

## **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 analógica 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.<sup>616</sup> ¿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—<sup>617</sup>, 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 quién 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—.

---

<sup>616</sup> Infra ver Capítulo Décimo Primero.

<sup>617</sup> 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 hacía 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.”.<sup>616</sup> 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

---

<sup>616</sup> 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 contemplen 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 indole 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 —

### **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.<sup>619</sup>

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.

---

<sup>619</sup> 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 asociarle 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 7°-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.<sup>620</sup> 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

---

<sup>620</sup> 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.<sup>821</sup>

---

<sup>821</sup> 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.<sup>622</sup> 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 illicita» 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:

---

<sup>622</sup> 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.<sup>623</sup>

**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.<sup>624</sup>

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 de suprimir 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

<sup>623</sup> 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 Zamarrón. Octava Época, S. J. F., Tomo XV-II, febrero, Tesis IV.3o.144 P, p. 415.

<sup>624</sup> Amparo directo 6619/58, Baldomero Berino Rangiel, 18 de agosto de 1959, 5 votos. Ponente: Carlos Franco Sodi. 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 7° 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."<sup>625</sup>

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,

<sup>625</sup> 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 insubsumible 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 desaprobare 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”.<sup>628</sup> 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 oquedad del método a seguir en los casos concretos y el favorecimiento de la analogía para resolverlos cuando las cláusulas que

---

<sup>628</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sliokar, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 548 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”.<sup>627</sup> 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...”.<sup>628</sup>

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.)

<sup>627</sup> *Ibidem.*, op. cit., *Derecho Penal...*, pp.552 y 553.

<sup>628</sup> *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*".<sup>629</sup> 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*".<sup>630</sup> 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*".<sup>631</sup>

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

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

<sup>630</sup> *Idem.*, op. cit., p. 549.

<sup>631</sup> *Idem.*, op. cit., p. 550.

de cada uno, como también son diferentes las normas prohibitivas que se desprenden de cada cual.<sup>632</sup> 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 con 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.<sup>633</sup>) 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

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

<sup>633</sup> 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 los 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.<sup>634</sup> 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.

---

<sup>634</sup> 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 inadmisibile 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 en 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 Frisch<sup>635</sup>. 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 Roxin<sup>636</sup> como su impulsor inicial y decisivo, seguido de Rudolphi<sup>637</sup>, Jakobs<sup>638</sup> y Frisch<sup>639</sup>,

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

<sup>636</sup> 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.

<sup>637</sup> 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.

<sup>638</sup> 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.<sup>640</sup> 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,

---

<sup>639</sup>Wolfgang 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...

<sup>640</sup> 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".*<sup>641</sup>

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".<sup>642</sup> 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".<sup>643</sup> ¿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 inadmisibles 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*".<sup>644</sup> 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 establecieron 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.<sup>645</sup>

(...) 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

<sup>641</sup> 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.

<sup>642</sup> *Idem*.

<sup>643</sup> *Ibidem*.

<sup>644</sup> Sebastián Soler, *Derecho Penal...*, op. cit., T I, p. 275

<sup>645</sup> 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.<sup>646</sup>

(...) 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.<sup>647</sup>

(...) 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.<sup>648</sup>

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 le 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

<sup>646</sup> Idem.

<sup>647</sup> Ibidem.

<sup>648</sup> 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 entrefiera 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 cardiaca 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 infirió 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. Cierto 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 inculpado. 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, sí 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 incurre

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 entretuviera 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 «omisivo», 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 Roxin<sup>649</sup> como uno de los impulsores más influyentes— son las calificaciones jurídicas adicionales las que pasan a ser la clave. Es decir, los criterios

---

<sup>649</sup> 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 empleen. 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

Ínsito 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 ínsita 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.<sup>650</sup> 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 defina 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 Frisch<sup>651</sup>—. 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.<sup>652</sup>

<sup>650</sup> Wolfgang Frisch. *Tipo penal e imputación...*, op. cit., en especial pp. 29 a 87. También Rudolphi hace alusión a que en la teoría de la imputación el primer problema reside, precisamente, en decidir acerca de si la conducta fue típica en realidad; en el sentido de desaprobada por el Derecho. Hans-Jaschim Rudolphi, *Causalidad e imputación objetiva*, op. cit., pp. 31 y ss.

<sup>651</sup> Idem, op. cit., pp. 107, 114, 115, 119 y ss.

<sup>652</sup> 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, especialmente, pp. 228 a 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 ataquen 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 prohíbe<sup>663</sup> 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

---

<sup>663</sup> 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.<sup>654</sup>

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

---

<sup>654</sup> 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 concurran —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.<sup>655</sup> 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 desapruera 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 desapruera 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 desapruera como típica no signifique una inadmisibles restricción al ejercicio de los derechos fundamentales. El segundo: **2)** Que la acción que indiciariamente se desapruera 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 desapruera. 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 desapruera 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

---

<sup>655</sup> Hans-Jaschim Rudolphi, *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.<sup>495</sup>

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 sucede.

**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 desaprobada 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".

---

<sup>495</sup> 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 recíprocamente 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 sí 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.<sup>657</sup> Lo mismo tiene validez en los casos que cita Rudolph: (...) 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.<sup>658</sup> 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

<sup>657</sup> 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.

<sup>658</sup> Hans-Jaschim Rudolph, *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.<sup>559</sup>)

**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

---

<sup>559</sup> 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 habitan 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.<sup>600</sup> 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 debía 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*

---

<sup>600</sup> 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 Alemania—<sup>961</sup>. Roxin aduce al efecto la tesis del incremento del riesgo: Porque sólo en la medida que el agente incremente 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

---

<sup>961</sup> 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.<sup>662</sup> 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.<sup>663</sup> 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.<sup>664</sup>

---

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

<sup>663</sup> Claus Roxin, op. cit., pp. 368 y 369.

<sup>664</sup> 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.<sup>665</sup> 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

---

<sup>665</sup> Ver el número III-E del Capítulo Décimo Segundo.

hecha de manera responsable.<sup>885</sup> 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

---

<sup>885</sup> 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.*”<sup>667</sup> 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.<sup>668</sup> 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

<sup>667</sup> Los corchetes son míos.

<sup>668</sup> 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.<sup>439</sup> 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

<sup>439</sup> 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.

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 charlatán 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.<sup>670</sup>

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

<sup>670</sup> 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.

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 del 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 4º 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 impidiere 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.<sup>671</sup>

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

<sup>671</sup> 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".<sup>672</sup>

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 1º y 4º-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

---

<sup>672</sup> 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 sadomasoquistas 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 difícilmente 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".<sup>673</sup> 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

---

<sup>673</sup> 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.<sup>674</sup> 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

<sup>674</sup> 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"<sup>875</sup>; 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

---

<sup>875</sup> 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 darlo; 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".<sup>676</sup> 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.<sup>677</sup> 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 pedirselo 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*

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

<sup>677</sup> *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].<sup>678</sup>

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

---

<sup>678</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 472.