte el interés de que no se dañe la salud aunque sea transitoriamente, sino por el interés de que positivamente así suceda para una curación definitiva, o para facilitar la misión social de la persona o el desenvolvimiento de su personalidad, o bien lograr avances en otras ramas del conocimiento y la actividad humanas dirigidas a hacer eficaz el derecho a la salud que, como tal, se protege por el párrafo tercero del artículo 4° C. De esta manera, tan es verdad que sin la lesión al bien de la vida humana faltaría en un homicidio la primera condición que se requiere para integrar la esencia propia de lo antijurídico. Como igual lo es que la destrucción de nuestra guitarra no sería por sí misma una "lesión jurídica" constitutiva del tipo penal de daño en propiedad ajena, sino sólo podría serlo si con ello se impidiera la satisfacción de nuestro deseo de hacer música a través de ella o se afectare el valor de nuestro patrimonio que nos importe conservar. De lo anterior se deriva lo siguiente:

La lesión de un bien jurídico —necesaria e imprescindible para integrar la antijuridicidad— es inexistente y carece de sentido cuando la tutela que el ordenamiento positivo otorga al bien jurídico está en contra del interés que tenga su titular sobre un bien del que él pueda disponer libremente para que otro realice una ingerencia sobre el mismo y sin que ello se haga sólo para lesionar bienes de terceros.

Cuando el titular del bien puede disponer de él y con esa facultad otorga eficazmente su consentimiento para que se le dañe, podremos afirmar que existe el daño en un sentido "prejurídico". Pero de ningún modo se puede aseverar que tal daño exista en un sentido "jurídico". Porque sería imposible que de ese daño se derivara "lesión", precisamente porque en el titular del bien no solo falta el interés para preservarlo del daño que se le ocasiona o del peligro al que se le expone y sin que ello se haga sólo para afectar a terceros, sino que existe el atractivo contrario de que se disponga de aquél para su afectación material en virtud de un ejercicio responsable de la libertad del titular. De esa manera, en los casos de bienes jurídicos «disponibles»,

el daño "prejurídico" a éstos es quizá un presupuesto necesario de la "lesión jurídica" en muchos casos, pero por sí mismo no la agota. Y por ello, cuando el titular del bien disponible consienta en que se le dañe o ponga en peligro a su bien sin afectar a terceros, la conducta que cause esa clase de daño no es lesiva ni puede, por tanto, ser típica ni antijurídica.

La lesión jurídica no es pues simple daño o peligro a un bien. La lesión jurídica es el daño o peligro a un bien jurídico disponible sin consentimiento del titular, ni sólo para lesionar a terceros. O el daño o peligro a un bien jurídico indisponible por otros aún con el consentimiento de su titular. O dicho de otro modo, la lesión jurídica como elemento de todo tipo penal se configura también como el primer componente de la conducta antijurídica sólo cuando se daña o pone en peligro —en un sentido "lesivo"— a un bien jurídico indisponible por otro. O cuando se daña o pone en peligro —en el mismo sentido "lesivo"— a un bien jurídico disponible sin el consentimiento eficaz o en contra del interés de su titular; o contando con éste, pero con el sólo propósito de perjudicar a terceros.

En tal orden de ideas, el consentimiento del titular del bien se prevé como excluyente de delito en los artículos 15-III del CPF y 29-III del nuevo CPDF, cuando:

"Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: a) Que el bien jurídico sea disponible. b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo. (El nuevo CPDF alude, asimismo, a quien esté legitimado para consentir.) Y c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio". O bien, según el CPF: "que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo". El nuevo CPDF establece que: "Se presume que hay consentimiento cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente suponer que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo".

En su turno, tal consentimiento para disponer de un bien posible de disponer se prevé en el artículo 44-I del CPC como causa que impide la lesión jurídica:

"Cuando el hecho se comete con el consentimiento eficaz, expreso o tácito, del titular de un bien jurídico disponible; siempre y cuando el consentimiento sea anterior o coincidente a la conducta del agente."

Ahora bien, pudiere argüirse que dichas causales excluyen la antijuridicidad, pero no la tipicidad, habida cuenta que se prevén aparte de las causas de exclusión del delito por faltar algún elemento del tipo penal. En tanto ésta causal se contiene en los citados artículos 15-II del CPF y 29-II del CPDF. Como igual acontece en el CPC, el que regula las causas de atipicidad en el artículo 42. Sin embargo, ello no deja de ser un mero argumento formal sin fundamento material razonable, más aún, cuando ninguno de los códigos en comento alude a la consecuencia específica de que el consentimiento sólo pueda operar como causa excluyente de antijuridicidad y, por el contrario, sí existen argumentos sistemáticos de fondo —como los ya aludidos en parte— que conducen a una solución distinta.

D. La falta de lesión jurídica por consentimiento válido como causa de atipicidad. En efecto, el consentimiento válido del titular de un bien jurídico disponible si bien impide la antijuridicidad de la conducta, antes que ello y en prelación lógica, se constituye en causa de atipicidad del hecho por faltar un daño o peligro que sean lesivos como elementos esenciales a todo tipo penal. Y esto último es como se indica porque, como ya se vio, la protección contra la lesión de bienes jurídicos es una razón esencial para crear los tipos penales, en los que no se describen meros sucesos naturalísticos ni la realización de conductas en ámbitos avalorados, sino por el contrario, se contemplan sucesos henchidos de desvalor y socialmente inadecuados que provienen del actuar humano, en tanto que, precisamente, lesionan los bienes jurídicos que en ellos se protegen.

Es incorrecto, pues, estimar —como lo hace la tesis dualista— que tal causa de insubsunción típica solo se da en aquellos tipos penales de los que en su texto se exige o se deriva la falta del consentimiento del titular del bien jurídico o que la conducta se realice contra su voluntad. (Violación, robo, uso temporal de cosa ajena, allanamiento de morada, etc.) Porque la exclusión del tipo también es posible en aquellos otros delitos en los que sólo se hace alusión a la consecuencia física de daño o perturbación al bien. (Daño en propiedad ajena y lesiones, entre otros). E incluso cuando esa consecuencia material o externa no se contenga o implique en el tipo por ser de simple conducta, siempre y cuando aquel tutele un bien del cual pueda disponer su titular sin que dañe a tercero. Y es que por una parte ello depende de las bases jurídicas constitucionales de la libertad general de acción para la disponibilidad y el disfrute de nuestros derechos. (Artículos 2°, 4°, 5°, 7°, 8°, 9°, 10 y 27 C., entre otros.) Y por la otra, se debe a la naturaleza misma de los tipos penales que no describen simples sucesos avalorados, sino que refieren hechos en los que el motivo esencial para su creación legislativa es la grave lesión que ellos implican al bien jurídico como objeto de valor social. Es insatisfactoria entonces la tesis dualista que sostiene —de acuerdo con aquella distinción— que nada más en el primer grupo de delitos opera el consentimiento como causa excluyente del tipo, mientras que en el segundo grupo tal consentimiento del titular del bien jurídico deja intocada la tipicidad y lo que se excluye es la antijuridicidad. Porque ella pasa por alto que todo tipo penal encierra como elemento esencial del mismo a la lesividad al bien jurídico protegido, y que cuando el tipo penal alude a una consecuencia física o material que se da en el objeto, ésta carece de sentido si acaso no se vincula el ataque con la lesión a la libre disponibilidad del bien por su titular, cuando sea un bien de esta naturaleza. Pero también carece de sentido en muchos casos el objeto de valor que se llega a identificar como bien jurídico —integridad corporal o salud personal, honor, patrimonio, intimidad, libertad en los diversos ámbitos donde ella se manifiesta, etc. — sin la referencia a la relación de disponibilidad del portador del objeto de valor sobre el objeto mismo.

— Bien señala Roxin que (...) la propiedad no es precisamente una figura cuasitangible, cuya lesión podría ser justificada mediante consentimiento. Es más bien, en el caso de propiedad de cosas, únicamente una designación colectiva para la facultad del portador del bien jurídico de aprovechar la cosa que le pertenece del modo que sirva al desarrollo de su personalidad... (...) Si el propietario en virtud de una decisión libre consiente en el menoscabo o en la destrucción de su cosa, o incluso lo solicita, no existe en ello ninguna lesión a la posición de propietario, sino una cooperación en su ejercicio libremente tolerado. La opinión contraria confunde objeto del hecho con bien jurídico, en efecto, se produce un deterioro de la cosa concreta (del objeto del hecho), pero eso —en aquellas condiciones— no es un ataque a la propiedad, sino un apoyo a su ejercicio.⁶⁷¹

Quienes sostienen que el consentimiento válido es causa de justificación pero no excluyente de tipo, salvo cuando el mismo tipo penal aluda o implique la ausencia de consentimiento, objetan a la tesis unificadora que de acuerdo con la concepción que aquí se mantiene los bienes jurídicos serían ya no el cuerpo, la libertad de movimientos, etc., sino la voluntad de salvaguarda de estos valores. Y que en realidad son el cuerpo, la libertad de movimientos, el honor, la propiedad y otros bienes jurídicos del individuo, ya "por sí mismos", los que habrían de gozar de la protección del ordenamiento jurídico. Empero, esto último es correcto pero incompleto, porque no se puede separar lo inseparable. Así, la propiedad de una cosa sólo puede ser ejercida con la voluntad de su propietario y sin ésta referencia aquella carece de sentido. Lo mismo sucede con la libertad de amar, como igual acontece con algunos aspectos de nuestra salud personal, etc. Y es que la lesión al bien jurídico protegido en el tipo en muchos casos no sólo incide en los objetos de disposición, sino en éstos

⁶⁷¹ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...* op. cit., p. 518.

contra el poder o la facultad de disposición que su titular tiene sobre ellos. Bien dice Roxin: "Quien por encargo del propietario tala un árbol o echa la leña al fuego, quien pone una inyección al paciente para prevenir infecciones... no realizan un desvalor del resultado típico justificado por el consentimiento, sino que ya de antemano falta cualquier desvalor del resultado". Y más adelante añade: "Está claro que un comportamiento tan totalmente neutro jurídicamente y socialmente adecuado no realiza el tipo delictivo y por lo tanto no puede ser típico".⁶⁷²

Pero ello es válido por igual cuando se da una ingerencia corporal o un daño aparentemente contrarios al bienestar del titular del bien pero con la libre voluntad del mismo y sin que ello afecte los derechos de otros: Dejarse tatuar por ejemplo. Sin que sea óbice una supuesta contrariedad al bienestar del portador del bien, porque tal bienestar no es propiamente el bien jurídico que tutela el tipo penal de lesiones, a menos que se quiera dotar al ordenamiento jurídico de una exaltación de la satisfacción del individuo más allá de la que él decida con su libre y eficaz voluntad para su propia autorrealización. Ello es incluso permitido cuando la disposición corporal sea en beneficio terapéutico de otros (artículos 320, 322 y 330 de la Ley General de Salud), a menos que la misma afecte la misión social de la persona disponente o ponga en peligro su vida, según lo prevé el artículo 98 del Código Civil de Coahuila, por ejemplo. Y lo mismo es válido por igual en la esterilización voluntaria (artículo 67 de la Ley General de Salud) y aunque el precitado artículo 98 del CCC prevé la disponibilidad orgánica o de tejidos en beneficio terapéutico de "otros" sólo cuando ella no ocasione una pérdida de las funciones de órganos o facultades del disponente, a su vez condiciona lo anterior a que con tal pérdida no se afecte su misión social. Por lo tanto, a mayoría de razón, si es el mismo individuo quien libre, informada y válidamente procura su esterilización respecto de la cual él estima de su beneficio, ésta debe verse como consecuencia del ejercicio de su libertad para el desarrollo de su personalidad. Ni que decir entonces de aquellas otras ingerencias corporales que consistan en trasplantes o implantes regulados por la propia ley y que se ajusten a los límites antes dichos, como también los cambios de sexo si dados los exámenes psicológicos, los mismos no resultan desaconsejables o incluso son recomendables para el desarrollo de la personalidad de cada disponente bien informado. Sin que a tal efecto empecen consideraciones morales, religiosas o sociales de otra índole, como en el caso de la donación de órganos si es que ello no veda la misión social de la persona ni le pone en peligro su vida y aquella está dirigida, además, a procurar la salud del receptor. De aquí que sea inconstitucional la limitación que impone la fracción VI del artículo 333 de la Ley General de Salud que condiciona al donador de un órgano a que tenga parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil o sea cónyuge, concubina o concubinario del receptor, porque la validez de la donación como causa que impide la lesión jurídica no depende de esas relaciones familiares, sino del consentimiento eficaz del donador como ejercicio válido de su libertad de autodeterminación y del diverso bien jurídico que está en juego en la donación de órganos, cual es la salud, tan la del donante como la del receptor, mismos que surgen de los derechos individuales de libertad y de salud que se protegen por los artículos 1° y 4°-párrafo-tercero de la C. Por lo que con independencia de que la fracción VI del artículo 333 de la Ley General de Salud restringe la donación de órganos a los familiares antes dichos y, con ello, limita el acceso a

⁶⁷² Idem., op. cit., p. 519.

los servicios de salud pública, de todos modos el consentimiento informado del donante para que se le realice la operación conducente impedirá que pueda hablarse de lesión jurídica en perjuicio de la salud de él, si es que su disposición recae en órganos no expresamente prohibidos por dicha ley ni cuya pérdida apareje vedarle su misión social como persona o no le ponga en peligro su vida.

Pero ¿qué decir cuando el órgano se da a cambio de dinero? El artículo 327 de la Ley General de Salud y el artículo 89 del Código Civil de Coahuila disponen que será ilícito el acto o hecho que afecte la integridad física de la persona, pero la salvedad a ello es que se dé cualquiera de los supuestos del artículo 98 del mismo código, en cuanto prevé que toda persona capaz tiene derecho a disponer parcialmente de su cuerpo en beneficio terapéutico de otra, siempre que tal disposición no ocasione una pérdida o disminución grave y permanente de las funciones de sus órganos o facultades, o de la integridad corporal del disponente, que le afecte su misión social como persona, ni ponga en peligro su vida. En su turno, la Ley General de Salud prevé y regula los trasplantes de órganos y tejidos, cuyos límites son los fines terapéuticos en favor de otro y que la disposición no motive en el disponente las consecuencias antes dichas que den lugar a afectar su misión social o pongan en peligro su vida. Pero, asimismo, el artículo 327 de la Ley General de Salud dispone que: *“Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células”*. Y que: *“La donación de estos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito”*. Lo cual a su vez se relaciona con el artículo 749 del CCF que estima ilícito el comercio de órganos y tejidos. Al igual que con el artículo 89 del citado Código Civil de Coahuila al disponer que *“el cuerpo humano, sus elementos y sus productos, están fuera del comercio y no pueden ser objeto de ningún derecho patrimonial”*. Y de todo ello puede sostenerse la ilegalidad de la operación a cambio de dinero. Sin embargo, lo que aquí se discute es el daño a la salud del disponente informado como titular del bien jurídico protegido en el delito de lesiones. Y en tal tipo penal (lesiones) la ley no tutela —ni tipifica penalmente— contra la compraventa ilícita de partes disponibles del cuerpo. Sino que la protección penal es contra el daño a la salud y el cual sólo opera cuando el mismo se realice sin consentimiento del titular o cuando habiéndolo, el mismo sea ineficaz, como sería, entre otras causas, por incidir en algunos de los supuestos del artículo 98 del precitado código civil de Coahuila en los que se imposibilite la misión social de la persona o se le coloque en peligro su vida. Pensar de otra forma sería disminuir la garantía constitucional del ejercicio libre y auto responsable de nuestra libertad en el disfrute de nuestros derechos, sin que la misma ley establezca las limitaciones que se puedan derivar del hecho de vivir en sociedad. Tampoco se opone a ello el axioma de la unidad de la antijuridicidad. Porque podrá ser incuestionable la ilicitud de la venta de órganos, pero hay que insistir por igual que aquella no es el bien penalmente tutelado en el tipo de lesiones, sino que lo es la salud. Sin que se deba olvidar el carácter subsidiario y de última ratio del Derecho Penal, por el que, precisamente, no todo hecho ilícito tiene que ser, por ese solo motivo, un hecho penalmente tipificado. Y por supuesto, sin excluir que esté tipificada penalmente la venta de órganos (artículo 462-II de la Ley General de Salud), en cuyo caso tal tipo penal es el que entra en juego pero no el tipo penal de lesiones. Consideraciones análogas cabe hacer en el caso de que algún servidor público del sector salud procediere a realizar el trasplante contra la previsión de la fracción VI del artículo 333 de la Ley General de Salud que limita la donación de órganos a los familiares, pues aquél podrá incurrir el

alguna responsabilidad administrativa pero de todos modos, si hay consentimiento válido del donante, la conducta del servidor público será atípica del delito de lesiones; como en atención a dicho consentimiento valido por igual lo son las relaciones sdomasquistas en privado y entre personas adultas, libres e informadas, más aún, porque la propia ley penal protege la autodeterminación o la libertad en materia sexual y respecto a lesiones levisimas consentidas en ese contexto dificilmente puede hablarse de que afecten la misión social de la persona.

Tampoco son convincentes argumentos como el de Cerezo, quien al oponerse a la tesis unificadora aduce que no considera concluyente la falta de interés como fundamento de la atipicidad porque "...se puede otorgar el consentimiento en contra del propio interés o el sujeto pasivo puede equivocarse acerca de cuál sea su interés, e incluso el que consiente puede hacerlo, asimismo, sacrificando concientemente un interés propio en aras del que considera superior".⁹⁷³ Sin embargo, está en la naturaleza de las cosas que cuando el portador del bien decide en función de un interés superior, tal motivo en nada quita que sea él y conforme a su preferencia quien opta por la disponibilidad de su bien en función de sus propias motivaciones e intereses y en ejercicio de su libertad; consentimiento que, por lo demás, los mismos partidarios de la tesis unificadora coinciden en que no debe estar sujeto a error, porque en tales casos la disposición del bien adolece del vicio de la voluntad del portador. Si el disponente consiente en que se grabe su conversación en una comunicación privada después de que se le dice o se le da a entender claramente que la misma puede ser dada a conocer a otros, ya no puede hablarse de una lesión al bien de la privacidad o intimidad personal ni, por ende, de que se tipifica el delito de revelación de de comunicaciones privadas si la grabación se publica. (Artículos 211 Bis del CPF, 212-II del CPDF y 382-III del CPC.) Pero si el disponente consiente en que se destruya su árbol porque se le engaña haciéndole creer que tiene una plaga perniciosa que fácilmente se puede extender, es claro que el consentimiento es ineficaz y que habrá la lesión jurídica que se ajusta al tipo penal de daños.

En igual orden de ideas algunos tipos penales por su propio contenido impiden que se excluya la tipicidad por el consentimiento del titular del bien. Esto sucede en los tipos que suponen una cooperación de la víctima y que tutelan su seguridad más que su libertad cuando no esté en condiciones de ejercerla libre, responsable e informadamente, como también cuando el mismo consentimiento pueda ser objeto de demérito por engaño o debido a la situación de especial vulnerabilidad de la víctima. El estupro, ciertas clases de atentados al pudor, el fraude, la usura, etc., son ejemplos de ello. Por otra parte se afirma que tampoco se excluye el tipo cuando el consentimiento esconda la comisión de otro delito o se lesione a otros en el disfrute de sus derechos. Un ejemplo del primer supuesto es la cirugía facial consentida para facilitar el ocultamiento del delincuente en el encubrimiento y en cuyo caso se afectan intereses públicos; sin embargo, en ese caso es cierto que el consentimiento es irrelevante para impedir la tipificación del encubrimiento, pero también es verdad que ese consentimiento sí es trascendente para excluir el tipo de lesiones. Y un ejemplo del último supuesto sería la destrucción consentida unilateralmente de bienes que pertenecen al patrimonio familiar. Lo cual sería correcto, pero ello se debe principalmente a la unilateralidad del consentimiento y no al consentimiento en sí, el cual

⁹⁷³ Cerezo, citado por el Dr. Javier De Vicente Remesal en "Consentimiento y Acuerdo. ¿causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuricidad?", en *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, de varios autores; además de De Vicente Remesal, Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig, edit. por McGraw Hill, Madrid España, 1999, pp. 135 y 136.

corresponde darlo a todos los titulares del patrimonio familiar, además del cumplimiento de otras condiciones que impone la ley civil para la disponibilidad del patrimonio de familia. Pero vayamos a otro ejemplo: El propietario da su consentimiento para que otro destruya el vehículo asegurado de aquél, acordando entre ellos repartirse el importe del seguro que la compañía aseguradora pagará al dueño. Y en tal caso sería ineficaz el consentimiento, porque la disponibilidad de los bienes jurídicos por su titular en realidad aparece el ejercicio de un derecho respecto del cual la ley veda su ejercicio cuando la disposición del bien conlleve el sólo propósito de dañar a terceros. Por lo menos eso es así de acuerdo con los artículos 15-VI del CPF y 44-IV del CPC que regulan el ejercicio de un derecho como excluyente de delito. Y aunque el artículo 29-II del CPDF no establece aquella condición ni respecto al consentimiento ni con relación al ejercicio de un derecho como excluyentes de delito, el hecho es que el artículo 1912 del CCDF sí contempla tal condición. Sin embargo, el caso es dudoso, pues por un lado ninguno de los códigos vincula a tal condición la excluyente por consentimiento (artículos 15-II del CPF, 29-II del CPDF y 44-I del CPC). Y por el otro, el hecho mismo de que el propietario consienta la destrucción de su coche en aquellas condiciones no excluye para él ni para el autor del daño que se les impute el delito de fraude o estafa —o su tentativa— en perjuicio de la aseguradora, pero no se ve razón suficiente para que el mismo consentimiento no impida la tipicidad del daño en propiedad ajena. Así pues cualquier otro caso de supuesto ejercicio de un derecho cuyo único motivo sea perjudicar a otro sí será claro que ya no se está ante el ejercicio del derecho sino de su abuso.

Por otra parte, como ya se dijo, hay tipos penales que no admiten el consentimiento para la disponibilidad del bien en ningún caso, aunque en ocasiones, aquél puede influir para la subsunción del hecho en un tipo diverso o atenuado. El consentimiento es inadmisibles como excluyente del tipo penal de homicidio, pero puede ser indicador de un auxilio al suicidio o bien configurar el tipo penal atenuado de eutanasia si, además, se reúnen las restantes condiciones para ello (artículos 127 del CPDF y 354 del CPC). Cuando el titular del bien sea directamente la comunidad también está excluido el consentimiento como excluyente del tipo. El falso testimonio por ejemplo, habida cuenta que el bien protegido es la seguridad en la administración de justicia. Como igual sucede con la bigamia o la usurpación del estado civil, en cuanto protegen la situación del estado familiar o civil en el ámbito público. Lo mismo cabe decir de las exhibiciones obscenas en público, salvo que se realicen en sitios de acceso controlado donde previamente se avise de aquellas exhibiciones a quienes siendo adultos ingresen al lugar. Inscribiéndose en igual tenor la distribución, renta o exhibición por cualquier medio de imágenes, cintas o videos pornográficos en la medida que estos hayan sido solicitados o consentidos por personas capaces. Por último, ya antes se vio que en ocasiones algunos tipos penales protegen a varios bienes jurídicos en forma alterna o simultánea. En esta última hipótesis es la lesión de varios bienes jurídicos la que entra en consideración para configurar la tipicidad del hecho. Por ejemplo, en el delito de simulación en actos jurídicos o procesales que prevé el artículo 235 del CPC se lesiona la "administración de justicia" como bien jurídico genéricamente tutelado, pero, además, debe orientarse a un daño o ventaja indebida para la contraparte o un tercero a los que les perjudique la resolución judicial que se dicte con base en la simulación, bienes jurídicos difusos cuya concreción dependerá de cada caso en particular, pero que también se

configuran como bienes específicamente tutelados en el tipo.⁶⁷⁴ De aquí que si el tipo penal protege a varios bienes jurídicos a la vez, de los cuales uno sea disponible y en virtud del consentimiento falta la lesión jurídica *de ese bien*, no se integrará el injusto típico de ese delito en particular aunque se dé la lesión del diverso bien jurídico indisponible, por requerir el tipo de la lesión a todos los bienes en él protegidos.

E. Las condiciones para que el consentimiento sea eficaz y opere como causa de atipicidad. De acuerdo con los artículos 15-III del CPF y 29-III del CPDF, el consentimiento del titular del bien jurídico afectado excluye al delito siempre que el bien jurídico sea disponible y, además, se den los requisitos siguientes: **1)** Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo. Y **2)** Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio. En su turno, tal consentimiento para disponer de un bien posible de disponer se prevé en el artículo 44-I del CPC como causa que impide la lesión jurídica si se dan los requisitos siguientes: **1)** Que sea eficaz el consentimiento, expreso o tácito, del titular del bien jurídico. Y **2)** Que el consentimiento sea anterior o coincidente a la conducta del agente.

Del contraste de dichas regulaciones saltan a la vista tres diferencias, dos de ellas esenciales. En los supuestos legales del CPF y el CPDF hay una primera diferencia (no esencial) respecto al CPC en cuanto que, a diferencia de éste, en aquellos no se alude a que el consentimiento deba ser anterior o simultáneo a la afectación, requisito que sin embargo debe estimarse implícito en las excluyentes de aquellos códigos y sobrado en el CPC, toda vez que un consentimiento a posteriori es obvio que carece de eficacia para impedir la lesión y a lo sumo podría traducirse en un perdón con sus eventuales consecuencias procesales de extinción de la acción en delitos perseguibles por querrela —o para ciertos delitos no graves perseguibles de oficio en Coahuila (artículo 155 del CPC)— o de atenuación punible, pero sin que aquél pueda ya excluir la tipicidad del hecho. Por lo demás, es difícil concebir la simultaneidad a que alude el artículo 44-I del nuevo CPC entre afectación y consentimiento que puedan ser compatibles. Cabría imaginar la hipótesis de quien ejerce violencia sobre el pasivo con el fin de yacer con él sin su consentimiento y antes de iniciar la cópula el pasivo la admita sin que ello signifique un mero sometimiento a las vías de hecho del agresor. Empero, en tal caso, se impide la lesión respecto a la violación consumada pero queda intacto el delito en grado de tentativa donde ya antes se puso en peligro material la libre autodeterminación sexual.

La segunda diferencia (esencial) radica en que el CPF y el CPDF exigen que el titular del bien tenga la “capacidad jurídica” para disponer libremente del mismo, mientras que el CPC solo exige que el consentimiento sea “eficaz”, eficacia que no necesariamente ha de identificarse con la capacidad “jurídica” del titular para disponer del bien. Aunque en tal validez del consentimiento si debe implicarse, entre otros aspectos, que el mismo esté libre de vicios de la voluntad tal como lo exigen el CPF y el CPDF. El primer aspecto —capacidad jurídica— de acuerdo con el CPF y el CPDF, apareja que será ineficaz como excluyente de atipicidad para que otro destruya un bien de su propiedad o le practique un tatuaje o le afecte otro bien— el consentimiento de un

⁶⁷⁴ No deja de ser importante evitar la frecuente confusión entre “sujeto pasivo”, “ofendido” y “titular del bien jurídico”. En la mayoría de los casos estas cualidades pueden coincidir en un mismo sujeto, pero no en todas. Así, en el ejemplo del delito de simulación de actos procesales: el “sujeto pasivo” —como persona sobre quien recae o hacia la cual se dirige la acción típica— es el juez, quien con base en el acto simulado dicta la resolución; el “ofendido” —como quien debe resentir un daño en su interés jurídico— es la parte o el tercero a los que les perjudique realmente la resolución judicial. Pero, además, sin ser “ofendido” el Estado también resulta ser “titular” de la “administración de justicia” como bien jurídico genéricamente tutelado.

menor de 18 años de edad —debido a que la capacidad de ejercicio civil se fija por regla general a partir de los 18 años de edad—. Sin que para ello importe si se trata de un menor que por su edad ya esté en posibilidad de comprender la naturaleza de su consentimiento y sus consecuencias con relación al hecho, criterio éste último al que parece dirigirse el CPC al no condicionar la validez del consentimiento en todos los casos a criterios de capacidad "jurídica", que vincula ésta a la materia del Derecho que pueda regir el hecho de que se trate. Claro que bien puede aducirse que el criterio de "capacidad jurídica" en el sentido del CPF y el CPDF proporciona mayor seguridad jurídica que el que brinda el referente a la real capacidad de comprensión del hecho. Y eso quizá sea cierto, pero lo que no resulta tan evidente es ¿cómo queda entonces el espectro constitucional de nuestras libertades? Cuando de lo que se trata es ser congruentes con el ejercicio constitucional de la libertad de acción respecto de nuestros bienes, en vez de atender a una penalización que puede conllevar a la vez la afectación de varias libertades, tan la del titular del bien como la de quien realiza la ingerencia. Hay que insistir pues, que el hecho de que la disponibilidad de un bien jurídico pudiese estar sujeta a ciertas calidades formales del disponente en una ley diversa a la penal, su inobservancia no debiese ser por sí misma razón suficiente para estimar la relevancia penal del mismo hecho, debido a los principios de realidades ontológicas y de intervención mínima que deben animar al Derecho Penal.

Pero esto también implica que no siempre puede tratarse al consentimiento como un hecho negocial privado que se rige por las reglas de las obligaciones civiles, aunque el mismo negocio jurídico pueda ser revocable y más todavía, cuando se trata más bien del ejercicio de la libertad general de acción en un sentido constitucional. Además, como lo apunta Roxin: "... los bienes jurídicos más altamente personales muchas veces no pueden ser objeto de negocios jurídicos"⁷⁷⁵; como ya se vio, por ejemplo, en los supuestos de los artículos 327 de la Ley General de Salud, 749 del CCF., 89 y 98 del Código Civil de Coahuila de compraventa de órganos y tejidos. Piénsese también en la revocación del consentimiento para continuar o admitir una cópula que apenas se inicia o está por iniciarse donde el bien en cuestión es la libertad de autodeterminación sexual. Sin embargo, ello tampoco debe llevar a la conclusión de que el consentimiento puede revocarse en cualquier evento, porque si en el caso concreto la ingerencia deriva de un hecho negocial contractual ya existente, la revocación unilateral será insuficiente para impedir la excluyente.

En otro orden de ideas, cabe señalar que el consentimiento puede ser expreso o tácito, por lo que no necesita ser declarado frente a quien actúa, basta con que se evidencie a través de acciones de su titular que permitan concluir que la anuencia existe al momento de la acción que sería lesiva de faltar aquélla. Asimismo, el consentimiento debe abarcar al hecho en su totalidad, por lo que tratándose de delitos de resultado, aquél debe comprender a éste. Y ello es obvio en los delitos dolosos. Pero no sucede lo mismo en los culposos. Sin embargo, dado que se admite el consentimiento tácito, puede pensarse que si el resultado le fue claramente previsible al eventual disponente, al conocer las condiciones en que actuaba el agente y no obstante asumió el riesgo, debe estimarse otorgado tácitamente el consentimiento de ese riesgo —en la medida de los bienes disponibles que se involucren en el riesgo tácitamente consentido—. Como quien se decide acompañar en un

⁷⁷⁵ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...* op. cit., p. 533.

vehículo al conductor ebrio, sabiendo perfectamente el estado de éste, por las lesiones leves que aquél sufra debido al daño culposo a otro coche motivado por la ebriedad del conductor.

Por otra parte, ¿es o no es válido el consentimiento por representación? El texto de las excluyentes del CPF y el CPC se refiere únicamente al consentimiento de los "titulares" del bien, en tanto que el artículo 29-III del CPDF, además de los titulares del bien, si prevé aquella posibilidad a través de la expresión "...o legitimado legalmente para otorgarlo..." que contiene el inciso b) y el último párrafo de esa fracción y artículo. Sin embargo, respecto a los CPF y CPC cabe pensar que la representación legal la prevé la ley a través de quienes ejerzan la patria potestad o sean tutores o curadores de un menor o incapaz o por poder otorgado por persona capaz. Por ende, aquella ha de ser admisible cuando el titular del bien jurídico tiene la imposibilidad de comprender la naturaleza de su consentimiento y sus consecuencias (en el CPC), o bien cuando el titular carece de la capacidad jurídica (en el CPF y el CPDF) y sea la misma ley la que les asigne a otras personas la representación legal, como sucede con los que ejercen la patria potestad y los que fungen como tutores o curadores. Respecto de los que es posible que incluso otorguen su consentimiento no solo para cuestiones de índole patrimonial, sino para otras ingerencias de carácter más personal del incapaz, como sería el consentimiento para una intervención quirúrgica que sin ser urgente resulte médicamente aconsejable para la salud del menor o incapaz. El consentimiento de los representantes legales se regula incluso para los casos de trasplante de la médula ósea de los menores en el artículo 332 de la Ley General de Salud. Cosa distinta sería que no obstante ser urgente la intervención médica, los representantes legales no otorgasen su consentimiento o que, por ejemplo, un menor de 17 años de edad se opusiese al consentimiento de sus representantes legales (respecto al CPF y el CPDF), porque en tal evento opera la diversa excluyente de estado de necesidad justificante para actuar aún contra la voluntad expresa de aquellos e incluso de la del incapaz. Más si la ingerencia médica no es indispensable, difícilmente se halla alguna razón por la cual sería válido en el CPF y el CPDF para que el consentimiento de los representantes legales sustituyese la libertad de decisión del menor si este se opone. Pero también es posible el consentimiento de personas capaces, titulares de un bien, a través de la autorización a otro para que en representación de aquellos consienta en la intromisión de algunos de sus bienes, como cuando se autoriza al vigilante que permita el acceso a la morada a ciertas personas (artículos 285 del CPF, 210 del CPDF y 337 del CPC), o permita a otros llevarse los frutos de la huerta (artículos 367 del CPF, 220 del CPDF y 410 del CPC), o a un supervisor para que decida si el empleado abre comunicaciones reservadas al titular (artículos 180 del CPF, 213 del CPDF y 289-I del CPC), etc. Empero, difícilmente puede admitirse una representación que consienta en la ingerencia sobre bienes que sean personalísimos y que conlleven decisiones de tipo existencial que sólo incumben al titular originario del bien sin que ella se prevea específicamente en la ley. La donación o trasplantes de órganos por ejemplo, donde sólo se autoriza ese consentimiento por representación para los casos de trasplante de médula ósea (artículo 332-párrafo segundo de la Ley General de Salud.) Además, puede decirse que la representación es inadmisibles —y difícilmente imaginable— cuando el consentimiento involucre una ingerencia en aspectos nucleares de los derechos de personalidad, como sería que el representante dé a un tercero la autorización para una calumnia o difamación contra el titular del bien.

El consentimiento debe estar libre de vicios de la voluntad. Por lo que cabe preguntar, ¿deben regirse tales vicios por las reglas jurídico-civiles? Estimo que no por regla general, dado que de acuerdo con las pautas civiles las manifestaciones que adolezcan de dichos vicios siguen siendo válidas y solo se pueden nulificar a posteriori a elección del interesado, mientras que tratándose del consentimiento, debe constar que éste es eficaz o ineficaz al momento del hecho para decidir si el mismo es típicamente relevante. Ahora bien, el error del disponente para que sea eficaz en impedir la excluyente ha de incidir precisamente en la naturaleza de la afectación al bien jurídico, sobre el bien jurídico mismo o en cualquier otra circunstancia que afecte directamente al titular la libertad de decidir informadamente la disponibilidad de su bien con base en aquellos parámetros. De esta manera, si a una persona se le hace creer que se le intervendrá quirúrgicamente para cierto fin cuando es para otro, o se simula ser médico para que el disponente permita tocamientos sexuales en su cuerpo, es obvio que el consentimiento es ineficaz. Pero el mismo no perderá su validez cuando el disponente yerre sobre una circunstancia accidental y no en el objeto del bien, ni en el sujeto determinante para su decisión sobre el bien de la libertad de amar o sobre la naturaleza de la ingerencia, como cuando a una persona se le engaña con que se le dará un pago a cambio de que done sangre, porque en tal evento, el error recae sobre la contraprestación pero no sobre los extremos antes dichos de la misma donación de sus órganos, sobre la cual el disponente guardó pleno conocimiento para tomar su decisión. Pero aún la misma confusión sobre los sujetos que realizan la ingerencia puede no ser determinante para conceder eficacia al error si acaso la naturaleza de la intromisión en el bien no involucra como motivo esencial la identidad o cierta calidad especial de quien realiza la ingerencia con independencia del titular del bien. Claro que el consentimiento será ineficaz si el pasivo consiente que lo opere un médico que le hace creer que es especialista en cierta clase de intervención que sí requiere de esa especialidad y sin que aquél la domine, pero el consentimiento no se invalida cuando el paciente cree que es un médico quien lo interviene en una operación mínima, superficial y muy simple, cuando en realidad se trata de un pasante de medicina perfectamente capacitado y autorizado para ese procedimiento. Ya que en éste último evento falta la referencia de un error directamente relacionado con el objeto del bien jurídico (disponibilidad sobre la salud personal), que de todas suertes no sufre ninguna merma ni coloca en riesgo al objeto del bien de manera distinta del que hubiere existido de operar realmente un médico.

La tercera diferencia (esencial) entre el CPF, el CPDF y el CPC, estriba en que los dos primeros códigos estiman en la misma excluyente de delito la diversa hipótesis de cuando falta el consentimiento del titular si es que el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo. Supuesto que también prevé el CPC, pero dentro de las causas de inculpabilidad al disponer que se excluirá aquella cuando se lesiona un bien jurídico disponible en circunstancias que permitan presumir que el titular daría su consentimiento. Ello plantea la duda de si tal excluyente por consentimiento presunto en el CPF y el CPDF puede ser de tipo, de antijuridicidad o de inculpabilidad y, en su caso, respecto al CPC, si es o no es correcto sistemáticamente hablando, que al consentimiento presunto se le conciba como causa de inculpabilidad. Ahora bien, en primer lugar hay que puntualizar que el consentimiento "presunto" es distinto al "tácito", en cuanto que en éste —a diferencia del presunto— sí hay manifestaciones del disponente o cierta conducta de él con relación al bien y a quien realiza

la ingerencia que permiten asumir el consentimiento de aquél en la disposición del bien; mientras que en el consentimiento presunto faltan dichas manifestaciones del titular y son las mismas condiciones que motivan la conducta de ingerencia sobre el bien jurídico que se afecta, las que autorizan justificarla en virtud de que aquellas permiten asumir que de haberse consultado al titular o a quien esté facultado para consentir, éstos hubieren otorgado su consentimiento. En el anterior orden de ideas, no cabe menos concluir que no se puede negar que hay lesión cuando se afecta el bien jurídico de otro que es disponible y falta el consentimiento expreso o tácito del titular o legitimado para dárselo; como por igual no se puede negar que la eximente de delito por consentimiento presunto —que no tácito— se erige no como causa de atipicidad sino como causa de justificación en tanto la conducta es conforme a la norma en virtud de esa causal de justificación que permite esa clase de ingerencia. Así pues, la naturaleza del consentimiento como eximente de delito es ubicua respecto a qué elemento del delito excluye. El consentimiento expreso y el tácito para que se afecte un bien disponible son causas de atipicidad por falta de lesión, mientras que el consentimiento presunto es causa de justificación por conformidad de la conducta con la norma. Su asiento en el CPC como causa de inculpabilidad es discutible, podrá operar como tal en ciertos casos con una interpretación adecuada, como cuando existe error en quien actúa respecto de las circunstancias que permitían asumir el consentimiento. Pero por otra parte sólo sería motivo de insubsunción típica cuando la ingerencia impida en lo absoluto la lesión o disminuya la entidad de la misma, como sucede cuando sin el consentimiento del titular se interviene para disminuir el riesgo —que no se contribuyó a generar— en contra de un bien jurídico de aquél y esto se logre aunque sea parcialmente. Cual sería el caso de que se operara a alguien inconsciente y de urgencia sin el instrumental adecuado y sin ajustarse a la *lex artis*, ya que es previsible la causación de lesiones en tales circunstancias del caso concreto. Empero, si bien se impide la configuración del tipo penal culposo de lesiones, ello se debe más a una falta de imputación objetiva de la lesión jurídica por disminución del riesgo (según se vio en el número VII-B-6-7 de este Capítulo.) Por lo demás, contra lo dicho sería una argumentación falsa aducir que la ley no distingue en realidad entre consentimiento presunto y tácito, porque precisamente la ley sí hace esa diferencia. Así, el artículo 15-III-c) del CPF habla primero del consentimiento expreso o tácito y sólo después, como un supuesto distinto regula el consentimiento presunto. Sin que contra ello valga sostener que como el artículo 15 del CPF incluye esas eximentes en la misma fracción, párrafo e inciso; por ello tuvieron que tratarse igual el consentimiento tácito y el presunto, bien sea como causas de atipicidad o bien como causas de justificación, porque es claro que esa postura se desentiende de la realidad diferente que se prevé en ambos supuestos, así como de la fundamentación de las consecuencias jurídicas distintas que aparejan una y otra postura dentro y fuera del ámbito penal. Por otra parte, el artículo 29-III-párrafo-último del CPDF prevé al consentimiento presunto en párrafo aparte del que regula al consentimiento expreso y al tácito; y respecto al artículo 51-III del CPC, es válida la aplicación analógica de la fracción III del artículo 51 del CPC a los casos en los que por virtud de ese consentimiento presunto se excluya la conducta como antinormativa. Y es que difícilmente se puede admitir una ausencia de lesión jurídica cuando se cause un daño a un bien sin consentimiento de su titular, aunque el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que de haberlo consultado hubiese estado conforme, por la simple razón de que en esos casos de consentimiento presunto no es el titular del bien quien ejerce su libertad para la disposición del bien; pero aunque haya lesión, ésta no

empece para que se justifique la conducta de ingerencia si ésta se ajusta a las condiciones antes dichas. En razón de lo expuesto, el lugar congruo para ocuparse del consentimiento presunto no es en las causas que excluyen al tipo —como sí sucede con el consentimiento expreso y tácito—, sino en las causas que justifican la conducta. (Ver el número XIII del Capítulo Décimo Quinto.)

F. La insignificancia de la lesión como causa de atipicidad. Zaffaroni señala que "...los casos de lesiones insignificantes de bienes jurídicos fueron revelados como atípicos por Welzel, conforme a su teoría de la adecuación social de la conducta. Posteriormente, el viejo principio *mínima non curat Praetor* sirvió de base para el enunciado moderno del llamado principio de *insignificancia* o de *bagatela*, según el cual las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva".⁶⁷⁶ Se lo ha criticado como un criterio que deriva de la vieja noción de antijuridicidad material. Crítica que es insuficiente dado que —como se verá en su oportunidad— la lesión jurídica a la cual precisamente antes se le llamaba antijuridicidad material sigue siendo esencial a los efectos de la tipicidad y del injusto en cuanto uno y otro son inconcebibles sin dicha lesión. De cualquier manera, aunque el principio de insignificancia pudiese ser discutible en cuanto a su aparente vaguedad se debe reconocer la necesidad de resolver ciertos casos en que —como dice Zaffaroni— (...) la afectación es mínima y el poder punitivo revelaría una irracionalidad tan manifiesta como indignante.⁶⁷⁷ Pues —siguiendo al autor argentino— en esos casos se trata simplemente de aplicar el principio de proporcionalidad que demanda de cierta congruencia entre la lesión al bien jurídico y la punición. Por ejemplo, repugna a la conciencia jurídica que ya deba estimarse como robo el apoderarse de un cerillo ajeno para encender el cigarrillo o que se sancione como robo de uso al alumno que en la clase de historia, para poder contestar la pregunta que le hace el maestro acerca de un problema que resuelve el libro de texto, se apodera momentáneamente del ajeno sin pedírselo al compañero que lo tiene sobre el banquillo de al lado. Como también sería excesivo suponer que ya hay privación ilegal de la libertad cuando el conductor de un autobús de ruta urbana lleva a un pasajero hasta la parada siguiente a cien metros de la anterior, etc.

Ciertamente, para establecer la atipicidad por insignificancia hay que atender a las pautas siguientes:

1) No admiten el principio de insignificancia los tipos cuya lesión a sus bienes jurídicos no sea graduable y por el contrario: En casi todos aquellos tipos cuyos bienes jurídicos admitan lesiones graduables es posible concebir actos que sean insignificantes. Lo mismo cabe decir de los tipos de peligro, por ser éste un concepto eminentemente graduable. Pero además de la objetiva y aparentemente impersonal insignificancia de la lesión jurídica en el caso concreto, también se han de tomar en cuenta dos factores más:

2) *El cómo esa clase de lesión puede ser significativa para su titular en el caso concreto.* Porque la lesión aunque escasa sigue siendo una lesión. Por lo que en tal sentido cuando la mínima lesión tiene importancia para el titular según su situación personal, aquella lesión seguirá siendo significativa. El mismo Zaffaroni precisa que (...) a efectos de no agudizar la victimización selectiva: *una lesión usualmente insignificante puede*

⁶⁷⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 471.

⁶⁷⁷ *Idem.*, op. cit., p. 471.

ser importante para el sujeto pasivo concreto cuando alguna circunstancia particular de éste o de su situación le haga cobrar significación para su existencia. Fuera de esos supuestos, la insignificancia debe sostenerse como causa de atipicidad en atención al principio de proporcionalidad.

3) El tercer factor a tomar en cuenta es la medida en que el bien fuese todavía disponible para su titular, de tal manera que realmente pueda hablarse de lesión a dicho bien en virtud de que aún cabía esperar una relación significativa de disponibilidad del sujeto con el mismo bien, esto es, del disfrute del objeto (bien jurídicamente protegido) por parte del sujeto. En efecto, varios casos de cursos causales hipotéticos que son considerados irrelevantes para excluir la imputación objetiva del resultado a la acción quedan dentro de esta categoría que da motivo a la atipicidad. Como ya se vio el bien jurídico no es sólo el objeto jurídico de protección sino, además, la relación de disponibilidad que tiene el sujeto con el objeto. No es tampoco el derecho sino la situación por la cual el sujeto disfruta de ese derecho. Pues bien, ésta relación de disponibilidad se vuelve insignificante cuando no restan posibilidades reales de disposición o disfrute, que es lo que sucede en los casos que ejemplifica Zaffaroni: “[con] la muerte de un animal que de inmediato sería sacrificado por la policía sanitaria; con el apoderamiento de objetos que segundos después serían destruidos por la autoridad; o con la detención de una persona instantes antes de que lo hiciese la misma policía”. El autor argentino añade: (...) Se trata de bienes de los que el sujeto ya no podría disponer, esto es, que estaban reducidos a restos de bienes jurídicos o habían perdido su carácter esencial: una efectiva relación de disponibilidad. Y más adelante añade: (...) Cuando se trata de hechos de la naturaleza, en general la situación no varía: los niños que destruyen el sembrado un momento antes de que lo haga el granizo, no están afectando la disponibilidad del sembrado por parte del propietario que, de cualquier manera, ya no podría haber dispuesto del mismo. No puede afirmarse lo mismo respecto de la vida humana, porque es el bien disponible por excelencia, respecto del cual hay disponibilidad hasta el último instante [sólo por parte de su titular].⁶⁷⁹

Resta ocuparnos ahora de un diverso límite al poder punitivo dentro del mismo tipo penal y que concierne al llamado tipo subjetivo: el dolo.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

⁶⁷⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 472.

CAPÍTULO UNDÉCIMO
LOS LÍMITES AL TIPO PENAL:
EL DOLO (TIPO PENAL SUBJETIVO) COMO ELEMENTO DEL TIPO PENAL

— I —

Bases jurídicas acerca del dolo, su evolución y sus implicaciones
en el Derecho Penal Mexicano

Los tipos penales sólo se pueden integrar si el agente actúa dolosa o culposamente. El artículo 24 del CPC dispone que: (...) *los tipos penales que contempla la ley son dolosos; salvo en los que ella expresamente admita también la culpa. Ello no será óbice para que con relación al tipo penal de cada delito deba existir el dolo en el caso concreto; o la culpa si la ley la admite para aquél.* Con ello se sientan las bases para considerar que por regla general el legislador al diseñar los tipos penales se refiere a una conducta que por su naturaleza es dolosa. Y que se podrá estimar que hay culpa sólo en los tipos penales que la ley la admita expresamente. El dolo y la culpa no se presumen, sino que deben existir y están sujetos a prueba, como luego se verá. La ley vincula al dolo con el tipo penal. En los anteriores extremos el artículo 25 del CPC conceptúa al dolo como: (...) *conocer y decidir realizar un hecho tal como se contempla en el tipo penal de un delito; con independencia de que el agente sepa de su existencia en la ley.* Y en su turno los sendos artículos 8° del CPF y 18-párrafo-primero del CPDF disponen que: (...) *las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.* Al igual que los artículos 9° del CPF y 18-párrafo-segundo del CPDF conceptúan a la conducta dolosa disponiendo, respectivamente, que: (...) *obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.* Y que: (...) *obra dolosamente el que, conociendo los elementos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.*

La voluntad como elemento del dolo se implica en la expresión “*decide*” que emplea el artículo 25 del CPC. Lo mismo que en los sendos artículos 9° del CPF y 18-párrafo-segundo del CPDF que aluden a “*quiere o acepta*”. Pues tanto el “*decidir*”, “*querer*” o “*aceptar*” suponen a esa voluntad en la que se engloba un fin. La que junto con el “*conocimiento*” se deben referir a la realización del hecho que enmarca el tipo penal con todos los elementos que lo integren según el delito de que se trate. Y no podría ser de otro modo, pues tanto el dolo como su contraparte que es el llamado error de tipo, se han de referir al hecho que atrapa el tipo, pero no al tipo mismo, el cual tiene vida en el mundo normativo y dado que casi nadie podría conocer todos los tipos penales de los delitos según se describen en la ley. De aquí que el conocimiento del hecho —tal como se contempla en el tipo penal de un delito— sea “*con independencia de que el agente sepa de su existencia en la ley*” —como lo señala el CPC—; o deba referirse al “*hecho típico*” —tal como lo puntualiza el CPDF—. Más ello tampoco apareja que al realizar el hecho la persona no deba captar el sentido de los elementos típicos normativos, ya que el dolo debe referirse a todos los elementos típicos del hecho con inclusión de los normativos. Se podría pensar que con relación al CPDF y el CPC es inexacto el último aserto —de que el conocimiento en el dolo abarca al hecho según «*todos*» los elementos del tipo penal—. En tanto que si se

atiende al contenido literal de los artículos 18-segundo-párrafo del CPDF y 25 del CPC éstos se refieren al dolo con relación al conocimiento del "... «hecho» típico de que se trate", o del "... «hecho» tal como se contempla en el tipo penal...".⁶⁷⁹ Por lo que cabría deducir entonces que es el «hecho» el que se debe abarcar por el dolo sin que éste incluya el conocimiento de los elementos "normativos" del tipo. Los cuales se refieren a la "valoración" de alguna(s) de las circunstancias fácticas, pero no al "hecho" mismo. Sin embargo, la impresión se diluye cuando el mismo artículo 18-párrafo-segundo del CPDF alude al "hecho «típico»" y no sólo al "hecho" y el artículo 25 del CPC no sólo se refiere al "hecho" sino a él "tal como se contempla en el tipo penal"; además, la sensación termina por desvanecerse cuando en el CPDF y el CPC se examina la contra parte del dolo que es el error de tipo. Y por el cual, precisamente falta el dolo. En tanto que el artículo 29-VIII-a) del CPDF dispone que se excluye el delito cuando la acción u omisión se realicen bajo un error invencible, respecto de: (...) alguno de los «elementos objetivos» que integran la descripción legal del delito de que se trate; mientras que el artículo 42-II del CPC prevé que la falsa «representación» proveniente de circunstancias objetivas que excluye al dolo puede incidir sobre «cualquier» elemento del tipo penal de un delito. De aquí que si el dolo se excluye cuando el error incide en alguno de los «elementos objetivos» que integran la descripción legal del delito o en «cualquier» elemento del tipo penal, por ende, el conocimiento como elemento del dolo deberá comprender también la representación de los elementos «normativos» del hecho —que son tan «objetivos» como los materiales o descriptivos— que contenga el tipo penal, sin que sea suficiente que tal conocimiento sólo incida en los elementos fácticos —materiales o descriptivos— que prevea o involucre el tipo. Tal y cómo se abundará más adelante. Todo lo anterior permite concluir que las posturas del CPF, el CPDF y el CPC ya se apartan sustancialmente del causalismo. Pues está claro que el CPF, el CPDF y el CPC pasaron de una conducta típica que era «ciega» y «artificial», a una «vidente» e incluso —como ya se perfiló y se corroborará enseguida— matizada por el conocimiento —en la esfera del profano— de los mencionados elementos normativos del tipo penal.

Al respecto, Moisés Moreno apunta: (...) para la determinación legal del dolo o de la culpa —como elementos del tipo penal— habrá que estar necesariamente a lo previsto por el artículo 9° del código penal, que es el que nos señala los datos constitutivos de los mismos.⁶⁸⁰ Y más adelante agrega: (...) El aspecto cognoscitivo —del dolo— debe referirse a todos los elementos del tipo penal; debiéndose entender que tales elementos que han de ser abarcados por el conocimiento son fundamentalmente los de carácter «objetivo».⁶⁸¹ Ahora bien, es obvio que los elementos materiales o descriptivos del tipo penal son elementos "objetivos", pero también lo es que tienen tal carácter los elementos «normativos», y ello implica a mi entender que el dolo abarca tan el conocimiento de las «circunstancias fácticas» que les dan origen, como la representación del sentido normativo del hecho en la esfera del profano. Por ende, el error sobre cualquiera de esos extremos motiva que se excluya el dolo y el carácter típico de la conducta. De esta manera cuando la falsa representación verse sobre algún elemento típico normativo de desvalor no cabe el error de prohibición —que dejaría intacto al dolo— sino el error de tipo. Ya sea que el error recayere en el daño o el peligro al bien jurídico tutelado; así como cuando

⁶⁷⁹ El corchete es mío.

⁶⁸⁰ Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal*, pp. 238 y 239.

⁶⁸¹ Idem.

incidiere en las circunstancias fácticas en las que descansa algún elemento normativo «específico» de desvalor. Por ejemplo: “ilegalmente”, “sin derecho”, etc. Pero, asimismo, no habrá dolo cuando haya error que consista en una falsa representación del agente respecto de un elemento típico de especial valoración jurídica o cultural que le impida a aquél captar en la esfera paralela del profano el significado del hecho que realiza, salvo cuando en el agente se dé el llamado error de subsunción como más adelante se verá. Todo ello se deriva en verdad del texto mismo de los artículos 9° del CPF con relación al 15-VIII de ese código, 18-párrafo-segundo del CPDF con relación al 29-VIII-a) de ese código y del 25 del CPC con relación al 42-II del mismo ordenamiento.

De lo cual se sigue que el dolo es la voluntad y el conocimiento de contenido típico. Y que no habrá dolo en la conducta cuando en ella falte voluntad o conocimiento de contenido típico.

Las definiciones legales del dolo no suponen que el sujeto conozca y sepa el texto gramatical de los tipos penales. Lo cual es casi imposible. Incluso para el jurista. Tampoco implican que aquél sepa si es punible el hecho que realiza. Pues la conciencia de la ilicitud penal pertenece a un elemento distinto del delito, cual es la culpabilidad. E incluso es innecesario que el sujeto capte la ilicitud de su conducta si es que ese elemento no se consigna de manera expresa en el tipo penal. Pero lo que los conceptos sí exigen es que el sujeto activo obre con plena conciencia de los hechos y las circunstancias fácticas —con inclusión de aquellas que den motivo a los elementos normativos— del tipo penal del delito de que se trate, así como de la significación social de lo que hace en el sentido que involucren los elementos normativos del tipo. Esto es, con comprensión de las circunstancias fácticas y de su sentido de valoración en la esfera del profano, que en un momento dado resultan relevantes para integrar el tipo penal de un delito en particular. De esa manera, cuando el sujeto mata debe decidir y saber que mata. Cuando roba, debe decidir y saber que se apropia de cosa ajena y sin derecho..., etc.

Ahora bien, la corriente doctrinal del “finalismo” proclamó con bastante sensatez lógica y ontológica —de contenido humanista en el ámbito jurídico penal— que el elemento subjetivo del delito —cual es el dolo— es propio del tipo penal (y que, por ende, el juicio de tipicidad debe también atender a aquél elemento subjetivo.) Y, por lo tanto, que tal elemento subjetivo es ajeno a la culpabilidad.⁶⁸² Pues mientras la culpabilidad se integra con la valoración de la “posibilidad de conciencia de la ilicitud” del hecho y la “exigibilidad” de otra conducta. El dolo —denominado también «tipo penal subjetivo»— se ubica en el ámbito del tipo penal y de la tipicidad. Y ello es así, porque cuando se estudia a los tipos penales y su integración fáctica, —y por tanto, a la «conducta típica»— es absurdo desligar de ella el sentido de fin que toda conducta humana conlleva y la cual a la vez implica el conocimiento de lo que se hace o deja de hacer. El tipo penal no se compone solo de elementos objetivos, ya sean de naturaleza material, descriptiva y normativa. Porque el tipo penal es siempre la descripción de una conducta que realiza tales elementos. Y es el caso que las acciones u omisiones subsumibles en el tipo no son simples procesos causales ciegos, sino procesos causales impregnados de valoración y regidos por una voluntad con sentido de fin que involucra conocimiento. Es ese sentido de fin y este conocimiento los que también deben tenerse en cuenta en el juicio de tipicidad. Pues a la conducta típica

⁶⁸² Ver al respecto el CAPÍTULO QUINTO, núm. V: La conducta vidente, y este CAPÍTULO, el núm. II: Las nociones finalista y funcionalista del dolo.

se le desnaturaliza cuando se le saca el elemento subjetivo —conocimiento y fin— que aquella misma apareja. Desatendiéndose así que el dolo también constituye un límite al poder punitivo del Estado, límite que surge tan de la naturaleza de las conductas humanas que por lo general son objeto de prohibición mediante su descripción en los tipos penales cuando estos son dolosos, como también se impone como un motivo racional que evite manifestaciones irracionales intolerables de ese poder punitivo. Y sin que ello cambie en el tipo penal culposo, porque saber el sentido de la conducta es imprescindible para saber de qué conducta se trata y así, precisamente por discrepar el fin de la misma del resultado que produce, ya no poder estimarla como dolosa como precondition para luego examinar su contrariedad con el cuidado debido que también debió motivar el resultado típico.

La desnaturalización de la conducta cuando se le saca el elemento subjetivo —conocimiento y fin— que la misma involucra es lo que precisamente hace el causalismo. Ya que el causalismo quita de la conducta típica a ese elemento subjetivo —en cuanto a su contenido de conocimiento y fin de actuar en el ámbito fáctico de prohibición descrito en el tipo— y así cercena a la conducta misma y al tipo penal que ella informa.⁶⁸³ Ese artificio causalista, en el fondo, dificultó resolver en el marco de un estado de derecho los problemas jurídicos que plantea la regulación penal de la conducta humana. Por la sencilla razón de que aquella concepción simulada de la «conducta» y de la misma «conducta típica» en realidad no regulaba ninguna conducta humana —tal cual como ésta es y se debe dar en el ámbito de prohibición delimitado por el tipo—, sino a un mal remedo de ella. La doctrina causalista sustentó la idea de que el dolo pertenecía a la culpabilidad y no al tipo penal. La conducta y su manifestación típica eran tan solo la expresión objetiva de la voluntad. Pero para que la conducta existiera no importaba el contenido de conocimiento y el de fin de la voluntad. Menos aún habría que tomar en cuenta esos ingredientes al decidir la adecuación típica. El tipo sólo regiría la subsunción objetiva de la conducta al supuesto legal del hecho punible. Igualmente, el causalismo estimó en un principio que el dolo —como una de las formas de la culpabilidad— consistía en la conexión psicológica del acto a la voluntad del agente de causar un daño antijurídicamente. Pasando por alto a la voluntad y conocimiento de los demás elementos típicos. Luego la doctrina causalista evolucionó a una posición «normativista» del dolo. Pues aceptó que la culpabilidad se integraba con el dolo en el sentido de la voluntad final del hecho y, además, con la “conciencia de la ilicitud” de ese hecho y la “exigibilidad” de otra conducta”. Enrique Díaz Aranda en su excelente monografía “El dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México”, muestra un buen número de ejecutorias donde al dolo se le ubica con tal contenido en la culpabilidad.⁶⁸⁴ Al respecto, ya en 1980 podemos ver una tesis jurisprudencial de la SCJN que en una postura con orientación normativista estima a los errores de tipo y de prohibición como elementos negativos de la culpabilidad. El primero que incide sobre el dolo y el segundo sobre la conciencia de ilicitud. Así:

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN. PARA SER EXIMENTE REQUIERE SER INVENCIBLE O INSUPERABLE: Tanto el error de tipo como el error de prohibición, para integrar eximente de responsabilidad, requieren ser de naturaleza invencible o insuperable,

⁶⁸³ Ídem, CAPÍTULO. QUINTO, núm. IV, y este CAPÍTULO, en este núm. y el núm. II.

⁶⁸⁴ Enrique Díaz Aranda, *Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001, pp. 171 a 178.

pues siendo sólo esencial, sin reunir dicho requisito, dejarían subsistente la culpa, cuando tal forma de culpabilidad pudiera darse en la específica figura delictiva de que se trata.⁶⁸⁵

Pero de todas suertes, el causalismo siguió haciendo el análisis de la conducta, del tipo penal y de su integración fáctica, de manera puramente objetiva causal e impersonal y, por lo tanto, artificial. Además, hasta 1983 el CPF y la mayoría de los códigos penales en la república —entre ellos el CPC hasta 1991— complementaron el causalismo implícito que se contenía en ellos, con un tratamiento de la culpabilidad que pervertía más aún lo que es el delito en un estado de derecho. Pues consideraron que esa culpabilidad se colmaba con la intención o la imprudencia; pero legalmente presumían la «intención» en todos los casos. Presunción que se sostuvo ineluctablemente por la jurisprudencia. Además, de que el error de prohibición —o error de derecho como se le llamó— era irrelevante para excluir al dolo o a la culpa y, por tanto, a la culpabilidad. Salvo algunos casos excepcionales de extrema ignorancia y aislamiento social que luego se aceptaron en el CPF en la década de los ochenta. Da cuenta de esto último el criterio siguiente de 1991:

ERROR O IGNORANCIA INVENCIBLE. CASO EN QUE PROCEDE LA PENA ATENUADA. El beneficio o atenuante, estatuida en el artículo 59 bis del Código Penal Federal no procede con base sólo en la extrema necesidad económica, sino que es menester la concurrencia de los siguientes elementos: a) Que el hecho delictuoso se hubiere producido por error o ignorancia invencible del activo del delito sobre la existencia o alcance de la Ley Penal; y b) Que este error o ignorancia tenga lugar como consecuencia del extremo atraso cultural o aislamiento social en que se halle el citado sujeto. Así pues, por la connotación "ignorancia", a que se refiere la norma jurídica en cuestión, debe entenderse el desconocimiento total de un hecho o la carencia de toda noción respecto de alguna cosa, que haga nula la capacidad de discernimiento para actuar o dejar de actuar en determinado sentido, en tanto, que el vocablo error es la distorsión de una idea, con relación a la realidad de un hecho, de una cosa o su esencia, añadiendo a que, el error de que se trata debe ser invencible o insuperable para suponer la distorsión total del carácter típico del hecho o de un elemento de un tipo penal, de modo que no se está en posibilidad de distinguir si una conducta es o no punible y así censurarla o repudiarla; siendo además de agregar, que ambas circunstancias, es decir, la ignorancia y error, deben ser propiciadas por la incultura del agente del delito y por la segregación social en que se ha desarrollado, pues es claro que bajo estas condiciones es factible concluir la falta de conocimiento o la distorsión que se tenga sobre un hecho antijurídico.⁶⁸⁶

Pero con las reformas de los años de 1983-84-93 al CPF y de 1993-94 al CPC se dieron pasos adelante en el camino a un estado de derecho en esos órdenes, los que ahora se mantienen en el nuevo CPDF. Por un lado, en aquellas reformas se reubicó al dolo en el tipo penal —al referir aquél al conocimiento y la voluntad de realización de los elementos del tipo penal— y, además, se derogó la presunción legal de su existencia. El dolo dejó así de pertenecer y de colmar a la culpabilidad. La cual de hecho y jurídicamente, antes se vaciaba con aquella presunción legal del dolo. Por el otro, la culpabilidad adquirió un contenido nuevo, sobre el cual poco se ha reparado en la doctrina y la práctica forense y judicial mexicanas. Respecto de aquella y de la misma conducta típica-penal, las reformas de 1993-94 incluyeron y regularon también con dimensión moderna al error de prohibición y al error de tipo. Lo cual ahora se reitera en el nuevo CPDF. El error de tipo como contra parte del dolo en su papel de elemento del tipo penal, mismo que debe probarse. Y el error de prohibición como el elemento negativo de la conciencia de ilicitud que es una de las condiciones de la culpabilidad.⁶⁸⁷ Todo ello significó un redimensionamiento profundo de la concepción de los presupuestos de la punibilidad; o, como igual se les conoce en México, de los elementos del delito. Pues de entrada se trazó la posibilidad de cancelar

⁶⁸⁵ Séptima Época. Primera Sala, S. J. F., 139-144, Segunda Parte, p. 88, Amparo directo 7884/79, Raúl Hurtado Hernández, 13 de octubre de 1980, 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria: Josefina Ordóñez Reyna. Esta tesis también aparece en: *Informe de 1980, S. J. F., Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 39*, p. 23.

⁶⁸⁶ S. J. F., Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo directo 18/91. Albina Olivos Martínez y otro. 5 de marzo de 1991, unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretario: César Flores Rodríguez.

⁶⁸⁷ Ver al respecto, Günter Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos...*, op. cit., pp. 228 a 307, Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...*, op. cit., pp. 342 a 411; y a Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagía y Alejandro Siokar, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 332 a 440.

la visión deformada de la conducta que se derivó del causalismo. Y desde entonces se plantearon nuevos límites racionales al ejercicio del poder punitivo del Estado, con base en el respeto que éste debe tener en el entendimiento de su objeto de regulación, cual es la conducta humana. Lo cual, a su vez, es posible complementar con la visión metodológica funcionalista y reductora del poder punitivo, al concebir cada uno de los presupuestos de la punibilidad en función de los principios rectores de una política criminal ajustada a los límites de un estado de derecho para evitar las manifestaciones irracionales más intolerables del poder punitivo preventivo.

El diseño de los nuevos contenidos del tipo penal, de la antijuridicidad y de la culpabilidad, de acuerdo con la redimensión legislativa de la conducta, del dolo, de la culpa, del tipo penal, de la misma conducta típica y antijurídica, al igual que de la culpabilidad en el ámbito del delito, implicó a la vez y de manera necesaria un nuevo contenido jurídico conceptual del propio delito. En suma, los cambios que se introdujeron, más que dirigirse a cuáles debían ser los presupuestos de la punibilidad, se cifraron en los contenidos «sustanciales» de esos presupuestos y bosquejaron nuevas relaciones entre ellos. Por lo que atañe al dolo, ahora el CPF, el CPDF y el CPC no acceden a que se le defina de manera indiferenciada: *dolus malus* genérico. Sino en forma específica, según cada tipo penal: *dolus malus* específico. Y esto es así porque al implicar todo tipo penal el daño o peligro (lesivos) a un bien jurídico, ésta lesividad de la conducta de por sí ya tiñe al dolo en el sentido de que la voluntad y conocimiento del sujeto debe referirse a la lesión del bien o bienes jurídicos protegidos, además de los restantes elementos del tipo penal del delito de que se trate.

Por lo tanto, el único contenido de voluntad y conocimiento relevantes en la acción u omisión para determinar la existencia del dolo, es el referido a los elementos objetivos —materiales o descriptivos y normativos— del tipo penal del delito en particular al que se dirija la acción u omisión. Con abstracción de que el sujeto sepa de su perspectiva legal. O en otras palabras dicho, para que exista dolo será necesario que el sujeto se decida a actuar conforme a la previsión de los elementos del tipo penal de un delito, con independencia de que conozca de su existencia en la ley penal.

— II — UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

Los elementos del dolo

Como se podrá observar, las definiciones que se dan del dolo en el CPF, el CPDF y el CPC hacen referencia al “querer”, al “aceptar” o al “decidir” (elemento volitivo) como voluntad del agente de realizar el hecho. Y al “conocimiento”, como la noción de representación y significación intelectual de la acción del sujeto que capta el tipo penal (elemento cognoscitivo o intelectual.) La «voluntad» y el «conocimiento» referidos al tipo penal entran así en juego para formar el concepto del dolo.

El requisito “intelectivo” es el «conocimiento» del sujeto activo —al momento de realizar la conducta— acerca del hecho típico y sus circunstancias, con inclusión de las que originen el carácter normativo de algún elemento y la comprensión de éste en la esfera paralela del profano, según se prevea en el tipo penal. Es decir, tal como los elementos se describan o impliquen en el tipo penal del delito y con independencia de que el agente supiere de su previsión en la ley penal. En el dolo, como primera condición de él, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace. Y tal «conocimiento» debe versar sobre todos los elementos del tipo esenciales para

la punibilidad del hecho. Es decir, en el caso concreto se debe actuar con conocimiento de todos los elementos que caracterizan a la conducta como típicamente punible. De este modo en el homicidio es necesario que el agente sepa que la víctima es otra persona y no un animal. O en el robo que la cosa es ajena y no que crea que es propia. Y asimismo, que no tiene derecho a ella. Y no que estime que tiene un derecho o un deber jurídico para tomarla. E incluso que toma la cosa sin consentimiento de quién pueda disponer de ella, como elemento típico normativo de carácter negativo en el caso del robo. Mas por otra parte, es innecesario para los efectos del dolo, que el sujeto sepa todas las particularidades concretas o individualizadas del hecho que el tipo penal capta. Así, no es preciso que conozca a quién mata, en el homicidio. O a quién pertenece la cosa ajena o quién puede disponer de ella, en el robo. O la calidad de la misma en el robo simple. O la edad exacta del menor de doce años, sino sólo la idea de que sea menor de tal edad, en la violación equiparada. Etc.

Para los efectos de la integración del dolo y del juicio de tipicidad es suficiente con que el conocimiento del sujeto abarque las circunstancias del hecho típico y la significación en la esfera del profano de que daña a un bien jurídico o de que lo pone en peligro y, en su caso, la comprensión profana del carácter normativo específico de los elementos de tal clase que prevea el tipo penal y, en su caso, de sus modalidades.

Sin embargo, en el último aspecto la tipicidad no se excluirá cuando el error incida sobre alguna modalidad atenuante o agravante o acerca de las que convierten a un tipo básico en uno complementado o privilegiado. Pues en tales casos permanece intocado el dolo sobre el tipo básico —figura típica— y éste subsiste. Aun cuando el error sobre la circunstancia atenuante sí pueda beneficiar al sujeto en cuanto a una menor punibilidad de su conducta. Por otra parte, será irrelevante —por no pertenecer al tipo penal— el conocimiento de los hechos que fundamentan la edad penal o la imputabilidad del agente. Por ejemplo: el sujeto activo no necesita saber que ya cumplió 16 o 18 años de edad o que tiene capacidad para comprender y decidir de acuerdo con esa comprensión. Tampoco afecta al dolo, por ser cuestión de culpabilidad, que el sujeto activo ignore o no haya podido conocer la ilicitud de su conducta. Salvo que tal circunstancia se consigne expresamente en el tipo penal como elemento «normativo» de desvalor (“ilegalmente”, “sin derecho”, etc.) Casos en los que aquella ignorancia o error sí podrán afectar al dolo. Pero éste no se excluirá cuando el sujeto sepa de esa ilicitud y aún así él crea que su conducta es “justa” en atención a sus particulares creencias o valoraciones muy personales o incluso porque concurra alguna causa de justificación real o putativa, porque en el último caso el error podrá influir sobre la culpabilidad pero no sobre el dolo y en el penúltimo supuesto ese conocimiento es irrelevante para decidir la excluyente, por la sencilla razón de que las causas de justificación implican siempre el ejercicio de un derecho y éste no depende del conocimiento o la voluntad para su existencia. La ignorancia o el error acerca del carácter normativo del elemento típico debe obedecer a circunstancias objetivas —que como tales se pueden corresponder con accidentes materiales que hacen caer al sujeto en confusión de la realidad o con aquellas otras circunstancias personales y del caso concreto que determinen que el sujeto no sepa de ese carácter— y no a apreciaciones del individuo que —aun captando el carácter del elemento— lo juzgue inadecuado o de manera diferente conforme a su conciencia o a su muy privativa estimación. Es en este terreno donde se dan en parte los errores de subsunción que no integran error de tipo ni excluyen el dolo (y sobre los cuales me referiré en su oportunidad.) Asimismo, el conocimiento de realizar el hecho sobre ciertos elementos que el tipo prevé genéricamente apareja la futilidad del error en la

identidad de la cosa o de la persona (*error en el objeto*) por confundirlos con otros de igual naturaleza o especie a los que contempla el tipo penal. Ejemplo, se lesiona a Juan a quien se le confunde con Pedro. O se cree que se roba a Pedro, cuando en realidad se roba a Juan. O se piensa que se roba una gema cuando en realidad se apodera de una joya de fantasía. Lo anterior opera aun en el caso de error en el objeto o en la persona en los llamados tipos complementados o privilegiados. En tanto el conocimiento y la voluntad del activo tengan el contenido del hecho que describe el tipo penal básico. Aunque todo esto exige ciertas precisiones que más adelante se harán respecto al error «en el golpe», el error sobre «calidades de los sujetos» y el error sobre «modalidades» del tipo penal. Por último, si bien la representación del resultado es relevante para configurar el dolo, ello no implica necesariamente la previsión de todas las consecuencias futuras que determinan la ubicación de la punibilidad. Por ejemplo, el tiempo que tarda en sanar la herida. Asimismo, serán intrascendentes las condiciones objetivas de punibilidad que alteren a ésta pero no la excluyan; o que no modifiquen la especie del objeto material contemplado en el tipo penal, conocido y querido por el sujeto activo. Por ejemplo el valor de la cosa ajena en el robo.

Se discute si el conocimiento del sujeto de los elementos del tipo penal debe ser siempre *actual* —al momento de la conducta—; o si para ello es suficiente que sea *actualizable*. Zaffaroni dice que: (...) el hombre que es autor de un estupro, en el momento consumativo no piensa en la edad de la mujer, como tampoco piensa en su castidad u honestidad. Al menos, no necesariamente. No obstante, los dos son conocimientos actualizables.⁶⁹⁸ Así se pronuncia también Roxin.⁶⁹⁹ Y tal es la postura de los artículos 9° del CPF, 18-párrafo-primero del CPDF y 25 del CPC, pues todos hablan de «conocimiento» pero no de que la representación de todos los elementos del hecho típicos se tenga presente al realizar la acción. En tal línea de pensamiento, para que el dolo se dé es innecesario que el sujeto activo tenga presentes los elementos del tipo. Sino que solo es necesario que los «conozca», lo cual es diferente a que los tenga en mente durante el curso de su conducta típica. Con ello queda sin sustento aducir que como se exige que el dolo abarque a los elementos normativos expresos, habría impunidad cuando al darse la conducta falte la actualidad del conocimiento de aquellos. Esto es, cuando el sujeto no tenga presentes esos elementos normativos al momento de realizar la conducta. En tal sentido pareciere pensar el distinguido autor ibérico Muñoz Conde cuando crítica a la teoría estricta del dolo.⁷⁰⁰ Mas esa objeción en nuestro Derecho vigente, pasaría por alto que una cosa es el conocimiento y otra la es la actual representación de lo que se conoce. La ley exige el primero, pero no la segunda. De seguir tal línea de pensamiento entonces sí se llegaría a la impunidad de muchos otros casos, incluso en los que durante la ejecución el sujeto no tiene presentes a elementos materiales o simplemente descriptivos del tipo penal. Al iniciar la cópula en el estupro del artículo 394 del CPC, es dudoso que en todas las veces el sujeto se esté representando que la realiza con una persona menor de 16 años de edad, por ejemplo.

Pero en cualquier caso sí será necesario que al iniciar la ejecución del delito, el sujeto sí sepa de los elementos típicos, si es que no supo de ellos antes de la misma. En otras palabras, que los haya tenido presentes antes o cuando ejecutó la conducta.

⁶⁹⁸ E. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, primera edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, T. III, p. 303. Nota. Los corchetes son míos.

⁶⁹⁹ Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos...*, pp. 234 y ss.

⁷⁰⁰ Francisco Muñoz Conde, *El error en Derecho Penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1989, pp. 26 a 30.

En tal línea de pensamiento, también son interesantes las distinciones que hizo Malo Camacho en el sentido de que: (...) el dolo requiere que el conocimiento efectivo observe siempre un cierto grado de actualización; requiere un conocimiento actual respecto del ámbito medular de la conducta, pero a la vez puede ser actualizable respecto de los aspectos circundantes de la misma y sobre los cuales si bien la persona no está pensando de manera específica son ámbitos que no escapan a su conocimiento general.⁶⁹¹ Sin embargo, discrepo en parte de la opinión del bien recordado penalista mexicano en el sentido de que se tipifica la violación de un oligofrénico o de un menor de edad, aunque: (...) el autor desconozca que su víctima es una menor de edad o un enfermo mental, el sujeto activo seguirá respondiendo frente a la ley como responsable del delito de violación calificada en los términos del tipo respectivo que previene la ley penal.⁶⁹² Lo cual Malo Camacho relaciona antes con el dato de que en tal caso es preciso que el sujeto quiera violar a la víctima, de tal suerte que no escape al conocimiento del sujeto de que está violando el bien jurídico de su libertad sexual. Quizá la discrepancia se deba a una falta de precisión del autor mexicano, porque sin duda que en las situaciones anteriores el sujeto sabe que copula con la víctima mediante violencia y sin la voluntad de ella, pero tal dolo en el caso concreto se adecua al tipo penal de violación y no al tipo penal de violación agravada —o calificada— de oligofrénico o de menor de edad —que en el CPC se contemplan como modalidades agravantes de la violación—, el cual requiere —además de aquel conocimiento— por lo menos la idea de que el pasivo es menor de edad o que por su estado mental no estará en condiciones de comprender la naturaleza de la copula que se le impone o de decidir de acuerdo con esa comprensión.

Ello trae a colación que a veces los tipos penales exigen de manera específica el conocimiento acerca de alguno de sus restantes elementos, como por ejemplo, la locución “a sabiendas” en la receptación de cosas o de ganado robados en el CPC, o esa misma exigencia se da en el parricidio con relación al ascendiente tan en el CPF y el CPDF como en el CPC. De ello se ha sostenido, correctamente, que es insuficiente para que se configure el dolo del primer tipo penal referido, que el sujeto adquiriera la cosa o el ganado representándose sólo la posibilidad de su origen ilícito —con lo cual cabría un dolo eventual—, sino que será necesario que sepa realmente que la cosa o el ganado que adquiere son robados. Todo ello es correcto, sin embargo, no debe llevar a la falsa idea de que sería innecesario exigir el conocimiento del sujeto acerca de los elementos sobre los que no se refleje algún elemento subjetivo específico en el mismo tipo. Porque de todas suertes esa exigencia subsiste, por cuanto que el contenido del dolo no depende del elemento subjetivo específico, sino del contenido de los elementos objetivos del propio tipo penal. Además, desde aquella perspectiva, en algunos casos podrá ser innecesaria de lege ferenda la inclusión en el tipo de ciertos elementos específicos, pero en muchos otros tipos penales no sucede así, en cuanto el elemento subjetivo específico alude a un motivo o finalidad distintos de los que se deducirían respecto a los restantes elementos típicos objetivos sobre los cuales se proyecta el fin la conducta. En efecto, dichas expresiones que se caracterizan como elementos subjetivos específicos en ocasiones se conectan directamente con el mismo dolo, pero otras veces las expresiones aluden al injusto propósito o a la finalidad ilegal de la conducta, o bien a un móvil o ánimo especial y sin que en

⁶⁹¹ Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, tercera edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 2000, p. 360.
⁶⁹² *Idem*.

el mismo tipo haya alguna otra expresión de la que se deduzca que ese móvil o ánimo deban existir. Y aunque por ello a las expresiones que aluden a una injusta finalidad se les vincule entonces a la conciencia de licitud como elemento de la culpabilidad, de todas suertes forman parte del tipo penal y van paralelas al dolo que las ha de captar. En el anterior orden de ideas, son elementos subjetivos que se asocian con la conciencia de la antijuridicidad, las expresiones "para tomar medidas contrarias a la ley", "con el fin de comerciar ilícitamente con ellos", "con el fin de causar daño", etc.

Contra la opinión aquí sostenida, Gustavo Malo Camacho previene que debe evitarse la confusión entre los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, con otros elementos subjetivos también diferentes al dolo que en realidad son componentes de la culpabilidad. Para ello el distinguido autor recurre a la separación entre los motivos y las finalidades de la conducta y estima que (...) los motivos —por referirse a la cuestión ¿de dónde?— son siempre un aspecto de la culpabilidad, mientras que las finalidades —por referirse a la cuestión ¿a dónde?, atañen al dolo.⁶⁹³ La opinión del distinguido autor parece provenir de Welzel quien distinguió entre motivos o móviles y finalidad⁶⁹⁴; sin embargo en esos casos discrepo del criterio de Malo, porque si bien es verdad que la motivación es distinta al fin, igual lo es que si el tipo penal refiere algún "motivo", éste será un elemento del tipo de carácter subjetivo —positivo o negativo— que, junto con el dolo, también se deber dar para la conducta se tipifique penalmente. Lo cual nos lleva al segundo elemento del dolo.

El segundo requisito del dolo es la *voluntad con sentido de fin* del sujeto activo: al «decidir» realizar el hecho tal como se contemple en el tipo penal del delito de que se trate. Con independencia de que supiere de su existencia en la ley. (Requisito "volitivo").⁶⁹⁵

Hay que tener presente que el sujeto activo debe decidir realizar tan la acción como también —en los casos de tipos penales de resultado— el resultado que aquella produce. Así como realizar del tipo lo que de él es realizable a través de la acción. Porque hay elementos del tipo que sólo son aprehensibles por el conocimiento pero que no se "realizan". Esto es, son "realizables" la acción, los medios, el modo y el resultado, pero el objeto y las circunstancias de tiempo, lugar y ocasión no lo son; como tampoco lo son las calidades del sujeto pasivo y los elementos normativos que se refieran a calidades o situaciones externas cuya actualización no depende de la voluntad del sujeto, aunque sí dependa de él adecuar su conducta a las mismas según el ámbito de prohibición del tipo penal —cuya realización sí obedece a aquella— y sin que se desatienda que, en ocasiones, algunos elementos normativos sí son realizables por virtud de las características que el autor imprime a su conducta, como sucede con las propias exhibiciones "obscenas" por ejemplo. En suma, el sujeto activo debe "conocer" los elementos típicos no realizables por él mismo para así "realizar" su conducta dentro del marco típico penal que abarque a aquellos.

Por otra parte, no habrá causa de exclusión del tipo penal doloso y la «voluntad» existirá para los efectos del dolo, aun cuando medie «coacción» para que el sujeto realice el hecho típico. Pues de ser así, de todas suertes «decide» realizarlo. Aun cuando dicha «coacción» puede obrar como excluyente de delito por causa

⁶⁹³ Ver Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, op. cit., p. 370.

⁶⁹⁴ Ver el número VII del Capítulo SÉPTIMO.

⁶⁹⁵ El concepto de la voluntad que da el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, es el siguiente: "La voluntad consiste en la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa". Ver op. cit., Real Academia Española, Tomos I y II, Editorial Espasa Calpe, Madrid, España, 1992.

justificante o de inculpabilidad con motivo de temor fundado o como atenuante al graduarse judicialmente la punibilidad. De aquí entonces que el dolo no se excluye cuando el sujeto estima que por las circunstancias del caso no tiene otra alternativa más razonable que la de realizar el hecho típico. Pues dicha cuestión también podría afectar a la culpabilidad del agente, pero no invalida a la tipicidad del hecho. Por otro lado, el dolo puede ser compatible con las causas que excluyen al delito por faltar la ofensa al Derecho. Así el dolo de matar (como elemento del tipo penal de homicidio) es compatible con la voluntad de defenderse y con el fin de enfrentar la agresión. Porque la decisión de privar de la vida a otro no se excluye porque alguien, al disparar su arma con tal contenido típico de voluntad, a la vez lo haga para defenderse. Ni tampoco a la inversa, la decisión de defenderse no excluye que el sujeto decida matar. (Postura que se identifica con la llamada teoría estricta de la culpabilidad.) Además, el sujeto sabe que mata y lo hace con el fin de privar de la vida, como daño al bien jurídico que se protege. Sin que el tipo penal de homicidio describa algún otro elemento normativo. Y ya se verá porqué la lesión al bien jurídico es incluso diferente a la antijuridicidad misma de la acción. Que son cuestiones que —al igual que la culpabilidad— competen más al cómo se valora la conducta típica. En otro orden de ideas:

La "voluntad" de realizar el hecho típico —al depender de la "decisión" del sujeto activo— supone una voluntad incondicionada. En la que medie ya la determinación de realizar la acción típica cuando la lleva a cabo.

Si el sujeto activo aún no decide realizar el hecho típico o la acción que lo origina, no habrá dolo, porque el sujeto todavía no quiere o aún no acepta cometer la acción típica. Por ejemplo: el activo aun no se decide a matar y espera la reacción o agresión del otro. (Dolo «condicionado»). Lo que tiene particular importancia en el homicidio con premeditación. Pues ésta presupone el dolo de matar o de lesionar no condicionado; es decir, el que ya se decidió en forma serena desde un tiempo antes, más o menos largo el matar o lesionar. De tal suerte que el llamado dolo condicionado es incompatible con la premeditación como calificativa del homicidio y las lesiones.

Asimismo, del principio de que el sujeto activo debe decidir realizar tan la acción como el resultado que aquella produce —en los casos de tipos penales de resultado— se deriva que el dolo —como voluntad de contenido típico— deber motivar a la acción ejecutiva «cuando» ésta se da. De tal modo que al momento de realizar la conducta, ésta surja con la precisa voluntad de llevarla a cabo concretando los elementos del tipo penal del delito que se trate, entre ellos, el resultado material o externo y la lesión al bien jurídico.

Vienen a cuentas aquí el dolo «antecedente» y el dolo «subsecuente» a la conducta ejecutiva. Pues salvo para la premeditación y otras calificativas en el homicidio y de algunos pocos tipos penales que lo requieran expresamente, tan el dolo «antecedente» como el dolo «subsecuente» a la conducta ejecutiva son irrelevantes para configurar el tipo penal, si es que la voluntad de contenido típico no motiva precisamente la acción que resulta objetivamente típica. Porque si el tipo penal del delito no exige un dolo «antecedente» —que de ordinario no lo requiere— lo que importa es que el dolo del sujeto exista al momento de la acción u omisión ejecutivas y que aquél motive a éstas a efecto de que ellas causen o no eviten el resultado. En el sentido que unas y otro se lleven a cabo por virtud del contenido de voluntad que integre el dolo. Es decir, que la acción u omisión que realicen el tipo —y en él al resultado— se deban precisamente a la voluntad dolosa. Si alguien al calor de una discusión decide matar a otro y saca un rifle para ello, pero tropieza cuando apenas prepara con

premura el arma y se le va un disparo que lesiona al enemigo u a otra persona, es claro que cuando se le escapó el tiro, el sujeto realizaba la acción de preparar el arma pero en esa acción específica faltaba la voluntad de disparar para matar. Por lo tanto, las lesiones le son atribuibles a título de culpa. El dolo «antecedente» en la fase preparatoria será pues irrelevante cuando al momento de realizar la acción que deviene objetivamente típica, el agente no tuvo la voluntad de ejecutarla para producir el resultado ni a través de aquella aceptó la realización del mismo actualizando todos los elementos del tipo penal. Por regla general entonces, el único dolo relevante es el que motiva a la conducta «ejecutiva» para cometer el delito y que coexiste con esa fase al menos cuando ella se inicia. Porque tampoco será necesario que el dolo subsista durante toda la fase ejecutiva. Si alguien inicia la acción de matar al activar una bomba para que detone después de cierto tiempo es intrascendente para eliminar el dolo el que se arrepienta antes de que explote la bomba; o incluso que se olvide del asunto antes del momento de la explosión. Mas por otra parte, también es posible que el sujeto decida perfeccionar su delito como periplo de la realización del mismo, por ejemplo, escondiendo en el agua el cadáver de la persona que mató, para así encubrir su homicidio. Y luego resulte que la persona no había muerto, pero que ya inconsciente sí pereció de asfixia por ahogamiento. En tal caso se podría discutir si sólo hay homicidio en grado de tentativa con relación a la acción de matar y con la cual no se consiguió el fin, junto con un homicidio culposo con relación a la diversa acción de aventar el cuerpo al río. O bien, si hay un acontecer unitario de la acción como "homicidio encubierto". Solución a la cual se acoge *Welzel*, porque considera que este último delito ya engloba a las dos acciones.⁶⁸⁶ La solución de *Welzel* quizá podrá ser válida en el Derecho Alemán, pero no en el Derecho Mexicano, porque éste no tipifica al homicidio encubierto, esto es, la ley no lo prevé ni como tipo complementado ni como modalidad agravante para el tipo penal de homicidio, para que así fuese posible la subsunción del hecho en un tipo con ese contenido. Por lo tanto, parece que la solución más plausible sería la de que al faltar el dolo de matar en la acción de sumergimiento en el agua o algún líquido del cuerpo de la persona de la cual se creó es su cadáver, prevalecería la primera solución, en la cual la tentativa se funda en la acción que sí se dirigió a matar y no en la de esconder el supuesto cadáver y con relación a la segunda acción de aventar al agua al herido que se cree muerto es planteable, además, el homicidio culposo. (Aunque esta última solución es dudosa, como también la es la de sostener el dolo eventual, porque aun cuando el no verificar si la persona inconsciente está viva y echarla al río en esas condiciones aparejaría ya no sólo un actuar culposo ni un dolo eventual, sino un dolo directo de consecuencias necesarias, el hecho es que precisamente en la acción del sujeto no solo falta el conocimiento de que la persona está viva, sino que, además, hay la creencia errónea de que se trata de un cadáver.)

Más clara es la irrelevancia del dolo «subsecuente» para que se actualice el tipo penal. Como sucede cuando alguien mata por descuido a su enemigo y después se alegra de ello. O cuando alguien atropella culposamente a una persona y después le surge la idea de dejarla morir sin brindarle auxilio. En todo caso, en este último evento se podrá fundar el homicidio doloso a partir de la omisión. Pero el atropello no se podrá cimentar como doloso.

⁶⁸⁶ Han *Welzel*, *Derecho Penal Alemán...*, op. cit. pp.122 y 123.

Dolo directo, dolo eventual, dolo múltiple y dolo alternativo

Se debe puntualizar que se conduce con dolo: 1. Quien «quiere» una conducta y, en su caso, el resultado de ella, en las circunstancias que describa el tipo penal de un delito (**dolo directo**) con la voluntad de lesionar el o los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal. Pero también significa que obra con dolo: Quien al realizar su acción «acepta» ese resultado y la lesión jurídica, habiéndoles previsto como posibles consecuencias de su conducta (**dolo eventual**.) Lo anterior se prevé en las fórmulas que contienen los artículos 9° del CPF y 18 del nuevo CPDF: *“Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”*. Y que: (...) *obra dolosamente el que, conociendo los elementos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización*. Así, se estará frente a un **dolo directo** cuando el agente, conociendo los elementos del tipo penal, “quiere” la realización del hecho descrito por la ley. Y se estará frente a un **dolo eventual** cuando el agente, previendo como posible el resultado típico, “acepta” su realización o la del mismo hecho típico. Por su parte, el concepto del dolo del artículo 25 del CPC es más neutral y no parece distinguir entre dichas clases de dolo. El artículo 25 del CPC prevé, en lo conducente, que: *“Dolo es conocer y decidir realizar un hecho tal como se contemple en el tipo penal de un delito...”*. Sin embargo, el dolo eventual se deduce de igual forma, porque bien se puede asumir que el sujeto actuó con tal clase de dolo cuando conociendo las circunstancias en las que se decidió actuar, se constate que aquél aceptó el resultado típico.

De este modo habrá dolo cuando el agente quiere el hecho. O como también se dice, cuando al realizar la conducta hay intención o propósito de que ella produzca el resultado de contenido típico (**dolo directo de primer grado**.) Más igual lo habrá cuando el agente decida realizar una conducta cuyas consecuencias sabe que se darán con cierta seguridad al realizar su conducta (**dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias**.) Mismo que se puede evidenciar cuando las consecuencias de la conducta —según las particularidades de la misma— se ocasionan de ordinario, a menos que se dé una contingencia fuera del dominio de la voluntad del autor. El caso es distinto en su esencia al de falta de imputación objetiva del resultado al agente cuando aquél es causa del azar. Como en el ejemplo de quien manda a su enemigo a cumplir una tarea durante la tormenta, con la esperanza que lo mate un rayo. Lo que sucede. Porque en este caso el resultado sólo se puede dar en virtud del mismo azar. En tanto que en el dolo directo de segundo grado es sólo el azar el que puede impedir el resultado. Por último, el sujeto actúa con **dolo eventual** cuando prevé y «acepta» las consecuencias que no desea pero sabe que se pueden producir al realizar su conducta.

La diferencia del **dolo eventual** con la **culpa conciente** es clara aunque sutil: pues mientras que en la culpa conciente se prevé un resultado posible que «no» se acepta, en el dolo eventual se prevé un resultado posible que «sí» se acepta. Ahora bien, existen múltiples teorías sobre el cómo decidir la existencia del dolo eventual a falta de prueba directa. E igualmente, para distinguirlo de la culpa conciente, en la cual el resultado se prevé pero no se acepta. Partiendo que la ley ya da un concepto de dolo eventual (artículos 9° del CPF, 28 del CPDF y 25 con relación al 26 del CPC), un buen punto de inicio para resolver el cómo se evidencia aquél es cuando

en un juicio ex-ante el sentido de la conducta conlleve en sí ir contra el bien jurídico lesionado. Y tal sentido conllevará ese fin cuando de ordinario y según las circunstancias del caso concreto la conducta producirá el resultado que origina el daño (dado que de acuerdo con el tenor de la ley el dolo sólo se puede plantear en delitos de resultado.) La orientación de la conducta en tal juicio ex-ante se hace así en contra del bien a través del resultado que le daña y no así contra la norma, lo cual es distinto. De ahí que también haya dolo eventual cuando el sujeto acepta que los efectos de su conducta, ordinariamente lesivos con relación a quién la dirige, también lo sean para otros que, coyunturalmente, se les puede perjudicar con aquellos efectos. Ejemplo: el agente coloca una bomba en determinado lugar con el fin de matar a la víctima, esperando que ésta llegue sola ahí, pero sin importarle si otros también acudan con ella o se hallen ahí cuando detone el explosivo, no obstante que el lugar es en ocasiones concurrido por otras personas. Pues es claro que hay dolo directo con relación a la persona que el agente quiere matar, como igual existe su dolo eventual con relación a las demás personas, pues aunque no desea su muerte, sí acepta ese resultado cuya verificación estuvo bajo el dominio de su acción prohibida.

Por otra parte, puede suceder que el agente al actuar lo haga con un dolo múltiple o alternativo. El **dolo múltiple** supone una acción que comprende la realización de varios resultados típicos. Así, obra con tal clase de dolo quién decide matar a otro de un disparo (homicidio), conociendo que el proyectil dañará primero un cristal (daño en propiedad ajena) y enseguida lesionará mortalmente a la persona que se encuentra detrás. En su turno, el **dolo alternativo** implica la voluntad de realizar un resultado típico y, a la vez, aceptar la posibilidad de que se dé otro típico o atípico. Las situaciones donde se discute el dolo alternativo se pueden englobar en tres grupos. En el **primer grupo** el sujeto quiere realizar un resultado típico que se representa y de cuya realización no está seguro porque la misma acción podría dar pie a otro que carecería de relevancia típica. Ejemplo: El cazador que duda si lo que percibe en la maleza es una pieza de caza o bien se trata de una persona y no obstante dispara lesionando a otro (lesiones no queridas pero aceptadas.) En el **segundo grupo** el sujeto percibe que con su acción causará un resultado típico determinado y, asimismo, también acepta la posibilidad de que en vez de aquél se produzca otro con relevancia típica. La diferencia con el grupo anterior —en el que el agente no sabe a ciencia cierta cuál resultado se dará, si el penalmente irrelevante o el que tiene trascendencia típica—, estriba en que en éste segundo grupo el sujeto sí sabe que se dará un resultado típico pero no está seguro de que el otro se realice. El agente dispara para dañar una cosa pero cuenta seriamente con que también pueda lesionar a una persona que se encuentra cerca (y que al disparar aquél no resulta lesionada.) Ahora bien, en este grupo de casos se sostiene que hay delito doloso consumado respecto al resultado que sí se produjo, pero que habrá tentativa respecto al que dejó de realizarse. Sin embargo, esa opinión no se puede compartir plenamente, porque sólo sería tentativa si el delito que se inconsuma es aquél cuyo resultado se quería, pero no cuando dicho resultado se alcance y el otro no, dado que la tentativa —según su redacción típica— exige un dolo directo y no admite el eventual. El **tercer grupo** se configura cuando el sujeto se representa el sentido de valor o desvalor que requiere algún elemento normativo del tipo, pero también está inseguro de si su representación es correcta y aún así se decide a realizar la acción. En realidad

en esos eventos no hay dos clases de dolo, sino sólo uno que sí se representa el sujeto y debido a que actúa sin descartarlo, aquél sí se ajusta al tipo penal.

— IV —

El dolo respecto a los elementos normativos del tipo penal (mención especial)

El dolo debe abarcar el conocimiento de las circunstancias fácticas que impliquen los elementos normativos del tipo —bien sean específicos o con raíz normativa—, así como la significación de estos —en la esfera del profano—, al igual que el daño o peligro lesivos al bien jurídico protegido.

En efecto, del texto de los artículos 9° del CPF con relación al 15-VIII del mismo código, 18-párrafo-segundo del CPDF con relación al 29-VIII-a) de ese código y 25 del CPC con relación al 42-II del mismo ordenamiento, se obtiene que parte del conocimiento relevante para el dolo ha de versar sobre los elementos normativos que contenga el tipo penal, mismos a los que el CPDF correctamente se refiere como los de carácter objetivo. Y tan son objetivos los elementos materiales o descriptivos como los normativos. Es importante reparar en lo dicho, porque con ello la ley no distingue entre el conocer las circunstancias fácticas que impliquen los elementos normativos del tipo penal como parte del dolo y el conocer o captar en la esfera del profano el sentido jurídico o social del elemento normativo o el carácter de desvalor de mismo. Por ende, si la ley no diferencia no cabe hacer esa distinción y también son errores de tipo los que aparejen una apreciación errónea del carácter «formal» del elemento normativo que incluya el tipo penal. Ello indica entonces que el dolo envuelve tan el saber las circunstancias fácticas que dan origen al elemento típico normativo que enuncie o suponga el tipo penal, como el captar el significado de su carácter «formal», esto es, el sentido del mismo como proveniente de una prohibición jurídica cuando el elemento expreso sea de desvalor, o percibir el sentido social o jurídico —en el primero como en el tercer caso en la esfera del profano— del elemento normativo de especial valoración cultural o jurídica. Lo expresado es correcto en gran parte, porque en materia penal se trata de la concepción legal de la conducta que es base para el injusto y no sólo de un concepto de acción anterior a los tipos penales. Pues en los fenómenos jurídicos penales que recogen los tipos hay contenidos de significación social que van más allá del simple control final avalorado de factores causales por parte de la acción. En tal sentido, el concepto de dolo en la acción incluirá en él a la dimensión del sentido normativo de los elementos de tal clase que describa y en su caso implique el tipo penal como necesarios para dar relevancia típica a la conducta. Y lo cual sólo tiene salvedad en los errores de subsunción y en Coahuila, además, respecto a la violación del deber jurídico de actuar, como más adelante se verá. De aquí que no actúe dolosamente el sujeto que no capte la ajeneidad de la cosa o la deshonestidad de su conducta.

En consecuencia, para que alguien actúe con dolo —además de que él determine el acontecimiento externo y de que capte en toda su extensión las circunstancias de esa clase del tipo penal de un delito— en el caso concreto debe tener claros los factores de sentido social-valorativo que implique y en su caso describa el mismo tipo penal. Desde esta perspectiva, el dolo comprende el conocimiento del hecho y sus circunstancias, según se contemplen o involucren en el tipo penal, con inclusión de captar el sentido de los elementos «normativos» que contenga y en su caso describa la figura típica. Esto es, 1) con conocimiento de las circunstancias fácticas que dan origen a los elementos normativos del tipo penal y, asimismo, 2) con la comprensión profana de su sentido de valoración; 3) así como el de dañar o poner en peligro de manera lesiva —en el mismo enfoque del lego— el bien jurídico que se protege.

El entendimiento por el agente de los elementos «normativos» como parte del dolo no significa una adecuación jurídica exacta del intelecto con esos elementos según su precisa concepción jurídica. Sino que es suficiente con que el agente capte el significado social de aquellos elementos —normativos— al conocer las circunstancias que les dan origen. Se habla así de una *"comprensión paralela en la esfera del profano"*. Porque quizá el lego no sepa las distinciones entre cosa mueble e inmueble y menos aún las clasificaciones que hace el Derecho Civil de esos bienes. Pero, por ejemplo en el robo, el agente sí debe saber que el objeto tiene las características de cosa que no le pertenece a él sino a otro y decidir que la toma en circunstancias por las que él capta que no tiene derecho para apoderarse de ella. En el robo calificado de un "documento público", el sujeto debe captar las particularidades del documento por las que la ley le da el carácter de "público" y al menos saber por aquellos rasgos que se trata de un documento "oficial", tal como a él se le suele entender en la esfera del profano y no nada más captar el carácter gráfico documental de la cosa como en un tiempo lo estimó Welzel.⁶⁹⁷ Y en la privación ilegal de la libertad, el sujeto debe saber que actúa contra la ley —aunque desconozca su texto o incluso de qué ley se trata— al privar de su libertad a otro. De todo ello se desprenden las ideas siguientes: cuando el legislador pune una conducta puede requerir un mayor o menor conocimiento del sentido social de la acción por parte del autor para que éste merezca pena. Es decir, el legislador es libre de determinar en el tipo penal qué dosis del sentido del suceso tiene que llegar a la conciencia del autor. La limitación del legislador —y del intérprete y por lo tanto del juez— es la de no reducir la conducta en los tipos penales a un fenómeno diferente de lo que la conducta es realmente. Pero si el legislador respeta dicho límite cuando describe la conducta punible (tipo penal.): El juez deberá —en cuanto fiel intérprete de la ley— estimar relevantes al dolo circunstancias que en el tipo «acoten normativamente» a la conducta sin desnaturalizarla. Ello significa que a efectos de emitir el juicio de tipicidad, el juez debe tomar en consideración si cuando el sujeto realizó su conducta conoció las circunstancias constitutivas de la expresión normativa de que se trate y captó el sentido de las mismas de manera coincidente al que le dé la ley, aunque dicho sujeto ignore el concepto jurídico del elemento. Además del límite anterior, para los efectos penales al legislador no le interesa cualesquier conducta, sino sólo aquellas que al lesionar bienes jurídicos se deban sancionar penalmente por reunir las características que acuña en el tipo penal. Ello implica entonces que al estampar en los tipos penales a la conducta y el ámbito de prohibición en el que aquella se realiza, aquél implica que el sujeto que lo actualice capta que lesiona o pone en peligro de lesión a un bien jurídico, esto es, que afecta la relación de disponibilidad que debe haber entre el titular y el bien que se protege.

Lo anterior es como se indica porque el imperativo ontológico-valorativo de la conducta típica viene dado por los mismos mandamientos y razones en los que se basa el entendimiento de la conducta humana como objeto de valoración legislativa penal. Esto es, en cuanto la persona debe captar los contenidos de significación jurídica, cultural y dañosidad social que el mismo legislador introduce en el tipo penal a través de los elementos normativos. La última consideración es válida. Porque incluso quien sostenga que las verdades eternas condicionan al legislador en la materia de su regulación, cual es la conducta humana, y que, por ende, la conducta que regula el legislador penal se debe entender en su sentido óntico; esto es, con su contenido de

⁶⁹⁷ Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, op. cit.: pp. 110 a 114. Ver el CAPÍTULO QUINTO, núms. V y VI, así como la Nota 493.

«fin»; difícilmente podrá soslayar que esa vinculación en nada impide que el legislador acompañe a la conducta en el tipo —que es su objeto de regulación y sin desnaturalizarla— de ciertos elementos normativos que aparejen su comprensión por el agente; es decir, que la persona capte el sentido de los elementos normativos del tipo que aparejen una especial valoración jurídica o cultural. Como tampoco podrá negar que si el legislador tipifica penalmente una conducta al estimar que lesiona o pone en peligro uno o más bienes jurídicos de forma tal que es preciso sancionarla con pena, por ende, al ser la lesión del bien jurídico un elemento del tipo penal, el dolo del sujeto deba abarcar la comprensión de la lesividad de la conducta que aquél realiza.

De aquí que las mismas razones por las que surge el entendimiento de la conducta humana como objeto de valoración legislativa penal, devengan sostenibles para que el sujeto —al cual en el tipo penal se dirige esa valoración— capte también el significado de valor y desvalor de los elementos de tal clase que el mismo legislador introduzca en el tipo con relación a la conducta. Esto es, lo que es objeto de valoración por el legislador en el tipo penal, debe ser a la vez objeto de aprehensión por el sujeto al que la norma se dirige.

Ya se verá al estudiar el error de tipo que incide sobre algún elemento normativo, en qué medida excluye tal error al dolo y qué salvedades deben hacerse al respecto. Más sí se debe poner de relieve que en el Derecho Penal vigente el dolo no se configura nunca por el mero conocimiento y la voluntad «genéricos» de actuar contra Derecho cuando el sujeto realiza la acción típica. En tanto que el conocimiento de actuar ilícitamente es —por lo general— extraño al dolo, salvo que ese extremo se contenga como elemento normativo expreso en el tipo penal de un delito y, por ende, el conocimiento del mismo sería apenas parte del dolo respecto a ese tipo penal en particular, porque ese sólo dato intelectual no le llenaría. Como tampoco dicho conocimiento sería suficiente para conformar la culpabilidad, en cuanto ella requiere para configurarse de varias condiciones dentro de las cuales se encuentra que el sujeto conozca o haya podido conocer la ilicitud “penal” de la conducta que realiza. Y una cosa es que el sujeto conozca que su actuar es ilícito y otra la es que sepa de la trascendencia penal de su acción ilícita. En tal línea de pensamiento hay que insistir que el dolo tampoco se nutre sólo del conocimiento y la voluntad de realizar los elementos materiales o descriptivos del tipo penal; esto es, sin que abarque el sentido social o jurídico de valor o desvalor de los normativos. Porque tan de los artículos 9° y 15-VIII-a) del CPF y 18-párrafo-segundo y 29-VIII-a) del CPDF, como de los artículos 16, 25 y 42-II del CPC, se desprende que el dolo debe abarcar a «todos» los elementos objetivos del tipo penal. Y es el caso que los elementos normativos del tipo pertenecen como elementos objetivos al mismo tipo penal, como lo son el daño o el peligro al bien jurídico y los elementos normativos específicos o con raíz normativa. Por lo tanto, para que la persona actúe con dolo, además del conocimiento y voluntad de los elementos típicos de carácter material o descriptivo, será necesario que —en la esfera paralela del profano— sepa y tenga la voluntad de dañar el bien jurídico y conocer —en la misma esfera del profano— que actúa en el sentido del elemento «normativo» que llegue a prever el tipo penal. Lo cual de por sí se asemeja bastante con el conocimiento de conducirse antijurídicamente en el plano material. De aquí que en el supuesto de que el tipo penal contenga elementos «normativos» expresos —tan de desvalor como de especial valoración jurídica o cultural—, para que el sujeto actúe dolosamente él deberá captar las circunstancias fácticas que den pie a esos elementos al igual que el sentido de los mismos y, además, las circunstancias y el sentido por las que daña o pone el peligro al bien jurídico protegido. Pues el dolo pertenece al tipo y —de acuerdo con la propia

ley— aquel requiere para su concreción que la persona conozca y decida conforme a «todos» los elementos objetivos del tipo penal delictivo en particular que resulten esenciales para la punibilidad del hecho. (Artículos 9° y 15-VIII del CPF, 18-párrafo-segundo y 29-VIII-a) del CPDF, 25 y 42-II del CPC.)

No es óbice a lo anterior que el artículo 25 del CPC señale que ese dolo se debe apreciar con abstracción de que el sujeto sepa de su existencia en la ley. Porque es diferente —como ya lo apunté— que alguien sepa que su conducta es antijurídica y con relevancia penal, a que sepa que con su conducta daña o pone en peligro un bien jurídico y de que, en su caso, actué con conocimiento —al menos en la esfera paralela del profano— de los elementos normativos que llegue a contener el tipo penal. Esto es, es distinto saber que se daña o pone en peligro a un bien jurídico y, en su caso —si se trata de elementos de desvalor— saber que se actúa ilegalmente, a saber que se incurre en una conducta antijurídica penalmente relevante o a saber que aquellos están inmersos en la ley penal que tipifica la conducta.

Ello tiene la mayor importancia práctica, pues si el tipo penal contiene elementos normativos, las circunstancias que en el caso concreto les den origen sí se deberán comprender por el conocimiento del sujeto como parte del dolo. Y precisamente por ello, la simple ignorancia y el error sobre las mismas, cuando se trate de un tipo penal necesariamente doloso, determinarán la ausencia del dolo y, por ende, excluirán al delito. (Pero igual actuará sin dolo cuando la persona no sepa que actúa en el sentido normativo del elemento, aún cuando no se equivoque acerca de las circunstancias fácticas que lo constituyan, como lo fundamento más adelante en éste mismo capítulo.)

Por ejemplo pensemos en los elementos normativos del robo: La persona toma la cosa ajena al confundirla con la propia. Es claro que en ese caso se actualizan objetivamente los elementos del tipo penal del robo. Pero igual lo es, que el sujeto tomó la cosa con la creencia que era suya y de que podía disponer de ella conforme a la ley. Por lo tanto, faltó en él la voluntad y el conocimiento de apoderarse de una cosa "ajena", "sin derecho" y de "dañar el patrimonio de otro". Por lo tanto, el sujeto actuó sin dolo. Mas igual sucede si el vendedor le arrebata la cosa al comprador que instantes antes se la adquirió, al ver que éste no le paga el precio en ese momento según lo acordado, con la creencia que la cosa aún le pertenece porque se estima engañado por el comprador. Pero vayamos a otro ejemplo relacionado con el daño al bien jurídico que protege el tipo penal: El caso del reportero en Nuevo León, que para probar que se podía obtener sin dificultad una credencial de elector con datos falsos, los proporcionó al registro nacional de electores y así obtuvo aquella. Lo que probablemente habría sido inadvertido de no publicarse el reportaje del periodista mucho antes del día de la elección. El cual luego le motivó denuncia por el delito de falsificar el padrón electoral federal. Sin embargo, se señaló que en ese caso a la conducta le faltaba el dolo aunque era antijurídica. Y con independencia de que la exactitud de la última afirmación estaría aún por verse en el plano del injusto típico, la consideración de que el periodista actuó sin dolo sólo se podría fundamentar de esa manera si es que al menos se entiende que el dolo también comprende la voluntad de lesionar el bien jurídico protegido por el tipo penal. Pues en tal asunto el reportero sabía que daba datos falsos, pero, asimismo, tan es cierto que la voluntad del periodista estuvo lejos de afectar la seguridad de fe pública en el uso del padrón electoral, que fue él quien procuró y logró la publicación del hecho mucho antes del día de la votación, fecha en la que sólo él —con su credencial de elector con datos falsos— podría efectivamente haber lesionado de esa manera la fe pública del padrón electoral. En suma, de esos datos se infiere que el periodista actuó sin dolo porque al dar datos falsos no se

propuso lesionar —o poner en peligro— la seguridad del padrón electoral, sino el verificar esa seguridad y así alertar sobre aspectos que podrían tomar incierto el padrón precisamente para su debida fe pública.

De aquí entonces que en tal contexto sí pueda ser válida en cierto sentido la expresión de que el dolo deba ser "dolus malus". Pero así como es inadmisibles un dolo «neutro», también lo es un dolo malo «genérico» de conducirse contra la ley o simplemente de lesionar los bienes jurídicos de otros, sino que sólo es plausible el dolo «específico» de lesionar o poner en peligro de lesión al bien jurídico tutelado por el tipo al realizar la conducta y con conocimiento y voluntad de los demás elementos del tipo penal del delito en particular de que se trate. *Así, el dolo malo es aceptable sólo en el sentido concreto de afectar el o los bienes jurídicos que proteja el tipo penal de un delito en particular y, en su caso, de tener conciencia en la esfera paralela del profano de los elementos de valor y desvalor delimitados por el mismo tipo penal del delito que los llegue a describir o implicar. Además de la voluntad y el conocimiento de los restantes elementos típicos de ese delito.* Como única excepción a lo anterior, en el CPC no será parte del dolo el conocimiento de los deberes jurídicos de actuar que sustentan a los tipos penales de simple omisión y de comisión por omisión. Y ello sólo es así, en tanto el artículo 37 del CPC dispone que: *"se considera cuestión de tipicidad, la posibilidad material de realizar la acción u omisión debida y, en su caso, la objetiva posibilidad material de evitar el resultado de ajustarse el agente al deber jurídico".* Mas el mismo artículo 37 precisa que: *"se consideran cuestiones de culpabilidad, las posibilidades que el agente tiene de conocer y ajustarse al deber jurídico según sus condiciones personales y las circunstancias del caso".* Por lo tanto, en Coahuila el dolo relevante en los tipos penales de comisión por omisión, es el conocimiento de las circunstancias de hecho que originen el deber y la posibilidad de actuar y evitar el resultado y la lesión o el peligro al bien protegido, así como el sentido social de esto último. Pero en cuanto a la comprensión de que con ello se viola un deber jurídico de actuar, ella será materia ajena a ese dolo y, por lo tanto, será innecesaria para integrar el tipo penal de esos delitos. Aunque la «posibilidad» de esa comprensión y de su trascendencia penal en el ámbito del hecho típico realizado sí será ineludible para decidir la culpabilidad del agente.

En síntesis, lo que sí es inaceptable es un dolo genérico de "obrar contra la ley" o "contra derecho". Como por igual es inadmisibles un simple dolo "neutro", esto es, que para estimar que hay dolo se pase por alto a los elementos normativos del tipo penal, con inclusión de los bienes jurídicos que se quiere afectar y los cuales se deben corresponder con los bienes jurídicos que realmente se afecten.

Sólo pueden existir dolos específicos: de matar, de lesionar, de robar, etc., según el fin o los fines y el conocimiento específicos del sujeto al actuar en el caso concreto y que tengan relevancia típica en el sentido conductual del tipo penal de un delito en particular. El único contenido de voluntad y conocimiento relevantes en la acción u omisión, es el referido al tipo. En cuanto que el sujeto sepa y se decida actuar conforme a la previsión de los elementos del tipo penal. Con independencia de que conozca de su existencia en la ley.⁶⁹⁶ De aquí entonces que para los efectos del CPF, el CPDF y el CPC:

⁶⁹⁶ Ver en este trabajo los temas relacionados siguientes: CAPÍTULO QUINTO, núm. V: "La conducta «evidente»"; núm. VI: "La conducta con «comprensión del significado social del fin»", y núm. VII: "Las nuevas posturas del CPF y el CPC sobre la conducta". CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO, núm. IV: "Conducta antijurídica y su relevancia penal", y núm. V: "Conducta antijurídica y conducta típica". CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO, núm. III: "No hay delito sin culpabilidad".

Tan en lo que atañe al daño o al peligro lesivos al bien jurídico, como en los casos donde un elemento *normativo* del tipo penal de un delito tiña a la acción de tal modo que implique el conocimiento de la ilicitud del hecho, o bien con una especial valoración jurídica o cultural, el elemento normativo cultural, de desvalor o jurídico atraparé para el dolo a dicho segmento —que de otra manera podría considerarse de la culpabilidad—, para el efecto de que el sujeto conozca las circunstancias fácticas de las que se deriva el elemento «normativo» y capte el significado o sentido jurídico, cultural o de desvalor del tipo —en la esfera paralela del profano— de la conducta que realiza.

Ello incumbe igualmente a cualquier “*forma activa de intervención típica*”, con relación a las que el CPC de manera expresa se acoge a un criterio en parte «funcionalista» como el aquí sostenido, cuando parafraseando a Roxin, en la propia *Exposición de Motivos* se puntualiza:

(...) por lo que respecta a la participación: ésta con seguridad presupone una acción, en la cual se toma parte. Pero esto no se deriva de la esencia de la acción. Sino del contenido del «significado» del concepto de participación. Y, asimismo, de la esencia de la acción tampoco se puede deducir de qué clase ha de ser la conducta del autor. Porque el concepto de acción, aunque se le entienda de modo final, no tiene un contenido preexistente ontológicamente. Antes bien, sólo se puede averiguar qué requisitos son exigibles en cuanto a cualidades del hecho principal». Es decir, a partir de los preceptos relativos a la participación y de las particularidades del correspondiente tipo penal de cada delito en particular.

Las consecuencias de tales concepciones van mucho más allá de meras cuestiones metodológicas. Pues no se trata nada más de saber si el conocimiento de los elementos «normativos» que contenga el tipo penal se deban abarcar por el dolo o sólo por la culpabilidad. En éste último caso, porque no pertenecerían al dolo el conocimiento de algunos elementos «normativos», sino a la culpabilidad. Porque de ubicarse el discernimiento de esos elementos «normativos» en la culpabilidad: **1)** Sería suficiente con que el agente tenga la «*posibilidad*» razonable de conocer el sentido normativo de su conducta para que, en tal aspecto, pudiera ser culpable. Y sin que para ello sea preciso que aquél haya conocido —como parte del dolo— las circunstancias de significado normativo —aunque fuere en la esfera del profano—. **2)** En tanto que si esa comprensión como parte del dolo se refiere al mismo tipo penal: Entonces sí será necesario que el agente conozca la circunstancia fáctica que motiva el carácter normativo del elemento típico penal y, además, que capte el significado del elemento aunque sea en la esfera paralela del profano. Y por lo tanto, será insuficiente la mera «*posibilidad*» de conocerlos. Lo cual limita más al poder punitivo del Estado y procura mayor seguridad jurídica, dadas las amplias formulas legales para decidir la posibilidad de conocer la ilicitud penal de la conducta que arbitran los artículos 15-VIII-b) y 66-in-fine del CPF, 29-VIII-b) y 83-párrafo-segundo del CPDF y 48-I, 49, 51-I y 52 del CPC.⁷⁰⁰

Lo mismo se debe concluir con relación a la «omisión» en los “*tipos penales omisivos dolosos*” sean de simple conducta o de resultado, y con inclusión de aquellas formas de intervención típica que admitan a la «omisión» —con la salvedad a la que me referí—. En efecto, en el ámbito típico, a la omisión dolosa (que implica conocer y decidir omitir) siempre se le debe primero conectar con el conocimiento de las circunstancias del caso concreto que motivan el deber de actuar y con aquellas que hacían posible realizar la acción debida y, en su caso, evitar el resultado o la lesión jurídica. Así se estimado ya en la tesis siguiente:

DOLO EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN DE UN DELITO, PARA QUE EXISTA ES NECESARIA LA DECISIÓN DEL AUTOR DE PERMANECER INACTIVO. Para que exista dolo en un delito por omisión, el autor tiene que, por una parte, conocer por lo menos la

⁶⁹⁹ *Exposición de Motivos del CPC*, p. 275

⁷⁰⁰ Al respecto, hay una comente actual que discrepa escrupulosamente con estas consecuencias. Uno de sus principales exponentes es Francisco Muñoz Conde en España. Me ocupo de sus argumentos principales en los CAPÍTULOS NOVENO Y DÉCIMO, relativos al dolo y la culpa como elementos del tipo penal.

posibilidad de una intervención que impida la producción del resultado y, por otra, tener la disposición de asumir la lesión del bien jurídico como consecuencia del propio comportamiento; de otra manera faltarían los elementos característicos del dolo, es decir, conocimiento y voluntad. En este sentido, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, cuando no está probado en autos la decisión por parte del ahora quejoso (voluntad) de dejar que las cosas sigan su curso a la vista de una evolución peligrosa, verbigracia, dejar todos los días las averiguaciones previas que tiene a su cargo en la oficina, en condiciones que denoten la probabilidad de su pérdida por no haber un lugar especial donde puedan guardarse. En tal supuesto, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, a lo sumo es posible deducir que el quejoso produjo un resultado típico que previó confiando en que no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado, porque al no representarse al borde de la conciencia la acción ordenada, resulta evidente la falta de decisión.⁷⁰¹

Mas con la limitación de que el «conocimiento» del «deber jurídico» que se viola es ámbito que el CPC deja a la culpabilidad. No así respecto al CPF y al CPDF que omiten esa salvedad. Así se deriva del artículo 37 del CPC, el cual a su vez se conecta con la fracción I del artículo 49 del CPC. Donde con relación a la «culpabilidad» en los delitos dolosos se exige que el sujeto tenga o pueda tener conciencia de la ilicitud penal de su conducta. La cual entonces implicará, tan a la conciencia de quebrantar el deber de actuar, como a la conciencia de la relevancia penal de ese quebrantamiento respecto al hecho concreto. Sin embargo, cabe reiterar de nuevo que esas consideraciones no deben llevar a la falsa creencia de que para el dolo será innecesario que el sujeto conozca las circunstancias fácticas de las que surge su deber jurídico de actuar en los tipos de omisión. Pues estas circunstancias fácticas *si se deben abarcar por el dolo*. Ello es así porque el conocimiento y voluntad sí se deben referir a “la situación concreta que motiva el deber de actuar y la posibilidad material de realizar la acción u omisión debida y, en su caso, la objetiva posibilidad material de evitar el resultado de ajustarse el agente al deber jurídico”; según se deriva del propio artículo 37 del CPC, con relación al artículo 16 y la ubicación sistemática de ese «deber jurídico» dentro del capítulo del tipo penal en el mismo CPC. Por ejemplo, para que se tipifique el delito de omisión de auxilio necesario, es preciso que el agente perciba las circunstancias y el peligro de los cuales deriva la necesidad del auxilio para el necesitado y aquellas que le permiten brindarlo. Lo que para los efectos del dolo será innecesario, es que el agente sepa que con su omisión viola su deber jurídico de asistencia y menos la trascendencia penal de esa trasgresión, pues ese conocimiento o la posibilidad del mismo ya será parte de su culpabilidad. De este modo, la *Exposición de Motivos del CPC* explica:

(...) por lo que respecta a las omisiones sólo será concluyente la afirmación de que no hay omisiones dolosas porque falta una causalidad que el omitente pudiera controlar. Pero ¿es eso cierto? Si alguien mata a otro con pistola, el apretar el gatillo; es decir, el proceso material como tal; sólo fundamenta la causalidad. Pero el dolo no se encuentra en su dedo. Sino en su cabeza. Consiste en el cálculo previo y en la aprehensión del sentido social de ese suceso precisamente. Y sólo en ello. Ahora bien, ambas cosas son posibles también por parte del omitente. Si alguien deja voluntariamente ahogarse a un niño que cae a la bañera, aunque no sepa que estaría obligado jurídicamente a salvarle de la muerte, en ese caso ha calculado previamente el resultado y ha comprendido su significado social. El dolo está constituido en este caso exactamente igual que en los hechos comisivos; sólo que su objeto inmediato es distinto, en vez de hacer algo debido, deja de hacerlo cuando podía actuar evitando el daño del bien.⁷⁰²

Por lo que en los tipos penales de «omisión» dolosa —sean de simple conducta o de resultado (comisión por omisión) — importará examinar como parte de la omisión típicamente relevante: Si la persona se percató **1)** de las circunstancias de hecho de las que surge su deber de actuar. Además, **2)** La objetiva posibilidad material de realizar la acción u omisión debida y que el sujeto perciba esa posibilidad. **3)** Y, en caso de figura típica de resultado: la objetiva posibilidad material de evitar aquél, de ajustarse el agente al deber jurídico, así como que

⁷⁰¹ Materia: Penal. Clave: I.2o.P. , Núm.: 48 p. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 582/2000. 15 de mayo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Olga Estrever Escamilla. Secretario: Alfonso Pérez Daza.

⁷⁰² *Exposición de Motivos del nuevo CPC*, Apdo. V, secc. 10, p. 321.

éste capte esa posibilidad. **4)** Asimismo, tan en el CPC como en el CPF y el CPDF: la voluntad y el conocimiento de los demás elementos que contenga el tipo penal del delito en particular, con inclusión de otros normativos, en su caso; los que, además, se deberán concretar objetivamente. Y una vez que en la esfera típica se verifique lo anterior, en la culpabilidad se examinará si la persona: **1)** Pudo conocer su deber de actuar —si se trata del CPC— y en cualquier caso, que igual pudo saber la trascendencia penal de su omisión. Y, además, **2)** Pudo ajustarse a Derecho.

Ya se volverá al respecto cuando se trate el error acerca de los elementos normativos del tipo y los llamados errores de subsunción.

— V —

Los elementos subjetivos específicos del tipo penal

También pertenecen al tipo subjetivo las palabras o expresiones de la figura típica que refieran o impliquen un «especial» conocimiento del sujeto o de su *contenido de voluntad*. A estas expresiones se les llaman elementos "subjetivos específicos" del tipo penal.

Así, son ejemplos de tipos penales delictivos que hacen referencia a un *conocimiento específico*: el presentar en juicio un acto jurídico apócrifo "*conociendo*" de su falsedad en la simulación en procedimientos judiciales. Usar un documento falsificado con "*conocimiento*" de su falsificación en el uso de documentos falsos. Ayudar al delincuente con "*conocimiento de esta circunstancia*" a eludir a la autoridad en la obstrucción a la justicia por encubrimiento. En su turno, son ejemplos de tipos penales delictivos que refieren o implican un especial *contenido de voluntad*: el de obstrucción a la justicia por servidor público, en cuanto requiere que el servidor público "*deliberada y maliciosamente*" impida, retarde o dificulte una determinación judicial. El de fraude de acreedores, en cuanto que el colocarse en estado de insolvencia debe ser "*con el objeto*" de eludir las obligaciones respecto a los acreedores. El falso testimonio, en cuanto es necesario que el testigo falte a la verdad "*maliciosamente*"; etc. Asimismo, ciertos verbos que describe la figura típica —al igual que ciertos medios y circunstancias de modo y ocasión que se contemplan en ella, o en sus modalidades atenuantes o agravantes— a veces tienen una *raíz subjetiva que se haya implícita*. Es decir, requieren de un conocimiento o ánimo específicos que el tipo no contiene de manera expresa, pero que se deducen de su interpretación contextual. Por ejemplo en el robo del CPF. Pues aunque el tipo penal de ese código no lo menciona, el "apoderamiento" de la cosa ajena mueble se debe realizar con "*ánimo de apropiación*"; esto es, *de comportarse con la cosa como si se fuere su dueño*, porque de otra manera faltaría un criterio claro de distinción entre el robo propiamente hablando y el robo de uso. El "*engaño*" en el fraude lleva implícita la *voluntad de obtener la cosa o el lucro por medios falaces*. El acto *erótico* conlleva el *ánimo lúbrico* en el atentado al pudor. En su turno, no bastará que se robe en un lugar que se incendia, sino que se "*aproveche*" el incendio para ello. (Ocasión.) O que se utilice la violencia en la cópula, sino que la violencia (medio) se realice "*para*" imponer la relación carnal contra la voluntad del pasivo, en la violación.

Por otra parte, la doctrina distingue entre los elementos subjetivos específicos y los elementos de actitud interna trascendente. Estos se caracterizan por un talante, motivo o móvil que deben presidir o impulsar al

sujeto al momento de su conducta y toda vez que no implican el conocimiento sobre alguna circunstancia ni algún especial contenido de voluntad, se sostiene que su estudio pertenece a la culpabilidad. Como sería el caso de los motivos depravados en el homicidio. Empero, no resulta tan claro cuándo se trataría de un simple motivo y cuando de un fin voluntario. Por supuesto que la voluntad final que importa para el dolo es la que se refiere a los demás elementos del tipo penal. Pero es por igual nítido que un elemento interno trascendente apareja cierto contenido en la voluntad de acción que se debe reflejar en la realización del tipo o en la modalidad típica que los contenga. Y en tal sentido ellos son elementos del tipo penal. Por lo tanto, como la ley aparte del dolo se refiere genéricamente a elementos subjetivos como componentes del tipo penal, como tales se deben valorar aquellos que aparejen una actitud interna trascendente y que se lleguen a contemplar en los tipos penales o en sus modalidades agravantes o atenuantes. A esta postura se le podría criticar que impide que esos elementos internos trascendentes jueguen su congruo papel junto con los móviles para valorar la gravedad de la culpabilidad, ya que se violaría el principio non bis in idem al estimar dichos datos respecto de aquella, ya apreciados para decidir la tipicidad. Pero la crítica pasaría por alto que precisamente por eso tales datos ya no pueden tomarse en cuenta a efectos de la gravedad de la culpabilidad, en tanto que el mismo legislador ya los tomó en consideración para fijar la gravedad del hecho descrito en el tipo y, por ende, para decidir su punibilidad legal.

Asimismo, el fin de la acción típica (dolo) se debe diferenciar del móvil del delito, salvo que éste se contenga en el mismo tipo y que, como elemento subjetivo específico, forme filas junto con el dolo. El fin se identifica con "lo que quiso" el agente típicamente, mientras que el móvil se relaciona con el "porqué lo quiso". Es decir, el "móvil" es la razón por la que el agente decide actuar típicamente. En tanto que el "fin" de la acción u omisión típica-penal, es el dolo en sí. Entendido como la voluntad consciente de realizar el contenido descrito en el tipo penal de un delito, con independencia de que el agente sepa de su previsión en la ley penal. Aquél móvil puede referirse a una razón precedente a la acción o a conseguir algo después de la acción, pero no se confunde con el contenido de "fin" de la acción típica. Así, el "fin" en el robo será el apoderarse de una cosa ajena en las circunstancias que describe el tipo penal del robo. Pero el "móvil" del robo podría consistir en la enfermedad propia o de seres queridos, o en la limitada suficiencia del ingreso para satisfacer las necesidades básicas o simplemente por el afán de lucrar o enriquecerse como "propósito posterior" al contenido de "fin" de la acción típica. Pero jurídicamente es incorrecto afirmar que "querer robar" (fin) es "móvil" del propio robo. Ya que además de ser un contrasentido, se confunde al contenido "final" de la acción típica de robar, con el motivo que le pueda dar origen ("móvil"). Que es diferente. De ordinario el móvil no juega un papel dentro del tipo, aunque aquél tiene influencia para ponderar la gravedad de la culpabilidad. Pero si acaso una figura típica o sus modalidades prevén dicho móvil, éste también debe estimarse como un elemento subjetivo específico del tipo penal. Por último:

Es posible distinguir al *elemento* subjetivo específico del dolo.

En ocasiones coinciden parcialmente. Como sucede en el parricidio o en otros homicidios donde a los sujetos activos y pasivos se les cualifica por el parentesco o relación y que exigen el "*conocimiento*" de ese parentesco o relación por parte del activo. Al igual que existe tal coincidencia en todos los ejemplos mencionados en el

primer párrafo de este apartado relativos a un conocimiento específico y en algunos de los relativos a un especial contenido de voluntad. Otras veces la diferencia es más amplia. Por ejemplo, en el robo el elemento «subjetivo específico» es el *“ánimo de apropiarse”* de la cosa ajena (Insito en el apoderamiento.) Y el «dolo» es la *“voluntad y conocimiento de apoderarse sin derecho de aquella y sin consentimiento de quien pueda disponer de la misma conforme a la ley”*. En las injurias el «dolo» consiste en la voluntad y el conocimiento de realizar una conducta que *«manifieste desprecio a otro»*; según el tipo penal en cuestión. Y su elemento «subjetivo específico» será el *“ánimo de ofender”*. En el atentado al pudor violento del CPC, el dolo consistirá en el *“conocimiento y voluntad de emplear la violencia física o moral para la ejecución del acto erótico-sexual”*. Y su elemento subjetivo específico será que se ejerza *“para intimidar de manera suficiente a la víctima y cometer el delito”*, etc.

No obstante esas diferencias, es claro que junto al conocimiento y la voluntad de los elementos objetivos del tipo penal (dolo), para que la conducta sea típica ella deberá involucrar también a los elementos subjetivos específicos que prevea el mismo tipo penal. La ausencia del elemento “subjetivo específico” —en caso de que se implique de manera necesaria o se contemple en la figura típica— es causa de atipicidad por faltar un elemento esencial del tipo penal. Y con ello se excluye al delito. Y en caso que tal ausencia se dé respecto de una modalidad —atenuante o agravante—, ésta no podrá considerarse dentro de la tipicidad de la conducta.

— VI —

La prueba del dolo y de los elementos subjetivos específicos

Cabe precisar que el Código de Procedimientos Penales de Coahuila adopta de manera expresa el sistema de la sana crítica en la valoración de los medios de prueba. Mismo que recoge de manera implícita y defectuosa —lo que facilita la arbitrariedad— el Código Federal de Procedimientos Penales. Y el cual sólo parecería estar ausente en el CPPDF y el cual parece que sólo podría salvarse por la jurisprudencia.⁷⁰³ De acuerdo con tal sistema es admisible que cuando se acredita que una persona realiza una conducta que por su desarrollo e incidentes permita inferir sin forzamiento que aquella decidió realizarla con conocimiento de las circunstancias que prevé el tipo penal; al igual que cuando se acredita que una persona realiza una conducta que, conforme a la experiencia corriente, produce cierto resultado típico penal, quepa entender en sana crítica —por la forma y dinámica de su acción— que la persona quiso o aceptó el evento y, en su caso, la producción del resultado típicos (dolo.) *Salvo que uno o más datos generen duda razonable de que el contenido de la voluntad o del conocimiento discrepe del dolo que requiere el tipo. En cuyos casos se deberá atender si se dio la culpa (si es que el tipo penal la admite), o en su defecto, por virtud de la duda, estarse al principio in dubio pro reo.*⁷⁰⁴

⁷⁰³ El Capítulo XIV del Título Segundo del CPPDF, relativo a la *“Valoración Jurídica de la Prueba”* no tasa los medios de prueba, salvo a la inspección y la documental pública, de lo que se seguiría que el CPPDF se orienta al sistema de sana crítica, lo que parece confirmarse en el artículo 261 de ese Capítulo, al disponer que: *“El Ministerio Público, los jueces y tribunales, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural, más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca...”*. Pero enseguida ese artículo añade: *“...apreciarán en conciencia el valor de las presunciones hasta poder considerar su conjunto como prueba plena”*. Y ciertamente que un sistema que se base en la “conciencia” más que en la razón, se aleja de la “sana crítica”. Por lo que cabría paliar esa expresión con base en la garantía de motivación de todo acto de autoridad que implique molestia o privación de derechos, a efecto de que aquél deba exponer el raciocinio por el que, de acuerdo a los mismos parámetros que da el artículo 261, llega a la conclusión de que hay prueba plena.

⁷⁰⁴ El artículo 49 del CPC dice: *“Para resolver si el agente se condujo culpablemente, se atenderá a sus condiciones personales y a las circunstancias del caso concreto”*. Por su parte el artículo 448 del CPPC dispone que: *“La existencia del dolo como elemento del tipo penal, o de los elementos subjetivos específicos de éste, a falta de prueba directa, se inferirá cuando, según el hecho que se realizó, en sana crítica se entienda que el inculcado lo conoció y decidió y, en su caso, actuó con el elemento subjetivo específico. Así como que quiso o aceptó el resultado, si la figura típica es de resultado. A menos que en*

Posición análoga se puede predicar con relación a ciertos elementos subjetivos específicos expresos o de raíz subjetiva que impliquen cierto fin. Por ejemplo, en el estupro, porque, de entrada, no sería lo mismo una nalgada que sobar o acariciar el glúteo de otra persona sin su consentimiento. Y bien se puede inferir el propósito ofensivo o de menosprecio —y por ende, su carácter injurioso— de muchas palabras malsonantes que con frecuencia se usan en el diálogo en ciertos grupos sociales, según sea el contexto y la dinámica de los hechos en que aquellas se pronuncien.

De todo ello se sigue que es admisible inferir que la conducta y, en su caso, la causación del resultado son dolosos, cuando otro entendimiento diverso al dolo —del conocimiento y del fin típicos de la persona al realizar su conducta objetivamente típica— sea violatorio de la sana crítica según las circunstancias, el contexto y dinámica de la acción acreditada.

Pero lo que sí es inaceptable es llevar la inferencia del dolo a cualquier caso de prueba de los meros datos externos de un comportamiento o del puro curso físico-causal entre aquella y el resultado, si es que según su contexto, dinámica o circunstancias del caso impiden asumir sin forzamiento alguno la existencia del dolo. El pretender una sentencia de condena por delito doloso en esos eventos, importa un aberrante entendimiento al que se opone el principio de la sana crítica como sistema de valoración racional de las pruebas. Además, apareja una solución que vulnera la garantía de presunción de inocencia, pues sólo se debe condenar e imponer penas cuando en el debido proceso penal se comprueba el delito que cometió la persona —y precisamente para que una conducta sea delito es necesario que ella sea dolosa o culposa—.

Y si en cualquier caso la sentencia de condena pasa por alto la prueba del dolo y los principios de la sana crítica que animan la valoración probatoria de su existencia; es decir, suponiendo el dolo aunque haya una o más circunstancias o motivos que indiquen su ausencia y ellos no se puedan descartar conforme a Derecho, se estará actuando contra las exigencias de un estado de derecho al pretender condenas o imponer penas a las personas sin auténtica prueba del delito que sólo presuntamente cometieron. Un somero examen de los expedientes y sus sentencias en las causas penales es suficiente para que se advierta la insidiosa y persistente frecuencia con la que se desatienden las consideraciones anteriores. Es patente la ausencia de motivación de los datos que permitan establecer el dolo; así como la falta de razonamientos válidos para descartar los datos conraindicantes. Pareciera que con relación al dolo todavía estuviere vigente el inconstitucional apotegma que perduró en el Derecho Penal Mexicano durante décadas (1931-84), de que el dolo se presume, sin que importe motivar los datos fácticos probados de los que el mismo se pueda deducir racionalmente y de manera unívoca sin forzamientos, menos aún sin que interese examinar los que pudiere haber en contra. Y por igual es notorio el abandono de agravios contra esas graves formas de proceder en los recursos de apelación que interponen los defensores. ¿Será falta de formación? ¿O será simple resignación ante la pernicioso consistencia de tales pseudo juicios deslegítimos? A lo que se le pueden sumar los escasos defensores públicos y su excesiva carga de trabajo.

cualquiera de los casos anteriores se oponga duda razonable." Y a su vez, con relación a la culpabilidad, el artículo 449 prevé que: "A falta de prueba directa, el conocimiento de la ilicitud penal de la conducta o del hecho; o la posibilidad razonable de conocer tal ilicitud o el deber jurídico de cuidado y de conducirse conforme a derecho, se inferirá en sana crítica de las circunstancias personales del inculpado y del caso concreto que sean conducentes, a menos que se oponga duda razonable. Las que el juzgador motivará en la culpabilidad, como parte del contenido de la responsabilidad penal. Los datos del hecho, de las circunstancias personales y del caso concreto en los que se base el juzgador para inferir el dolo, la culpa y la culpabilidad, reunirán al menos las condiciones de la prueba indiciaria." En tanto que las condiciones de la prueba indiciaria las señala el artículo 446 del mismo CPPC.

El error de tipo como excluyente del dolo

A. La concepción del error de tipo y su tratamiento en el CPF, el CPDF y el CPC. La fracción VIII-a) del artículo 15 del CPF dispone que el delito se excluye cuando: *“Se realice la acción u omisión bajo error «invencible» sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal”*. En tanto que el último párrafo de ese artículo con relación al 66 del mismo CPF, prevén que: *“... si ese error es «vencible» se aplicará la pena del delito «culposo», si el delito admite esa forma de realización”*.⁷⁰⁶ A su vez, el artículo 29-VIII-a) del CPDF preceptúa que el delito se excluye cuando: *“Se realice la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate. Mientras que el último párrafo de ese artículo con relación al 83 del mismo CPDF, prevén que: “... si ese error es «vencible» se aplicará la pena del delito «culposo», si el delito admite esa forma de realización”*. Por último, la fracción II del artículo 42 del CPC señala que hay atipicidad: *“Cuando el hecho se realice por error de tipo penal necesariamente doloso; o por error «invencible» de tipo penal que admita la culpa”*. Además, agrega que: *“Existirá error de tipo cuando circunstancias objetivas originen discrepancia entre el hecho que se decide realizar y el que se realiza; incidiendo la falsa representación sobre cualquier elemento del tipo penal de un delito”*. Asimismo, precisa que: *“es inatribuible al autor o partícipe el aumento de gravedad proveniente de modalidades o circunstancias, si con relación a ellas se conduce bajo ignorancia o error. La falsa creencia de causa atenuante que se origine por circunstancias objetivas; o subjetivas con base objetiva, favorece al autor o partícipe en quien concurra”*. Finalmente prevé que: *“El error de tipo penal que admita la culpa será «invencible» cuando en el caso concreto es imprevisible el resultado que se causa sin decidirlo. Mas si el resultado que se origina en el caso concreto es previsible, el error será «vencible» y se sancionará de acuerdo con la pena del tipo penal culposo del delito que corresponda”*.

Ahora bien, de nuevo se podría ver en el CPC un exceso de dogmatismo al regular el error de tipo. Ya que — se afirmaría— la dogmática no es tarea del legislador. Y también se podría argumentar que se cancela la tarea de aquella dogmática cuando la regulación legal es profusa. En ese sentido parece pronunciarse el insigne penalista y buen amigo, Moisés Moreno Hernández, cuando se refiere ya no precisamente al problema que aquí se plantea, sino a la sistematización que adopta el CPC para el desarrollo de los elementos del delito y las causas que les excluyen. Así, al referirse al proyecto del nuevo CPDF, Moisés Moreno observó que ese código: (...) al no plantear una definición del delito, consecuentemente tampoco adopta una específica sistematización para el desarrollo del contenido de sus elementos, pues ello es tarea de la dogmática; y al seguir en este particular el criterio del código vigente, permite con ello un auténtico e intenso desarrollo de la dogmática penal en torno al delito. Criterio análogo se sigue en relación con las causas de exclusión del delito, al englobarlas en un solo capítulo y no separarlas según su naturaleza, es decir, según el elemento del delito que excluyen, como lo hacen algunos códigos penales estatales que en capítulos separados se refieren a las causas de atipicidad, a las causas de justificación, a las de inimputabilidad y a las que excluyen la culpabilidad

⁷⁰⁶ Los corchetes son míos.

[como el de Coahuila —que Moreno Hernández cita a pie de página—]; es un criterio adecuado, porque, además de permitir la discusión dogmática y el desarrollo de la jurisprudencia, propicia una más libre actuación del juzgador para señalar en cada caso concreto el aspecto negativo que concorra según el criterio teórico más adecuado, y no hacerlo de manera mecánica y sin reflexionar sobre su verdadera naturaleza.⁷⁰⁶ Sin embargo, con independencia de que la primera afirmación del docto penalista sería algo exagerada, pues la dogmática penal en México ha sido tan buena como escasa en los últimos años. Cabe señalar que las formulas del CPC orientan a esa dogmática pero no la anulan. Porque no agotan —ni podrían hacerlo— todos los planteamientos, problemas, incidencias y soluciones que aporta la doctrina del error de tipo al tratamiento del delito y en el mismo tenor con relación a muchas otras categorías y contenidos de la teoría del delito. Por lo demás, es cierto que el CPC puntualiza ciertas posturas que al menos a primera impresión podrían disminuir una evolución del Derecho Penal por la vía de la doctrina y la sana interpretación judicial. Pero también es verdad que el CPC proporciona mayor seguridad jurídica al adoptar definiciones respecto a cuestiones que podrían deducirse en diversos sentidos. Y en tal sentido es preferible el dogmatismo legislativo al voluntarismo judicial. El primero significa seguridad jurídica, mientras que el segundo apareja precisamente lo contrario. Y basta leer las sentencias penales de cualquier parte de la república para percatarse lo muy poco que se plantean o examinan los problemas relativos al dolo y al error de tipo, así como de muchísimos otros problemas dogmáticos. Paradójicamente, con aquellas precisiones el CPC puede propiciar, además, la evolución de la dogmática y la jurisprudencia, dado el pobre estado actual de la mayor parte de la práctica forense y judicial en tal aspecto y del exíguo desarrollo de la misma dogmática penal mexicana. Creo que en el estadio presente de progreso de la dogmática mexicana y en especial por su escasa aplicación en la práctica, es preferible la solución legislativa a determinados puntos que de otra forma quedarían oscuros —aunque la misma pudiere ser superada por otras formulas mejores que aparejen la necesidad de modificar la ley— y más aún, cuando el mismo silencio de ésta favorece la arbitrariedad.

B. La vencibilidad y la invencibilidad del error de tipo. Porque lo que más importa destacar, es que también constituye una falta al principio de legalidad, el que en el CPF y el CPDF se omite regular uno de los relieves principales del error de tipo. Pues el CPF y el CPDF no señalan cuándo el error es "invencible" y cuándo es "vencible" y si acaso esa clasificación es o no es admisible aún tratándose de un error que incida en un tipo necesariamente doloso. Ello es imperativo de seguridad jurídica. Porque cuando la ley concede al Estado el poder punitivo para los hechos que describe como punibles y respecto de éstos la propia ley admite que con ciertas condiciones tal poder punitivo se mantiene o se excluye. Entonces, el que la propia ley regule con la mayor claridad posible en qué consisten las condiciones que fundamentan la punición y cuáles hacen viable alguna causa que excluya al delito, no es más que hacer «eficaz» la garantía de estricta legalidad en los delitos y las penas a través del principio de certeza legal que se deriva de aquella. En vez de dejar en la oscuridad la condición de la punición o de la excluyente —que en el caso consiste en saber en qué consiste la «invencibilidad» o «vencibilidad» del error de tipo— lo que favorece la discrecionalidad judicial. Pues eso es lo

⁷⁰⁶ Moisés Moreno Hernández, *Algunos comentarios sobre el proyecto del Código Penal para el Distrito Federal elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (2001)*, en *Proyectos legislativos y otros temas penales, Segundas Jornadas sobre Justicia Penal*, coordinadores Sergio García Ramírez y Leticia A. Vargas Casillas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, p. 84.

que se propicia por la carencia de una fórmula legal que diga en qué se hace consistir dicha invencibilidad y todavía más preocupante, la vencibilidad del error. Las expresiones “invencible” y “vencible” son así alocuciones “abiertas” en el CPF y el CPDF cuyo contenido conceptual hay que precisar. De todas suertes, coincido con el Doctor Moreno Hernández en que se puede hacer labor dogmática, racional y coherente con base en las normas legales, la que al menos sí es posible de acuerdo con las pautas que regulan al error de tipo en el CPF y el CPDF. En efecto, tratándose de error de tipo en el que el dolo está ausente, cabe ya anticipar lo siguiente:

Cuando objetivamente se actualiza el tipo penal de un delito, la ausencia del dolo por razón del error es insuficiente en todos los casos para predeterminar la atipicidad del hecho. Ello depende de si: A) el tipo penal que objetivamente se realiza admite la culpa o si B) es un tipo necesariamente doloso. (Artículos 15-VIII-a) y 66 del CPF, 29-VIII-a) y 83 del CPDF.) Y ello es como se indica, porque en el primer caso y según aquellos artículos: 1) Cuando el tipo penal admite la culpa y el error es invencible habrá causa de atipicidad. Pero si el error es vencible la conducta será típicamente relevante a título de culpa. Lo cual implica necesariamente acudir a la fundamentación de la conducta como culposa. De lo cual se deduce que en los delitos que admiten la culpa, la invencibilidad del error de tipo estriba en la imprevisibilidad del resultado en el caso concreto; al igual que la vencibilidad del mismo radica en la previsibilidad de ese resultado. Mientras que en el segundo caso: 2) Cuando el tipo penal es necesariamente doloso, el simple error determinará su invencibilidad y, por ende, la causa excluyente de delito.

¿Cómo es posible esto último? Es decir: ¿Cómo es viable que el simple error determine su «invencibilidad» cuando ese error incida sobre alguno de los elementos de un tipo penal necesariamente doloso? Por las razones siguientes:

Primera. De acuerdo con los artículos 66 del CPF y 83 del CPDF la «vencibilidad» del error de tipo tiene su fundamento sancionatorio a título «culposo» sólo si el delito admite esa forma de realización. Por lo que si en el error de tipo la «vencibilidad» del error se debe sustentar en la «previsibilidad» del resultado en el caso concreto y por ende en la «culpa» del sujeto sólo si el delito admite esa forma de realización. Por lo tanto, carece de sentido hablar de fundamentar la vencibilidad de un error con base en la culpa, cuando se trata de un tipo penal necesariamente doloso.

Segunda. Porque sería un despropósito sancionar como «culposo» a un delito necesariamente doloso, lo que no permite la ley. Pues sólo se pueden sancionar como culposos los delitos que de manera expresa señala el artículo 60-párrafo-segundo del CPF y los artículos 19 y 76 del CPDF. Esto es, para los delitos culposos rige el principio de número cerrado (*numerus clausus*.) Principio que establecen dichos artículos en respeto a la garantía de legalidad y al principio de intervención mínima del poder punitivo.

Tercera. Pero aún sería más absurdo sancionar como doloso el hecho típico que se realizó con error, si precisamente por tal error el dolo fue inexistente en ese evento, el cual conforme a la ley debe ser necesariamente doloso.

Cuarta. Porque no se debe pasar por alto que —de acuerdo con los artículos 9° del CPF y 18 del CPDF— el dolo y la culpa son elementos esenciales del tipo penal y del delito. Y si no hay dolo ni culpa, no se pueden integrar el tipo penal ni el delito.

Quinta. Porque cuando el error versa sobre un tipo penal necesariamente doloso, el «simple» error respecto a los elementos objetivos de aquél hace imposible la configuración del dolo y la calidad necesariamente dolosa del tipo penal de ese delito impide juzgar a la conducta como culposa. Dado que si se admitiese que aun sin la fundamentación del dolo ni de la culpa se sancionara a un delito necesariamente doloso “como” si fuere «culposo» —sin serlo— y sólo por virtud del error que habría de estimarse «vencible», se construiría entonces una nueva categoría de tipos penales ya no previstos por la ley ni fundados en la culpa ni en el dolo.

Sexta. Porque de sostener la existencia de un delito necesariamente doloso —y, por ende, que no admite la culpa— cuando falta dolo pero porque habría un error “vencible”: se propugnaría una clase de tipicidad sustentada en la vencibilidad de un error cuyos patrones difusos —y que incluso son inexistentes en la misma ley penal— muy bien propiciarían caer en el castigo por el resultado o en un mero criterio objetivista de desvalor de la acción, pero desatendiendo a ésta como objeto de regulación de las normas penales. Ejemplo: El sujeto paga la cosa con un cheque del que cree por error que tiene fondos. ¿En qué se basaría la “vencibilidad” del error de lo que objetivamente es la obtención de la cosa mediante un engaño —y que según esto sería fraude—? ¿Y en qué habría de respaldarse esa “vencibilidad” cuando el sujeto confunde la cosa ajena con la propia y por ello la toma? Pero aún cuando se encontrasen algunos motivos: ¿Real y jurídico-penalmente que acaso cabría sostener de manera sensata que puede haber fraudes, peculados, administraciones fraudulentas y robos no dolosos? Por ende, si el hecho —de acuerdo con la misma ley— no se puede cometer culposamente —por ejemplo falsedad o desacato (además de los señalados y muchos otros más)— y en virtud de una falsa representación hay discrepancia entre lo que la persona cree conocer y decidir y los demás elementos del tipo penal delictivo de ese hecho, el simple error será motivo para que no se aplique sanción, pues sería un disparate e ir contra Derecho castigar penalmente una prevaricación, un peculado, un desacato, una falsedad, un fraude o un robo como “culposos”, lo cual, además, no permite la ley; y más aún absurdo sería sancionarlos con base en un supuesto error “vencible”, pero sin que respecto a ellos se pueda afirmar que hubo dolo o culpa, los cuales la ley exige como imprescindibles para que una conducta pueda ser delito. (Artículos 8° del CPF, 18-párrafo-primerero del CPDF y 24 del CPC.) Por lo tanto, si el tipo penal es necesariamente doloso; esto es, que no admite la culpa, el simple error determina su «invencibilidad» y excluye tan el juicio de tipicidad como el delito, los que requieren, necesariamente, que haya existido el dolo o la culpa.

Así, como contrapartida del dolo se debe contemplar al error de tipo en tres supuestos distintos. En dos como causa de atipicidad y en uno como causa de atenuación punible a título culposo. 1) El primer supuesto de atipicidad se da cuando el error sea «invencible» y recaiga sobre un tipo penal delictivo que admita la culpa. En tal caso, la «invencibilidad» del error ha de residir en la «imprevisibilidad» del resultado en el caso concreto. Por lo tanto, el error excluye al delito si el resultado no aceptado es “imprevisible”. 2) El segundo supuesto de atipicidad se da cuando el tipo penal que se realiza bajo error es «necesariamente doloso», pues el simple error sobre un delito doloso determina la «invencibilidad» de aquél —que no puede juzgarse con los patrones de un delito culposo— y dicho error excluye al delito. 3) El tercer supuesto ya no de de atipicidad sino de tipicidad se da cuando hay error «vencible» sobre un tipo penal que admita la culpa. En tal caso, la «vencibilidad» del error reside en que el resultado no aceptado que se causa es «previsible» en el caso concreto. Dicho de otro modo, si en un delito que admite la culpa el error es «vencible», aun cuando se elimina el dolo, aquél deja un remanente de culpa que permitirá castigar el hecho a tal título si es que, precisamente, el resultado era previsible.

C. La ignorancia y el error de tipo y su diferencia con el error de prohibición. Dentro del error de tipo se comprende a la ignorancia y al error en sentido estricto. Y aunque una y otro son diferenciables, la distinción no produce efectos jurídicos prácticos en materia de error de tipo —salvo las precisiones que más adelante se harán tratándose de la ignorancia y el error propiamente hablando que incida en elementos normativos del tipo penal—. De aquí que el CPF, el CPDF y el CPC los engloben indistintamente bajo el rubro genérico de “error”. Dicho error o ignorancia deben implicar una falsa apreciación o desconocimiento de las condiciones en que actúa el agente, que apareje una discrepancia entre el hecho realizado y su representación por el agente. En tal orden de ideas:

Existirá error de tipo tan cuando el sujeto en el caso concreto y en virtud de circunstancias objetivas no se percate de la existencia del elemento típico penal de un delito (ignorancia); como cuando por circunstancias objetivas aquél aprecie de manera equivocada el hecho que realiza; percepción que es discrepante con el hecho que contempla el tipo penal (error en sentido estricto.)

Como ejemplos de equivocada percepción de la realidad que incide sobre algún elemento típico se pueden citar el del cazador que dispara contra otro cazador porque lo confundió con un venado (homicidio.) El que cree que firma un esqueleto de su propia chequera cuando en realidad lo hace en la de otro (falsificación.) El que ignora que la cosa es producto de un robo y la adquiere para sí (receptación dolosa.)

De esta manera, si el dolo es el conocimiento de las circunstancias objetivas constitutivas del tipo penal, el error de tipo viene a ser su contrario. En esencia consiste en la ignorancia o la representación equivocada del agente acerca de las características del hecho que aparte del dolo dan relevancia típica a su conducta.

Como consecuencia de esta clase de error, el dolo desaparece. Porque en la conducta falta la voluntad y el conocimiento típicos a pesar de producir un evento objetivamente típico. En el error de tipo no hay congruencia entre el fin y el hecho que se realiza. Pues si bien el hecho se capta objetivamente por un tipo penal, el fin es atípico o al menos típicamente diverso.

El error de tipo se debe diferenciar del error de prohibición y del error de exigibilidad. Los tres tienen como género común la discrepancia entre lo que se realiza y su representación por el agente. Pero la diferencia específica estriba en que en el error de tipo la divergencia se da porque la apreciación del hecho objetivamente típico realizado no se corresponde con él, afectando al dolo, al ignorarse algunas de las características del hecho que son relevantes al tipo o por percepción equivocada de ellas. En tanto que en los errores de prohibición o de exigibilidad, lo que se ignora o aprecia equivocadamente no es el hecho típico en sí, sino su ilicitud o alcance penal; o bien porque se percibe equivocadamente la circunstancia por la que se cree existe una causa de justificación o de inexigibilidad —que en realidad no se da— afectando a la culpabilidad. La salvedad está en los tipos penales dolosos que contengan elementos «normativos» que impliquen el conocimiento de la ilicitud de la conducta que se realiza. Pues en tales casos el error o ignorancia sobre las circunstancias fácticas en que descansan los elementos normativos o sobre la valoración misma de tal clase de elementos elimina al dolo y, por lo tanto, evita que la conducta sea típica; aunque para ello atrape parte de lo que sería un error de prohibición y, por ende, de la inculpabilidad del sujeto. Mas igualmente esta clase de error de tipo (que incide sobre elementos normativos) tiene su salvedad en los llamados errores de subsunción y, en Coahuila, además, respecto al deber jurídico de actuar, según se verá más adelante. Pues hay que

recordar que el «dolo» debe abarcar al hecho tal como lo describa el tipo penal de un delito en particular, con inclusión del conocimiento de las circunstancias que fundamentan a sus elementos normativos. Y como ya se vio, en esos casos la ignorancia que verse sobre el elemento normativo tampoco cabe como «error de prohibición».⁷⁰⁷ Pues tal clase de ignorancia ya deja fuera al dolo. Es decir, cuando conociendo el sujeto la circunstancia fáctica de la que deriva el carácter «normativo» de valor o desvalor del elemento típico, aquél no se represente su alcance jurídico o cultural. Pero no cuando tiene una idea aproximada del mismo —en la esfera paralela del profano— aunque ella no sea exacta, porque la inexactitud en la comprensión del significado del elemento normativo apareja un mero error de subsunción que es irrelevante para excluir el dolo y en tal caso sí podrá estimarse como error de prohibición. (Tema que aclararé y sobre el cual abundaré más adelante.)⁷⁰⁸ Otra diferencia importante estriba en la fundamentación de la vencibilidad del error según sea error de tipo o error de prohibición. La vencibilidad del error de tipo se fundamenta en la previsibilidad del resultado y sólo cabe preguntarse de si existe tal vencibilidad en virtud de la previsibilidad del resultado si el tipo penal admite la culpa. Pues en los tipos penales necesariamente dolosos la mera existencia del error acerca de sus elementos fundamenta la invencibilidad de aquél. No sucede lo mismo con el error de prohibición, ya que la invencibilidad o vencibilidad del error se plantea para cualquier clase de delito y aquella se fundamenta en la razonable conocibilidad o inconocibilidad del carácter penalmente ilícito de la conducta o en la valoración de las circunstancias por las que el sujeto creyó actuar al amparo de la causa de justificación o de inexigibilidad que equivocadamente se representó.

Por lo pronto, el error de tipo excluye al dolo pero deja la posibilidad de la imputación penal cuando dicho error versa sobre un tipo penal que admite la culpa, pues el error vencible permite la imputación a título culposo cuando el resultado es previsible y con la punibilidad que se asigna a la culpa. O bien, si el error de tipo es invencible, excluirá la posibilidad de que se dé el mismo tipo y, por ende, excluye a la tipicidad del hecho y su punibilidad como delito. Por último, los errores de prohibición y de exigibilidad afectan a la culpabilidad, pero dejan intacto al dolo y a la tipicidad. Así, dichos errores excluirán a la culpabilidad cuando sean “invencibles”, pero ella se mantendrá cuando aquellos sean “vencibles”.

C. Los presupuestos para examinar el error. Ahora bien:

Se deberá examinar como presupuestos necesarios de cualquier error: La existencia «objetiva» de todos los elementos de tal clase que contemple el tipo penal de un delito y que son distintos al dolo. (Elo de por sí ya queda claro en el tenor de los artículos 18-párrafo-segundo y 29-VIII-a) del CPDF, en cuanto que el error debe incidir en cualquiera de los elementos objetivos del tipo penal.)

Así antes que ver si hubo dolo o error siempre es preciso examinar que se dio: **1)** La existencia «objetiva» de la forma externa de acción específica o de las circunstancias fácticas que fundamenten a la omisión de la acción debida. **2)** La existencia «objetiva» de todos los demás elementos de tal clase —descriptivos, materiales y normativos— que contemple la figura típica del delito y que son distintos al dolo. **3)** En su caso, de la forma de intervención en su aspecto objetivo, distinta del autor, como condición de realización de la figura típica. **4)**

⁷⁰⁷ Ver Capítulo QUINTO, núm. VI: La conducta con comprensión del significado social, y el número VII. Las nuevas posturas del CPF y el CPC sobre la conducta.

⁷⁰⁸ Ver en este mismo número, el apartado F inciso 6): El error sobre los elementos normativos del tipo penal.

La preexistencia objetiva del bien jurídico y de la lesión o del peligro real de lesión que se originó. Ello es así, en tanto que resultaría ocioso examinar los errores que afectan al dolo como elemento del tipo penal y en su turno a los errores que afectan la culpabilidad como elemento del delito si en el mundo de relación no se dieron los antedichos elementos objetivos del tipo penal. Por ejemplo, será necesario que objetivamente aparezca que el sujeto mató a otro en el homicidio. O que existió apoderamiento de cosa ajena, sin derecho ni consentimiento de quien puede disponer legalmente de ella, en el robo. O que existió cópula mediante engaño con mujer casta y honesta menor de 16 años en el estupro en Coahuila. Etc. Así mismo, será preciso que se dé cierta forma objetiva de intervención típica del sujeto activo que realiza la figura típica y, por ende, condicionada a la verificación de los demás elementos del tipo penal. Así como, en su caso, verificar que se dio la diversa forma objetiva de intervención distinta a la del sujeto activo primario, pues si ésta falta ya sería de sobra entrar a examinar si existió o no existió dolo en el partícipe, como también cuando con relación a éste falte la exteriorización material de su conducta que objetivamente se ajusta a alguna de las formas típicas de intervención distintas a las de los autores. Por último, sería superfluo entrar a examinar el "error", cuando en el caso concreto el bien jurídico protegido fue inexistente o faltó que se le lesionara o se le pusiere en peligro de lesión o está no fuere penalmente significativa. En el primer caso, la falta del bien jurídico predetermina la imposibilidad del daño o del peligro, lesivos, como elemento del tipo penal (Delito imposible.) Y la falta de aquellos o de cualquiera de los demás elementos objetivos del tipo predetermina la atipicidad.

También cabe puntualizar que no todos los elementos del tipo penal distintos al dolo son compatibles con el error de tipo, debido a que la naturaleza misma del elemento lo vuelve inconciliable con aquél. Esos elementos son los de naturaleza subjetiva específica con un especial contenido o dirección de la voluntad. Pero no así aquellos elementos subjetivos específicos que impliquen una motivación o un conocimiento especial con base en una circunstancia fáctica, también llamados de naturaleza mixta, porque en ellos siempre hay un soporte objetivo —como lo puede ser el motivo objetivo que da lugar al móvil o el objeto de especial conocimiento— en el cual puede incidir el error y fungir como razón relevante para inconfigurarlos en ciertos eventos. El error de tipo es también inconciliable con la naturaleza misma de la "inducción", pues la descripción legal de esta forma de intervención excluye la hipótesis de que el sujeto pudiese ignorar o tener una percepción falsa del carácter con el que "determina" a otro "para" que cometa el delito. En tanto que en la *inducción* "culposa" que prevé el artículo 20-III del CPC, aunque puede faltar la representación del resultado si se exige que el inductor culposo "conozca" las condiciones en que se realiza la conducta culposa que lo causa. Por otra parte en Coahuila está la *omisión fundada en principios de convivencia social en un tipo penal de resultado* (artículo 36-párrafo-tercero del CPC.) Pues de acuerdo con ese precepto la omisión sólo será penalmente relevante: "...si el resultado es inminente y seguro, el sujeto lo «*advier*te» y lo puede evitar sin riesgo para él u otros". Ello implica que el sujeto activo necesariamente «*advier*ta» la situación de hecho que origina la inminencia y certeza del resultado —de la cual surge el deber jurídico de actuar— y decida no evitarlo cuando puede hacerlo. De tal suerte que si el sujeto no se percató de la situación de inminencia, faltaría esa condición para que nazca el deber jurídico de actuar que configura a la "omisión" como típicamente relevante en esos casos. Más cabe precisar que de haber una percepción equivocada del agente respecto a la situación de "inminencia", ese error debe derivar de una circunstancia objetiva. Pues no bastaría una pura consideración subjetiva ajena a los principios de la sana

crítica. Por ejemplo, sería insuficiente para excluir a la omisión como típicamente relevante, cuando un niño de escasos meses de edad cae a una pila de agua con muy poca profundidad y el agente, no obstante que ve cuando el menor cae y yace en el fondo, permanece en el lugar y omite ayudarlo porque cree que alguien más lo podría hacer. Empero, si el agente no percibe el resultado como inminente, porque no ve al menor cuando cae y luego, por lo turbio del agua, sólo alcanza ver la silueta de alguien en el fondo, a quien confunde con la de un niño mayor que podría estar buceando, sin dar importancia al hecho; ello basta para excluir a la omisión como típicamente relevante. Iguales consideraciones cabe hacer con relación a las situaciones de "garante" y todas aquellas que según las fuentes jurídicas del deber de actuar se han de dar en la realidad para que exista un omisión penalmente relevante (artículos 7°-párrafo-segundo del CPF, 16 del CPDF y 34 y 36 del CPC.) De todas suertes, a lo largo del apartado siguiente se mencionarán ejemplos de elementos mixtos con preponderancia subjetiva en los que es posible que se dé el error.

En efecto, ahora corresponde examinar los supuestos en que la falsa apreciación es compatible con la existencia objetiva de los restantes elementos esenciales para la punibilidad del tipo que se realiza. Al respecto, cabe tener presente que será elemento "esencial" del tipo penal todo aquel que sea necesario para atribuir punibilidad al hecho, según el delito de que se trate. Por lo tanto, serán esenciales los elementos «permanentes» y, además, los «contingentes» en la medida en que éstos últimos se describan o impliquen de manera necesaria en la figura típica o en los dispositivos que la amplifican. Por lo tanto —con excepción de los casos en que el error es incompatible con la naturaleza del elemento del tipo penal, según se examinó en este apartado— el error de tipo del sujeto activo puede incidir: **1)** En la naturaleza de su acción u omisión. **2)** En cualesquiera de los elementos descritos en la "figura típica" que no sean subjetivos específicos de especial contenido o dirección de la voluntad; o en sus "modalidades" (en este último supuesto para decidir de qué forma influye el error respecto al incremento o disminución de la punibilidad legal y no para su exclusión.) **3)** En el daño o peligro jurídico. **4)** En la existencia misma de las formas típicas de intervención. Y del cual nos ocuparemos luego al examinar esas formas de intervención.

E. El error sobre la naturaleza de la acción u omisión. Aunque en la mayoría de los casos la acción deja de tener sentido típico doloso desde el momento en que hay una representación equivocada del agente acerca de las características del hecho que dan relevancia típica a su conducta, de tal modo que cuando hay error de tipo en muchos de los eventos ya no puede hablarse realmente que hay una "acción" en el sentido de un tipo determinado, bien sea de matar en el homicidio, de engañar en el fraude, de apoderarse de la cosa ajena sin derecho en el robo; aún así es posible hablar convencionalmente de un error que incida sobre la misma acción que describa o implique el tipo penal y que, por consecuencia, se proyecte a los demás elementos típicos o a parte de ellos. Como también puede enfatizarse el error según él incida de manera más específica en otro elemento del tipo penal excluyendo al delito. Ya que el error puede recaer sobre cualquier elemento esencial que integre el tipo penal, según se desprende los artículos 15-VII-A) del CPF, 29-VIII-a) del CPDF y 42-II del CPC. Así, cabe distinguir en un primer momento, los supuestos de error en la "acción", de cuando aquél caiga en una "omisión". En la primera hipótesis puede haber error respecto a la naturaleza material misma de la acción o de su potencialidad causal. En estos casos, el sujeto cree hacer algo, cuando en realidad su hacer es

diverso a su representación. Lo que puede consistir en una creencia falsa acerca de la naturaleza material de su acción o en la ignorancia de la potencialidad causal de ella (lo cual no es sino una variación del caso anterior.) Por ejemplo: el sujeto cree que encenderá la luz, cuando en realidad activa el detonador de una bomba colocada lejos de él, que explota y causa daños. (Error sobre la naturaleza material de la acción.) El sujeto cree que dispara una pistola con cartuchos de salva, cuando en realidad contiene proyectiles que causan la muerte de otro. (Error sobre la potencialidad causal de la acción.) En esos ejemplos, falta el dolo en las "acciones" de daños y de homicidio, como elementos del tipo penal. Mas igualmente es posible que el sujeto erre sobre la naturaleza misma de su acción que objetivamente aparezca de manera diferente a su representación como sucede cuando el sujeto libe un cheque sin fondos suficientes creyendo que los hay por error de cálculo en el saldo de la chequera (artículos 387-XXI del CPF y 233-XIII del CPDF.)

En los diversos supuestos de errores respecto a la omisión, el sujeto activo ignora o percibe de manera diversa el hecho del cual surge su deber de actuar. Y que objetivamente viola con su omisión. Por ejemplo el sujeto activo al no tener conocimiento del citatorio (error por ignorancia), omite comparecer ante la autoridad que lo citó (desacato.) O el sujeto que deja de prestar el auxilio posible cuando de noche transita por un solar sin alumbrado y por ser sordo no oye las peticiones de ayuda del necesitado (omisión de auxilio.) Así mismo, en estricta técnica es admisible hablar de un error en tipos penales de resultado por "omisión", cuando el sujeto debido a circunstancias fácticas no se representa el resultado material descrito en el tipo. Mas al faltar la representación del resultado, el error sobre el deber jurídico de actuar implicará que el caso se pueda tratar como un delito culposo y bajo las reglas legales que definen la existencia de la culpa, si es que el tipo penal la admite y el resultado es previsible. Por otra parte, en Coahuila y conforme al artículo 36 del CPC, el conocimiento del deber jurídico de actuar no puede estimarse como materia del dolo, ni por ende, el desconocimiento de tal deber puede ser materia de un error de tipo. Empero, ello no impide que pueda haber error de prohibición cuando el sujeto se representa el resultado típico, pero desconozca la existencia del deber jurídico de actuar y por ello omite realizar la acción debida. Por ejemplo, conforme al artículo 36 del CPC, si el sujeto es dueño de una barda que por su deterioro puede causar daños al derrumbarse y omite repararla por creer equivocadamente que sólo estaría obligado a hacerlo si un juez lo condena a ello. En tanto la barda se derrumba por aquella avería y daña la propiedad de un tercero. Cabe puntualizar empero, que tratándose de la omisión aparentemente violatoria de un deber jurídico de actuar fundada en un hacer precedente que determinó el riesgo, el error deberá recaer sobre la existencia del riesgo creado por el omitente. O de la entidad de dicho riesgo que es la fuente del deber. Es decir, no percibiendo el riesgo o percibiéndolo como menor de lo que es y omitiendo por ello realizar la acción debida. Imaginemos que el sujeto cierra con llave la puerta de un cuarto que carece de otra salida y después oye que alguien está dentro pero omite abrirle y se va sin dar importancia al hecho, porque confunde al cercado con un conocido del cual sabe trae llave y cree que bromea.

F. El error sobre otros elementos descritos en la figura típica o circunstancias típicas que se conecten a ella. Asimismo, es posible distinguir otros supuestos de error de tipo según los demás elementos objetivos sobre el que él incide, como son los siguientes:

1. El error sobre la calidad del sujeto activo o pasivo. En estos casos el sujeto activo ignora o percibe falsamente su "calidad" o la "calidad" del sujeto pasivo que señala la figura típica. Por ejemplo: los hermanos que tienen relación sexual sin saber de su parentesco, pues desde su nacimiento se les dio en adopción a distintos adoptantes. (Incesto en los artículos 272 del CPF, 181 del CPDF y 326 del CPC.) Cuando el error recae en un sujeto a quien la ley caracteriza por alguna circunstancia destacada que aparece como determinante para la lesión jurídica o la punibilidad del hecho, el error del sujeto activo será relevante para excluir el dolo. Por ejemplo, el sujeto que yace con una mujer en el domicilio conyugal de ésta, ignorando que es casada. (Adulterio en los artículos 273 del CPF y 327 del CPC.) El sujeto que mediante engaño tiene cópula con una persona que —por sus características físicas y porque ella y las amigas de ella se lo dijeron— la cree de 18 años de edad o más, cuando en realidad tiene menos de 18. (Estupro en los artículos 262 del CPF y 180 del CPDF.)

El error sobre el sujeto "cualificado" también puede recaer en alguna circunstancia destacada, cuya lesión jurídica aparece como determinante para disminuir la punibilidad del hecho o para incrementarla, con relación a la que prevé el tipo penal "básico". Así cuando el sujeto actúa con el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos del tipo penal básico pero ignora la circunstancia por la cual se agrava la punibilidad del tipo, de todas suertes se concretan los elementos para punir por el tipo básico aunque faltarán los necesarios para incrementar la pena con base en la modalidad agravante. Ejemplo la violación de un incapaz mental sin saber de esta particularidad no impide la realización del tipo del artículo 384 del CPC pero si imposibilita la agravante del mismo que prevé el artículo 387 del mismo código. Ahora bien, el error sobre alguna "calidad" del sujeto u objeto que sea determinante para la reducción penal, podrá ser relevante para excluir el dolo del tipo penal "básico" y sancionar el hecho con la punibilidad del tipo penal "privilegiado". Ejemplo: el padre que informado erróneamente del día del nacimiento de su hijo, mata al pequeño por padecer graves deformaciones, creyendo que tiene menos de 72 horas de nacido, cuando en realidad tiene más de ese tiempo. (Infanticidio en el 356 del CPC.) Supuesto en el que el dolo de infanticidio absorbe al de homicidio, circunstancia que beneficiará al sujeto con la penalidad correspondiente (solución que expresamente se adopta en la fracción II del artículo 46 del CPC.) Nótese que el error en sentido inverso sería irrelevante para excluir el dolo del tipo "básico". Es decir, cuando recaiga sobre una "calidad" inexistente del sujeto pasivo u objeto material que sería determinante para convertir al tipo "básico" en uno "complementado" (agravado.) Por ejemplo, el sujeto activo cree matar a su padre sin que éste lo sea. En éste caso, objetivamente faltaría la "calidad" del sujeto pasivo que es a la vez "objeto material" y presupuesto necesario para la tipicidad del parricidio. Sin embargo, subsiste el tipo penal doloso de homicidio. Al respecto cabe mencionar que no hay paz en la doctrina en cuanto el caso anterior se deba tratar como homicidio. Se afirma que lo importante es el desvalor de la acción y no el desvalor del resultado. Por lo tanto, habría parricidio en grado de tentativa. Ahora bien, esa postura desatiende la realidad objetiva del tipo penal; a la cual primero se deben ajustar la conducta y el hecho típicos. Igualmente, que el aumento de la pena se da no sólo en atención al desvalor de la acción desligada de la situación en la que aquella ha de tener lugar, porque el mismo desvalor específico de la acción de parricidio depende de que alguien prive de la vida a su padre o al menos lo coloque en peligro de morir. Mismo desvalor que falta en el caso. La postura de que sólo importa el desvalor de la acción sin atender a las demás condiciones de las que

surge la tipicidad, conlleva, además, tendencia al autoritarismo. Porque entonces se puniría por lo que el Estado considere desvalioso aunque no dañe ni ponga en peligro (lesivamente) a un bien jurídico. La siguiente tesis del TSJC resume las consideraciones que se expusieron:

ERROR DE TIPO. ES RELEVANTE PARA EXCLUIR AL DOLO, SIEMPRE Y CUANDO RECAIGA EN ALGUNO O ALGUNOS DE LOS ELEMENTOS "ESENCIALES" DEL TIPO PENAL. El dolo es por "regla general" un elemento "constante" requerido para la tipificación punible de toda figura delictiva. Pues de la propia ley se desprende que todos los delitos son dolosos y sólo por excepción legal expresa (sistema de "numero cerrado") pueden ser culposos. En el anterior orden de ideas, conforme a la ley, el dolo debe abarcar a todos los restantes elementos del tipo penal. Y mientras el dolo (como elemento del tipo penal): consiste en conocer y decidir realizar las circunstancias constitutivas del tipo penal de un delito en particular. Con independencia de que el sujeto conozca o no de su existencia en la ley. O de la ilicitud penal de la conducta que realiza. Cuestiones estas que por lo general atañen a la culpabilidad. El error de tipo viene a ser el equivalente contrario al dolo. Su elemento negativo. Pues en el error de tipo el agente tiene una representación falsa de las características del hecho que objetivamente realiza. Hecho que, en el mismo sentido objetivo, se adecua al tipo penal de un delito en particular. La falsa representación puede versar sobre cualesquiera de los elementos o circunstancias y modalidades del tipo penal contemplado en el Código Penal. Siempre y cuando en el caso concreto resulten "esenciales" en la previsión legal del hecho para configurar a la conducta como punible. En tal línea de pensamiento: el error puede versar exclusivamente sobre algunos elementos del tipo penal básico. Lo que originaría la atipicidad de la conducta. O bien puede discurrir sobre algunas circunstancias agravantes. O sobre las que convierten a un tipo penal en complementado. Pero sin que él exista respecto a los elementos del tipo penal básico de ese delito. Tal clase de "error de tipo sobre circunstancias agravantes", al eliminar al dolo respecto a la circunstancia agravante o a la que complementa al tipo penal básico: impedirá la actualización de la agravante o del tipo penal complementado. Pero al permanecer intocado el dolo sobre los elementos del tipo penal básico: ello será suficiente para la punibilidad del hecho, conforme a la asignada por la ley para dicho tipo penal básico delictivo. Es decir, el dolo sobre la circunstancia agravante o sobre alguna de las que "complementan" al básico (agravándolo), será "esencial" sólo respecto a no sancionar el hecho con la punibilidad agravada. Pero es "inesencial" para que opere la del tipo penal básico. Pues respecto de éste el dolo quedó intocado. Mas, como se dijo inicialmente, si el error incide sobre un elemento descrito en el tipo penal básico del delito en particular, el hecho deja de tener relevancia penal. Pues el error versa sobre un elemento que por ser "constante", o siendo "variable", si está descrito en la previsión legal de la figura delictiva en particular y sin el cual el hecho dejaría de tener relevancia penal. Por lo tanto, dicho elemento, sea "permanente" o sea "contingente", si deviene "esencial" para la punibilidad legal del hecho. De aquí entonces que existiendo error sobre una circunstancia agravante, pero permaneciendo intocado el dolo sobre los elementos típicos "esenciales" para la punibilidad del hecho de un tipo penal básico, éste aún continúa siendo típico y, por tanto, punible.⁷⁰⁹

2. El error sobre el objeto material. (Error en el objeto [en sentido estricto].) En el error sobre el objeto, el sujeto tiene una percepción equivocada de la cosa sobre la que recae su conducta como "objeto material" que describe o implica el tipo penal del delito. Es importante diferenciar los siguientes casos de error en el objeto material:

En el primer caso, el error recae sobre la «naturaleza» del objeto material: El sujeto activo puede confundir al objeto material que el tipo describe de forma genérica, con otro objeto esencialmente diferente. Ello elimina el dolo de aquél. Ejemplos: el sujeto activo cree que le dispara a un venado, cuando en realidad le tira a una persona, causándole la muerte (homicidio.) El sujeto, con el fin de que se expongan públicamente, transporta en un paquete cerrado retratos de actos obscenos, creyendo que se trata de fotos de paisajes porque así se le informó. (Ultrajes a la moral pública en su modalidad de transportación de fotografías obscenas con el fin de exponerlas públicamente en el artículo 298 del CPC.)

En el segundo caso, el error incide sobre la «identidad» del objeto material: El sujeto activo no se desorienta acerca de la naturaleza del objeto material, sino que confunde su identidad. Lo cual no elimina al dolo, porque el error no altera la voluntad y el conocimiento del sujeto activo acerca del "objeto material" sobre el que recae su conducta y que sí describe el tipo penal de manera genérica. Ejemplos: el sujeto activo mata a Pedro, al creer que es Juan (error en identidad de la persona.) El sujeto activo se apodera de un collar

⁷⁰⁹ TSJC, Sala Penal, T P., 790/95, sentencia 205/96, 9 de mayo de 1996, unanimidad de votos. Ver Antonio Berchermann y Efrén Ríos Vega, *Teoría Penal, Actualización I*, Editorial U. A. de C., Saltillo, Coahuila, México, 1998, T. I., pp. 322 a 324.

creyendo que es de diamantes, cuando en realidad son cuentas de vidrio (error en la identidad del objeto en sentido estricto.) Así se desprende también de la siguiente tesis del TSJC:

ERROR EN EL OBJETO. CUÁNDO EL ERROR SÍ EXCLUYE AL DOLO Y CUÁNDO ES IRRELEVANTE TÍPICAMENTE. Si para que exista dolo es necesario que el sujeto se decida a actuar conforme a la previsión de los elementos del tipo penal de un delito. Con independencia de que conozca de su existencia en la ley. Se impone entonces la necesidad de diferenciar los efectos jurídicos que produce el error cuando: 1. Recae sobre un "objeto" (error en el objeto) diferente al individualmente querido o aceptado, pero típicamente equivalentes. De cuando: 2. Recae en objetos o resultados sustancialmente diferentes (inequivalentes) a los queridos o aceptados. En el primer caso, el error es irrelevante para excluir al dolo. Porque permaneció inalterado el conocimiento y la voluntad del sujeto de incidir sobre una cosa o sujeto ("objeto") de igual naturaleza que el previsto en el tipo penal del delito. Es decir, la falsa apreciación no implicó que variara el objeto y resultado queridos con los previstos en el tipo; o bien no recayó sobre la identidad específica o particular de aquellos que tuviese relevancia en el plano típico. Así, en vez de matar a Pedro se mata a Juan por confusión. En cuyo caso subsiste la coincidencia entre la voluntad de privar de la vida a otra persona ("objeto" y "resultado" previstos en el tipo penal de homicidio); con el "objeto" sobre el que objetivamente incidió la conducta ("persona") y con el "resultado" objetivamente producido ("muerte" de la persona). O el sujeto cree apoderarse de dólares cuando en realidad se apodera de pesos. En cuyo caso subsiste la coincidencia entre la voluntad de apoderarse de cosa ajena mueble (objeto previsto en el tipo penal de robo) con el objeto realmente apoderado. En el segundo caso. Es decir, cuando el error versa sobre un objeto o resultado sustancialmente diferente —inequivalente— al contemplado en el tipo penal de que se trate, el error sí excluye al dolo de esa figura típica: En vez de lesionar a Pedro se da muerte a un animal. En este caso, la voluntad de lesionar a otra persona (objeto y resultado previstos en el tipo penal de lesiones) es sustancialmente discrepante con el objeto en el que incidió la acción y con el resultado que produjo. Pues en vez de recaer sobre una persona, incidió sobre un animal. Y en vez de inferir lesiones se produjo la muerte.⁷¹⁰

En el tercer caso, el error recae sobre la «calidad» del objeto material. Por ejemplo: El sujeto se apodera de cosa "ajena", confundiéndola con la propia (robo.) Con relación a la "calidad" del sujeto ya se vieron ejemplos del error sobre la calidad del sujeto pasivo. Y respecto a la "calidad" personal o de la cosa que sea de carácter «normativo», el error sobre la misma se verá más adelante. Respecto a todo lo dicho también son ilustrativas las siguientes tesis del TSJC:

ERROR DE TIPO EN EL ROBO: EXCLUYE AL DOLO DE ROBAR. El apoderamiento material de un objeto será inconstitutivo del tipo penal de robo, no obstante que recayó en cosa mueble ajena, sin derecho y sin consentimiento de quien legítimamente podía disponer de ella, si precisamente el sujeto carecía del dolo de robar. Elemento éste que es necesario para la punibilidad del hecho. De tal suerte que la conducta es atípica si en virtud de un error que recayó sobre el objeto material, el inculpaado creía que la cosa le pertenecía, al tomarla.⁷¹¹

ERROR DE TIPO SOBRE OBJETO INEQUIVALENTE: ES RELEVANTE PARA EXCLUIR EL DOLO. Para que el error sobre el objeto o el resultado tengan trascendencia para excluir al dolo, aquél debe versar sobre el carácter esencial del objeto material o el resultado, referidos expresa o implícitamente en el tipo penal. En caso contrario, el error es intrascendente para excluir al dolo, porque la voluntad y decisión del sujeto permanece sin tocar respecto a la calidad o naturaleza del objeto previsto en el tipo penal delictivo. En otras palabras, será necesario que falte equivalencia entre el dolo y algún elemento esencial del tipo. Lo que no sucede cuando se mata a Juan al confundirlo con Pedro. Así, es preciso que se yerre sobre la naturaleza o calidad del objeto o resultado previstos en el tipo penal, en tanto que tal divergencia sí tendrá relevancia para excluir al dolo. Porque en este supuesto el sujeto activo confunde al objeto material o el resultado descrito en el tipo, con otro «esencialmente» diferente. En tales casos, existe inequivalencia de objetos o resultados. Por ejemplo, como errores sobre el objeto que son trascendentes para excluir al dolo: El sujeto creyó que disparaba a un animal ajeno, cuando en realidad lo hacía respecto de una persona, causándole la muerte. (Homicidio.) O el sujeto se apodera de cosa "ajena" confundiéndola con la propia. (Robo.) O una persona yace con otra que es casada en la casa de ésta, creyendo que es soltera. (Adulterio.)⁷¹²

3. El error sobre el curso causal en un tipo penal de resultado. (Error en el golpe.) Mientras que el error en el objeto implica una confusión del sujeto activo que incide sobre la naturaleza, la identidad o la calidad de la persona o cosa (objeto material) que describe el tipo penal y sobre las que recae la conducta; en el error en el golpe tal confusión no existe.

⁷¹⁰ TSJC, Sala Penal. T. P., 790/95, sentencia 205/96, mayo 9 de 1996, unanimidad de votos. Ver Antonio Berchelmann y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., T. I, pp. 327 y 328.

⁷¹¹ TSJC, Sala Penal. T. P., 251/96, sentencia 05/97, 14 de enero de 1997, unanimidad de votos. Ver Antonio Berchelmann y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., T. I, p. 332.

⁷¹² TSJC, Sala Penal. T. P., 79/95, sentencia 205/96, 9 de mayo de 1996, unanimidad de votos. Ídem, op. cit., T. II. I, p. 329.

En el error en el «golpe» si bien es verdad que la discrepancia se relaciona con el objeto y/o con el *resultado* querido o aceptado, el cual es diverso al objeto sobre el que recae la acción o al resultado que ella produce; también lo es, que dicho error se da en virtud de una *desviación del curso causal de la acción y no de una confusión acerca del objeto*.

Es decir, se trata de un «extravío» de la acción que recae en un objeto material diferente al que se dirige —aunque éste no sea esencialmente distinto al que prevé el tipo penal—, o que causa un resultado distinto al querido o aceptado —donde éste puede ser esencial o inesencialmente disímil al resultado que prevé el tipo penal—. Por ejemplo el sujeto activo quiere lesionar a Pedro y dispara en contra de él; pero el proyectil lesiona a otra persona. O el sujeto quiere lesionar a Pedro pero lo mata. O el sujeto quiere matar a Pedro pero mata a su perro que se interpone entre ellos.

Por consecuencia, en el “error en el golpe” el resultado o resultados no queridos ni aceptados se producen en virtud de un «descarrío» no querido ni aceptado del curso de la acción. Pero sin que al realizar la conducta exista confusión del activo respecto a la naturaleza, la identidad o la calidad del objeto material. En tal sentido, el error en realidad incide sobre el nexo causal y no sobre el objeto o no nada más en el resultado. De aquí entonces que —para inicio de cuentas— tales casos de error en el golpe no se deben tratar como un evento de «confusión» acerca de la identidad o de equivocación acerca de la naturaleza o de la calidad del objeto. (“Error en el objeto”).

Por otra parte, el error por *desviación causal* (error en el golpe) se debe también distinguir de los casos en los que hay una *interrupción real o aparente del nexo causal*, no querida ni aceptada. En estas hipótesis en realidad hay dolo en tanto que no hay discrepancia de la voluntad con el resultado querido que se produce, ni tampoco con la dirección de los medios que se emplean y el curso de los mismos, aunque lo que sí podría estar en tela de juicio es la existencia misma del nexo causal como elemento objetivo del tipo penal. Ejemplo: La interrupción del nexo causal será aparente cuando el agente deseando que su víctima se ahogue la avienta al mar, la cual se mata antes de llegar al agua, al golpearse el cráneo con los riscos que se encuentran en la pendiente. Toda vez que los peñones no operaron por sí mismos para excluir el nexo causal, sino que fue la misma fuerza del impacto que se originó porque el agente aventó a la víctima. Distinta es la estimación en el caso que relata Malo Camacho: (...) si una persona quiere causar la muerte de otra y, a dicho efecto, intentando envenenarlo, se propone darle arsénico, pero al hacerlo equivoca los frascos y en lugar del arsénico le administra un antibiótico que genera la muerte de la persona en la medida que ésta última es alérgica a ellos, en tal caso se esta frente a una desviación relevante del curso causal que sí destruye el dolo.⁷¹³ El aserto de que falta el dolo es correcto, aunque creo que la falta de dolo por error en tal evento se podría fundar mejor porque aquél incidió sobre la naturaleza objetiva de la conducta que se realiza, la cual en los delitos de resultado implica siempre el empleo de medios para producirlo, con independencia de que estén o no estén descritos en el tipo penal. El error sí existe, pero incide sobre el nexo causal sólo de manera indirecta porque el extravío del curso causal se debe al yerro sobre la naturaleza del medio concreto que se elige desde antes, esto es, cuando se da la acción —y que después origina el curso causal—: (el sujeto eligió equivocadamente el antibiótico que luego suministra.)

⁷¹³ Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, op. cit., p. 362.

Ahora bien, en los casos que realmente se conocen como error en el golpe —y que cierto sector de la doctrina llama “*error en el proceso de ejecución de la voluntad*” en vez de “*error por desviación causal*”— se distinguen principalmente dos situaciones, según se trate de: **a) Error en el golpe con resultado equivalente**. Y, **b) Error en el golpe con resultado inequivalente esencial para excluir el dolo**.

a) El error en el golpe con resultado equivalente. En el error en el golpe con resultado equivalente, el resultado querido se produce en un objeto de igual especie del aquél al que se dirige la acción, más debido al descarrío de la acción ese resultado no se da en el objeto que realmente se quería y sin que éste se haya confundido por el autor. Por ejemplo, el sujeto activo dispara en contra de Juan, pero yerra en la puntería y lesiona a Pedro que se encuentra a un lado de Juan. En tal caso no existe divergencia entre el resultado producido y el querido; el cual es el mismo que contempla la figura típica. Como tampoco la existe entre el objeto sobre el que recayó la conducta y el objeto querido. Y, además, la discrepancia de ningún modo es de identidad por confusión de personas. Todo lo cual en tal caso sería irrelevante para excluir el dolo. Sino que: *En tales eventos la discordancia estriba en la desviación no aceptada de la «dirección» de la acción. Esto es, el error incide en el nexo causal.*

El supuesto anterior se podría tratar de solucionar de dos formas: **La primera solución parte de la postura dualista**. Ella sostiene que en tales casos existirá una tentativa con relación a la persona o cosa respecto a la que falló el golpe y un tipo penal culposo con relación a la persona o cosa en la que el golpe se produjo, si es que el resultado no aceptado era previsible. Se aduce que la solución dualista presenta como deficiencia que cuando el resultado producido fuere imprevisible quedaría impune el evento. Crítica con la que surge **la segunda solución —de carácter monista—**. Ésta sostiene que el dolo del autor no se altera por la divergencia de sujetos u objetos, en virtud de ser un error en el golpe con objeto y resultado equivalentes. Es decir, que el golpe se produce en un mismo objeto material que el tipo penal contempla genéricamente. Como también el resultado querido o aceptado por el agente es el mismo descrito en el tipo penal. Por lo tanto, según la postura monista, se configura sólo un tipo penal doloso consumado. A la solución monista se le critica que incurre en contradicción al subordinar el carácter doloso al resultado y, sin embargo, no se haría así cuando el error produzca varios resultados equivalentes y el sujeto activo se representó sólo uno. Mas la postura unitaria replica que el carácter doloso de la acción no se hace depender del resultado; sino de lo que el sujeto activo quiso o aceptó. Sin embargo, la postura dualista a su vez objeta a la unitaria con las tres duplicas siguientes:

Primera. La postura dualista destaca que cuando hay varios resultados —un querido o aceptado y otro no—: resulta congruente con la doctrina del dolo que al activo sólo se le deba atribuir como doloso el hecho querido o aceptado y no el diverso resultado producido, que no quiso ni aceptó. Mismo que sólo se le podría atribuir a título culposo, si hubiere sido previsible. Sin embargo, ésta duplica deja subsistente la réplica de que si el tipo no cualifica al resultado, homicidio por ejemplo, no hay discrepancia entre el resultado que prevé el tipo y el que se produce, para de ahí sostener la falta del dolo y asentar así el error vencible como punto del cual se partiría hacia la culpa. Segunda. Pero otra objeción que plantea la postura dualista a la postura monista—y que la versión «monista» es incapaz de responder— consiste en que la tesis monista pasa por alto que en los

casos de error en el golpe no se trata de una discrepancia entre el resultado querido o aceptado y el producido, sino de una «desviación del curso causal» que motiva una divergencia «esencial» en la «dirección» de la voluntad. Pues hay que recordar que la voluntad no solo implica a un fin. Sino que «para llegar a ese fin», la voluntad también aparece una «dirección» u «orientación» de la conducta. Por ende, si el error de tipo puede incidir en cualquiera de los elementos del tipo penal y el «nexo causal» es uno de esos elementos, el error que incida en tal aspecto, «desviándose el curso de la acción» a un resultado no querido ni aceptado, la acción no se puede reputar como dolosa. Podrá ser culposa, si aquel error fue vencible. Porque la vencibilidad del error de tipo reside en la previsibilidad del resultado, de tal manera que si éste es previsible en el caso concreto, la conducta será culposa. Tercera. Por último, la postura dualista sostiene que es falso que la conducta del sujeto activo quede impune si se sigue su solución dual. Porque la conducta sólo quedaría como tal en casos excepcionales. Habida cuenta que, además de que sería extraordinario que se dé la imprevisibilidad del resultado; más aun lo sería la posibilidad de la alegada impunidad, porque también se tendría que dar la ausencia de la tentativa punible. Y si así fuere, ello no es más que ajustarse a los principios limitadores que se derivan de la tipicidad y la legalidad en el delito en un estado de derecho. En otras palabras, el error en el golpe por «desviación de la acción» incide sobre el nexo causal el cual sí es elemento del tipo penal cuando se trata de figura típica de resultado. De aquí que en el ejemplo de que se mate a una persona cuando se dirigió el golpe contra otra cercana a ella, haya un homicidio en grado de tentativa —respecto del resultado querido o aceptado que no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente—. Y un homicidio culposo, respecto al resultado no querido ni aceptado que sí se produce que en el caso concreto era previsible causar.

No obstante, —aunque se trata de un criterio anterior al nuevo CPC en el que ya se colocó al error de tipo dentro de las causas de atipicidad y se le reguló de manera más clara—, en la siguiente tesis del TSJC se adoptó la solución «unitaria» —aunque en ella incorrectamente se implicó que el nexo causal no sería un elemento objetivo del tipo penal de homicidio; o que siéndolo, el error que incida sobre aquél sería irrelevante para excluir al dolo—. ⁷¹⁴

ERROR EN LA IDENTIDAD DEL OBJETO O DE LA PERSONA QUE SEAN DE LA MISMA ESPECIE ("EQUIVALENTES") ES IRRELEVANTE PARA EXCLUIR AL DOLO: SÍ EN EL TIPO PENAL DEL DELITO DE QUE SE TRATE EL SUJETO Y EL OBJETO MATERIAL SON INDIFERENCIADOS O SIN CUALIFICAR. Si el agente en el caso concreto quiso robar dinero, cuando en realidad se apoderó de documentos, esta confusión sobre el "objeto" es irrelevante para excluir al robo como hecho típico doloso. Porque en la tipificación punible del robo la ley se abstiene de distinguir la calidad de la cosa mueble ajena (objeto) sobre la que recae el apoderamiento. Igual conclusión se obtiene si el agente desea matar a una persona y priva de la vida a otra. Bien sea por confusión en la identidad del objeto (error en el objeto.) O por desviación no querida del curso causal de la acción (error en el golpe.) Sí de todas suertes la relación causal subsiste. Pues el tipo penal de homicidio sólo requiere de la privación de la vida humana por otro, con independencia de la desviación causal o de la identidad o calidad del objeto, sea cosa o persona (sujeto pasivo de la acción.) En suma, los casos de error en la identidad que recae en un "objeto equivalente" (de la misma especie), o de error en el golpe con objeto o "resultado equivalente" (de la misma especie); sin que el tipo penal cualifique al objeto o al resultado; o cualificándolo, el error no incida sobre la calidad típica; son irrelevantes para excluir al dolo. ⁷¹⁵

b) El error en el golpe con resultado inequivalente esencial para excluir el dolo. La segunda situación: en la que el resultado querido o aceptado no se da y el que se da —sin que se quisiera ni se aceptara

⁷¹⁴ Debo señalar que participé —como magistrado ponente en la Sala Penal— en la tesis que transcribo. Así mismo, debo admitir que hasta ahora advierto lo que creo fue un error de juicio: El no distinguir entre el error en el objeto por «confusión de la identidad» y el error en el golpe con objeto y resultado equivalente pero por «desviación causal» de la acción y considerando que aquél afecta a un elemento del tipo penal, cual es el nexo causal y la voluntad final.

⁷¹⁵ TSJC, Sala Penal, T. P. 790/95, sentencia 205/96, mayo 9 de 1996, unanimidad de votos. Idem, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., pp. 328 y 329. Idem. op. cit. p. 329

según se desprenda en sana crítica— resulta ser sustancialmente inequivalente. Por ejemplo, el sujeto dispara en contra de Juan, pero da muerte al perro de Juan, que en ese momento se interpone entre ellos. En ese escenario el resultado típico producido —el daño al perro ajeno— se podrá atribuir culposamente al sujeto activo si el error era “vencible” y, asimismo, habrá homicidio en grado de tentativa con relación al dueño del can. En ésta situación, además del delito culposo se puede configurar la tentativa punible respecto al resultado querido y no producido (homicidio de Juan en el ejemplo): siempre y cuando en el evento concreto se den los elementos típicos de aquella.

4. El error en el resultado. Paso ahora al error con resultados inequivalentes donde no necesariamente hay desviación del curso de la acción, aunque también podría haberla en algunos casos. Ahora bien, cuando se produce un resultado típico sustancialmente diferente al que se quiso o se aceptó, habrá que distinguir tres situaciones, dos de ellas con soluciones distintas.

a) El error en el resultado mayor al querido. La primera: cuando el sujeto activo decida realizar un hecho que capta un tipo penal que admita la culpa, pero produce un resultado típico “mayor” al que desea o acepta y aquel es previsible para el agente. En cuyo caso el resultado mayor devendrá culposo.

En ese supuesto, si acaso hay identidad del titular del bien protegido no sería correcto sostener que también habría un delito en grado de tentativa con relación al resultado menor que no se produjo por causas ajenas a la voluntad del agente. Ello es así porque el concurso de la tentativa con otro delito de resultado depende de la relación que guarden entre sí los bienes jurídicos posibles de lesionar y sus titulares de tal modo que puedan co-existir. Pues sólo habrá un concurso “aparente” de —tipos— delitos, pero sin que en realidad concursen —ni puedan concursar— cuando el aparente delito de peligro —tentativa— queda ya de por sí excluido si en vez de darse tal peligro para el bien a éste se le daña y se trata del mismo titular. Por ejemplo: El sujeto activo decide lesionar a Juan que se encuentra borracho, propinándole un golpe en la cara, que motiva que Juan caiga y muera al fracturarse el cráneo. (El resultado típico querido fue una lesión y el que se produce es más grave y sustancialmente diferente: la muerte.) De aquí que si sólo se quiere o acepta lesionar a Juan pero en vez de ello se le mata: no podría afirmarse que, además del homicidio, hubo un delito de lesiones en grado de tentativa, porque se incurriría en el desatino de aplicar la ley penal inexactamente por falta del peligro al bien jurídico, en virtud de que en el caso concreto se originó un daño (privar de la vida), sin que se quedara en mero peligro de dañar la salud. Estos casos los trató el CPF y el CPC hasta 1988 bajo la denominación de delitos “preterintencionales”. Y algunos códigos estatales —como el de Nuevo León— aún continúan tratándolos con esa denominación. Sin embargo, de acuerdo con los lineamientos que se esbozaron, respecto al CPF, el CPDF y el CPC habrá en realidad un delito culposo y sólo si el resultado no aceptado era previsible según las condiciones en que se actuó.

b) El error irrelevante con resultado menor al querido (delito en grado de tentativa.) La segunda situación se da cuando el sujeto activo causa un resultado típico menor al deseado. Caso en el que el delito queda en grado de tentativa. Por ejemplo el sujeto quiere matar a otro pero sólo lo logra lesionar. Evento en el

que el desvalor típico de la acción reside, además, en el peligro a la vida del lesionado en el que la acción lo colocó (y a quien se le quería matar.) Aún así, en esos eventos en realidad el error es irrelevante, toda vez que quien al realizar su acción quiere el daño de un bien acepta el necesario peligro del mismo.

c) El error con pluralidad de resultados típicos. Hipótesis en las que el sujeto activo no se representa ni acepta todos los resultados. Por ejemplo: el sujeto activo dispara en contra de Juan a quien lesiona, pero el mismo proyectil también lesiona a Pedro. El sujeto activo dispara al perro del vecino, pero el proyectil, además de herir al tuso, lesiona al vecino. En tales eventos, además del tipo doloso consumado con relación al resultado querido o aceptado; el o los resultados no queridos ni aceptados podrían ser culposos si el error hubiere sido "vencible". O atípicos si el error hubiere sido "invencible". Mas también ambos resultados podrían ser dolosos (sin que haya error), como cuando el sujeto sabía de la potencia del proyectil y la posición del primer objeto con relación al segundo, de tal modo que dadas aquellas circunstancias y aunque el sujeto no hubiere querido causar el segundo resultado, en sana crítica se deduzca de manera inequívoca que aquél sí lo aceptó (dolo eventual.) Con relación a esos supuestos es ilustrativa la siguiente tesis del TSJC:

ERROR EN EL GOLPE CON RESULTADO INEQUIVALENTE (DE DIFERENTE ESPECIE AL RESULTADO QUERIDO O ACEPTADO): EXCLUYE AL DOLO RESPECTO AL RESULTADO PRODUCIDO. Y SI EL ERROR ES VENCIBLE Y SE TRATA DE TIPO PENAL QUE ADMITA LA CULPA, EL RESULTADO TÍPICO DEBE SANCIONARSE COMO DELITO CULPOSO. En los supuestos de error en el golpe con resultado inequivalente o de distinta especie, al realizar la acción el sujeto se propone un resultado típico diferente al que produce. Como acontece en el caso, en que el inculcado realizaba su acción con dolo de homicidio en contra del pasivo, cuando el hijo del inculcado trató de desviar dicha acción para impedir que privara de la vida al ahora occiso. Lo que motivó que el activo errara y lesionara a su propio hijo, para enseguida con una acción diversa matar a su enemigo. Pues es claro que el inculcado al realizar su acción tenía dolo de matar y no simplemente de lesionar. Y, no obstante, con relación a su hijo produjo un resultado típico (lesiones) sustancialmente menor y diferente al deseado y aceptado (homicidio) Por lo tanto, la acción errónea que produce un resultado contemplado en un tipo penal que objetivamente se configura, diverso al querido y que también tenía significación típica, puede o no ser punible. Será punible, como acontece en el caso, si el tipo penal objetivamente realizado admite la culpa y el error es vencible. Porque según las circunstancias y dinámica de la acción que se juzga, el resultado producido resultaba previsible al autor de la conducta, toda vez que sabía que su hijo tal vez intentara interponerse y, por ende, era previsible que en tales condiciones podría errar el golpe en perjuicio de su hijo y no obstante decidió actuar esperando que aquél no lo hiciera. Por lo que las lesiones se deben sancionar como culposas.⁷¹⁶

5. El error sobre los medios utilizados o acerca del modo. La utilización del "medio" de ejecución o del "modo" para realizar la acción que describe la figura típica, implica que el sujeto activo sepa que se vale específicamente del "medio" o que emplea el "modo" que el tipo penal del delito señale, para así imprimir a la acción la especial dirección o potencia causal que aquél apareja. Esto es, a través del «medio» de ejecución o con el "modo" que se describa. O dicho de otra manera, es necesario que en la acción exista el especial contenido de voluntad de realizarla con el "medio" que describa la figura típica del delito. Por ejemplo: la "violencia" en la cópula, tratándose de violación; o el "engaño", "furtividad" o "violencia" en la ocupación, tratándose de despojo. En el anterior orden de ideas, si el sujeto ignora o percibe equivocadamente las circunstancias de hecho por las que no se percata de que utiliza el "medio" descrito en la figura típica en el sentido que esta le asigne, la equivocada percepción le hará perder la significación típica que el "medio" imprime a la acción. Por ejemplo el sujeto activo *ocupa* ("acción") un lote de terreno, diciendo al vigilante que el poseedor del lote le dio permiso, cuando en realidad dicho consentimiento lo recibió de otra persona quien falsamente se hizo pasar por el poseedor (despojo por engaño.) Aquí, se podría suponer que quien "ocupó" el

⁷¹⁶ TSJC, Sala Penal, T. P., 790/95, sentencia 205/96, mayo 9 de 1996, unanimidad de votos. Ver Antonio Berchelmann y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., p. 330.

lote ("acción" del tipo penal de despojo) objetivamente lo hizo a través de un planteamiento falso de la realidad ("medio" para la acción típica de despojo). Pero en realidad el sujeto activo no realizó la acción de "engañar" al vigilante según lo que él había percibido. Por ende, no se condujo con voluntad mendaz sino que él mismo fue objeto de ella la cual le hizo incurrir en una creencia falsa. De lo que se sigue, que cualquier error respecto al "medio" impedirá la configuración del dolo como elemento del tipo penal, constituyéndose en causa de atipicidad.

6. El error sobre las circunstancias de lugar, tiempo u ocasión. El agente puede tener una percepción equivocada del "lugar" o del "tiempo" en que realiza su conducta y que se captan por el tipo penal. Por ejemplo: el sujeto activo se introduce sin permiso a la dependencia de una casa que cree sin habitar, pero en la que vive el mismo vigilante de ella. (Allanamiento de morada, con error respecto a circunstancia de "lugar".) El agente del Ministerio Público que sustituye en turno a otro y prolonga por más de 48 horas la retención de un indiciado, en virtud de creer —según el informe del agente del Ministerio Público del turno anterior— que el indiciado tiene menos de aquél tiempo en retención. (Abuso de autoridad, con error respecto a *circunstancia* de "tiempo".) En su turno, las circunstancias de "ocasión" son situaciones que el autor aprovecha como motivo para realizar su acción típica. De tal suerte que el "error" del agente que incida sobre una circunstancia que pudiera aparecer como "ocasión", debido a su naturaleza mixta —objetiva-subjetiva— en realidad impedirá la configuración misma de ese elemento del tipo penal. Constituyéndose en causa de atipicidad.

7. El error respecto a las modalidades y complementos de la figura típica penal. Ya se vio como el "error" puede incidir sobre una circunstancia atenuante o agravante. En el mismo sentido, se vio como el "error" puede incidir sobre una circunstancia que la ley toma como determinante para configurar a un tipo penal "complementado" o "privilegiado". Sentado lo anterior, es necesario distinguir ahora los casos siguientes:

El primero. El error sobre circunstancias que aumentan la punibilidad o que configuran a un tipo complementado (agravado.) El error sobre su existencia es relevante para excluirlas, en virtud de que el conocimiento de dichas circunstancias es exigencia del actuar doloso. Por ende, dicho error impide el aumento de penalidad que de aquellas circunstancias se deriva. Ejemplo: Al sujeto activo que ignora que es su descendiente a quien viola, no se le puede aplicar el aumento de penalidad por "violación prepotente o incestuosa". Quien ignora que el documento ajeno del que se apodera forma parte de un protocolo público, no podrá aplicársele la penalidad del robo agravado por esa circunstancia.

El segundo. El error sobre circunstancias que excluyan o atenúen la punibilidad, o que configuran un tipo penal privilegiado (atenuado). En el que se deberá distinguir si se trata de "condiciones personales" o de "modalidades" atenuantes. Pues las causas "personales" de exclusión o disminución de la pena operan con independencia del conocimiento o del error del sujeto a quien benefician. Basta que la persona tenga la calidad que la ley contempla como necesaria, para excluirla de la penalidad asignada al tipo o para que opere a su favor la disminución punible. Ello es así, porque en las condiciones personales de exclusión o disminución de la pena, no decide el conocimiento del sujeto activo, sino exclusivamente la

existencia o inexistencia de ellas. Ejemplo. La circunstancia atenuante que se deriva del hecho de ser menor de dieciocho años de edad al cometer el delito que prevé el artículo 9° del CPC. Por tanto, será irrelevante que el sujeto activo ignore que tiene menos de 18 años, para que opere a su favor la reducción penal con base en dicho artículo. Si el hijo roba a su padre, creyendo equivocadamente que la cosa pertenece a otro, de todas suertes sería aplicable la causa legal de excusa si así la previese la ley.

El tercero. El error sobre una circunstancia mixta —objetiva-subjetiva— atenuante. El mismo se podrá dar cuando la circunstancia de la última clase se describa o se implique en la ley como "razón" de la atenuación. De tal forma que la representación del autor de su concurrencia es determinante para que se disminuya la pena, bien sea como simple "modalidad" atenuante de la figura típica de un delito o como tipo penal privilegiado (atenuado.) Ahora bien, bastará con que el sujeto tenga dicha representación aunque sea falsa para que opere la atenuación. Ello es así, porque aun cuando se yerre sobre la circunstancia que origina su "motivación", ésta —que es real— es la determinante para la disminución penal. Por ejemplo, el aborto consentido atenuado sólo se configura como tal cuando concurren los "motivos graves" que la ley señala. El sujeto activo puede causar el aborto en virtud de creer que el producto sufre graves deformaciones genéticas o congénitas, debido a que padece antecedentes hereditarios ciertos que las provocan y hay indicios médicos de que el nonato las padezca. Y es irrelevante si luego aparece que el producto no presenta dichas alteraciones. En otras palabras, si el sujeto se representa una circunstancia que en la "modalidad" típica se contempla de manera preponderantemente subjetiva, para que la misma opere basta su representación por el autor para que se le reconozca. Sin ser necesaria su existencia objetiva. Mas en sentido contrario no sucede así. Es decir, cuando el sujeto realiza un hecho que se puede captar dentro del marco objetivo de una modalidad atenuante, pero sin que se represente su aspecto subjetivo, tal ignorancia no lo beneficia. Por ejemplo, el sujeto activo da muerte al hijo cuando nace, sin saber que es fruto de un acceso carnal violentamente impuesto, caso en el que habrá homicidio y no un infanticidio de acuerdo con el CPC.

En el error sobre circunstancias "mixtas" atenuantes (objetivas-subjetivas), es insuficiente la simple creencia de obrar por los «motivos» que la ley señala para disminuir la punibilidad. Sino que es necesario que dichos motivos tengan realmente la significación social y cultural que la ley tome como razón para que opere la atenuación. Por ejemplo, no basta que el sujeto activo repunte como suficiente motivo de "emoción violenta" el observar a su cónyuge en relación carnal con otro, cuando sabe que en ese momento el cónyuge es objeto de una violación; lesionándole o privándole de la vida. Pero si el sujeto activo ignora que media la imposición violenta en la relación carnal —de la que recién se entera— y priva de la vida al cónyuge, se puede estimar que la ira está respaldada por el proceder grave e injusto del cónyuge en la perspectiva errónea del sujeto activo. En otros casos de error sobre circunstancias atenuantes de carácter mixto, como lo es la riña, son ilustrativas las tesis siguientes de la SCJN y del TSJC:

ERROR EN EL GOLPE. NO EXCLUYE LA RIÑA. (ABERRATIO ICTUS). Si en la especie resultó muerta una persona que no participaba en la riña. Además, resultó con lesiones leves otra persona que no participó en ella; con motivo de los disparos efectuados por el acusado. Tales hipótesis no excluyen el estado de ilicitud y de ánimo de la riña en que se encontraba el sujeto al realizar con

voluntad el hecho descrito en la norma penal, toda vez que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que el error en el golpe producido en riña no modifica la situación jurídica del activo.⁷¹⁷

HOMICIDIO EN RIÑA, ERROR EN LA PERSONA A QUIEN SE QUERÍA DAÑAR. Aunque la contienda no se haya establecido entre el homicida y su víctima, por haber cometido un error el delincuente, respecto a la persona a quien quería dañar, el delito debe ser considerado a través de todas y cada una de las circunstancias en que se desarrollaron los hechos que llevaron al reo a delinquir, de manera que si la riña existió entre el delincuente y aquél a quien quería dañar y se causó la muerte de un tercero, completamente ajeno a la contienda, este error en el golpe no quita al homicidio su característica de homicidio en riña y sancionarlo como homicidio simple, importa una violación de garantías.⁷¹⁸

7. El error sobre los elementos normativos de la figura típica. Acerca del error que incide sobre los elementos normativos existen múltiples puntos de vista. En tal virtud primero precisaré mi postura y enseguida expondré las opiniones más relevantes al respecto,

a. La postura que aquí se mantiene. El dolo no se limita al conocimiento del hecho y sus circunstancias fácticas, según se contemplen en el tipo penal, porque cuando el legislador pune una conducta puede requerir el conocimiento del sentido normativo de la acción por parte del autor para que éste merezca la pena. El legislador puede estimar así en el tipo circunstancias «normativas» que acoten a la conducta sin desnaturalizarla y, asimismo, en realidad el legislador siempre involucra en el tipo al menos un elemento normativo cual es la lesión o el riesgo de lesión al bien jurídico que protege. Así, no se trata de cualesquier conducta la que le interese al legislador para los efectos típico-penales. Sino sólo aquellas que, por reunir las características que acuña en el tipo penal, se deban sancionar penalmente.

Si esto es así, entonces lo único que tiene sentido denominar dolo es a aquél 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 del tipo penal de cada delito. En consecuencia, si el tipo penal incluye algún elemento normativo, las circunstancias que le den motivo y su significación —en la esfera del profano— se deberán comprender dentro del dolo en la acción de la persona que realice el tipo o intervenga en su realización. Y si respecto de ellas existe error, en prelación lógica antes que la inculpabilidad faltará la tipicidad por ausencia de dolo.

El sentido jurídico-social que el legislador emplea con relación a los tipos penales se debe vincular con la captación del sentido del tipo por el sujeto al que la norma se dirige. Ello significa que *los contenidos de significación especial del hecho según los elementos normativos del tipo deben formar parte de la comprensión del agente y del sentido de su conducta.* Sin embargo, la afirmación anterior no debe llevar a la confusión tan frecuente de estimar que falta el dolo —y, por ende, que hay error de tipo— cuando el sujeto tenga una noción acerca de algún elemento normativo que sea discrepante con la que se desprende realmente de la ley o de la interpretación jurisprudencial del concepto, si es que en el caso concreto el sujeto no yerra sobre las circunstancias fácticas que le dan origen y capta el sentido de valor o desvalor del hecho que realiza conforme al elemento normativo que contenga el tipo penal. A tal fenómeno se le llama por la doctrina “**error de subsunción**”. Dicho error podrá ser de prohibición —debiendo tratarse como tal y no como error de tipo— en la medida que la idea falsa se traduzca en que el sujeto crea que su conducta es lícita o que no está penalmente prohibida. Mas la equivalencia exacta del concepto jurídico o cultural del elemento normativo con el que capta la persona es innecesaria para que se configure su dolo con relación a tal elemento normativo del tipo, si es

⁷¹⁷ TSJC, Sala Penal. T. P., 117/96, sentencia 366/96, junio 20 de 1996, unanimidad de votos. Ver Antonio Berchelmann Anzpe y Efrén Ríos Vega, *Tests Penales, Actualización I...*, op. cit., T. I, pp. 325 y 326.

⁷¹⁸ S. J. F., Quinta época, Tomo LXXXI, p. 1794.

que aquella al realizar su acción conoce las circunstancias constitutivas de aquél y aprehende el sentido de valor o desvalor de tal elemento típico.

No es ocioso destacar que no es infrecuente que el legislador mismo refiera en la figura típica expresiones que de ordinario se estiman como descriptivas o materiales y que, por ende, no serían normativas. Lo cual a veces es inexacto, porque la interpretación de muchos de esos elementos típicos depende del sentido de su regulación legal. En ello tiene toda la razón Jakobs, cuando observa que ya desde Binding y Mezger (...) es algo fuera de discusión que el mero conocimiento del sustrato experimental de una realización del tipo no basta para el dolo (el conocimiento de que sobre el papel se ha escrito con tinta no implica ya el conocimiento de que se trata de un documento), pero que también es necesaria una subsunción en la ley de lo sucedido...⁷¹⁹ El autor puede no conocer la definición de documento en su sentido jurídico —que en Coahuila se da en el artículo 415 del CPPC— sin que obste a la existencia del dolo si el autor conoce las características del objeto por las cuales precisamente la ley le estima como documento y, además, capta el sentido del mismo en cuanto contiene una imagen o idea con sentido de comunicación en el tráfico jurídico, es decir, en tanto aquél sirva para evidenciar ante otros la idea declarativa o representativa que contiene. La ignorancia de la definición legal del elemento normativo o una idea errónea respecto de su alcance conceptual por lo general es intrascendente para el dolo aunque ello sí pueda serlo respecto a la culpabilidad. Si el autor cree que un cerdo no es una cosa mueble en el sentido jurídico de lo que la ley concibe como tal, basta con que sepa que se apodera de la bestia para que el dolo se cumpla con relación a ese elemento. Incluso puede existir un error de subsunción por el cual el sujeto discrepe con alguna noción que la misma ley haga del elemento típico que de ordinario se estima como meramente material o descriptivo. Caso en el cual se está ante un elemento material de raíz normativa. Y sin embargo, cuando se saben en el caso concreto las circunstancias por las que el dato objeto de ese conocimiento llene ya la noción legal que exista acerca de ese elemento aparentemente material, aquél error será irrelevante para impedir el dolo con relación a ese elemento. Piénsese por ejemplo en el homicidio que se suele estimar como un tipo cuya descripción es eminentemente material. El matar a otro —según se conceptúa a la figura típica de homicidio en Coahuila— podría caracterizarse en su “resultado” —verificable— por la muerte de ese otro, misma que sólo consistiría en la cesación definitiva e irreversible de todas las funciones vitales —cardiovascular, respiratoria y cerebral—. De tal forma que el autor piensa que no matará a su víctima porque sólo le lesionará de modo tal que ella quedará en estado vegetativo por cesación irreversible de sus funciones cerebrales. Lo que sucede. No obstante, aunque la primera noción se corresponde con uno de los conceptos de muerte que da el artículo 239 del CPPC, éste artículo igualmente considera como muerte “para todos los efectos legales” el hecho de la muerte cerebral en virtud de la cesación definitiva e irreversible de las funciones cerebrales. En el caso señalado —de no ser porque falta la pérdida de la vida como lesión jurídica que impide la tipicidad del homicidio— no podría darse relevancia al error, por ser el mismo un falencia de subsunción respecto al resultado material “muerte” del tipo de homicidio, dado que el sujeto conoció y quiso las circunstancias que objetivamente llenan la última definición legal de muerte y, asimismo, aquél captó el significado social de su acción —dejar muerto en vida al pasivo—.

⁷¹⁹ 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, p. 347.

Conforme a lo dicho es preciso precaverse de estimar que falta el dolo cuando la persona incurra en una errónea concepción del elemento normativo, aún cuando en el caso concreto aprecie las circunstancias que el mismo Derecho estima para estimarlo configurado —y las cuales sí se dan en el caso concreto—, captando también aquella —en la esfera del profano— el sentido social de valor o desvalor de esas circunstancias según se desprenda de la noción jurídica. La doctrina conoce ese fenómeno como *“error de subsunción”* y el mismo no excluye al dolo. Por ejemplo: cuando la persona cree que la manzana que desprende del árbol no es mueble, pero se apodera de ella conociendo sus características fácticas —y por las cuales la ley les da el carácter de cosas muebles—, además, lo hace sabiendo que la poma es ajena y que no tiene derecho a ella. Como también la persona incurrirá en error de subsunción respecto a falsificación de documentos si aquella adultera una cinta magnética en la que él sabe se guarda una declaración que se presentará en juicio, pero cree que la cinta no es un documento, sino que sólo puede serlo el papel donde se contenga la reproducción de una idea. Caso en el que la persona captó de todas suertes el sentido social de desvalor de su conducta típica y las circunstancias fácticas que dan sustento a la noción de documento como elemento normativo. Asimismo, si el ladrón se percató de las características de un legajo por las que sabe que es un documento oficial poco importa que ignore o no se represente el nombre técnico de aquél como “documento público” o ignore cuál es su concepto legal. Otro ejemplo: El abogado incurre en error de tipo si con motivo de una audiencia civil inminente, un cliente potencial le apremia con urgencia a que lo asista en ella, quien por esa razón acepta brindarle ese servicio sin conocer bien al cliente y sin reparar hasta la audiencia que en esa causa él ya es abogado de la contraparte junto con otros abogados que pertenecen al despacho que contrató la contraparte. En ese supuesto el abogado ignoraba las circunstancias fácticas que incidían en el elemento normativo de “asistencia dual contradictoria” del tipo penal correspondiente. Pero el abogado no incurriría en error de tipo, sino en uno de subsunción, si cree que la figura típica no le es aplicable, porque con esa asistencia dual que sí conoce estima que no él llegará a «dañar» concretamente los intereses jurídicos de los que sí sabe que asiste como contrapartes, aunque sí sabe que hay peligro de ello, si acaso aquella figura típica protege el bien de la administración de justicia del peligro de que se le afecte. Esto es, si según la redacción de la figura típica ésta no protege el daño que la asistencia dual cause a los intereses jurídicos de las partes, sino del peligro de que suceda así en virtud del mero hecho de la asistencia dual contradictoria. Un ejemplo más: en una causa penal incurre en error de tipo quien bajo protesta de decir verdad declara falsamente, creyendo que quien recibe su declaración es un funcionario ajeno a la procuración de justicia que carece de facultades para recibir su testimonio, cuando en realidad se trata de un agente del Ministerio Público. Pero el sujeto estaría en error de subsunción si declara falsamente ante un agente del Ministerio Público —del cual no confunde su carácter— creyendo erróneamente que ese funcionario carece de facultades para recibir declaraciones que sólo podría recibir el juez y aunque aquél funcionario le tomó protesta de conducirse con verdad.

En realidad los errores de subsunción se pueden presentar en muchos casos, dado que normalmente quién realiza el tipo es profano en Derecho o incluso, siendo letrado, puede carecer de los conocimientos especiales sobre cierta materia para saber el significado exacto del elemento normativo que se asocia con aquella materia

jurídica en particular. Sin embargo, lo que importa es que conociendo las circunstancias fácticas que dan origen al elemento normativo, la persona capte el sentido social de valor y desvalor de aquél según el contenido del tipo, aunque no se represente el concepto de manera jurídicamente exacta. Pero todo lo dicho tampoco debe llevar a estimar que cualquier error sobre el significado del elemento normativo deba estimarse error de subsunción si acaso tal error sobre el significado el elemento típico impide al sujeto captar el sentido de valor o desvalor del hecho que realiza. Para ilustrar mejor lo dicho, pongo como ejemplo algunos casos. La persona incurre en error del tipo de robo de bienes nacionales cuando se apodera de un ropero ignorando que adentro hay una cosa de tal calidad. Pero también incurrirá en tal error de tipo si aquella ve el bien pero no sabe que tiene tal calidad. Una circunstancia parecida al primer ejemplo de error de tipo se puede dar cuando el juez inicia una causa y hasta después sabe que está impedido para conocer de ella por tener relación de amistad estrecha con el abogado de una de las partes y de cuya asistencia legal no se había percatado. Así, el juez ignoraba tal circunstancia fáctica cuando inició el conocimiento de la causa. Lo cual da motivo al error de tipo. Pero lo mismo sucederá cuando el juez considera erróneamente que una circunstancia fáctica que él conoce no se ajusta a las causales de excusa o impedimento que la ley prevé de manera confusa, sin que al respecto haya aclaración jurisprudencial y aquél estima que el dato concreto no le impedirá conocer y resolver con imparcialidad, porque en éste caso el juez actúa sin el sentido de desvalor respecto al bien protegido que implican los tipos de los artículos 225-I del CPF, 291-I del CPDF y 230-I del CPC. El error así es de tipo y no de subsunción. Así mismo, si alguien toma la cosa ajena que confunde con la propia incide en un error de tipo. Pero también el sujeto incurre en tal error de tipo si acuerda vender su reloj a un precio cierto y se lo entrega al comprador, pero enseguida se lo arrebatada creyendo que aún le pertenece al ver que aquél no le paga en ese momento. Como se podrá advertir, en algunos de los ejemplos arriba citados, el sujeto tuvo una falsa creencia de la realidad del hecho que se representa y que incide sobre un elemento «normativo» del tipo penal. En tanto que en otros ejemplos, el sujeto no confundió las circunstancias fácticas que dan motivo al elemento «normativo»; es decir, el sujeto tuvo una correcta representación de ellas, pero no sabía o apreció erróneamente el alcance legal del elemento «normativo» típico con relación a su propia conducta objetivamente típica. Siendo lo decisivo para la existencia del error de tipo en esos casos que el sujeto no haya comprendido el significado de desvalor de su conducta que el elemento típico normativo implique. Pues de lo contrario, la persona se halla en un mero error de subsunción que no excluye al error de tipo, aunque eventualmente puede configurar un error de prohibición que incida sobre la culpabilidad excluyéndola o atenuándola según el error haya sido invencible o vencible.

La idea de que la conducta penalmente relevante debe abarcar a las circunstancias y el sentido que impliquen los elementos normativos del tipo penal, se refuerza en virtud de que la SCJN reconoció como elementos del tipo penal la existencia del «daño o el peligro al bien jurídico» —que son de carácter normativo— y a los elementos "normativos específicos".⁷²⁰ Por lo demás, sería absurdo que al ser el daño o peligro al bien jurídico

⁷²⁰ Novena Época, Instancia: Primera Sala, S. J. F. y su Gaceta, Tomo: V, Febrero de 1997, Tesis 1a. /J. 6/97, p. 197, Tesis de jurisprudencia 6/97. Aprobada por la Primera Sala de la SCJN, en sesión de doce de febrero de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros, presidente Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Humberto Román Palacios, previo aviso a la Presidencia; misma que resolvió la contradicción de tesis 42/96. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito. 12 de febrero de 1997. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román

la razón esencial para que se creara legislativamente el tipo y luego se tipifique la conducta, no obstante se hiciera abstracción de esa circunstancia cuando se estudie precisamente la conducta típica. De aquel modo, la persona que confunde la cosa ajena con la propia y la toma incurre en error de tipo, porque en ese supuesto, aunque el error incide en el objeto, también falta la voluntad de dañar el patrimonio ajeno. Igualmente, si alguien creó sin vida a su antes enemigo, de quien piensa que otro le dio muerte y para profanar el cuerpo clava un puñal al que creó es su cadáver, el error incide en el daño al bien jurídico protegido. Así mismo, el error puede versar sobre la significancia de la lesión. Ejemplo: La persona se apodera de un simple listoncillo de plástico de los muchos que tiene su compañero de clase para usarse con liberalidad como marcadores de páginas, sin saber que en ese caso concreto se trata de un microfilm. Como también puede ser que haya ignorancia del deber jurídico que le incumba observar directa y personalmente al agente si es que ese deber se incluye como elemento del tipo doloso ya sea en virtud de la calidad personal del sujeto activo o como otro elemento normativo específico del tipo. Por ejemplo: el incumplir deberes tales como los de depositario o los de parentesco por ignorarse tal calidad, respecto a los tipos que se equiparan al abuso de confianza cometidos por depositarios (artículos 383 del CPF y 422 del CPC) y los de incumplimiento de obligaciones básicas de asistencia familiar (artículos 193-último-párrafo del CPDF y 314 del CPC.)

Así pues, aunque queda claro que el desconocimiento o la falsa apreciación de cualquier circunstancia fáctica y en su caso del sentido que motive el carácter «normativo» del elemento descrito en la figura típica de un delito, aparejará error de tipo. Tampoco debe obstar a ello cuando la circunstancia «típicamente descrita» pudiera tener implicación respecto al juicio de la antijuridicidad del hecho o al de la culpabilidad del agente. Esto es, el error de tipo de todas suertes se configura cuando el sujeto actúa sin saber la significación del elemento «normativo» de desvalor o si ignora su alcance jurídico en la esfera paralela del profano, en la medida en que esa significación o alcance se impliquen de manera necesaria en el tipo penal en sentido estricto. Sin que a tales casos se le deba considerar como un error de prohibición. Y en sentido contrario, el error será de prohibición que puede incidir en la culpabilidad, cuando sin recaer sobre una circunstancia descrita o necesariamente implícita en el tipo, consista en una apreciación incorrecta de la antijuridicidad de la conducta. Por ejemplo, será error de tipo de adulterio —en las legislaciones penales que así lo prevean— si el sujeto activo cree que yace con el o la amante ocasional en su domicilio, pero ignora que la persona es casada y, por lo tanto, que además se encuentra en el domicilio “conyugal” de ella. Más no cabría decir lo mismo cuando el sujeto sabe que realiza la cópula con su amante que es casada y en el domicilio conyugal de ella, pero pensando que solo daría motivo a una causal de divorcio sin saber la relevancia penal de su conducta, el cual es un error de prohibición con relación al delito de adulterio en Coahuila. Pues en tal caso el sujeto apreció las circunstancias fácticas y el sentido de desvalor de su conducta que el tipo penal describe e implica y, además, el tipo penal de adulterio —en Coahuila— no requiere del conocimiento de la ilicitud de la conducta que se realiza. Habrá error de tipo, cuando el sujeto activo contrae nuevo matrimonio porque cree estar divorciado, ya que después de que presentó demanda de divorcio por mutuo consentimiento su abogado le informó que ya se le había dado trámite a su divorcio. Confundiendo lo de “ya se le había dado trámite” con que ya había

resolución judicial —sin que existiere—. Como igual lo será si al sujeto se le informa correctamente que ya hay sentencia de divorcio y contrae nuevas nupcias sin saber que él todavía sigue casado hasta en tanto la sentencia no cause ejecutoria. Más será un error de prohibición cuando una joven extranjera se practique un aborto con la creencia de que no es delito dado que en su país no lo es.

b. Otras posturas con relación al error sobre los elementos normativos del tipo penal y el error sobre los mismos y crítica a esas posturas. Es en el punto anterior, donde empieza a perfilarse una total divergencia entre la tesis aquí mantenida y ciertas posturas de orientación finalista por un lado y, por el otro, con la teoría de los elementos negativos del tipo.

En efecto mientras que algunas posiciones finalistas consideran al tipo penal con todos sus elementos, materiales, descriptivos, normativos y subjetivos, involucrando en él al daño o peligro al bien jurídico. Cierta corriente no lo hace así con relación a la conducta típica. A la que estima sólo en su aspecto ontológico según la describa el tipo penal pero sin incluir en el dolo el daño o peligro al bien jurídico, ni la significación social de los demás elementos normativos que pueda tener el tipo penal. Por lo tanto, tal orientación concibe a la conducta típica y por ende, al dolo, con abstracción de que el agente sepa que actualiza los aspectos normativos —de valor y de desvalor— que indiciariamente vuelven socialmente desvaliosa a la conducta. Pues sólo importaría que el sujeto sepa que actualiza las circunstancias fácticas que contiene el tipo —elementos materiales o descriptivos—. La valoración que el agente pueda hacer del carácter lesivo de su conducta y, en su caso, de los demás elementos normativos que contenga el tipo, ya no corresponde al aspecto ontológico de la conducta en el tipo ni por ende al dolo, sino que la violación de la norma de determinación que surge del tipo compete valorarla en la culpabilidad. Sin embargo, es obvia la inconsecuencia de esa postura. En el Derecho Penal mexicano vigente es inadmisibles un dolo "neutro",⁷²¹ el cual sólo abarcaría al hecho que el tipo penal describe sin incluir los elementos normativos. Admitir esa postura aparejaría aceptar por igual que el dolo encerraría 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 contenido objetivo del tipo penal. Así mismo, si se quiere razonar que en realidad los elementos normativos no forman parte del tipo penal, entonces se tendría que alterar el contenido del tipo objetivo y del tipo penal mismo. (El que incluye tan a los elementos materiales o descriptivos como a los normativos.) Lo que también nos llevaría a un tipo penal «abierto» y siempre neutro o avalorado.

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 el sujeto controló «finalmente» los factores causales o del hecho sólo en su aspecto fáctico. Lo que se podría constatar prejurdicamente. Sino que, además, según la descripción y regulación legal del tipo penal, se tiene que examinar si la persona entendió el «sentido social de las circunstancias del hecho» según los elementos normativos que informen al tipo penal. Y en este aspecto es

⁷²¹ Ver al respecto la postura posterior de Welzel. *Infra*, en el CAPÍTULO QUINTO, núms. V y VI.

nadie más que el legislador quien selecciona en el tipo penal los elementos de significado jurídicamente relevantes.

Por ende, para que alguien actúe típicamente también debe tener claro las circunstancias fácticas con el sentido de valor que implique el legislador en el tipo penal delictivo en particular. Desde esta perspectiva y en un plano típico, el dolo comprende el conocimiento de las circunstancias fácticas de significación normativa y el sentido de valoración de las mismas —en la esfera paralela del profano— según se contemplen en el tipo penal o se desprendan de su regulación legal.

En el otro extremo está la tesis de los elementos negativos del tipo, con la cual se asume que el tipo penal encierra a la antijuridicidad de la conducta. Con base en esto, para cierto sector del funcionalismo todos los tipos —y no solo los que contienen elementos normativos expresos de desvalor— encierran el carácter materialmente antijurídico de la conducta y, además, la ausencia de causas de justificación, lo cual a su vez debe captarse por el dolo. Con todo ello se revive en cierta medida la última elaboración del tipo penal que hizo Beling —la cual poco se comprendió en su tiempo— de incluir a la antijuridicidad en la imagen de un tipo rector.⁷²² Pero ahora, a la elaboración objetiva Beligniana se le redescubre y redimensiona. Por una parte, Roxin lo hace con el aserto de que el dolo atrae al sentido social de los tipos penales, para lo cual toma, además, la innovación del finalismo, el cual incluye al dolo dentro del tipo penal, pero adicionándolo con la comprensión del sentido social del tipo. Y el que, por lo tanto, capta el sentido de los elementos normativos del tipo penal. Postura con la cual se coincide en este trabajo. Pero con una orientación menos moderada está la teoría de los elementos negativos del tipo, la cual, como ya se dijo, además de los elementos normativos de la figura típica, también concibe dentro del tipo a la ausencia de faltas de justificación. Esto es, la teoría de los elementos negativos del tipo adopta la tesis bipartita del delito: éste es un injusto culpable. Dentro del injusto está el tipo que engloba a la antijuridicidad. Por lo tanto, si el dolo se comprende en el tipo que englobaría a la antijuridicidad y aquél cumple la tarea de ser el objeto sobre el cual se refiere el dolo, éste incluirá también a los componentes «positivos» y «negativos» de la antijuridicidad. No actuaría típicamente —según esto— quien con conocimiento y voluntad mata; sino para que actúe de manera típica al matar, es necesario que el sujeto capte, además, las circunstancias por las que lesiona «sin derecho» la vida de otro. Con ello se borra una distinción importante entre error de tipo y error de prohibición; al menos cuando éste se refiere a la falsa representación de circunstancias por las que el sujeto cree que actúa bajo el amparo de una causa de justificación. Pues esa clase de error sería error de tipo; o —a lo menos— excluyente del dolo por faltar éste en el sentido antes dicho. En suma, para esta postura, el dolo abarca no sólo a la voluntad y el conocimiento de conducirse en el sentido de la descripción legal de la conducta punible, sino que implica, además, la decisión y conocimiento por parte del agente de conducirse en las circunstancias fácticas por las que la conducta es contra Derecho.⁷²³

Para sustentar la postura de los elementos negativos del tipo hay que señalar —como ya se vio también— que ella parte de la idea que la razón esencial del tipo penal es la antijuridicidad. En cuanto que el legislador crea los tipos penales de los delitos porque considera que las conductas que en ellos describe son de tal intensidad

⁷²² Ver al respecto Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., pp. 25 a 27.

⁷²³ Ver temas relacionados en los Capítulos Sexto, número III y Décimo Tercero, número IV.

antijurídica, que se hace necesario sancionarla a través de la pena. ¿Porqué entonces no incluir en el tipo penal como elemento de él a la antijuridicidad de la conducta? Es claro es que en un plano óntico, apreciar la conducta humana no incluye su “valoración”. Mas también es nítido que el legislador puede condicionar la relevancia típica de la conducta sin alterar su naturaleza y, por lo tanto, exigir para el dolo no sólo el conocimiento de los elementos objetivos expresamente descritos, sino, además, el carácter injusto de lo que se hace o se deja de hacer. Sin que ello importe desnaturalizar la base ontológica de la conducta, sino tan sólo agregarle condiciones perfectamente posibles en el campo de las valoraciones humanas y, por lo tanto, susceptibles de captarse por el intelecto de las personas. Ese dimensionamiento de la conducta en el ámbito del tipo penal, depende pues de la razón fundamental por la cual el legislador considera la punibilidad de una conducta en el tipo penal, cual es la antijuridicidad intensa que la misma representa. Y si el interprete y el aplicador de la ley desean ser congruentes con las razones de la pena, en el sentido que se sancione a la persona porque motivó su conducta con conocimiento de su antijuridicidad, cabría reflexionar entonces en la coherencia metodológica de incluir tal ingrediente dentro de las exigencias del tipo penal —el cual hoy por hoy no se incluye en tanto no se comprende como elemento negativo del tipo a la ausencia de causas de justificación—. En suma, en los contenidos subjetivos del dolo incluir a los elementos positivos del injusto que ya involucra el tipo penal, como también el conocimiento de que no concurren las circunstancias negativas del mismo injusto que le puedan excluir.

¿Es o no es admisible esa visión de la teoría de los elementos negativos del tipo respecto al contenido del dolo en el Derecho Penal Mexicano? Y con independencia de lo anterior: ¿Es esa posición más cercana a los ideales de estado de derecho? Ya antes se vio⁷²⁴ que la teoría de los elementos negativos del tipo sostiene que las normas prohibitivas que involucran los tipos penales no alcanzan a todos los casos en que se dé la figura típica. Por ejemplo, que alguien prive de la vida a otra persona—. Porque esa afirmación contrastaría con los eventos en los que la misma ley permite la acción —matar en legítima defensa por ejemplo—. De aquí también que de ello se derive —según esa teoría— que el tipo penal no se agota con el mero supuesto legal del hecho punible que ataca uno o más bienes jurídicos, sino que aquél comprende lo antijurídico del hecho. Y como la antijuridicidad de una conducta en el ámbito penal sólo se puede delimitar cuando se realiza una conducta típica sin causa que la justifique. Por ende, la teoría de los elementos negativos del tipo sostiene que uno de los elementos de dicho tipo sería siempre de carácter negativo, que se integraría por la ausencia de las causas de justificación. De aquí entonces —según esta teoría— que las causas de justificación se las conciba como excluyentes ya no de la antijuridicidad, sino del mismo tipo. Cuya consecuencia metodológica importante es que los errores de prohibición basados en la falsa creencia de que concurre una causa de justificación serían errores de tipo y, por lo tanto, aquellos merecerían el mismo tratamiento que a estos se les da. Pero las razones que apuntan al rechazo metodológico y dogmático de la tesis ya fueron expuestas, dentro de las cuales destaca la siguiente: Las circunstancias que caracterizan a cada uno de los tipos penales según el delito de que se trate, fundamentan el merecimiento de pena precisamente para esa clase de delito. Por lo tanto, mientras que el tipo penal tiene una función delimitadora de qué conductas y bajo qué condiciones se

⁷²⁴ Ver CAPÍTULO SEXTO número III.

pueden estimar punibles (lo cual se decide con relación a cada figura típica y sus dispositivos amplificadores). Tal situación no acontece con el juicio del injusto —mismo que alcanza no sólo a la conducta típica, sino a la conducta típica que es antijurídica— Donde hay conflictos de lesividades a bienes jurídicos cuya solución —a través de las causas de justificación— depende de materias del Derecho diversas a la penal. Estas diferencias quedan igualadas en la teoría de los elementos negativos del tipo, con la consecuencia que el dolo —que sí se puede delimitar con base en el cerrado mundo de las figuras típicas— se difuminaría en el amplio universo de las demás materias del Derecho. Más ese y otros contrastes se soslayan por la teoría de los elementos negativos del tipo.

La actual orientación del CPF, el CPDF y el CPC en el tema que se analiza es congruente con los ideales de un estado de derecho —la cual de por sí se modificó en la ley sustancialmente para ese efecto—. Y ello es así, porque está claro que los códigos penales federal, distrital y coahuilense pasaron de una conducta «ciega» a una «evidente y con comprensión del significado social de los elementos normativos» en el ámbito de la propia «conducta típica», respetando así el objeto de regulación de las normas penales, cual es la conducta humana. Es por igual evidente que las formulas sobre el dolo y el error de tipo de dichos códigos son límites racionales a un poder punitivo irracional que permiten asumir que el dolo debe abarcar el sentido social de los elementos normativos que lleguen a configurar al tipo penal con inclusión del daño o peligro al bien jurídico. Sin embargo, es dudoso que se cumpliera mejor con el espíritu de un estado democrático, si en el Derecho Penal mexicano se adoptara en su plenitud la tesis de los elementos negativos del tipo, pero que no se adopta, al menos en toda su extensión. Lo primero es así —en cuanto a la duda de que se cumpliera mejor con las aspiraciones a un estado de derecho— por las razones siguientes: Porque ya que no se trata nada más de saber si el conocimiento de las circunstancias que fundamentan la antijuridicidad se debe abarcar por el tipo y por consecuencia en el dolo o sólo por la culpabilidad, sino de pensar si la tesis de un dolo omnicompreensivo del juicio de antijuridicidad cumple mejor con las exigencias político-criminales del estado de derecho; o por el contrario, le son oponibles reparos difíciles de sortear.

1) En efecto, a favor de la postura que se deriva de las implicaciones de la teoría que se comenta se podría sostener:

Primero. Que el Derecho vigente, —al ubicar en la culpabilidad la posibilidad de la conciencia de la ilicitud penal de la conducta— permite que exista la culpabilidad humana con la mera «posibilidad» razonable que haya tenido la persona de conocer esa ilicitud. Es decir, sin que para ello sea preciso que la persona hubiere «realmente» conocido el significado íntegro de desvalor de su conducta —aunque sea en la esfera paralela del profano—. Una concepción de esa naturaleza, no deja de ser una presunción. Una «presunción» que reside en el juez y no en la conducta de la persona que se juzga.

Segundo. Si esa comprensión tocara al mismo tipo penal como parte del dolo, esto es, al menos referida a las circunstancias fácticas de las que se deriva la antijuridicidad con inclusión del sentido de ésta, para que aquél existiera sí sería entonces necesario que el agente haya tenido presente ese aspecto al realizar el mismo tipo

penal; sin que bastara la mera «posibilidad» de conocer ese carácter. Los límites al poder punitivo del Estado que se derivan de esa tesis que se sostendría de lege ferenda, aparejarían así mayor seguridad jurídica.

Tercero. Pero, además, implicarían una visión más justa del Derecho Penal: Al suprimir respecto de él, el mito dogmático de que “la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento”. Sin que ello aparejara negar la antijuridicidad del hecho si ese fuere el caso; sino el evitar poner a cargo de las personas la privación de su libertad y la tacha de delincuentes, cuando no motivaron su conducta contra la prohibición por ignorar en el caso concreto el carácter lesivo y ofensivo al Derecho de la conducta.

2) Pero contra esos argumentos bien se puede razonar lo siguiente:

Primero. El sostener que la culpabilidad se valora de manera presuncional es incurrir en el equívoco de confundir cuestiones de prueba y cuestiones de valoración de lo que es objeto de prueba. Las que se dan en campos diversos. La prueba se da en el ámbito procesal. La valoración de lo que se probó ya es en sí un juicio acerca del ámbito sustantivo probado. Por lo demás, a falta de prueba directa —confesión con relación al conocimiento de la ilicitud— lo que sí puede ser materia de prueba para la culpabilidad son las circunstancias personales y las del hecho. Ellas sí son susceptibles de prueba. Y de ellas se puede deducir en sana crítica, si el sujeto conoció o estuvo en posibilidad razonable de conocer la ilicitud penal de su conducta. Todo ello sin que se desconozca que lo que la ley penal sustantiva exige para la culpabilidad es esa mera posibilidad razonable con base en aquellas circunstancias. Aunque ello no deja sin sentido sino que por el contrario reafirma que el juicio acerca de esa posibilidad razonable se debe basar en las circunstancias personales y las del hecho que se prueben.

Segundo. Es cierto que la seguridad jurídica es valor indispensable en un estado de derecho. Pero también es verdad que el defecto de la noción de culpabilidad no estriba principalmente en el concepto elástico de “posibilidad razonable de actuar conforme a la norma”, sino en la ausencia de baremos legales que fijen el criterio entre vencibilidad e invencibilidad del error de prohibición de manera más precisa que la fórmula de “posibilidad razonable”. Porque es entre esa invencibilidad y la posibilidad razonable de actuar de otro modo donde se centra uno de los aspectos más discutibles de la noción de culpabilidad con todas las consecuencias penales que ello implica. Esta cuestión la abordaré en el capítulo de la culpabilidad.⁷²⁶

Tercero. El suprimir de tajo la máxima “ignorantia jure non excusat” al concebir los errores de prohibición como errores de tipo, implicaría tratar de igual manera al ciudadano que alarmado por una ola reciente de robos violentos de domicilios en su colonia, dentro de su casa, en la oscuridad de la noche y después de gritos de advertencia sin respuesta, mata a su hijo que anda en el techo con un gancho que empleó para trepar, al confundirlo con un ladrón armado, cuando aquél en realidad regresaba al hogar después de irse de pinta sin el permiso ni el conocimiento paterno; que al particular que dispara y mata al niño que se roba manzanas del huerto propiedad de aquél, al creer que con ello defiende legítimamente su propiedad. Y ello sería así porque

⁷²⁶ Ver Capítulo Décimo Cuarto.

en el primer caso habría error invencible, pero en el segundo no hay ningún error acerca de las circunstancias objetivas del hecho, sino sólo un error vencible de mera apreciación formal y aún así, dado que el error recae sobre un tipo penal que admite la culpa, ésta ya no se podría fundamentar, dado que el dueño de la huerta quiso el resultado que produjo; esto es, la vencibilidad del error ya no se podría fundamentar en la previsibilidad del resultado y, por lo tanto, se tendría que absolver al homicida. La injusticia de una solución igualitaria salta a la vista, como igual es prístina la impunidad irracional a que da pie.

Cuarto. Ciertamente se podría replicar que en el error de tipo no se comprenderían aquellas situaciones que implican una creencia falsa acerca del carácter prohibido de la conducta, sino sólo cuando se trate de una representación equivocada de las situaciones objetivas, como en el caso del homicidio del hijo al confundirlo con un agresor. Sin embargo, aún en esos eventos, si acaso se trata de uno donde el error sea vencible —por ejemplo lesionar a quien de improviso se acerca con un arma en la mano, sin advertir que es un velador vecino que quiere avisar de un intento de robo—: ¿Cómo sería posible fundar el error en la culpa cuando el sujeto sí quiso realmente el resultado que produjo? Como Muñoz Conde lo deja entrever: es en esta última solución donde sí hay una incongruencia metodológica y político-criminal. Porque no parecería lo más indicado sancionar como culposo el error, ya que no se trata en realidad de que el resultado de muerte fuere previsible dadas las condiciones en las que actuó el putativo defensor. Ni de que éste violó un deber de cuidado determinante en la producción de un resultado no aceptado. Ya que aquél quiso y logró el resultado en virtud de aquel fin.⁷²⁶ Por lo que en tal caso la fundamentación del error vencible —que en el fondo radica en la culpa— simplemente no se podría dar. ¿Absolución e impunidad en este último evento? Y en ello Muñoz Conde tiene una innegable razón de peso para que no se incluya a la antijuridicidad en su plenitud dentro del tipo penal. Y por ello a mi entender deviene aceptable que en nuestro Derecho Penal Mexicano no se contengan dentro del tipo penal a todos los presupuestos del injusto. De aquí que queden como parte del tipo penal sólo el daño o el peligro al bien jurídico y, en su caso, los elementos normativos que de manera expresa consigne el mismo tipo penal.

Vienen a cuenta de nuevo otras reflexiones de Muñoz Conde. Pues dado que el simple error de tipo apareja excluir el dolo cuando se trate de tipos necesariamente dolosos. Respecto de los que no cabe la distinción entre error vencible e invencible. Por lo tanto, ¿qué acaso, —se pregunta el gran autor español— merecerá la misma consideración quien con ligereza actúa oficiosamente en un negocio en el que cree que su gestión beneficiará a otro, malbaratando los bienes de éste?; que el caso que el mismo Muñoz Conde expone: “del médico que realiza una operación esterilizadora, aprovechando una intervención ginecológica de otra índole, sin recabar el permiso de la mujer, porque observa que ésta tiene un tumor maligno de trompas y, de todos modos, la operación tendrá que realizarse inevitablemente en un futuro inmediato y luego resulta que la mujer no está de acuerdo con ella”.⁷²⁷ Porque de ser así, se evidencia una patente desigualdad que no justifica el que se dé un trato igual a esas disímiles situaciones. Consideración que es válida porque el Derecho Penal Mexicano no adopta todas las implicaciones de la tesis que sostiene que la antijuridicidad es parte del tipo

⁷²⁶ Francisco Muñoz Conde, *El error en Derecho Penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1989, pp. 55 a 56.

⁷²⁷ Francisco Muñoz Conde, *El error...*, op. cit., 1989, p. 56.

penal y que, por ende, el dolo debe abarcar esa antijuridicidad. Porque el error en el primer supuesto recaería en un delito necesariamente doloso, con lo cual sería suficiente el simple error para excluir el dolo. Y respecto del segundo evento hay un error de prohibición, toda vez de que se trata de un error en la valoración del consentimiento presunto como causa de justificación. Por ende —como ya lo razoné⁷²⁸— el CPF, el CPDF y el CPC no asumen aquella postura; sino que se limitan a incluir dentro del tipo penal a la lesión jurídica y los elementos normativos que expresamente refiera el tipo. Y las hipótesis mencionadas tendrían que tratarse a la luz del error de prohibición con motivo de una causa de justificación putativa. Asimismo, bajo la perspectiva del error de prohibición cabe señalar que el primer caso sería punible aunque atenuadamente; mientras que el segundo más que implicar un error invencible que ameritaría excluir el delito, habrá ya en sí una causa de justificación por consentimiento presunto, según se verá en su oportunidad.⁷²⁹ Y todo ello sin desconocer que es harto difícil de imaginar como viable la posibilidad de que en el primer evento se pudiere realmente tipificar de manera objetiva una administración fraudulenta, porque no se trataría de que el sujeto presente gastos inexistentes o simule contratos o adeudos inexistentes que él paga como administrador, e igual de difícil es pensar que si se trató de una cosa dada en tenencia y sin mayores facultades, pudiera hablarse propiamente de una gestión oficiosa errónea (sic) porque se "malbarataron" los bienes.

Quinto. Pero también se debe reconocer que la SCJN no incluyó en el tipo penal la presencia de los «elementos negativos» de la antijuridicidad, como son las causas de justificación. Además, el CPF, el CPDF y el CPC distinguen con claridad el error de tipo y el error de prohibición. Y el artículo 53-I del CPC expresamente prevé al error de prohibición como causa de inculpabilidad, cuando: *"...circunstancias objetivas... le originan la creencia falsa que concurre causa que permite la lesión jurídica"*.

A los argumentos expuestos se intentan añadir otros. Así, se aduce que son evidentes las inconveniencias de incluir en el tipo penal —y por tanto en el dolo— a los presupuestos positivos y negativos de la antijuridicidad cuando se trata de resolver la actuación o posición de quien resiente el daño con motivo de causas de justificación putativas. Porque si a la antijuridicidad material se le hace formar parte del tipo penal en sentido estricto y en él está el dolo que, a la vez, se debe proyectar sobre los demás elementos de ese tipo penal, se tendría que tratar igual a quien actúa en legítima defensa que a quien obra en defensa legítima putativa. Por ende: ¿Por qué tendría que soportar el daño quien lo resiente con motivo de una agresión injusta debido al error del real agresor? Sin embargo, esos argumentos son infundados aún en la perspectiva de la teoría de los elementos negativos del tipo, porque el hecho de que alguien actúe con error lesionando a otro, sólo excluiría su dolo, pero no cancelaría el carácter objetivamente antijurídico de su proceder si ese fuere el caso. En ese sentido, también en el Derecho Mexicano serían parcialmente infundadas las críticas de Muñoz Conde, cuando sostiene que: "... la subjetivación de la antijuridicidad se produce a costa de negar, a su vez, la posibilidad de legítima defensa (esta si real) a las víctimas de las acciones realizadas en situación de justificación putativa, con lo que se produce una indeseable desprotección de personas, en todo caso inocentes, que no tienen por

⁷²⁸ Ver núms. II, III y IV de este Capítulo.

⁷²⁹ Al respecto ver el número XII del Capítulo Décimo Quinto.

qué soportar los errores ajenos, por fundados que sean.⁷³⁰ Porque si se parte del hecho de que quien se defiende putativamente tan puede actuar antijurídicamente como conforme a Derecho, lo cual depende del juicio ex-ante acerca de las condiciones en las que se manifiesta la aparente agresión y aún si quien se ve precisado a repeler racionalmente este proceder lo hace en legítima defensa: No es entonces cierto que en tal aspecto se deba hablar de víctimas que queden sin protección y que no tuvieren que soportar los errores de quienes actúen en situación de justificación putativa que en el juicio ex-ante se valora como real, porque ciertamente cuando la misma víctima con su actuar intencional o culposo origina la apariencia de una agresión real —sin serlo— tampoco aquella tiene luego derecho a reclamar una indemnización por el daño que en gran medida se derivó de su modo doloso o imprudente de actuar —su agresión aparente—, dado que si de acuerdo con los códigos civiles no se da la obligación de reparar cuando se causa el daño debido a la imprudencia o negligencia inexcusable de quien lo sufre, a mayoría de razón menos habrá tal obligación cuando el daño se deba al actuar doloso de la propia víctima: por ejemplo, intentar robar amenazando con una pistola simulada.

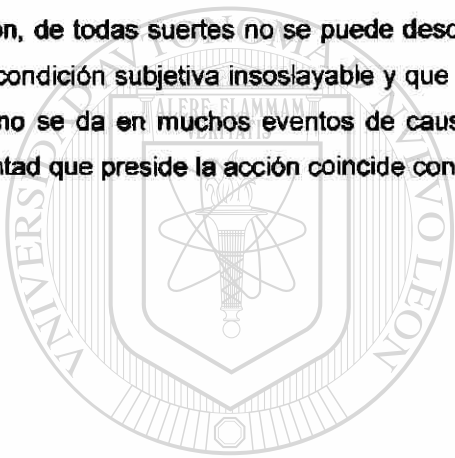
Sin embargo, todo lo dicho no es obstáculo para que con base en el finalismo y los aportes de la tesis funcionalista de Roxin, el dolo en el CPF, el CPDF y el CPC deba consistir —además de captar el hecho sobre el cual se refleja la voluntad—, en el conocimiento y la comprensión de que se daña o pone en peligro el bien jurídico y, en su caso, de que se actualizan los elementos normativos expresos que el tipo penal de un delito llegue a contener.

c. Conclusiones respecto a las diversas posturas del dolo y el error con relación a los elementos normativos del tipo penal. **1)** La SCJN ya precisó cuáles son los elementos del tipo penal⁷³¹ y dentro de esos elementos la SCJN no incluyó a los elementos de la antijuridicidad en el sentido antes dicho. **2)** Asimismo, de los mismos tipos penales por sí no se pueden extraer todas las implicaciones de la tesis de los elementos negativos del tipo —a menos que se conciba al tipo penal como un tipo penal «global»—. **3)** Es el caso que el CPF, el CPDF y el CPC no consideran dentro del tipo penal a las causas de justificación. Pues así se deduce de la interpretación sistemática de los artículos 9° y 15-VIII-a)-b), del CPF; así como de los artículos 4, 18 y 29-VIII-a)-b) del CPDF y 16, 17, 18, 25, 42 fracción II, 44 y 48-I del CPC. **4)** En efecto, los conceptos legales del dolo sólo se refieren a los elementos objetivos de la descripción legal del delito de que se trate y las causas de justificación no son elementos de la descripción legal, por más que se puedan asociar a la misma para poder deducir la existencia o inexistencia de la antijuridicidad. **5)** Asimismo, el artículo 15-VIII-a)-b) del CPF y el artículo 29-VIII-a)-b) del CPDF distinguen entre el error de tipo y el error de prohibición como dos clases distintas de error que afectan presupuestos diferentes de la punibilidad o elementos del delito. Y relacionándolas con el concepto legal del dolo de los artículos 9° del CPF y 18 del CPDF, se desprende que el error de tipo excluye al delito por falta del mismo dolo. En tanto que el error de prohibición, en el que en Coahuila se incluye de manera expresa al error acerca de causas de justificación, afecta a la culpabilidad, excluyendo a ésta. **6)** Por otra parte, porque con independencia de que la SCJN reconoció sólo la existencia del «daño o el peligro al bien jurídico» como elemento del tipo penal, así como también consideró a los

⁷³⁰ Francisco Muñoz Conde, *El error en Derecho Penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1989, pp. 55 a 57.

⁷³¹ Ver el apartado III del Capítulo Noveno de este trabajo.

elementos «normativos específicos» como parte del mismo tipo penal cuando éste los describa; y de que es verdad que la razón de la creación de los tipos penales es la protección de bienes jurídicos, de ello sí se puede necesariamente deducir que el daño o el peligro lesivos a los mismos es elemento esencial del tipo penal de los delitos. Más no se deriva de igual modo que toda la antijuridicidad tuviere que serlo, a menos que al tipo penal se le conciba de manera distinta al dársele el enfoque sistemático de injusto de la doctrina, mismo que puede ser desde la visión funcionalista de Roxin hasta la de la tesis de los elementos negativos del tipo. 7) Por último, estarían los inconvenientes que presentaría el tratamiento de las causas putativas de justificación cuando se trate de error vencible que incida sobre delito que admita la culpa, ya que al excluirse el dolo, esos casos de error vencible no podrían fundamentarse en la propia culpa y habrían de quedar impunes. De no ser así y se insistiera en la postura que nos ocupa, se tendría entonces que admitir una nueva sustentación del tipo penal subjetivo, distinta al dolo o la culpa. Porque aún reconociendo que el tipo penal culposo es prevalentemente normativo por consistir en la generación de un riesgo no permitido sujeto al dominio de la acción, de todas suertes no se puede desconocer —en mi opinión— que la acción tiene en todos esos casos una condición subjetiva insoslayable y que consiste en que el fin de la acción discrepe del resultado, situación que no se da en muchos eventos de causas putativas de justificación, toda vez que en muchos de ellos la voluntad que preside la acción coincide con el resultado que produce.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

