

UNIVERSIDAD
MICHUACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO



**PROPUESTA DE NUEVOS TÓPICOS DE IMPUTACIÓN
GENERAL Y OBJETIVA DEL RESULTADO EN EL
CÓDIGO PENAL DE MICHUACÁN**

TESIS

**Trabajo de investigación para obtener el grado de
Maestro en Derecho presenta:**

Carlos Escalera Montaña

**Director
Dr. Alejandro González Gómez**

Morelia, Mich., Abril de 2006

Proyecto de Investigación

**Que presenta el Licenciado Carlos Escalera Montaña,
para la obtención del grado de Maestro en Derecho Penal**

III. Presentación o Descripción del Problema

Frente a las concepciones del tipo causalista-positivista (objetivo-naturalístico) y del finalismo (subjetivo-ontológico) en los años setenta surge la moderna teoría de la imputación objetiva, como un nuevo sistema de delito partiendo de categorías neokantianas que sustituyen su orientación a los valores culturales, por un criterio políticocriminal enfocado a resolver los problemas reales de la sociedad, mediante una amplia normativización de todas las categorías del sistema penal. Por eso, la imputación de un resultado lesivo ya no se entenderá como la constatación a través de un simple análisis deductivo de un proceso causal del que se infiere a partir de ese resultado (hecho lesivo) que ha sucedido a otro (acción) y de ahí poder concluir que el segundo es resultado del primero (principio racional de la causalidad), sino que ahora, la imputación debe ser fruto de una interpretación teleológica funcional de los distintos tipos de la parte especial y el fin de protección de cada norma penal.

De tal manera, la principal virtud de esta teoría es el de considerar justamente que la relación de causalidad es sólo un fundamento mínimo pero no suficiente para atribuir el resultado al autor de la acción. Para ello, distingue claramente entre la causación del resultado y la imputación objetiva del mismo, mediante criterios no naturales (como se hace con el causalismo) sino normativos. En al virtud, sólo es objetivamente imputable un resultado cuando es causado por una acción humana que ha creado un peligro no permitido (jurídicamente prohibido) que se ha materializado en el resultado típico o al menos lo ha

incrementado. De ahí que ROXIN sostenga que para poder imputar objetivamente un resultado, se deben constatar por lo menos dos presupuestos esenciales: a) Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también sea ha realizado en el resultado concreto. b) Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor sería por regla general imputable, sin embargo, excepcionalmente puede excluirse la imputación si el ámbito del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones.

Por consiguiente, se habla de una regla de imputación limitadora del tipo objetivo, según la cual, un resultado adecuado al tipo penal sólo debería ser imputable si el autor, a través de su acción –causalmente adecuada-, que ha generado, un riesgo no permitido (prohibido) de que se produzca el resultado y luego ese peligro jurídicamente prohibido (valoración normativa de la conducta) se a realizado en el resultado en concreto (valoración del resultado).

Tomando como punto de partida para el trabajo de investigación que se proyecta el marco de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado como marco de referencia el que tendrá como objetivo principal poner de relieve dos aspectos que en mi opinión son trascendentales para la imputación de los delitos de resultado en el código penal de Michoacán.

A) El primer punto, se refiere a que las reglas generales de imputación que se desprenden del artículo 10 («Nadie podrá ser sancionado por una conducta o hecho, previsto en la ley como delito, si el resultado del que depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión»), del Código Penal de Michoacán se rigen por el principio racional de la causalidad, que postula la teoría de la *equivalencia de las condiciones* o *sine qua non*, bajo el aforismo latino *causa causae est causa causati* (lo que es causa de la causa, es causa del daño causado), ya que basta una acción/omisión ligada con un resultado mediante un nexo de causalidad para imputárselo al autor del comportamiento, sin detenerse a investigar si ese comportamiento significó una acción relevante que implicará un riesgo no permitido, y si ese riesgo se

concretizo en el resultado o este pudo haber sido producto de un accidente natural o de la actividad posterior de terceros o incluso ser atribuible a la propia víctima.

Por otro lado, ya analizando de manera especial la redacción del primer párrafo del artículo transcrito se desprende, que, para la procedencia de la imputación del resultado se exigen determinados presupuestos o elementos prejurídicos como son: una acción u omisión (aspecto objetivo) realizado u omitido de manera dolosa o culposa (aspecto subjetivo) que se concreten en un resultado que lesione (material o formalmente) o ponga en peligro concreto bienes penalmente protegidos. Lo que se traduce, que para atribuir penalmente un resultado, basta con constatar que la acción del autor aparece vinculada o unida al resultado producido -previsto como delito por la ley-, mediante un *nexo causal*.

Con relación a la acción/omisión en el contexto del artículo 7º del Código Penal de Michoacán, sigue el sistema causalista, esto es conforme el concepto de acción propuesto por BELING en 1920, consistente en que «todo comportamiento corporal (fase externa objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, voluntariedad, fase subjetiva de la acción) consistente en un hacer (acción positiva), esto es, en movimiento corporal, o en un no hacer (omisión), esto es, distensión de los músculos». En consecuencia, el resultado derivado de la modificación debería de atribuírsele al autor de la acción-omisión sin tomar en cuenta en principio si el mismo fue producto de una acción previamente planeada y ejecutada, o, de una acción meramente imprudente o accidental, o en su caso como consecuencia de una concurrencia de riesgos no atribuibles al autor de la acción inicial.

De lo anterior, se infiere el primer obstáculo que enfrentó la teoría causalista; la acción con sentido naturalístico, ya que el Derecho penal no sanciona resultados sino conductas, por tanto, no basta una simple acción (naturalística) que produzca un resultado, sino que esa acción debe ser penalmente relevante (prohibida) para que a su autor se le pueda reprochar el resultado, en

consecuencia, no se incluyen; los movimientos reflejos que no son voluntarios, los que se derivan de una fuerza física exterior (bis absoluta-bis compulsiva), estados de inconciencia, como tampoco los pensamientos o ideas.

El segundo presupuesto de la imputación como vimos estriba en que esa acción/omisión deberá ser dolosa o culposa.

En efecto, de acuerdo a la estructura de los delitos dolosos y culposos diseñada por los párrafos segundo y tercero del artículo 7º que se comenta, en mi opinión jurídicamente son deficientes. Ello en razón de que se imputa un resultado a título de dolo, acreditándose únicamente el simple querer (elemento volutivo del dolo) del autor de la acción; sin constatar si éste tenía o no conocimiento del hecho típico (elemento cognoscitivo del dolo). Cuando la concurrencia de ambos elementos (conocimiento y voluntad, son requisitos previstos en actualmente en la mayoría de las legislaciones penales.

Por lo que ve al delito culposo, nuestro código mantiene como requisitos de imputación la previsibilidad del resultado, la imprudencia, impericia e ineptitud, elementos que sirven de base al juzgador para resolver mediante un juicio subjetivo de la previsibilidad. Lo que es totalmente insostenible toda vez, que como se dijo el Derecho penal no sanciona resultados sino conductas, por tanto, la imputación debe de estar fundada en un juicio normativo formulado sobre la norma del deber de cuidado (pues no olvidemos que se trata de un tipo abierto que es necesario cerrarlo con otra disposición penal o extrapenal) en si fue o no observada y si la acción es o no relevante en la creación del riesgo no permitido y que el mismo se puede o no concretar en el resultado.

En el mismo sentido, merece especial atención el requisito previsto para la imputación del resultado, en el párrafo segundo del artículo 10, derivado de una omisión impropia como lo es “la obligación jurídica de impedir el resultado” sin precisar la norma de mandato que el destinatario (garante cuya acción es esperada) tiene el deber de acatar (obligación jurídica) para impedir el resultado, como forma de cerrar el tipo. Laguna que le deja al juzgador un amplio margen de discrecionalidad para determinar la fuente de la obligación

del garante de vigilar o proteger determinados bienes jurídicos, lo que se pone en tela de juicio su constitucionalidad acorde a lo previsto por el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución Federal.

B) El segundo punto, reside, en determinar si el Código Penal de Michoacán, además de las reglas generales de imputación, prevé de manera especial criterios de imputación objetiva del resultado, como al parecer se infieren del párrafo tercero del artículo 10, así como del delito de homicidio por lesiones (artículos 261 y 262) criterios que lamentablemente en la *praxis jurídica* no son consideradas, no obstante de que, sobre esas reglas generales y especiales habrá que decidir si la lesión objeto de la acción se le puede imputar como obra suya al inculpado; y si no es así, no se puede afirmar penalmente que éste no habrá matado, lesionado, dañado, en sentido de la ley.

Así en el clásico ejemplo del hemofílico, en que, una persona desconociendo su situación patológica, para jugarle una broma le propina un leve golpe (acción), que le causa la muerte (resultado), la pregunta es, si ¿un leve golpe puede tener como resultado la muerte? Es obvio que, un leve golpe no es causa adecuada para producir la muerte de una persona. En consecuencia, la causalidad experimenta una corrección normativa, por lo que, ya no todas las condiciones *per se* son causa del resultado, sino se requiere una valoración normativa de la conducta y del resultado para atribuir ese resultado al autor de la conducta.

Sobre estas bases, considero que, las reglas de imputación objetiva se pueden deducir tanto de la Parte General como de la Especial el Código penal, pues como sostiene el maestro español GIMBERNAT, «la imputación objetiva al «reunir toda una serie de criterios normativos excluyente de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquella –desde la causalidad hacia la acción- sin encontrar un lugar sistemático correcto. Estos criterios, extraídos todos ellos de consideraciones normativas, permiten fundamentar por qué la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo-y, en su caso, elementos subjetivos

de lo injusto-, infracción de deber de cuidado, resultado típico); permiten fundamentar por qué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, sino concurre también –lo cual se determina sobre la base de consideraciones sobre lo qué es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que debe informarle- la imputación objetiva...(por tanto) La imputación objetiva es, pues y *positivamente*, un elemento normativo del tipo. Y, *negativamente*, un elemento del tipo que se distingue de *todos los restantes* en que, mientras que éstos son mencionados *expresamente* por la Ley, a la imputación objetiva la Ley no la alude para nada (a pesar de lo cual y no obstante, es un elemento del tipo). –En consecuencia- desarrollando esa característica negativa de la imputación objetiva, se puede determinar ya aquellos que no es; no es la acción, ni la causalidad, ni el resultado típico, porque todos esos elementos vienen expresamente descritos en las normas penales».

Es oportuno aclarar en este proyecto, que la imputación objetiva no trata de constituirse en una institución generalizada a través de la cual se deban de resolver todos los casos de imputación, sino sólo aquellos en los que un resultado sólo puede ser atribuible a un agente como obra suya, cuando -desde un plano objetivo- se determine que la conducta fue la adecuada para crear un riesgo (principio del resultado), y que ese riesgo se manifestó en el resultado, y nunca con base a un simple análisis deductivo surgido de que un hecho (resultado) ha sucedido a otro (acción) y de ahí poder concluir que el segundo es resultado del primero (principio racional de la causalidad). Lo que, en síntesis significa que a una persona sólo le puede ser imputado aquello que constituya su obra, producto de una acción dolosa o culposa y no aquello que sea resultado de la simple causalidad, de la mala suerte o del destino.

Bajo este contexto, el trabajo de investigación se hará tomando en cuenta los conceptos tradicionales de los delitos dolosos, culposos y de comisión por comisión, mostrado en mi opinión sus inconsistencias, para el efecto, de replantear los parámetros de imputación en los delitos de resultado con base a las reglas de la moderna teoría de la imputación objetiva, esto es; disminución del riesgo; creación o no de un riesgo jurídicamente relevante; aumento o falta

de aumento del riesgo permitido; la esfera de protección de la norma como criterio de imputación, la prohibición de regreso, que se concretan en los juicios de desvalor de la acción y del resultado que el juzgador deberá de realizar ex ante y ex post respectivamente.

Así como extraer de la propia norma las reglas de imputación objetiva que en mi opinión subyacen en la Parte General y Especial del Código penal, esto con la finalidad de obtener una mejor aplicación de justicia, bajo el principio de que “a cada persona sólo se le puede imputar aquello que pueda ser considerado como su obra”.

IV. Elección del tema.

1. Título tentativo

El tema materia de nuestra investigación, se intitula «Nuevos tópicos de imputación general y objetiva del resultado en el Código Penal de Michoacán»

2. Propósito

El trabajo en cuestión tendrá tres propósitos ; el primero enfocado al análisis del sistema causalista (teorías generalizadoras –de la equivalencia de las condiciones, de la causalidad adecuada y de la relevancia- y de las individualizadoras); el segundo estudiar el origen y evolución de la teoría tradicional (LARENZ y HONIG) y moderna de la imputación objetiva del resultado (GIMBERNAT, ROXIN, JAKOBS); finalmente, se hacer un estudio en sede del Código Penal de Michoacán sobre las reglas generales y especiales de imputación que en mi opinión se deducen del derecho penal vigente. Todo ello con el objeto de elaborar de *lege ferenda* nuevos parámetros para la imputación objetiva del resultado así como resaltar los criterios de imputación especial ya existentes mediante los cuales el juzgador puede auxiliarse en aras de una verdadera aplicación de justicia.

3. Interés

Toda hipótesis, tesis, teoría o doctrina, tendiente a perfeccionar, modificar las estructura tradicionales de un sistema penal, siempre despierta el interés de estudiarlo, analizarlo a fin de constatar si es o puede ser mejor o no que el sistema existente y en su caso, si la nueva teoría que se propone se ajusta a los fines del Derecho penal. Así por ejemplo, nadie puede negar que el principio de la causalidad justificó en principio la sanción de un resultado desde el punto de vista objetivo-natural, posteriormente surgió otra teoría que funda la sanción en la acción final de la acción del autor, y finalmente, en la actualidad florece otra corriente que sostiene el merecimiento de la pena en atención a la misión del derecho (protección de bienes jurídicos)

En este contexto, se podría decir, que el trabajo de investigación que se proyecta, gravita precisamente en demostrar la existencia de otros criterios que en mi opinión son más justos para la imputación de un resultado al autor de la acción, y que a pesar, de tratarse de una teoría extranjera (en realidad en materia penal son muy contadas las aportaciones nacionales), es aplicable a nuestro derecho positivo. Principalmente en la concurrencia de riesgos (desviación del curso causal o concausas), en los que el resultado no necesariamente debe ser imputado al autor de la acción inicial, sino que el mismo pueden ser atribuido a acciones concomitantes o posteriores de terceros o incluso por el propio comportamiento posterior de la víctima. (“victimodogmática” fundado en el principio de autorresponsabilidad)

4. Novedoso

Realmente, no podríamos hablar en sentido estricto de un trabajo novedoso, puesto que existen innumerables estudios, análisis y tratados, en torno a la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado, así por ejemplo en Alemania se encuentra los precursores de esta teoría en ROXIN CLAUS, «Problemas básicos del derecho penal» trad. Diego-Manuel Luzón Peña; JAKOBS GÜNTHER, «La imputación objetiva en el derecho penal», trad. Manuel Cancio Meliá, en España, GIMBERNAT ORDEING Enrique, «Delitos Cualificados por el resultado»; MARTÍNEZ ESCAMILLA MARGARITA, «La imputación objetiva del

resultado»; CANCIO MELIÁ, Manuel, «Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva»; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, «Teoría de la imputación objetiva»; en Colombia REYES ALVARADO YESIS, «Imputación objetiva»; ROMERO Gladis Nancy, «La relación de causalidad en los delitos de resultado», en *Algunas cuestiones de Derecho penal*, entre otros, por su parte en México, ha sido analizada por GONZÁLEZ GÓMEZ ALEJANDRO, en su artículo «Aproximación de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Al mismo tiempo, bases mínimas para su reconstrucción en el derecho penal mexicano» DÍAZ-ARANDA ENRIQUE, «Derecho penal parte general»; y OJEDA RODRÍGUEZ CUAHTEMOC, GUERRERO AGRIPINO LUIS FELIPE, «La imputación objetiva» DAZA GÓMEZ CARLOS en su artículo «Teoría de la imputación objetiva» entre otros.

Sin embargo, lo novedoso en amplio sentido, estriba en que, en el trabajo de investigación de referencia, no sólo se aborda el origen y evolución de la tradicional y la moderna teoría de la imputación objetiva, sino que se proponen de *lege ferenda* criterios con base a juicios de valoración que pueden ser útiles en la solución de problemas de la imputación del resultado, en el ámbito del derecho penal vigente.

5. Originalidad

La idea del trabajo de investigación nace del artículo publicado por la Doctora MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Principales reglas de imputación del resultado en el Código Penal del Estado de Michoacán y en el Código Penal Federal, y un acercamiento a la imputación objetiva» (en el número 154 de la revista *ABZ*, pp. 67 y ss), así como del análisis más a fondo de los artículos 10 (regla general de imputación) con relación al 7º (presupuestos de la imputación: acción/omisión, dolo-culpa) y a los relativos al homicidio por lesiones (artículos 261-262), desde el punto de vista de los doctrinarios nacionales y tesis de jurisprudencia que sobre el particular se ha emitido, comparativamente con la moderna imputación objetiva del resultado

Todo ello con el objeto de que las reglas de imputación objetiva del resultado (Disminución del riesgo; creación o no de un riesgo jurídicamente relevante;

aumento o falta de aumento del riesgo permitido; esfera de protección de la norma como criterio de imputación; principio de confianza, prohibición de regreso, etc.) puedan servir como parámetros de juicios de valor de la conducta y el resultado por el juzgador en una nueva interpretación de las reglas de imputación en el derecho positivo (*lege lata*).

6. Viabilidad

La viabilidad del presente trabajo de investigación es factible atendiendo los métodos y técnicas en que se sustenta, se cuenta con el material documental especializado elaborado en torno de las teorías causalistas (generales e individualistas), de imputación objetiva tradicional y moderna, así como las teorías sobre la acción/omisión, dolo, culpa, nexo causal, etc, como son: textos, artículos, ensayos, tesis doctorales, etc., de autores nacionales y extranjeros indispensables para la consecución del propósito de la investigación.

7. Utilidad

La utilidad del presente trabajo se traduce en dos sentidos, uno en que el juzgador con base a los elaborar los juicios normativos y de desvalor (de la acción y del resultado), derivados de los parámetros que se proponen para resolver la imputación de un resultado principalmente en los delitos culposos y de omisión impropia, sobre la base de las líneas de la moderna imputación objetiva, así como la nueva reinterpretación de las reglas de imputación que subyacen en el Código penal de Michoacán, le permitirá resolver ya no con criterios naturales de la causación la imputación de un resultado o con simples criterios subjetivos de previsibilidad del resultado, Lo que redundará en una nueva cultura judicial en la imputación de los delitos de resultado.

El otro consiste en que con los nuevos tópicos de imputación general y objetiva del resultado que se proponen, que redundará en beneficio del justiciable pues con ellos tendrá la seguridad de que el resultado por el cual se le sanciona es

obra exclusivamente de su comportamiento y no de un mero accidente o de la intervención de terceros incluyendo a la propia víctima.

8. Actualidad

En realidad la moderna teoría de la imputación objetiva, se comienza a estructurar como se conoce en la actualidad, a partir de los años sesenta, sin embargo, es a fines de la década pasada cuando se va introduciendo en la literatura nacional, sin embargo, hay que reconocer que en el campo del Derecho penal nada es perfecto sino perfectible, siempre en aras de garantizar una verdadera y humana impartición de justicia, pues de lo contrario, sería tanto como cancelar el futuro de la dogmática penal. Esto es, parafraseando a ROXIN: que no puede tomarse a una teoría vigente en una época, como la panacea que de solución a todos los problemas del Derecho Penal, sino que debe ser considerada en un sentido abierto, tanto a las críticas, como a las adecuaciones encaminadas éstas a hacer efectiva la seguridad jurídica de todo gobernado, por lo tanto, en materia penal, todo trabajo propositivo se encuentra revestido de actualidad.

9. Justificación

En la actualidad los juzgadores tratándose de delitos culposos imputan el resultado de una acción apoyándose en el principio de la previsibilidad, o bien en los delitos de resultado por comisión por omisión la legislación no prevé a diferencia de otros códigos la equivalencia de la omisión impropia con los delitos de comisión, como tampoco establece las fuente (formal o material) de obligación jurídica del deber de actuar del garante del bien jurídico, lo cual les da un amplio margen de discrecionalidad al juez para imputar el resultado.

De igual manera en los homicidio derivados de lesiones se imputa el resultado al autor de la acción atendiendo el principio de causalidad racional expuesto por la teoría de la *equivalencia de las condiciones o sine qua non*.

Las anteriores consideraciones fueron las que influyeron para la elaboración de la investigación que se proyecta, en primer lugar, por que en resulta insostenible que se sancione a título de dolo a una persona por la simple voluntad manifestada y materializada sin constar que el agente hubiese tenido conocimiento del hecho (querido) fuera típico o no. O bien, que en los delitos culposos se tome como parámetros de imputación el principio de previsibilidad, imprudencia, impericia e ineptitud, sin tomar en consideración el sentido de la norma de deber no observada por el autor; por ejemplo es muy natural que en la *praxis* judicial muchas de las veces se resuelve bajo el argumento que “El activo es responsable del daño en las cosas o de homicidio, por que produjo un resultado típico que no previó siendo previsible, o bien se confió en que no se produciría por no haber observado el deber de cuidado”, pero nunca hacen mención en que consiste esa norma de cuidado, o en su caso, en que norma, reglamento, o disposición se encuentra el supuesto de *lege lata* para cerrar con ella el tipo (no hay que pasar por desapercibido que los delitos culposos y de comisión por omisión son tipos abiertos que requieren o necesitan ser cerrados con otra norma penal o extrapenal)

En cuanto al delito de homicidio por lesiones, conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva la causalidad sólo constituye un referente para la imputación del resultado y no la propia imputación, para ello se requiere además que el autor haya creado o incrementado un riesgo no permitido, relevante que se concrete en el resultado, y que ese resultado sea el que la norma tiende a proteger, etc.

V. Delimitación del Tema

La presente investigación se encuentra delimitada principalmente al estudio del sistema causalista, así como a los antecedentes de la tradicional y moderna teoría de la imputación objetiva esbozada principalmente por GIMBERNAT, ROXIN Y JAKOBS, así como las principales reglas de imputación en función a las reglas generales previstas por el artículo 10 del Código Penal de Michoacán, con relación al 7º; así como a los relativos a los delitos de resultado en especial el de homicidio derivado de lesiones (artículos 261-262), con especial referencia

comparativa con lo dispuesto por los Códigos Penal Federal t del Distrito Federal.

El método a utilizar será el lógico- deductivo-inductivo, tomando como punto de referencia el análisis del sistema causalista y de la evolución y contenido de la moderna teoría de la imputación objetiva. Esto con la finalidad de encuadrar analíticamente dichas teorías a las reglas generales de imputación previstas en la Parte General y Especial del código Penal de Michoacán, para concluir en su caso de que las actuales reglas generales de imputación no cumplen con los límites del *ius puniendi* en el sentido de responsabilidad por el hecho (imputación del resultado al autor de la conducta como obra suya y la consecuente propuesta de reglas de *lege ferenda*. Así como la verificación de reglas especiales de imputación objetiva en el citado Código Penal.

VI. Planteamiento del problema

Cuatro son los cuestionamientos que originan el planteamiento del problema el primero; consistente en determinar si ¿conforme a la actual estructura causalista de los criterios de imputación general contenidas en el Código Penal de Michoacán, concretamente en los artículos 10, con relación al 7º, se imputa al autor de una acción el resultado como una obra suya?

El segundo, se trata de demostrar sí ¿en el Código penal existen o no reglas específicas de imputación objetiva del resultado, que permitan atribuir al autor de la conducta como obras suya?

El tercero, determinar si con las reglas generales de imputación que contempla el actual Código Penal de Michoacán ¿se puede asegurar una verdadera impartición de justicia al autor de un resultado provocado por su comportamiento inicial?

Finalmente ha casi un siglo del nacimiento de la teoría de la equivalencia de las condiciones ¿es dable objetivamente hablando que a la fecha en materia de lesiones que indirectamente causan un resultado se siga aplicando el principio

jurídico que rige la causalidad (lo que es causa de la causa, es causa del daño causado?)

VII. Marco Teórico

El marco teórico se integra por las diversas corrientes doctrinales que se han formulado en torno a la imputación de un resultado. Partiendo del principio racional de casualidad, considerado como la relación que surge entre dos actos y momentos distintos, compuesta de una acción y un resultado, en virtud de la cual el segundo se deriva o se deduce necesariamente del primero, de ahí que, desde la antigüedad Platón «considera la causa como principio por el cual una cosa, es o resulta lo que es».

Ese concepto de causa en su aspecto objetivo-natural fue utilizado por los juristas de la Escuela positivista para explicar y a la vez fundamentar la responsabilidad de una persona que con su acción había desencadenado un resultado, esto es, que su acción era la causa -lisa y llanamente- del resultado lesivo, con lo cual surgieron los primeros esbozos de lo que más adelante sería la teoría de la *equivalencia de las condiciones*, la que sostiene que todas las condiciones tienen el mismo valor causal equivalente entre sí, de tal suerte que al momento de hacer el juicio respectivo, no se puede discriminar o aislar una condición para otorgarle un valor mayor o menor que las otras, tan importante es para la producción del resultado la *primera* como la *última* o la *intermedia* de dichas condiciones.

Posteriormente como una forma de limitar los efectos de esa teoría, surgieron entre otras las teorías de la causalidad adecuada y la relevancia que en cierta forma constituyeron los antecedentes de la imputación objetiva del resultado. La primera se formuló en principio para limitar el alcance de los delitos cualificados por el resultado. En ella se sugiere restringir la amplia problemática causal, propia de las ciencias naturales (causa-efecto), mediante la selección del curso causal relevante, derivado de lo que él llamó las “reglas de la vida”, las que provenían no sólo de las leyes, sino también de las reglas de moralidad

y de las costumbres, con las cuales difícilmente se podría determinar el nexo causal entre la acción y el resultado,

La segunda parte de la distinción entre la causalidad -en sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones-, y la responsabilidad al autor del resultado, por tal razón, discrepa del concepto jurídico-penal de la causalidad adecuada que limita a las condiciones apropiadas, de acuerdo con la experiencia de la vida, para producir el resultado, distingue claramente una diferencia entre «concepto causal y concepto de responsabilidad».

Ya entrando en la incipiente estructura de la imputación objetiva, los primeros intentos los encontramos en las tesis de LARENZ Y HONIG. El primero toma como referencia justamente la teoría de la imputación desarrollada por HEGEL, filósofo que, en esencia afirmaba que a cada persona sólo se le puede imputar aquello que pueda ser considerado como su obra al distinguir “hecho” del “hecho culpable”. Lo cual demuestra que para el pensamiento de LARENZ, la imputación no es nada más que el intento de delimitar los hechos propios de los acontecimientos. Es decir, cuando se señala que alguien es el causante de un determinado hecho se está afirmando que ese acontecimiento es su propia obra, su propia voluntad, y no un suceso accidental u ocasional

Por su parte HONIG no trata de comprobar la causalidad entre la acción y el resultado, sino de valorar esta relación de causalidad, para ello reconoce en principio de que la acción es una condición necesaria (*conditio sine qua non*) para producir el resultado. Sin embargo, pone de manifiesto que la simple constatación de este hecho, no significa de ninguna manera que la relación causal entre esa acción con el resultado deba ser suficiente para el derecho.

Otra gran aportación en la evolución de la moderna imputación objetiva fue la teoría de la adecuación social elaborada por WELZEL (precedente del riesgo permitido) que en síntesis sostiene que la función que tienen los tipos penales no es otra, que la de presentar en su descripción la “muestra” de las conductas que fueron seleccionada por los legisladores como prohibidas, y que, por eso tienen, por una parte, un carácter social, en cuanto se refieren a la vida social -

en este sentido son adecuados los negocios que se hacen dentro de los límites de la norma aún cuando a consecuencias de ellos se pueda arruinar el patrimonio-, pero, por la otra, esas conductas son inadecuadas a una vida social ordenada, como por ejemplo cuando los negocios son parte de una maquinación fraudulenta para arruinar a una de las partes (delito de fraude) en los tipos se advierte la naturaleza *social* y al mismo tiempo histórica del derecho penal: indica las formas de conducta que suponen una infracción grave de los órdenes históricos de la vida social.

En los años sesentas el maestro español GIMBERNAT, en su obra "*Delitos cualificados por el resultado y causalidad*" al abordar el problema de la causalidad plantea su tesis sobre la *reprochabilidad objetiva*, en la que, refiere que la antijuricidad es un juicio de desvalor, esto es, como la esencia de lo injusto, en la que sin aquella (antijuricidad) no puede darse la imputación objetiva. Dicho de otra manera, antijurídico es lo que la ley desaprueba, pero no siempre castiga; culpable, es lo que la ley desaprueba, pero además, castiga.

En 1970 ROXIN, publica su obra-homenaje a HONIG, "*Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal*" en ella diseña una serie de criterios que a la postre han servido de sustento para apuntalar la moderna teoría de la imputación objetiva en relación con los delitos de resultado, completamente desligada del dogma causal, sobre parámetros concretos: disminución del riesgo; creación o no de un riesgo jurídicamente relevante; aumento o falta de aumento del riesgo permitido; y, la esfera de protección de la norma como criterio de imputación.

Posteriormente en 1983, JAKOBS en su obra Derecho Penal Parte General, delinea la imputación objetiva partiendo de dos presupuestos básicos; la causalidad como condición mínima que debe de ser completada con la relevancia jurídica de la acción causal entre acción y resultado y que esta condición se vea a su vez reflejada en la realización del tipo. Por ejemplo Pablo imprudentemente atropella a Pedro, el cual fallece a consecuencia de las lesiones (juicio de causalidad), por lo que se le sanciona por el delito de

homicidio culposo -quien prive de la vida a otro en este caso de manera imprudente-, (juicio normativo).

Por tanto, los criterios de imputación objetiva propuestos por JAKOBS se traducen en dos niveles, precedidos de los juicios de 1. desvalor del comportamiento y del 2 resultado; el primero, o sea en el de la imputación objetiva del comportamiento, se propone cuatro líneas básicas; a) riesgo permitido; b) principio de confianza; c) prohibición de regreso y, d) actuación a riesgo propio de la víctima. Líneas que cada una forma un eslabón en la cadena de la imputación y que, por tanto, se tienen que verificar de manera sucesiva.

El segundo escalón o nivel propone la explicación (de la imputación) por el resultado lesivo producido. Esto es, que sólo se podrá considerar un resultado como consecuencia de una conducta típica cuando ésta aparezca como el factor causal determinante del resultado, dicha explicación adquiere relevancia cuando ocurre junto al comportamiento típico otra explicación alternativa, o concausa, por ejemplo, que el resultado se deba a un accidente o la conducta de un tercero.

Los anteriores expertos doctrinales constituirá básicamente el marco teórico sobre el cual se regirá el presente trabajo. Ya que también de manera superficial se analizarán las teorías elaboradas en torno a el dolo, la culpa y los delitos de omisión propia e impropia.

VIII. Formulación de la hipótesis

En un Estado de Derecho Democrático que dé plena vigencia al respeto irrestricto de la garantía de legalidad, se hace necesario replantear las reglas tradicionales de imputación del resultado derivada de acciones dolosas o culposas y de las relativas a la omisión por comisión, con bases a los criterios de imputación objetiva del resultado. De igual forma, precisar los alcances de las reglas especiales de imputación objetiva previstas en la Parte General y Especial del actual código Penal de Michoacán, por lo que se deberán de

reformular las actuales reglas de imputación general y objetiva, bajo el criterio de nuevos tópicos normativos, en los que, se sancione al autor por un resultado como al suyo cuando efectivamente su conducta haya sido la que determinó el mismo como lo impone la norma, el que prive de la vida, y no por haber aportado una simple condición en la producción de ese resultado.

IX. Objetivos

El objetivo general consiste precisamente en demostrar las inconsistencias estructurales y sistemáticas de las actuales reglas generales de imputación del resultado, lo que acarrea que la justicia se aplicada deficientemente.

Por otro lado, cuatro son los objetivos específicos a alcanzar con el presente trabajo de investigación; el primero consiste dar a conocer a nivel de la legislación penal vigente la moderna teoría de la imputación objetiva; segundo demostrar las inconsistencias de la actual estructura de los delitos dolosos, culposos y de comisión por omisión como presupuestos de imputación del resultado y en su caso proponer de *lege ferenda* criterios o parámetros de imputación objetiva en estos delitos; tercero, demostrar que en los delitos de homicidio por lesiones no siempre deben de ser resueltos fundados en la teoría de la equivalencia de las condiciones, sino que la propia norma contiene reglas específicas de imputación objetiva del resultado; y por último que puedan ser valorados por los encargados de aplicar justicia al momento de imputar un resultado al autor de una conducta.

X. Esquema (probable) Anexo 1

Capítulo I

Teorías causalistas

Punto de partida. 1.1 Teorías causalistas. 1.1.1 Teoría generalizadora (de la equivalencia de las condiciones). 1.1.2 Límites a la teoría de la equivalencia (procesos de causalidad hipotética). 1.1.3 La interrupción del nexo causal. 1.2

Teoría de la causalidad adecuada. 1.2.1 Teoría de la relevancia. 1.3. Teorías individualizadoras.

Capítulo II

Construcción dogmática de la teoría de la imputación objetiva

Punto de partida. 2.1 La construcción dogmática de la teoría de la imputación objetiva del resultado. 2.1.1 Tesis de LARENZ. 2.1.2 Tesis de HONIG. 2.1.3 Teoría de la adecuación social de WELZEL. 2.2 El surgimiento de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado. 2.2.1 El sistema racional-final o teleológico (funcional) del Derecho penal. 2.2.2. Principios rectores de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado. 2.2.3 El riesgo o peligro en el marco de la imputación objetiva. 2.2.4 Disminución del riesgo. 2.2.5 Aumento del riesgo permitido. 2.2.6 Creación (o no) de un riesgo jurídicamente relevante. 2.2.7 La esfera de protección de la norma. 2.2.8 La realización del riesgo penalmente relevante en el resultado.

Capítulo III

La teoría de la imputación objetiva de JAKOBS

Punto de partida. 3.1 El funcionalismo sociológico o funcionalismo-radical. 3.2. La imputación objetiva (líneas básicas). 3.2.1 La imputación del comportamiento (conducta). 3.2.2. El riesgo permitido. 3.2.3 Principio de confianza. 3.2.4 Prohibición de regreso. 3.2.5 El ámbito de responsabilidad de la víctima. 3.3 La imputación del resultado. 3.3.1. La imputación en los delitos de omisión

Capítulo IV

Criterios de imputación general y objetiva del resultado en el Código penal de Michoacán

Punto de partida. 4.1. Reglas Generales. 4.1.1 Primera regla Artículo 10 4.1.2 Segunda regla la acción/omisión. 4.1.3 La acción. 4.1.4 Toma de postura.

4.1.5 La omisión 4.1.6 La omisión propia e impropia. 4.1.7 Toma de postura.
4.2 Tercera regla la acción/omisión dolosa o culposa. 4.2.1 El dolo. 4.2.2 Dolo directo e indirecto. 4.2.3 Toma de postura. 4.2.4 La culpa. 4.2.5 Toma de postura. 4.3 Cuarta regla (un resultado) 4.3.1 Toma de postura. 4.3.2 Quinta regla (nexo de causalidad). 4.3.3 Toma de postura. 4.4 Sexta regla para los delitos de comisión por omisión. 4.4.1 Toma de postura. 4.5. Octava regla (las concausas). 4.5.1 Toma de postura. 4.6 Reglas específicas. 4.5.1 Homicidio por lesiones. 4.6.2 Toma de postura.

Conclusiones

XI. Metodología a desarrollar

a) Tipo de investigación que se proyecta

Es de tipo explicativo a nivel de deducción de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado.

b) Tipo de tesis que se intenta desarrollar

La presente investigación es de tipo propositivo, es decir, tiene como propósito no sólo el de cuestionar jurídicamente las reglas de generales de imputación que contiene la actual estructura del los delitos dolosos, culposos y de omisión impropia, sino proponer determinados criterios de imputación como referencia las reglas de la imputación objetiva del resultado en los delitos principalmente culposos y de omisión impropia.

c) Métodos a utilizar y su relación con el proyecto

En el presente trabajo se empleará el método sistemático jurídico, esto es, a través de este método se organizará la información teórica-cognoscitiva-legal, de las reglas o lineamientos derivados de las teorías causalistas generalizadoras e individualizadoras para la imputación del resultado al autor de una conducta; y, de las determinadas por la moderna teoría de la

imputación objetiva, a fin de deducir sus aplicaciones en el código Penal de Michoacán en cuanto Derecho positivo y vigente; así como el análisis sobre el tratamiento que la Suprema Corte de Justicia han dado a estas teorías, para que una vez ordenados y sistematizados, sirvan de ser posible, como criterio orientador hacia una reformulación de la estructura de las reglas generales y especiales de imputación objetiva del resultado, tanto en la en la Parte General como en la Especial de la citada norma penal,

d) Técnicas documentales o de campo

Las técnicas que servirán de sustento en el desarrollo de la presente investigación, serán la documental y de campo, la primera se refiere al acopio de la información que se obtenga de las fuentes primarias y secundarias derivadas de la selección de las lecturas de la biblioteca, revistas especializadas (Hemerográfica), y de multimedia; en tanto que la segunda se basa en la investigación que se hará de la muestra de sentencia y resoluciones seleccionadas aleatoriamente en determinados juzgados y Salas del Supremo Tribunal de Justicia del Estado

XII. Cronograma

XIII. Fuentes de información

Tentativamente se mencionan la siguiente bibliografía:

ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, Traducción Alfredo N. Galletti, Fondo de Cultura Económica, 13ª reimpresión, 1996

ALTAVILLA, Enrico, *La culpa*, Ed., Temis, reimpresión de la 4ª ed., 1999

ANTOLISEI, Francisco, *La acción y el resultado en el dedito* trad., del italiano, por José Luis Pérez Hernández, Ed. Jurídica-mexicana, 1959

BERCHELMANN ARIZPE, Antonio, *Derecho penal mexicano*, Ed. Porrúa, 2004

BUSTOS/LARRAURI, en *Imputación objetiva*, Ed. Temis, reimpresión 1998

BUSTOS RAMÍREZ Juan J., HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal* vol. II, Ed., Trotta, 1999

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ed. Ángel, 2001

--- *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, Ed. Rubezal-Culzoni, 2000

--- «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en *Estudios de Derecho pena*» Ed. Civitas. 1997

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCA Y RIVAS Raúl, *Derecho penal mexicano*. Parte general, Ed., Porrúa, 18ª ed., 1995

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*. Parte General, vol. II Teoría jurídica del delito, Ed., Tecnos, 4ª reimpresión 2002

CERLETTI, L- Marco, “Juicios de imputación y juicios causales” en *El funcionalismo en el Derecho penal*, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, 2003

CORREAS, Óscar, *Metodología Jurídica I una introducción filosófica*. Ed. Fontamara, 2ª reimpresión 2003

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español* (curso de iniciación parte general) Ed. DYKINSO, 3ª Ed. 2003

DAZA GÓMEZ, Carlos Juan Manuel, *Teoría general del delito*, Ed. cárdenas, 1997

DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Etimología jurídica*, Suprema Corte de Justicia, 2ª reimpresión 2003

DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho penal parte general*, Ed., Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993.

--- *Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal de México*, Ed., Porrúa, 2002

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Teoría de la imputación objetiva*, Ed. Ángel,, primera reimpresión 2001

--- *El comportamiento de terceros en el Derecho penal*, Ed. Ángel, 2002

--- *Resultado lesivo e imprudencia*, (Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado) Ed. JM BOSCH Universidad Externado de Colombia, 2003

FERREIRA D. Francisco José, *Teoría general del delito*, Ed., Temis, 1988,

FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e imputación* Ed. ASTREA, 2002

FINGERMANN, Gregorio, *Lógica y teoría del conocimiento* Ed. EL ATENEO, 3ª reimpresión, 1983

FRISCH, Wolfgang, "La imputación objetiva: estado de la cuestión" en *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario de la Universidad de Pompeo Fabra) Trad. Ricardo Robles Planas, Ed. Civitas,

--- *Tipo penal e imputación objetiva*, trad. Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo, Yesid Reyes Alvarado, Ed. COLEX, 1995

GARCÍA-PABLOS, Antonio, *Derecho penal, introducción*, UNIVERSIDAD COMPLUTENSE · FACULTAD DE DERECHO, 1995

GIMBERNAT ORDEING, Enrique, *Delitos Cualificados por el resultado* Ed. REUS, 1996

--- "Causalidad, omisión e imprudencia" en *Estudios sobre el delito de omisión*, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), 2003

--- ¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal? en *Estudios de Derecho penal*, Ed. Tecnos 3ª ed. 1990

GÓMEZ LÓPEZ, Orlando, *El homicidio*, tomo I, Ed., Temis, 2ª ed. 1997

GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *Consideraciones básicas en torno al origen y evolución de la legislación pena michoacana*, Universidad de San Nicolás de Hidalgo-Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, tomo I, Introducción al estudio de las figuras típicas, Ed. Porrúa, 6ª ed., 2000

JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Ed. Ángel, 2001

--- *Estudios de Derecho penal* Ed. CIVITAS, 1997

--- *Derecho penal* (parte general, fundamentos y teoría de la imputación) traducción JOAQUIN COELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Ed. Marcial Pons, 2ª ed., corregida, 1997

--- Sociedad norma y persona en una teoría de derecho, Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez,, en *Moderna Dogmática penal*, Ed. Porrúa, 2002

--- Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en derecho penal»
en *Moderna dogmática penal*

--- *Derecho penal parte general*. Fundamento y teoría de la imputación. Trad.,
Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Ed. Marcial
Pons, 2ª ed. 1997

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal* (parte general) vol. I,
trad., S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Ed. Bosch, 1981

JIMÉNEZ de ASÚA, Luís, *Teoría del Delito*, Ed. Iure, 2003

--- "*Principios de Derecho penal la Ley y el delito*, Ed., ABKEDADO-PERROT,
3ª ed., 1990

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Fundamentos de la teoría general del hecho
punible*. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), 2003

JOACHIM HIRSCH, Hans, "Acerca de la teoría de la imputación objetiva" en
Derecho penal, obras completas Tomo I, Traduc. Daniel R. Pastor, Ed.
Rubinzal-Culsoni, 1999

--- *Peligro y Peligrosidad* Traduc. Esteba Sola Reche

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Derecho penal* (parte general I) Ed. Universitas
1995

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado* Ed.
EDERSA, 1992

MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, Ed. Porrúa, 1997

MARAVÉR GÓMEZ, Mario, "Riesgo permitido por legitimación histórica" en *El funcionalismo en el Derecho penal*, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, 2003

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho penal parte general*, Ed., Trillas, 4ª ed., segunda reimpresión, 2001

MAURACH/ZIPFMAURACH, Reihart, ZIPF, Heinz, *Derecho pena»* (parte general) t.I, traducción de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofia Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Ed. Astrea 1994

MEDINA P., Sergio J. *Teoría del delito* Ed. Ángel, 2001

MEZGER Edmund, *Derecho penal* (parte especial) Ed. Cárdenas, 2ª ed

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal* (parte general) Ed, REPERTOR, 5a ed. 1998

MONTERROSO SALVATIERRA, Jorge Efraín, *Culpa y omisión en la teoría del delito*, Ed. Porrúa, 1993

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, Ed., Tiran lo blllanch, 2ª ed., 2ª ed., 1996

--- *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, 2ª ed. 2003

NAUCKE, Golfang, OTTO, Harro, JAKOBS, Güther, ROXIN, Claus, *La prohibición de regreso en el derecho penal* Trad., Manuel Cancio Melià y Marcelo A. Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, 1998

NOVOA MONREAL, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Ed. Desalma, 1984

OJEDA RODRÍGEZ, Cuahtémoc, GUERRERO AGRIPINO, Luisa Felipe, *La imputación objetiva* Universidad de Guanajuato, 2002

ORELLANA WIARCO, Octavio A., *Curso de derecho penal* (parte general) Ed. Porrúa, 1999

PAVON VASCONCELOS, Francisco, *La causalidad en el delito* Ed. Porrúa, 4ª Ed. 1993

--- *Diccionario de Derecho penal* Ed. Porrúa, 1997

--- *Derecho penal mexicano*, Ed., Porrúa, 12ª ed., 1995

PLACENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Teoría del delito*, UNAM., 1998

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, Ed. Porrúa, 2001

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de Derecho penal* Ed-. Porrúa, 17ª ed. 1998

QUIJADA, Rodrigo, *Nuevo código penal para el Distrito Federal comentado*, Ed. Ángel, 2003

REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva* Ed. Temis, 2ª ed. 1996

ROMERO Gladis Nancy, «La relación de causalidad en los delitos de resultado», en *Algunas cuestiones de Derecho penal*, Ed, Fabián di Placido 1999

ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general* Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad, Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remasal, Ed., Civitas, reimpresión 2000

--- “Reflexiones sobre la problemática de la imputación objetiva” en *Problemas básicos del derecho penal* trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Ed. REUS, 1976

--- *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, Traduc. A a la sexta ed., por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González, Ed. Marcial Pons

--- *Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elemento del deber jurídico*, traducción al castellano, Enrique Bacigalupo, Ed. Desalma, 1979, pp. 139

SANCINETTI, Marcelo A, ¿Relevancia del disvalor del resultado en la teoría de la imputación objetiva de Jakobs? En *De las penas homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Ed. Palma, 1997

SILVA SÁNCHEZ, Jesús, Ma. "Comportamiento de la víctima y teoría del delito. Introducción a la victodogmática" en *Instituciones del Derecho penal*, Ed. Ángel, 2001

--- *El delito de omisión, concepto y sistema*, Ed. B de F, 2ª ed., 2003

--- *Política criminal en el Cambio del Siglo*. Ed ABZ, 2002.

Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo I, E., Tea, 11ª reimpresión, 1999

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, JUDEA PRIETO Ángel, PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, *Manual de derecho penal I. Parte general*, Ed. Civitas, 2002

WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal* (Una introducción a la doctrina de la acción finalista) traducción. José Cerezo Mir, Ed. B de F, 1964

--- *Derecho penal alemán* (parte general) traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 4ª ed., castellana, 1993

--- *Estudios de derecho penal*, (Estudios sobre el sistema de derecho penal causalidad y acción, Derecho penal y filosofía) Trad. Gustavo Eduardo Abosos y Tea Löw, Ed. B de F, 2003

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, «Derecho penal. Parte General, Ed. Porrúa, 2001

Artículos

DAZA GÓMEZ, Carlos, «Teoría de la imputación objetiva» en *Criminalia*, año LXVIII, no. 2. mayo-agosto 1997

GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, «Aproximación de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Al mismo tiempo, bases mínimas para su reconstrucción en el derecho penal mexicano», en *ABZ Anuario* 1997

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, «La imputación objetiva del resultado. Una primera aproximación», en *Causalidad e imputación objetiva*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo del Poder Judicial

--- «Principales reglas de imputación del resultado en el Código Penal del Estado de Michoacán y en el Código Penal Federal, y un acercamiento a la imputación objetiva». *Revista BZ*, No. 154 octubre 2003

MIR PUIG, Santiago, «Significado y alcance de la imputación objetiva» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24/oct/03, p. 2, <http://criminet.ugr.es/recpc>

ROSO CAÑADILLAS, Raquel, «Autoría mediata, imputación objetiva y autopuesta de peligro», *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, 2ª Época, no. 12 (2003)

Multimedia:

Ius 2004 junio 1917-junio 2004 Jurisprudencia y tesis aisladas (Suprema Corte de Justicia de la Nación)

Legislación Penal y su interpretación por el Poder Judicial 2003 (Suprema Corte de Justicia de la Nación)

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española 21ª Edición en cd.

Revista *Criminalia* (Cd)

Introducción

Sobre la base del principio de causalidad se ha explicado científicamente la relación que existe entre causa y efecto, partiendo para ello de las reiteradas repeticiones de los fenómenos permiten deducir que el efecto siempre será consecuencia necesaria de la causa. Este principio fue trasportado por la Escuela Positiva al campo del Derecho penal para fundamentar con él, el por qué se debe imputar penalmente un resultado al autor de la acción que desencadenó precisamente ese resultado, argumentando que si entre la acción y el resultado media un nexo de causalidad, necesariamente se debe concluir que el autor de la conducta se le debe de imputar el resultado producido.

Más adelante, sobre la base de este principio se estructuró la teoría de la equivalencia de las condiciones o conocida también con la fórmula *conditio sine qua non*, que entre otras cosas sostiene que la causa de un resultado es la totalidad de las condiciones positivas o negativas que, reunidas indivisiblemente, producen una mutación en el mundo exterior que la convierte en algo diferente de ese conjunto que le dio origen. En consecuencia para esta teoría, basta la *simple* constatación de un proceso causal a través de un análisis deductivo que se hace, partiendo de que ese resultado (hecho lesivo) ha sucedido a otro (acción), para concluir, que el segundo es consecuencia necesaria del primero, aplicando para ello el aforismo latino *causa causae est causa causati*; lo que es causa de la causa, es causa del daño causado.

Frente a esta concepción causalista-positivista (derivada de un juicio lógico-objetivo-naturalístico), en los años setenta surge la que ha sido conocida como la moderna teoría de la imputación objetiva, que opera como una especie de

correctivo restrictivo de la teoría de la equivalencia, sin dejar de desconocer la importancia de la verificación de la relación de causal entre acción y resultado, pero, aclara, que ésta no es suficiente *per se* para imputar ese resultado al autor de la conducta, sino, se requiere además un juicio axiológico (con significado político-criminal) orientado a valorar el hecho con la realidad social; esto es comenzando por clarificar cuántas son las conductas que racionalmente cabe calificar como delictivas. En seguida determinar - atendiendo los límites del *ius puniendi*-, qué bienes merecen y requieren protección penal, así qué clase de conductas pueden crear penalmente relevantes; tentativa, hechos imprudentes, hechos en comisión por omisión para finalmente establecer la necesidad y merecimiento de la pena y el *quantum* de la misma para los autores y partícipes de la lesión y puesta en peligro de bienes jurídicos en los casos concretos.

Esa valoración con orientación político criminal no tiene otro propósito que llegado el momento el juez al dictar la sentencia correspondiente, deberá de considerar si con la conducta del reo hubo incremento del riesgo, si ese riesgo se reflejó o materializó en el resultado, que el resultado, y si ese resultado se encuentra o no dentro del ámbito de la protección de la norma, etc., pues no es lo mismo producir un resultado mediante una conducta que a pesar de ser peligrosa está cubierta por el riesgo permitido, que producir un resultado no amparado por el riesgo permitido, en ambos casos a pesar de que existe una relación de causalidad entre la acción y el resultado, en el primer supuesto esa relación es irrelevante para el Derecho penal acorde una interpretación normativa ajustada a la realidad social. En este sentido –y a título puramente ejemplificativo, imaginemos en el primer caso X la muerte como consecuencia de un golpe dentro de una contienda de box (riesgo permitido), e imaginemos el mismo resultado en una pelea callejera (riesgo reprobable no-permitido). Es obvio que no se les puede dar a los dos supuestos el mismo tratamiento jurídico penal.

Ese es el principal mérito de esta teoría, el considerar justamente la relación de causalidad como un fundamento mínimo pero no suficiente para atribuir el resultado al autor de la acción, distinguiendo claramente entre la causación del

resultado y la imputación objetiva del mismo, pero no a través de criterios naturales como se hace en el causalismo, sino mediante juicios de valoración normativos, en los que no sólo se constate el aspecto fáctico de la relación conducta-resultado, sino, además, se verifique si ese resultado es o no producto de la conducta del autor que ha creado un peligro desaprobado jurídicamente y si ese peligro se ha materializado en el resultado típico o al menos lo ha incrementado.

Sobre la idea de estos juicios de valor ROXIN, máximo exponente de esta doctrina ha sostenido que para imputar objetivamente un resultado se deben verificar por lo menos dos presupuestos esenciales:

1. Si la conducta del autor crea o no un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido, y si ese peligro se materializó en el resultado concreto;
2. A pesar de que aún cuando un resultado se presenta como la realización de un peligro creado por el autor, y por tanto, sería por regla general imputable. Excepcionalmente, puede excluirse la imputación si el ámbito del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones.

Para tal efecto, propone cuatro principios que deberán ser observados al momento de imputar objetivamente un resultado: 1. Disminución del riesgo, 2. Creación de un riesgo jurídicamente relevante, 3. Aumento o falta de aumento del riesgo permitido, y, 4. La esfera de protección de la norma como criterio de imputación.

Conforme a estos criterios, se tiene que un resultado abarcado por el tipo penal sólo debería ser imputable objetivamente si el autor a través de su acción genera un riesgo penalmente relevante y si ese riesgo prohibido (valoración normativa de la conducta) se realiza en el resultado concreto y finalmente si el mismo se encuentra dentro del ámbito de la protección de la norma (valoración del resultado).

Más adelante, JAKOBS, en los años ochenta delinea otros criterios de imputación objetiva, sobre la base de 1 el riesgo permitido, 2 principio de confianza, 3 prohibición de regreso, y, 4 actuación a riesgo de la propia víctima. Líneas que cada una forma un eslabón en la cadena de la imputación objetiva del resultado y por ello se tiene que verificar previamente de manera sucesiva.

Sin embargo, tanto la teoría esbozada por Roxin, como la organizada por Jakobs, en términos generales son muy semejantes en cuanto a su estructura –incluso se diría que se pueden complementar mutuamente– y divergentes respecto de la forma de concebir la función del Derecho penal.

A pesar de ello la teoría de la imputación objetiva del resultado, no ha tenido mucha – se podría hasta afirmar que ninguna– influencia en nuestro país, pues la mayoría de nuestros códigos penales, siguen hallando en la teoría de la *equivalencia de la condiciones* su principal fuente fundamentadora de imputación de resultados a los autores de una conducta típica, regla que en apariencia no admite excepciones, sin embargo, de *lege lata* existe ciertos Códigos (entre ellos el de Michoacán) que no necesariamente para imputar un resultado se debe de tomar en cuenta únicamente la teoría *sine qua non*, pues puedo afirmar que mediante una correcta interpretación de su Parte General y Especial (valoración normativa) se pueden extraer algunos criterios de imputación objetiva, pues en sí ¿qué es la imputación objetiva del resultado?, sino un conjunto de criterios normativos que se deben valorar conjuntamente con la acción, el nexo causal y obviamente el resultado y, por tanto, se abandona definitivamente el principio de causalidad como regla general de imputación, de tal suerte que sólo comete homicidio o mata el que priva de la vida a otro, pero no el que pone una condición que por sí misma no es determinante para el resultado.

En este contexto, el presente trabajo de investigación tiene como objetivo cardinal demostrar precisamente que mediante la interpretación de los elementos ontológicos del Código Penal de Michoacán (con especial referencia a los Códigos Penal Federal y del Distrito Federal, así como los criterios

sustentados por la Suprema Corte de Justicia), se pueden destacar determinados juicios axiológicos que permiten no sólo deducir de sus textos los principios que se deben observar para la imputación en general (acción, dolosa/culposa, resultado, nexo de causalidad, etc.) sino, definitivamente contienen también, ciertos criterios de imputación objetiva del resultado, que son totalmente ajenos al principio de causalidad y que sin menoscabo del principio de legalidad y de los límites del Derecho penal positivo, pueden ser tomados en cuenta por el juzgador, al momento de resolver sobre la imputación objetiva de un resultado en concreto.

Para tal efecto, el presente trabajo se estructuró en cuatro capítulos. Iniciando con el estudio de las teorías y corrientes que componen el denominado “sistema causalista”, es decir, las teorías generalizadoras e individualizadoras, como marco doctrinal de referencia para la imputación de un resultado al autor de una conducta.

En seguida se analiza el nacimiento y desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado, en especial los criterios y lineamientos que en torno a esta teoría han propuesto por ROXIN y GIMBERNAT sobre la base de la creación de un riesgo jurídicamente relevante, aumento del riesgo permitido y la esfera de protección de la norma como referentes para la imputación objetiva.

Más adelante, se ponen de relieve los criterios de imputación objetiva esbozados por JAKOBS, partiendo del desvalor del comportamiento en el marco del riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y el ámbito de protección de la víctima, así como la imputación del resultado.

Finalmente, en último capítulo se analiza las reglas de imputación tradicional contenidas tanto en la Parte general como Especial del Código Penal de Michoacán, partiendo del análisis que sobre las instituciones de la acción/omisión, dolosa/culposa, el resultado, etc., hacen autores principalmente nacionales (respeto de las cuales se asume una posesión como propuesta de reformativización acordes a la realidad social). Y, en su caso, se estudian

determinados supuestos de *lege lata* que en mi opinión contienen ciertas reglas de imputación objetiva, con especial referencia a lo previsto por los Códigos Penales federal y del Distrito Federal.

Indice de abreviaturas

CPEM.....	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
SCJ.....	Suprema Corte de Justicia
STJMICH.....	Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán
Cpf.....	Código Penal Federal
Cpdf.....	Código Penal del Distrito Federal
Cpmich.....	Código Penal de Michoacán
Cfpp.....	Código Federal de Procedimientos Penales
Cppdf.....	Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal
Ed.....	..Editorial
ed.....	.. Edición
No.....	Número
p.....	página
pp.....	páginas
Trad.....	Traducción
ss.....	..siguientes
<i>Op., cit.</i>	Obra citada
<i>Cfr.</i>	Confróntese a, con
<i>Vid.</i> Véase
<i>supra</i>	Antes, anteriormente
<i>infra</i>	Adelante, más abajo
<i>Idem</i>	El mismo, lo mismo
<i>ibidem</i>	Ahí mismo, en el mismo lugar
<i>Loc. cit.</i>	En el lugar citado

Indice

Proyecto de investigación.....	II
Introducción.....	XXXII
Abreviaturas.....	XXXVI

Capítulo I Teorías causalistas

Punto de partida.....	1
1.1 Teorías causalistas.....	3
1.1.1 Teoría generalizadora (de la equivalencia de las condiciones).....	3
1.1.2 Límites a la teoría de la equivalencia (procesos de causalidad hipotética).....	11
1.1.3 La interrupción del nexo causal.....	14
1.2 Teoría de la causalidad adecuada.....	18
1.2.1 Teoría de la relevancia.....	27
1.3 Teorías individualizadoras.....	30

Capítulo II Construcción dogmática de la teoría de la imputación objetiva

Punto de partida	36
2.1 Construcción dogmática de la teoría de la imputación objetiva del resultado.....	47
2.1.1 Tesis de Larenz	48
2.1.2 Tesis de Honig	51
2.1.3 Teoría de la adecuación social de Welzel	54
2.2 Surgimiento de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado.....	57
2.2.1 El sistema racional-final o teleológico (funcional) del Derecho penal.....	61
2.2.2 Principios rectores de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado.....	72
2.2.3 El riesgo o peligro en el marco de la imputación objetiva.....	76
2.2.4 Disminución del riesgo.....	79
2.2.5 Aumento del riesgo permitido.....	81
2.2.6 Creación (o no) de un riesgo jurídicamente relevante.....	85
2.2.7 La esfera de protección de la norma.....	86
2.2.8 La realización del riesgo penalmente relevante en el resultado.....	94

Capítulo III

La teoría de la imputación objetiva de jakobs

Punto de partida.....	102
3.1. El funcionalismo sociológico o funcionalismo-radical.....	104
3.2. La imputación objetiva (líneas básicas).....	114
3.2.1 La imputación del comportamiento (conducta).....	117
3.2.2. El riesgo permitido.....	118
3.2.3 Principio de confianza.....	127
3.2.4 Prohibición de regreso.....	134
3.2.5 El ámbito de responsabilidad de la víctima.....	139
3.3.1 La imputación del resultado.	152
3.3.2 La imputación en los delitos de omisión.....	162

Capítulo IV

Propuesta de nuevos tópicos de imputación general y objetiva del resultado en el Código penal de Michoacán

Punto de partida.....	171
4.1. Reglas Generales.....	173
4.1.1 Primera regla artículo 10.	174
4.1.2. Toma de postura	
4.1.2 Segunda regla la acción/omisión.....	176
4.1.3 La acción.....	176
4.1.4 Toma de postura.....	180
4.1.5 La omisión.....	180
4.1.6 La omisión propia e impropia.....	181
4.1.7 Toma de postura.....	182
4.2 Tercera regla la acción/omisión dolosa o culposa.....	182
4.2.1 El dolo.....	182
4.2.2 Dolo directo e indirecto.....	194
4.2.3 Toma de postura.....	197
4.2.4 La culpa.....	198
4.2.5 Toma de postura.....	229
4.3 Cuarta regla (un resultado).....	231
4.3.1 Toma de postura.....	232
4.3.2 Quinta regla (nexo de causalidad).....	232
4.3.3 Toma de postura.....	236
4.4. Sexta regla para los delitos de comisión por omisión.....	236
4.4.1 Toma de postura.....	245
4.5. Séptima regla (las concausas).....	245
4.5.1 Toma de postura.....	253
4.6 Reglas específicas.....	254
4.6.1 Homicidio por lesiones.....	254
4.6.2 Toma de postura.....	270
Conclusiones.....	273
Bibliografía.....	278

CAPÍTULO I

TEORÍAS CAUSALISTAS

SUMARIO: 1.1 Teorías causalistas. 1.1.1 Teoría generalizadora de la equivalencia de las condiciones. 1.1.2 Límites a la teoría de la equivalencia (procesos de causalidad hipotética) 1.1.3 La interrupción del nexo causal. 1.2 Teoría de la causalidad adecuada. 1.2.1 Teoría de la relevancia. 1.3 Teorías individualizadoras.

1.1 Teorías causalistas

El sistema causalista penal se encuentra integrado por las “teorías causalistas”; generalizadoras e individualizadoras, las cuales toman su denominación y punto de partida del principio de la “causalidad” científica. Principio mediante el cual se pretende explicar racionalmente el *por qué* y el *cómo* de las causas que generan los fenómenos del universo. Para ello, se observan primo de forma arbitraria todos los fenómenos apreciables por los sentidos del hombre, y después, los seleccionan atendiendo sus determinadas particularidades que se van desprendiendo de constantes repeticiones entre sí, a través de una relación de causalidad entre su antecedente con el consecuente, relación que es sometida reiteradamente al proceso de experimentación y una vez que se ha constatado siempre el mismo resultado, se deducen de ellos las correspondientes leyes naturales¹.

De tal forma, que basados en esa relación de causalidad se concluye que todo fenómeno tiene una causa (antecedente) y toda causa tiene un efecto (consecuente) Por consiguiente, la «causalidad» en este sentido, es entendida

¹ Así LAPLACE, afirmaba que «Todos los acontecimientos, incluso aquellos que por su insignificancia parecen no atenerse a las grandes leyes de la naturaleza, no son sino una secuencia tan necesaria como las leyes del sol». Citado por FIERRO, Guillermo Julio, en *Causalidad e imputación*, p. 68. Cuando nos hemos acostumbrado a tener dos impresiones sucesivas, la imaginación nos conduce a la idea de que la primera es causa de la segunda. Y, más aún, nos conduce a la peregrina idea de que hay fenómenos, en el mundo exterior, que son causa de esas impresiones, y que, también, están unidos por la causalidad. Y decimos, suponiendo que existen esos fenómenos exteriores, que el primero es la causa del segundo». CORREAS, Óscar, *Metodología Jurídica una introducción filosófica*. p. 97.

como una relación *racional*, en la que la causa es la razón de su efecto y, por tanto, necesariamente este es *deducible* siempre aquella².

El principio de la causalidad marca la pauta para el nacimiento de la corriente filosófica del positivismo, que surge como rechazo a la metafísica como método de filosofía³; que considera a las cosas en general, como algo perenne e inmutable. El término «positivista» fue empleado por primera vez en 1830 por SAINT-SIMON, para designar al método exacto de las ciencias y su extensión a la filosofía⁴. A partir de ese momento desde la amplia perspectiva de la causalidad se ha pretendido explicar científicamente todos los fenómenos que se presentan en el universo. Sobre esta idea, y como consecuencia de la exigencia de hacer de la ciencia el fundamento de un nuevo orden social y religioso nace el positivismo social, quien tiene sus máximos exponentes al citado SAINT-SIMON, a COMTE⁵ y STUART MILL..

Más adelante a partir de las publicaciones de las obras de LOMBROSO (*El hombre delincuente*), en 1876; FERRI (*Teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío*), en 1878; y, GAROFALO (*De un criterio positivo de la penalidad*) en 1880, se inicia lo que en el Derecho penal se le conoce como la escuela Positivista. Esta escuela nace como reacción al método *apriorístico* y el libre albedrío postulado por la escuela Clásica.

En ese tenor, los positivistas explican ahora el fenómeno criminal sobre la base del contenido del principio de causalidad natural, para lo cual argumentan que la «ciencia tiene la misión de encontrar las leyes especiales

² Platón «considera la causa como principio por el cual una cosa, es o resulta lo que es». ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, p. 152, Más adelante en el siglo XI, Algazali aseguraba que el único nexo aceptable entre las cosas es únicamente una cierta conexión temporal, por tanto, era considerada como una relación *empírica* o temporal, por el cual el efecto no es deducible de la causa pero es previsible a partir de ella, por la constancia y uniformidad de la relación de sucesión. *Idem*, p. 156, por lo cual existe una relación entre todo lo que ha pasado (ha sido) y lo que existe y, entre los que es (hoy) y será mañana. Cfr. GÓMEZ LÓPEZ, Orlando, *El homicidio*, p. 218.

³ «El modo positivista de pensar se caracterizaba por la destrucción del concepto metafísico de causa y su reemplazo por la idea de la ley –de relación constante entre fenómenos– se impone por lógica necesidad». FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e imputación* p. 69.

⁴ ABBAGNANO, *Op. cit.* p. 936 y ss.

⁵ Quien sostenía «Toda proposición que no es estrictamente reducible a la simple enunciación de un hecho, de carácter particular o general, no ofrece ningún sentido real o inteligente». Citado por BENTANCUR AGUDELO, Nódier, *Grandes corrientes del Derecho penal, Escuela positivista*. Ed. Temis, 7ª ed., 2002, p. 27.

según las cuales se realiza en sus detalles la determinación y después “explicar” los acontecimientos. Según la concepción del positivismo, no existe ninguna diferencia de *principio*, entre el enlace causal en la naturaleza inanimada, en los procesos orgánicos de desarrollo, y la determinación psíquica, la motivación. En todas partes rige el principio de que todo cambio perceptible en el tiempo ha de tener su causa precedente, conforme a las leyes de la naturaleza, el efecto»⁶.

Por consiguiente, el delito es también explicado por esta escuela, por un lado, como un fenómeno natural, esto es, como un hecho social que aparece a partir de una serie de causas endógenas heredadas o congénitas derivadas de alguna enfermedad que se presentan de determinadas personas, y por otro, el delito es expuesto como cualquier actividad humana que tiene un origen complejo, biológico y físico-social, con modalidades y grados diferentes acorde a las diversas características propias de cada individuo, así como a las circunstancias de tiempo y lugar en que se presenta el hecho delictivo⁷. De esta forma, el principio de causalidad de las leyes naturales es extrapolado por los positivistas al Derecho penal⁸, para con el mismo explicar los fenómenos criminales, siguiendo el método científico consistente en la observación del delincuente, su entorno social su clasificación, sus causas, etc., con la finalidad de ver para prever, prever para proveer y proveer para la defensa social.

Congruente con lo anterior, esta escuela rechaza el método apriorístico del derecho natural –esencia de la escuela Clásica–, como objeto de conocimiento, y, por consiguiente, pasa de un método abstracto a un método empírico; de lo ideal a lo naturalístico; de la búsqueda del ser al ser. De esta

⁶ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del sistema penal*, p.196.

⁷ Cfr. BENTANCUR AGUDELO, *Op., cit.* pp. 2–3

⁸ Fue el positivismo *naturalista*, que se caracterizó por la traslación a la ciencia penal de los métodos propios de las ciencias empíricas. MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del sistema penal*, p.196. En realidad dicho principio no sólo al campo del derecho se aplicó el método positivo, sino a todas las “ciencias morales” o “culturales”; a la política, al estudio de la religión, a la economía, y a todos los fenómenos sociales. Puesto que para Comte, No había diferencia entre el mundo de lo moral y el mundo de lo natural, ambos estarían dominados por las leyes constantes. Citado por BENTANCUR AGUDELO, p. 28. «Según el positivismo naturalista que invadió los espíritus en la segunda mitad del siglo XIX a nivel general de las ideas, “los acontecimientos espirituales tienen, igual que los acontecimientos naturales, sus “causas”, están totalmente determinadas por ellas. MIR PUIG, en *Introducción a las...* p.161 nota 17.

manera, ya incorporado el principio de causalidad científico al campo del Derecho penal, en torno a él se fue construyendo el sistema causalista.

En este capítulo analizamos justamente las diversas teorías generales e individualizadoras que integran el llamado sistema causalista como sustentáculo jurídico de la imputación del resultado.

1.1.1 Teoría generalizadora de la equivalencia de las condiciones

Las teorías causales generalizadoras, llamadas así, porque no admiten diferencia alguna entre causa y condición⁹. Tienen por definición en la teoría de la equivalencia de las condiciones su mayor representante.

Sobre esta teoría, la opinión mayoritaria coincide en señalar que fue el filósofo inglés JOHN STUART MILL¹⁰, quién en su obra *Sistema de lógica inductiva y deductiva* (1843), define a la «causa» ya no como una cuestión ontológica –como era considerada en aquella época–, es decir, como un mero antecedente o condición de la consecuencia, sino que ahora la define con exclusividad atendiendo su aspecto físico avalorativo¹¹. Lo cual significa, que la «causa», ya no será juzgada como una condición valorativa, sino como la suma de todas las condiciones positivas y negativas tomadas juntas las que una vez que se configuran hacen necesariamente de ellas se produzca el resultado esperado¹².

⁹ MIR PUIG, en *Introducción a las...* p. 356, en sentido similar *Vid.*, LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva*, p. 25. En cambio las teorías individualizadoras destacan en particular una condición que sobre sale o es más relevante que las demás. Sobre estas teorías *Vid. infra* 1.3 pp 34 y ss.

¹⁰ Partidario de la teoría de la física social, afirmaba con agudo recelo que la vida jurídica-social tenía un lugar determinado dentro de la constelación de las leyes mecánicas, por lo que en atención a esas leyes se deberían de medir esas relaciones sociales, acorde con el principio de causalidad científico-natural. De ahí, que, MILL, sea reconocido generalmente como precursor de la teoría de la equivalencia de las condiciones. *Cfr.* NAUCKE, Wolfgang, "Sobre la prohibición de regreso en el derecho penal" en NAUCKE, Wolfgang, OTTO, Harro, JAKOBS, Günther, ROXIN, Claus, *La prohibición de regreso en el derecho penal* p. 26 (nota 22).

¹¹ Recordemos que el método dogmático de von LISZT negaba todo tipo de intromisión de principios filosóficos de valoración, pues para este autor, el derecho se apoyaba en los principios provenientes de las ciencias naturales. Citado por DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho penal parte general*, pp. 104–105.

¹² *Cfr.* FIERRO, *Op. cit.* p. 70, de igual forma JIMÉNEZ de ASÚA, Luís, en *Teoría del Delito*, pp. 82–83. Concepto que en realidad no puede ser atribuido como único autor a MILL, pues ya desde la época romana CICERON, en su obra *De fato*, XV ya consignaba que «La causa es lo que produce aquello de lo cual es la causa; así, la herida es causa de la muerte; la indigestión de la enfermedad; el fuego del calor. Citado por FIERRO, *Op. cit.* p. 196.

La «causa» desde la anterior perspectiva, no admite valoración alguna, la que sumada al principio científico de la causalidad, fue tomado como paradigma por la escuela positivista para la incipiente teoría de la «*equivalencia de las condiciones*» siguiendo con los anteriores padrones, esta teoría afirma que todas las condiciones son equivalente entre sí, por tanto, si todas ellas tienen el mismo valor causal, «*cada una de ellas es causa del resultado*»¹³, por ello el juez, al momento de imputar un resultado no podrá en consecuencia:

a) Discriminar o aislar a una o varias condiciones, *so pretexto* de valorarlas de manera independiente, pues tan importante es para la producción del resultado la *primera* como la *última* o la *intermedia*¹⁴.

b) Tampoco, le es dable atender a la preponderancia de la condición puesta por el autor, a su rango, su tipicidad, ni a la mediatez o inmediatez de la misma¹⁵, toda vez de que *cada una de estas son equivalente en su valor causal*. Es decir, para esta teoría al tener todas las condiciones el mismo valor causal el juez no deberá tomar en cuenta la mayor o menor aportación de cada una de ellas en la producción del resultado, ni el momento en que cada una de ellas se manifieste.

Los anteriores lineamientos nos conducen asegurar, que para la teoría en cuestión, la imputación de un resultado, se constriñe exclusivamente a un juicio natural objetivo, cuyo método más seguro consiste en la averiguación y verificación que haga el juzgador de la relación de causalidad, esto, constatar únicamente que entre la acción del autor y el resultado lesivo existe un nexo de causalidad¹⁶ para que el mismo se impute al autor de la conducta, sin

¹³ Cfr. PAVON VASCONCELOS, *Op. cit.* pp. 67–68 (cursivas en original).

¹⁴ La teoría en cuestión tuvo su mayor proyección; primero con el procesalista austriaco Julios GLASER y posteriormente con Maximiliano von BURI, quien gracias a su influencia como magistrado del Tribunal Supremo del Reich, impuso esa doctrina en la jurisprudencia alemana. Vid. JESCHECK, Hans–Heinrich, *Tratado de derecho penal* (parte general), §28. II/2 p. 381 ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general*, §11/7 p. 349, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal parte general* 10/11 A) p. 218. La estructura de esta teoría es graficada detalladamente por CARRASQUILLA FERNÁNDEZ, Juan, en *Derecho penal fundamental*, p. 155.

¹⁵ Cfr. MAURACH, Reihart, GÖSSEL Karl, ZIPF Heinz, Heinz, *Derecho penal parte general*, § 18, II/20, p. 311.

¹⁶ Sin embargo, esa relación de causalidad (causa–efecto) no siempre constituye un elemento indispensable para la existencia de la responsabilidad penal, ya que, en la omisión no se presenta esa relación de causalidad, situación que no lograron explicar mucho menos fundamentar para la imputación de estos casos las teorías causalistas, Cfr. CERESO MIR, *Op. cit.*, 51. En la actualidad, tratándose de los

necesidad de entrar al estudio de sí ese resultado fue o no producto de una acción previamente planeada y ejecutada, o, de una acción meramente imprudente o accidental¹⁷.

Este tipo de juicios naturales-objetivos, redimensionaron ilimitadamente los alcances jurídicos de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Ya que al tener todas las condiciones el mismo valor causal, obviamente, las condiciones que se hubiesen producido con posterioridad a la conducta del autor inicial, eran irrelevantes, no obstante, que se trataran de condiciones totalmente ajenas a él o que incluso fueran éstas las que al final desencadenaron el resultado. Esto en virtud de que –para sus seguidores–, las condiciones posteriores no destruyen el proceso causal es decir, tales condiciones no interrumpían el nexo causal¹⁸ existente entre la conducta y el resultado.

La conexión argumentativa de la conducta con la responsabilidad –no con el resultado–, que hacen los seguidores de la equivalencia de las condiciones, se puede resumir en el aforismo latino *causa causae est causa causati* (la causa de la causa, es causa del mal causado). Lo cual implica que en cierta forma todo mundo está expuesto a ser responsable de un resultado ilícito, aún cuando su aportación no sólo sea irrelevante para el resultado, sino que sea indiferente para el mismo.

Tales objeciones obligaron a los partidarios de esta teoría a replantear la necesidad de limitar sus extremos naturalísticos. Con este propósito diseñaron la fórmula de la *conditio sine qua non*. Con la que se pretendió acotar toda la

delitos llamados de omisión impropia o comisión por omisión, se procura fundar esa relación en «un nexo de causalidad hipotética», es decir, la no-acción del omitente para impedir el resultado equivale a la acción del autor. Por todos Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. parte general*, p. 259.

¹⁷ La acción desde el punto de vista causalista se ha entendido en dos sentidos: *en sentido estricto* como voluntariedad externa o manifestación de voluntad al exterior, es decir, como *movimiento –o inmovilidad– voluntario* con independencia de sí provoca o no un resultado distinto al movimiento mismo; tal concepto se contrapone al de *acción en sentido amplio*, que *incluye junto* al movimiento corporal voluntario *la causación por éste de algún resultado* (distinto de la propia exteriorización de voluntad) en el mundo externo: esto es, acción en sentido amplio incluiría acción en sentido estricto, resultado y relación causal entre ambos Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Derecho penal parte general I*, p. 248 (cursivas en original).

¹⁸ Cfr. LÓPEZ DÍAZ, *Op. cit.*, p. 27.

probable constelación de las condiciones como productoras de un resultado, a una sola de ellas. Esto es, con la fórmula en cuestión, aparentemente ya no todas tiene el mismo valor causal, sino sólo una de éstas es «necesaria o indispensable» para configurar el resultado.

El procedimiento de la *conditio sine que non* propuesto estructurado por los simpatizantes de la equivalencia de las condiciones, consiste en:

a) Primero, determinar aquel factor que en apariencia –conforme las reglas de la experiencia y conocimiento científico– fue el probable condicionante del hecho acaecido;

b) Posteriormente, se procede a aislarlo mediante un proceso hipotético de eliminación *a posteriori in mente*¹⁹; en otras palabras, una vez aislado el factor condicionante se suprime mentalmente; y,

c) Por último, se verifica (también mentalmente) si a pesar de haberse eliminado la condición *sin que non*, el resultado se hubiese o no producido por igual²⁰.

Conforme al anterior procedimiento, tendremos que si el resultado no desaparece una vez suprimido mentalmente el comportamiento, entonces éste había sido condición de aquél; en cambio, si suprimida *in mente* la conducta del autor el resultado desaparece, se concluye que entre la conducta y el resultado no existe ninguna relación de causalidad y, por tanto, no se debe imputar el mismo al autor de la acción.

¹⁹ Cfr. ROXIN, en *Derecho penal...* §11/7 p. 349, el mismo ROXIN, señala más adelante, que al principio, la jurisprudencia alemana se repetía constantemente la idea de la *conditio sine qua non*, sin emplear la fórmula especial del “suprimir mentalmente”. Esta aparece por primera vez en 1910 en el Código penal alemán RGSt en el entonces artículo 44, 137 (139) “lesiones con resultado de muerte sólo se dan si no puede suprimirse mentalmente las lesiones sin que simultáneamente se elimine también el resultado muerte. *Idem.*, p. 349. Posteriormente, tanto a la teoría de la equivalencia como a la fórmula limitadora, se les conocería la “teoría de la equivalencia o *conditio sine qua non*”. Para JAKOBS, la fórmula no es sino un círculo vicioso porque el concepto que ha de definirse aparece oculto. Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal* (parte general, fundamentos y teoría de la imputación) traducción JOAQUIN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUÍS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 1/8 y 1/9 p. 227.

²⁰ Cfr. FIERRO, *Op. cit.*, pp. 192–195.

Como se puede observar, con la fórmula propuesta es posible acotar los ilimitados alcances naturalísticos de la equivalencia de las condiciones, por el contrario de su procedimiento se infiere una mayor complicación para el juzgador al momento de resolver sobre la imputación del resultado. Me explico, con el método de la equivalencia de las condiciones, el juez únicamente constataba la relación de causalidad entre la conducta del autor con el resultado. En cambio, con el procedimiento de la fórmula, al remitir al juzgador a las leyes de la causalidad general como fundamentadoras de la condición *sine qua non* y de la confirmación del nexo de causalidad, lo obliga a tener un conocimiento previo de esas leyes, y al mismo tiempo torna el principio de la causalidad en un principio *jurídico* que no pocas de las veces chocan o contradice al de la causalidad natural²¹.

En efecto, obsérvese como la “eficacia” de la fórmula *conditio sine qua non* “eficacia” ya no depende únicamente de la relación causa-efecto –principio de causalidad natural–, sino ahora también está supeditado a la existencia y conocimiento *a priori* de una ley general de causalidad aplicable al caso en concreto. De tal forma, que si tratamos de resolver un homicidio por envenenamiento siguiendo los pasos del procedimiento propuesto, tendremos:

a) Primero, determinar el factor condicionante (es decir el veneno como causa de la muerte), para ello, se requiere tener conocimientos de botánica o química o de alguna otra rama de la ciencia que trate sobre el origen y clasificación de los venenos, pues, si se desconocen las propiedades letales de la condición elegida por el juzgador y sus orígenes (en este caso del veneno) se corre el riesgo de tampoco saber *cómo actúa* esa condición sobre un determinado cuerpo orgánico (organismo humano vivo) y por consiguiente, difícilmente se podrá determinar cuál fue el factor condicionante considerado como *sine qua non*, para la producción del resultado²².

²¹ Cfr. CEREZO MIR, *Op. cit.*, pp. 53–54.

²² Vid. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español* (curso de iniciación parte general), pp. 581–582/136, MIR PUIG, *Derecho penal parte general* 10/13 a), p. 219. La importancia de conocer la ley general causal, estriba en que sirven de apoyo para deducir y explicar si el resultado (muerte) es o no consecuencia de la condición determinada como *sine qua non* (veneno) por consiguiente, en los delitos de acción existe una relación de causalidad cuando el comportamiento activo *a condicionado* el resultado, es decir, cuando la acción ha contribuido conforme a las leyes de la ciencia de la naturaleza (científica naturalmente) a la lesión del bien jurídico, por ejemplo el disparo de arma de fuego es condición necesaria

b) Una vez determinada la condición elegida como *sine qua non* (veneno) ésta se aísla del resultado concreto (muerte) mediante un proceso mental y, antes de preguntar si esa condición ha causado el resultante, se procede a suprimir hipotéticamente no sólo el veneno (condición *sine qua non*) que provocó la muerte (nexo causal), sino también, se elimina de manera retrospectiva todo lo inherente a esa condición. Así como a las circunstancias en que se dieron los hechos, es decir, se elimina *in mente* la persona que lo suministro, el recipiente en donde se sirvió, la oportunidad de servirlo, etc., y,

c) Finalmente, si eliminadas todas las anteriores condiciones, el resultado permanece se concluye que la suma de todas ellas fue la causa que produjo el envenenamiento, pero si por el contrario el resultado desaparece, entonces se habrá constatado que entre el veneno y la muerte acaecida no existe ninguna relación de causalidad.

Lo que en mi opinión en la praxis no conduce –ni por asomo– a los resultados esperados, es decir, limitar los alcances naturales de la equivalencia, puesto que esta formula en principio ha sido objeto de severos cuestionamientos, el primero consiste en reproducir el error en que había incurrido el filosofo y jurista sueco, THYRÉN, quien «distinguía *a priori* entre condiciones *decisivas* y condiciones *no decisivas* y, luego, entre condiciones positivas, negativas e indiferentes –pero sólo en abstracto–, pues en concreto todas contribuyen a producir el resultado²³. De esta forma, al hacer la distinción de las condiciones exclusivamente *in mente*, tal diferencia en la *praxis* es nula o inoperante, por la sencilla razón de que al no trascender tal distinción de las condiciones (decisivas, no decisivas, positivas y negativas) al mundo fáctico la causa del resultado sigue siendo la suma de todas ellas. El segundo, estriba en

para la producción (mínimamente) de lesiones en un organismo vivo. Cfr. GIMBERNAT, Enrique, *Estudios sobre el delito de omisión*, p. 53 (cursivas en original). Sin embargo, no siempre es indispensable tener el conocimiento de todas y cada una de las etapas de la relación de causalidad, pues es suficiente que la relación de causalidad propuesta se funde «en una ley fenoménica de contenido causal que sea válida conforme a los criterios epistemológicos habitualmente admitidos» quedando con ello excluidas otras explicaciones causales alternativas Cfr. CEREZO MIR, *Op. cit.*, pp. 54–55 (nota 16); para ejemplificar lo anterior, el caso de las muertes por el aceite de colza desnaturalizado, que provocó la muerte de más de 3000 personas y que la justicia española tardó muchos años en determinar la causa de esas muertes, hasta que pudo (medianamente) encontrar el nexo causal entre la ingestión del aceite con las muertes producidas. Para mayor detalle de este caso *Vid.*, MUÑOZ CONDE, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, pp. 92 y ss.

²³ Citado por FIERRO, *Op., cit.*, p. 192.

que al remitir la adecuación del nexo causal a las leyes empíricas mediante el proceso retrospectivo de eliminación nos conduce teóricamente al *regresum ad infinitum*²⁴, esto es, a un retorno al infinito, en el que difícilmente se podría determinar cuál de todas las condiciones fue la indispensable, en la causación del resultado y por tanto, todo el mundo podría ser responsable del envenenamiento.

Los anteriores cuestionamientos son ilustrados con dos de los ejemplos ya considerados clásicos en la literatura penal.

El primero, se relaciona con la teoría de la equivalencia y es JESCHECK quién lo describe de la siguiente manera: «durante el transcurso de una fiesta que celebraba una asociación, un invitado que quería ver el patio del restaurante se precipitó, a causa de la oscuridad, al fondo de un pozo descubierto, perdiendo la vida a consecuencia de la caída. Causantes del resultado fueron aquí entre otros, el constructor del pozo, el hijo del dueño del restaurante, que dejó abierto el pozo después del trabajo, el propio dueño del restaurante, que no se aseguró que el pozo debía hallarse cerrado antes de la llegada de los huéspedes, el presidente de la asociación, que fue quien abrió la puerta que comunicaba el salón con el patio, antes cerrada, y, por último, el empleado del restaurante que suponiendo que la puerta estaría cerrada apagó la luz del patio... La cuestión de cuál de estas personas pueden considerarse *jurídico-penalmente responsable* »²⁵.

El segundo supuesto, tiene relación con la fórmula de la *conditio* y PAVÓN VASCONCELOS lo reseña en los siguientes términos: «`A` mata a `B`, pero para llegar a producir la muerte de su víctima (resultado típico del homicidio) se ha precisado no sólo que el agente adquiera el arma, aceche a la víctima y dispare la carga de la pistola sobre ella, sino una serie de actividades previas que le son ajenas y sin las cuales el actor no hubiera estado en condición de ejecutar el delito. Si no hubiera existido el expendio de armas, ésta no hubiera podido ser adquirida por el agente; si no se hubiera fabricado la

²⁴ Cfr. JESCHECK, *Op. cit.*, § 28. III/1 p. 386.

²⁵ *Op. cit.*, § 28. III/1 pp. 380-381.

pistola, igualmente no se hubiera podido ejecutar el delito con ella; por último para que se fabricara el arma, hubo eminentemente necesidad de que se fundiera el metal y, para la existencia del metal, se hizo impredecible que los mineros lo extrajeran de la mina»²⁶.

Resolviendo los anteriores ejemplos aplicando en el primer caso el método de la teoría de la equivalencia, se concluye que, todas las personas ahí mencionadas son responsables de la muerte del invitado que perdió la vida al caer en el pozo, puesto que todos de una manera u otra aportaron una condición (aún irrelevante) en el curso causal y al tener todas la misma equivalencia, la suma de ellas constituye la causa que determinó el resultado. En cuanto al segundo supuesto lo resolvemos utilizando el procedimiento de la *conditio sine qua non*, esto es, suprimimos hipotéticamente el nexo causal existente entre la acción y el resultado (el disparo del arma por A, así como todas las condiciones concomitantes y precedentes al hecho), sin lugar a dudas todo ello, no llevaría a un *regresum ad infinitum*²⁷ lo que lejos de resolver la imputación, constituye un impedimento para racionalmente determinar cuál fue la *condición sine qua non* que determinó el resultado²⁸.

Una tercera crítica a la teoría de la *conditio sine qua non* la hace GIMBERNAT²⁹, al señalar que dicha fórmula puede ser también empleada de manera equivocada, cuando, *V.gr.*, se niega el carácter de condición en ciertos casos en los que *en la realidad sí* había condicionado el resultado, tal como sucede con el supuesto relatado por ENGISCH, en los siguientes términos:

«El verdugo A va a ejecutar al asesino N a las 6:00 de la mañana, estando probando el accionar de la guillotina, ya en vías de la ejecución (la cabeza del asesino se encuentra debajo de la cuchilla) pocos segundos antes de la hora señalada, se presenta B, padre del asesinado y adelantándose al

²⁶ *Op. cit.*, pp. 69–70.

²⁷ *Cfr.* JESCHECK, *Op. cit.* § 28. II/1 p. 380, *Cfr.* MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, p. 6.

²⁸ Incluyendo el hecho de que si el homicida no hubiera sido concebido por sus padres, tampoco se hubiese producido el suceso delictivo. Lo que nos conduce invariablemente a seguir toda una cadena de condiciones que podrían terminar en el pecado original de Adán y Eva o bien, hasta el infinito

²⁹ *Cfr.* GIMBERNAT, *Causalidad, omisión e imprudencia...* p. 54 (cursivas en original).

verdugo acciona la palanca que deja caer la cuchilla de la guillotina y muere N. En este caso si suprime *in mente* el comportamiento de B (que accionó la palanca de la guillotina) el resultado (muerte de N) no desaparece, ya que pocos segundos después habría actuado el verdugo dando cumplimiento a su encomienda y de todas formas iba a morir N a la misma hora y en las mismas circunstancias»³⁰.

En este supuesto es incuestionable que la acción del padre *fue* la condición necesaria o *sine qua non* que causó el resultado, aún cuando el asesino de su hijo fuera segundos después ejecutado por el verdugo.

Finalmente a la teoría de la equivalencia y su fórmula de la *conditio*, también se le cuestionado, el hecho de que a juicio de sus seguidores, la simple constatación del nexo de causalidad existente entre la acción y el resultado, es más que suficiente para determinar la responsabilidad penal al autor de la conducta. Lo que para a decir de sus discernientes, es insostenible, ya que, por una parte, difícilmente se puede fundar una teoría jurídica en aspectos puramente objetivos-naturales; por la otra, la relación de causalidad es considerada como un concepto prejurídico³¹. O sea, el equiparar el nexo causal con la culpabilidad no hace otra cosa que confundir esa relación de causalidad con la propia culpabilidad

Lo cual es actualmente insostenible³², pues como señala SOLER, Lo que debe aquí resolverse es si un resultado físico determinado (daño o peligro) debe ser puesto o no a cargo de la acción de un sujeto, sin que en ello se mezcle el juicio de mérito o de demérito sobre el hecho (antijuricidad) o la reprobación que por ello merezca el autor (culpabilidad). La comprobación de la existencia de una relación de producción de ningún modo importa, que por sí

³⁰ Citado por GIMBERNAT, en *Estudios sobre...* p. 54, en el mismo sentido REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, pp. 15–16.

³¹ Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. parte general*, p. 52, esto es, para la constatación de cualquier resultado, se debe de verificar previamente la relación de causalidad, sin que esto signifique, que la misma sea determinante para imputarlo objetivamente al causante primario.

³² Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de Derecho penal*, p. 267.

misma, la responsabilidad penal (punibilidad); es sólo *uno* de los elementos de los cuales ésta depende»³³.

1.1.2 Límites a la teoría de la equivalencia (procesos de causalidad hipotética)

En respuesta a las anteriores objeciones los simpatizantes de la teoría de la equivalencia y de la *conditio sine qua non*, trataron de nueva cuenta de acotar las repercusiones naturales y con ello redefinir objetivamente a los responsables cuyas conductas hubiese desencadenado –no determinado– el resultado lesivo. En un primer intento, se propuso limitar la causa generadora del resultado sólo a las condiciones que preponderantemente lo determinaban, esto es, se procedía a eliminar mentalmente la acción elegida como probable causa de ese resultado se podría apoyar en una alternativa hipotética de otro curso causal, que hubiere producido de igual modo el mismo resultado³⁴.

En otras palabras, como la fórmula de la *conditio* prohíbe, por un lado, pensar en las condiciones que habrían producido el resultado al separar la condición que lo causó (*causalidad hipotética*), por el otro, en cambio exige pensar en las condiciones que habrían evitado –no producido– ese resultado, esto es, preguntarse si la condición que la causó no hubiese tendido lugar³⁵ ¿qué hubiera pasado?.

De esta manera se crearon los procesos hipotético o alternativo como medios correctivos o definidores de los alcances y que son principalmente los llamados a) *procesos causales hipotéticos*, b) *de causalidad cumulativa*, c) *causalidad adelantada*, y, d) *condición ajustada a las leyes de la naturaleza*³⁶.

³³ *Op. cit.* p. 255

³⁴ LUZÓN PEÑA, *Op. cit.*, p. 362.

³⁵ CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 596/152.

³⁶ Para todos los procesos hipotéticos *Vid. Cfr.* MIR PUIG, *Op. cit.*, pp. 218–230, ROXIN, *Derecho penal...* pp. 350–352, JESCHECK, *Op. cit.*, pp. 382–385, GIMBERTNAT ORDEIG, Enrique, en *Delitos cualificados por el resultado*, pp. 119 y ss. LUZÓN PEÑA. *Op. cit.*, pp. 361–365., BUSTOS/LARRAURI, *Imputación objetiva*, pp.46–48, GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, en «Aproximación de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Al mismo tiempo, bases mínimas para su reconstrucción en el derecho penal mexicano», p. 444, JAKOBS, en *Derecho penal...* pp. 232–236.

a) *Procesos causales hipotéticos*, esencialmente se basan en comparar un suceso real, con otro imaginario, en el que, aún cuando se suprimiera mentalmente la condición que motivó el resultado, otra causa hubiera produciendo de igual forma y en el mismo lugar el suceso. Lo cual se puede ilustrar con el siguiente ejemplo; el soldado Juan, es reprendido severamente por su superior por haber fusilado a un enemigo de guerra en cumplimiento de una supuesta orden que era a todas luces ilícita. Juan se defiende argumentando, que no obró mal, pues, de todas maneras si no lo hubiera hecho él otro en su lugar también lo hubiera ejecutado. En este ejemplo, aún suprimiendo mentalmente la primera condición, dadas las circunstancias es lógico que el resultado se hubiere producido en el mismo lugar, y en su caso, el segundo soldado –tal vez– también hubiese esgrimido los mismos argumentos y de esta manera estaríamos frente al absurdo de que la muerte de la víctima se produjo sin causa;

b) *Proceso de causalidad cumulativa* o doble causalidad, se produce cuando dos causas independientes actúan conjuntamente en un mismo organismo, no obstante, que cada una de ellas es suficiente para producir por sí misma el resultado lesivo. Pongamos por ejemplo; la muerte de Julio César, quien antes de fallecer recibió 23 puñaladas. Aplicando el proceso cumulativo, aunque se eliminara mentalmente cada de las condiciones (puñaladas/heridas) por separado, subsistirían otras heridas que por sí mismas son mortales por necesidad, y que por ende también son eficaces para producir de igual forma ese resultado, lo cual no resuelve la imputación;

c) *La causalidad adelantada*, como su nombre lo indica, se presenta cuando concurren dos causas en un mismo organismo, en la que una de ella actúa más rápido o es más efectiva que otra que ya existía con anterioridad, así por ejemplo; Luis con la intención de matar a Francisco, vierte una dosis suficiente de veneno en una primera tasa que es suficiente para provocar el resultado, pero justo antes de que el veneno cumpla su cometido, llega Ramón y le dispara en la cabeza a Francisco, siendo la bala la que determina finalmente la muerte de Francisco. En este supuesto, la muerte de Francisco, no desaparece eliminando mentalmente el comportamiento de Luis, pues un

evento posterior acelero su muerte, de ahí que no se le impute el resultado (muerte) sino únicamente se le debe responsabilizar por tentativa de homicidio; y,

d) *Condición ajustada a las leyes de la naturaleza*, este proceso hipotético tiene en ENGISCH³⁷ su principal exponente, afirma que la condición ajustada a las leyes conduce a resultados convincentes en cuanto que no enmascara los cursos causales si son dudosos, (como en los ejemplos del fusilamiento y del veneno) y no induce a caer en el error al juzgador, y se sustenta averiguando *si a una acción han seguido modificaciones cronológicamente posteriores del mundo exterior que se hallasen unidas a la acción con arreglo a las leyes de la naturaleza y aparezca como resultado típico*. Para ello, es necesario analizar cada caso desde el prisma de las *conexiones que le son propias según las leyes de la naturaleza*, preguntando para tal efecto; si la acción ha sido de tal clase que, según nuestra experiencia ha producido similares resultados como los que ha tenido lugar el caso concreto³⁸.

1.1.3 La interrupción del nexo causal

Los anteriores procesos hipotéticos alternativos como formas fueron en la práctica inoperante, situación que de plano marco su punto de quiebra como elementos limitadores de la *conditio sine que non*. Obligando con ello, a reestructurar otro tipo de correctivos que en definitiva acotaran sus consecuencias jurídicas. Para tal efecto se formularon ciertos correctivos que tienen como común denominador «la interrupción del nexo causal» entre la acción inicial y el resultado, con lo que de cierto modo se desligan un poco de la equivalencia de las condiciones como punto de partida de la imputación

³⁷ Cfr. MIR PUIG, *Op. cit.* 10/22 p. 222.

³⁸ Cfr. JESCHECK, *Op. cit.*, pp. 384–385 (cursivas en original), «Para poder hablar de causalidad en el Derecho penal, hace falta una ley causal general, confirmada científicamente, en la que se subsuma la concreta causalidad comprobada en los hechos que se enjuician (*teoría de la condición conforme a la ley*)» CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 583/138 (cursivas en original). Argumentos muy semejantes a los esgrimidos por los iniciadores y defensores de la teoría de la causalidad adecuada. *Vid., infra* 1.2 pp. 20 y ss.

penal, destacando por su trascendencia los correctivos de; a) la prohibición de regreso; b) la interrupción del nexo causal; y, c) el de culpabilidad.

a) La prohibición de regreso desarrollada por FRANK (1931), rechaza desde su inicio la idea *ilimitada* de la responsabilidad penal de los intervinientes en los términos de la *sine qua non*, para la cual todos los intervinientes directos o indirectos eran responsables. Por tanto, para esta teoría, un sujeto por el solo hecho de tener la posesión de garante no debe responder por todas las posibles afectaciones que pudiera sufrir el bien jurídico que le ha sido encomendado, y, esto sólo se podría evitar mediante la prohibición de regreso, como forma de interrupción de la relación causal de imputación³⁹.

Dicho en otras palabras, con el correctivo de la prohibición de regreso, únicamente se pretende *valorar* la participación de los intervinientes en el hecho a fin de delimitar la responsabilidad penal de cada uno de ellos acorde a la forma en que intervinieron, así pues el principal merito de esta teoría es el de realizar un juicio valorativo de la participación de los intervinientes, esto es, se convierte en una teoría valorativa.

Para tal efecto propone los siguientes parámetros como puntos de referencia para los juicios valorativos que sobre la participación se formulen:⁴⁰:

I. Imprudentemente no se puede dominar un suceso en donde existe un autor doloso;

II. La forma más grave de imputación (la acción dolosa) objetivamente excluye la forma más leve de imputación (la acción imprudente); y,

III. Mediante la intromisión o injerencia en un hecho doloso se interrumpe el nexo de imputación entre el actuar imprudente y el resultado⁴¹.

³⁹ Cfr. REYES ALVARADO, *Op. cit.* pp. 319–320.

⁴⁰ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *El comportamiento de terceros en el Derecho penal*, pp. 35–36.

⁴¹ Sobre esta corriente correctiva ROXIN, ha sostenido que, «el hecho doloso del ejecutor inmediato interrumpe el nexo causal o que, en virtud de la impunidad de la participación imprudente, no pueda hacerse responsable en ningún caso al tercero imprudente. Pues no es posible concebir un nexo causal simultáneo como existente e interrumpido...» en *Derecho penal...* § 24/29 pp. 1006–1007.

El primer y segundo supuesto encuadra en el siguiente ejemplo; Luis con la intención de matar a su tío Pablo y heredar sus bienes corta dolosamente la manguera de los frenos del en que su tío va salir. Pablo por la urgencia ordena a su chofer Julio que lo traslade al aeropuerto. Julio desconociendo la situación de la manguera, conduce de manera imprudente a exceso de velocidad y al fallarle los frenos, provoca una colisión en donde resultan lesionados ambos.

En el último caso, la prohibición de regreso, se refiere a los supuestos en que los acontecimientos causales de acciones no dolosas (imprudentes) son aprovechados por terceros mediante acciones que sí son dolosas y sirven para provocar directamente un resultado. *V. gr.* Elena le da como regalo a su amante Héctor un arma. Héctor aprovecha el arma para matar a su esposa Alejandra. De lo que se puede decir en una primera lectura que Elena por haberle dado el arma a Héctor, es (conforme a la teoría *sine qua non*) también condición de la muerte de la esposa de su amante, aún cuando ella ni siquiera supiera el destino del arma, mas no por ello, se puede alegar que el resultado de la acción dolosa de Héctor deba ser atribuible a la conducta imprudente de Elena⁴².

Por consiguiente, la solución al primer ejemplo en el marco de los parámetros de la prohibición de regreso, se puede concluir que Luis deberá responder por el delito de lesiones, pues aún cuando el chofer participo activamente en la producción del resultado de lesiones, al conducir imprudente, es obvio que ésta no fue la causa de la colisión, sino la manguera rota que dolosamente corto el sobrino. Aunado a lo anterior, acorde el segundo de los parámetros, la forma más grave de imputación (la acción dolosa de Luis) excluye a la más débil (la imprudencia del chofer).

⁴² No obstante lo anterior, la jurisprudencia alemana RGSt 64, 375, condenó por homicidio imprudente a la amante de un hombre casado porque la misma le había proporcionado en circunstancias sospechosas veneno, con el que él mato a su mujer. Puesto que ella había “manifestado precisamente” que “él no le haría nada de malo a su mujer”, ello denota que le había sido perceptible la inclinación del marido al hecho delictivo. *Vid.* ROXIN, *Derecho penal* § 24/29 p. 1008. El mismo autor, reconoce que el « criterio del “favorecimiento de la propensión reconocible al hecho” es más apropiado para la delimitación del riesgo permitido que la característica del “favorecimiento de una decisión reconocible al hecho” » en *Política criminal...* p. 104. Asimismo *Vid.*, Wolfgang NAUCKE, en NAUCKE/OTTO/JAKOBS/ROXIN, *Sobre La prohibición de regreso en el derecho penal, Op. cit.*, pp. 17 y ss.

En el segundo ejemplo, Héctor deberá responder del homicidio de su esposa, pues a pesar de la existencia del nexo causal entre la acción de Elena y la muerte de la esposa de su amante, aquélla no puede ser responsable del hecho de Héctor, ya que, la mera *participación imprudente* es impune tanto si favorece a la autoría dolosa como imprudente⁴³. Esto es así, porque lo que se pretende es prohibir el regreso más atrás de la acción dolosa, y, por ende, dejar fuera o no incluir la acción imprudente en el proceso causal, todo con la finalidad de que el autor doloso no trate de justificar su conducta delictiva con las acciones imprudentes realizadas por un tercero anticipadamente al hecho⁴⁴.

Sin embargo, los simpatizantes de la teoría de la equivalencia de las condiciones, se oponen a este tipo de correctivo, aduciendo, que la intervención dolosa o culposa de un tercero es irrelevante para negar por si misma el nexo causal⁴⁵, pues –añaden–, un nexo conforme a las leyes existe o no existe, pero no se puede interrumpir⁴⁶.

b) La teoría de la interrupción del nexo causal, afirma que los hechos posteriores pueden interrumpir el nexo causal primitivo, principalmente en ciertos cursos causales cumulativos o irregulares. Para ello, sustentan que el efecto de la esencia de un “factor extraño” –aunque se apoye en la anterior cadena causal– de hechos ulteriores, puede irremediamente a conducir al resultado, de tal manera, que la primera acción ya no sería la causa directa y eficiente de ese resultado⁴⁷, Por tanto, excluyen como formas de interrupción los factores preexistentes o concomitantes –como lo pudiera la situación física de la víctima–, sino necesariamente en la concurrencia de acción posterior de un tercero o inclusive de la propia víctima; acción que en principio deberá ser dolosa⁴⁸.

Sirve como modelo para ejemplificar la anterior teoría, el clásico supuesto en el que Pablo hiere dolosamente a Pedro, la herida en realidad no

⁴³ Cfr. LUZÓN PEÑA. *Op. cit.*, p. 371, (cursivas en original).

⁴⁴ *Idem*, p. 370.

⁴⁵ Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, *Op. cit.* p. 272.

⁴⁶ Cfr. ROXIN, en *Derecho penal...* § 11/ 24 p. 355.

⁴⁷ LUZÓN PEÑA. *Op. cit.* p. 370, que actualmente se le conoce como concurso de riegos o “concausas”.

⁴⁸ Cfr. MIR PUIG, *Op. cit.* 10/38 p. 228.

pone en peligro su vida, sin embargo, camino al hospital, la ambulancia se colisiona y del impacto muere Pedro. En este caso, se afirma que el nexo causal se interrumpe, pues es evidente que la herida inferida a Pedro, aún cuando fue la condición por la que lo trasladaron al hospital, no fue la causa directa de su muerte, sino que su fallecimiento se debió a un hecho totalmente ajeno a su conducta, es decir, a la colisión posterior de la ambulancia.

La teoría de la interrupción causal, soporta la misma crítica hecha por los partidarios de la teoría de la equivalencia a la de la prohibición de regreso, o sea, se insiste en que el nexo conforme a las leyes naturales existe o no existe y en el caso en cuestión, esa interrupción de la causalidad es sólo imaginaria, pues si en principio Pablo no hubiese lesionado a Pedro éste no hubiera sido trasladado por la ambulancia y por consecuencia ésta nunca se hubiese impactado y por tanto Pedro no habría muerto⁴⁹.

Los anteriores argumentos son validos, pero no aceptados como tales pues, ciertamente la teoría de la equivalencia de las condiciones, pone en un mismo plano de igualdad todas las concausas y que el hecho de afirmar que la causa de la causa, es causa del mal causado, no necesariamente con ello impone la negación de toda capacidad para imputar resultados, sino que únicamente confirma la existencia de un nexo causal, sin que esto signifique o se traduzca en que con la simple verificación del nexo de causalidad, se resuelva el problema de a quién y cómo se le va a imputar objetivamente la muerte de Pedro. Dicho de otro modo, la relación de causalidad por si misma no puede fundamentar la imputación de un resultado como obra suya a quién sólo puso una condición que no fue determinante para el mismo.

c) *El correctivo de la culpabilidad*, consiste en afirmar que una persona es penalmente responsable cuando el resultado es producto de su

⁴⁹ Así, REYES ALVARADO, *Op. cit.*, pp. 20–21, en sentido contrario el Tribunal Superior de España, ha sentado jurisprudencia en la que se excluyen a los supuestos en que el resultado es producto de un “accidente extraño” “sucesos extraños” y no sean producto de “una consecuencia natural” de la acción. (con excepción de la intervención de terceros, ya que ésta no puede reputarse como extraña). Así por ejemplo, en las sentencias TS 5–VI–1928 , 8–X–1964, 15–X–1964, 15–I–1966, 20–III–1968, 16–VI–1977, *Cfr.* GIMBERNAT, *Delitos cualificados...* p. 91, GONZÁLEZ GÓMEZ, *Op., cit.* p. 444 (nota 43).

comportamiento doloso o culposo⁵⁰. El fundamento de este correctivo es acertado, sin embargo, no basta con afirmar el carácter doloso o imprudente de una conducta, si no se determina conforme a qué criterio será atribuible el resultado (intencional o imprudente) de imputación⁵¹. Es decir, un resultado para que sea penalmente sancionado debe ser consecuencia necesaria de conducta dolosa o imprudente, por tanto, el problema no es resuelto con esta teoría, si la misma no establece los criterios o parámetros para determinar a quién y por qué se imputa a un sujeto o a varios el resultado como producto de la acción dolosa o imprudente.

1.2 Teoría de la causalidad adecuada

Sobre la constante idea de limitar los alcances naturales de la *conditio sine qua non*, surgieron otras teorías aceptadas por algunos autores como generalizadoras, y que son conocidas como las teorías de la causalidad adecuada y de la relevancia⁵². La primera pretende rechazar el concepto ilimitado de causa de la teoría de la equivalencia de las condiciones, mediante un concepto más restringido de la causalidad, en tanto que, la segunda admite el concepto de causa de la equivalencia, pero, no lo considera suficiente para imputar penalmente el resultado, sino que, este debe ser además consecuencia de una acción relevante conforme al sentido de los tipos penales. Es indiscutible que ambas teorías han sido piezas fundamentales en el

⁵⁰ Cfr. JESCHECH, § 28, III/1 *Op. cit.* p. 385, MARTÍNEZ ESCAMILLA, en *La imputación objetiva...* p. 6, Cfr. ORELLANA WIARCO, Octavio A., *Curso de derecho penal* (parte general), p. 180.

⁵¹ Es por ello que no es muy acertado incluir al dolo o la imprudencia como medidas correctivas de la equivalencia de las condiciones. Puesto que trasladaban la solución del problema al ámbito de la culpabilidad al que pertenecía el dolo y la imprudencia según la percepción de aquella época. Cfr. FRISCH Wolfgang, "La imputación objetiva estado de la cuestión" en ROXIN, Claus, JAKOBS, Günther, SCHÜNEMANN, Bernd, FRISCH, Wolfgang, KÖHLER, Michael, *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario de la Universidad Pompeu Fabra), p. 22.

⁵² Son catalogadas como generalizadoras, puesto que «no comparten individualmente las diversas condiciones estableciendo una gradación o jerarquía entre ellas, sino que restringen de modo general la causalidad en todas las condiciones que no cumplen con ciertos requisitos» LUZÓN PEÑA, *Op. cit.*, p. 367, en sentido similar *Vid.* MIR PUIG, *Op. cit.* 10/41 p. 229; MAURACH//ZIPF, *Op. cit.*, § 18, II/30 pp. 314–315, GIMBERNAT, en *Delitos cualificados...* p. 93, REYES ALVARADO, *Op. cit.*, p. 23, en sentido contrario entre otros *Vid.*, MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Así aparecieron, por ejemplo, las teorías individualizadoras de la causalidad... y sobre todo la de la causalidad adecuada, delineada por VON KRIES» La imputación objetiva del resultado una primera aproximación, en *Causalidad e imputación objetiva*, p. 84; PAVÓN VASCONCELOS, refiere que esta teoría combate la causalidad material pretendiendo elaborar un concepto de causalidad exclusivamente jurídico y que al destacar dentro del conjunto de condiciones concurrentes en la producción del resultado, sólo a la que tiene el carácter de "apropiada" con exclusión de las "irrelevantes", se convierte en una teoría *individualizadora*. En *Derecho penal mexicano*, p. 236 (cursivas en original).

engranaje de la evolución histórica de la moderna imputación objetiva del resultado⁵³.

La teoría, de la causalidad adecuada o de la adecuación, fue ideada por ROMAGNOSI (1791) pero sistematizada por v. BAR (1871) en su monografía sobre la participación. En ella propone como limítrofe a la amplia problemática causal propia de las ciencias naturales un principio generalizador basado en la abstracción del proceso causal de una condición que sea adecuada para producir un resultado, conforme –a lo que el autor llamó– las “reglas de la vida”⁵⁴. Cabe aclarar que estas reglas, no sólo provenían de las leyes naturales, sino también eran extraídas de criterios moralistas o de las costumbres. Lo cual en la práctica significó complicar la selección de la condición adecuada, y, por ende, determinar el nexo causal entre la acción y el resultado⁵⁵.

La amplia difusión que se le dio a esta teoría fue a través de un trabajo publicado en 1888, por el médico fisiólogo JOHANNES v. KRIES. En él destaca su preocupación de que se confunda el nexo material con la culpabilidad y a fin de evitar esa confusión, sugiere que para imputar un resultado lesivo, se debe en principio partir de un juicio previo sobre la posibilidad y probabilidad de la producción o no de ese resultado concreto, pero –lo que es más importante– esos juicios serán asumiendo la posición que el causante tenía en el momento en que produjo el resultado. Con lo cual vemos como la teoría de la causalidad adecuada no sólo está revestida de un aspecto puramente material como lo es el nexo idóneo para causar el resultado, sino ahora también, ha sido dotada de un aspecto subjetivo⁵⁶.

⁵³ De hecho los primeros defensores de la teoría de la imputación objetiva, concebían a ésta como una sucesión de las teorías de la adecuación y de la relevancia, Cfr. FEIJÓO, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia...* p. 233.

⁵⁴ . La idoneidad abstracta y general se fundó en el cálculo de regularidad derivado de la observación de los hechos de la vida. Es decir, de acuerdo con esta teoría, se reconocía valor causal a aquella condición que en el caso en concreto encuadraba en la regularidad estadística como eficaz para producir ese tipo de resultados. Y en este sentido v. Bar excluía de la causalidad en el ámbito jurídico todo aquello que no correspondía a la por él llamada *regla de la vida*. Cfr., JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, pp. 180 (cursivas en original).

⁵⁵ Cfr. FIERRO, *Op. cit.*, p. 232.

⁵⁶ Cfr. FIEJOÓ, SÁNCHEZ, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia...* p. 63 (nota 86).

Es evidente que esta teoría limita los efectos naturales de la *conditio sine qua non*, al condicionar la imputación del resultado; primero a la exigencia de la adecuación del mismo conforme a una ley general que estadísticamente ha demostrado ser idónea en su producción en cada caso concreto. Y segundo al aspecto subjetivo del autor fundado en los conocimientos que éste tenía previamente a la causación del hecho

Con relación a la exigencia material de la condición adecuada para producir el resultado que el juez debe de constatar, para tal efecto, esta teoría pondera la necesidad, por una parte, de buscar respuestas desligadas de los conceptos causales de las ciencias naturales; por la otra, explicar o al menos intentar explicar el qué o cuáles, son o serían las circunstancias fácticas que habrían de tomarse en cuenta al momento de hacer un juicio sobre la adecuación de una condición⁵⁷.

Tales respuestas se deben circunscribir al hecho de que sólo es causal una conducta que posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que sólo por casualidad han desencadenado el resultado son jurídicamente irrelevantes⁵⁸, es decir, sólo será causa jurídica, la causa adecuada para la producción del resultado⁵⁹. De esta manera, el juzgador deberá saber distinguir entre causas y condiciones, partiendo del entendido –según sus adeptos–⁶⁰ de que una condición adquiere la categoría

⁵⁷ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* p. 9, el desarrollo de esta teoría de manera grafica Vid. CARRASQUILLA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, p. 156.

⁵⁸ Cfr. ROXIN en *Derecho penal...* § 11/31 p. 359, por eso, no es suficiente, con saber si un hecho es *condición* de un evento, sino que tiene que ser una condición que regularmente traiga aparejado un resultado, ello en virtud de que para esta teoría la relación de causalidad no debe manifestarse únicamente en un solo caso aislado o que ocurra solo una vez, por el contrario, el fenómeno debe repetirse, para poder fundar un juicio o una relación de causalidad, en donde las alternativas fenoménicas deben haber sido regularmente comprobadas y esa comprobación requiere obviamente el concepto de constancia posible, Cfr., FIERRO, *Op. cit.*, pp. 233–235. En consecuencia, al separar y diferenciar las causas típicas de las atípicas, se le ha atacado de restringir el concepto causal entre la acción y el resultado. Cfr. MAURACH//ZIPF, *Op. cit.*, § 18, II/35 p. 317. en el mismo sentido MEZGER, «La llamada teoría de la adecuación, que quiere limitar el concepto causal en materia jurídicopenal» MEZGER Edmund, *Derecho penal parte especial*. p. 111. (cursivas en original).

⁵⁹ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal parte general*, tomo II, p. 332.

⁶⁰ Vid. MAURACH//ZIPF, *Op. cit.*, §18, II/30 p. 315, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* pp. 8–9, GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, pp. 19–22, OJEDA RODRÍGUEZ, Cuauhtémoc, GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *La imputación objetiva* p. 35, ORELLANA WIARCO, *Op. cit.*, p. 180. Por tanto, esta teoría no sustituye a la de la equivalencia, sino, sólo suprime la equivalencia de todas las condiciones separando las que por si mismas pueden ser la causa del resultado, Cfr. JAKOBS, en *Derecho penal...* III/1 31 p. 238. De acuerdo con JIMÉNEZ HUERTA, ya el Derecho positivo mexicano, prevé esta teoría en sus disposiciones referentes al homicidio, ya que no toda privación de la vida es atribuible materialmente al quien lo lesionó, así por ejemplo el artículo 303 del Código penal federal en su

de causa, sólo cuando de acuerdo con la regularidad estadística que se presenta y considerando las específicas condiciones en que se manifiesta, se puede deducir, una relación constante entre el antecedente (circunstancias previas) y el subsecuente (resultado).

Dicho de otro modo: una vez manifestadas esas circunstancias específicas (antecedente) en una persona normal (hombre medio) puede en virtud de sus conocimientos prever (con base a las estadísticas) el desenlace de un probable resultado (consecuente) y, por tanto, evitar el mismo, con lo cual se podrá demostrar la adecuación de la causalidad en el resultante, o en su caso, si se está ante la presencia no de una sucesión fortuita del hecho⁶¹.

De todo lo anterior se advierte que a diferencia de la teoría de *conditio sine qua non*, que sostiene la equivalencia de todas las condiciones como causa del resultado, esta teoría por el contrario sustenta que *no toda* condición es causa del resultado⁶² sino que, reconoce la existencia de ciertas circunstancias o condiciones que se pueden presentar antes, durante o posteriormente a la consecución de la lesión primaria, y que, por ende, pueden influir preponderantemente en la desviación del proceso causal y en la producción del resultado.

A estas circunstancias o condiciones que se presentan antes de la lesión (preexistentes), conjuntamente con la misma (concomitantes) y con posterioridad a ella (posteriores), se les ha denominado «concausas». Definidas éstas como el «*fenómeno que, al actuar juntamente con la acción del sujeto, lleva a consecuencias que no corresponden al curso normal y ordinario de los procesos de ese tipo*»⁶³. O bien como «un hecho o circunstancia independiente a la voluntad del sujeto agente, que coadyuva o se une con la

fracción II, condiciona dicha atribución a «la muerte del lesionado se verifique dentro de los sesenta días contados desde que fue lesionado» Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, *Op. cit.* pp. 188 y ss.

⁶¹ Cfr. ALTAVILLA, Enrico, *La culpa*, pp. 95–96, con esta teoría es obvio que se comienza a distinguir que causalidad e imputación de un delito de homicidio o lesiones no son la misma cosa, sino dos planos diferentes: el primero descriptivo y el segundo valorativo. cfr. FIEJÓO “*Resultado lesivo e imprudencia*,...p. 65.

⁶² ORELLANA WIARCO, *Op. cit.*, p. 180 (cursivas en original).

⁶³ SOLER, *Op. cit.* p. 365, (cursivas en original), por ello se afirma que la teoría de la adecuación no pertenece, como opinaban originalmente sus seguidores, a las teorías de la casualidad, sino a la doctrina de la imputación. Cfr. LÓPEZ DÍAZ, *Op. cit.*, p. 43.

acción para la producción del resultado típico. En otros términos, es la concatenación existente entre una causa (acción u omisión) y un efecto producido por ella, estableciéndose la relación que entre una y otro, de manera que es el nexo que permite relacionar el resultado determinado con una causa inicial cumplida por el agente»⁶⁴.

Por otra parte, la importancia del elemento subjetivo como parte fundamental para esta teoría, v. KRIES, la deja entrever, señalando que una vez constatada la condición –material–, aportada por el autor como adecuada para producir el resultado, el juzgador deberá además poner énfasis en la realización de otro de juicio, pero éste, de carácter axiológico, es decir, el juez deberá de determinar sobre la base del cálculo de probabilidad de la evitación o no (del resultado) que tuvo el autor, para esto, tiene que valorar los conocimientos que éste tenía no sólo desde un plano objetivo sino considerando la probabilidad de la evitación desde la perspectiva fundada en los conocimientos que tenía precisamente el agente (autor) al momento de actuar⁶⁵.

Lo cual implica, que, ahora para resolver si un resultado le es o no imputable a una persona, se tendrá, en primer término, que estructurar *ex ante* un juicio de previsibilidad objetiva, tomando como parámetro aquello que es previsible para el hombre medio (ideal diligente) situado en una posición de autor, y, enseguida valorar *ex post* los conocimientos acorde con los datos conocidos y cognoscibles⁶⁶ que tenía ese hombre medio (previsibilidad subjetiva), al momento de actuar en una situación concreta.

En el primer juicio de previsibilidad objetiva, se empleará como parámetro, la regularidad estadística en la que una persona normal (hombre medio) puede prever que en determinadas circunstancias (conforme a esa

⁶⁴ ESCOBAR LÓPEZ, Edgar A., *Delitos contra la vida y la seguridad personal*, Ed., Leyer, 2005, p. 128.

⁶⁵ Cfr. FIERRO, *Op. cit.*, p. 232, «Otros no admiten que ese diagnóstico de la realidad del proceso se realice atendiendo a las circunstancias conocidas por el sujeto, sino que, mirando el hecho objetivamente». SOLER, *Op. cit.* p. 365. «Esta vía procuraba *normativizar* el concepto causal en sí mismo, a tal punto de identificar –ya bajo un concepto *ad hoc* de causa–, *cuál* era la conducta en definitiva adecuada al tipo». CANCIO MELIÁ, Manuel, FERRANTE, Marcelo, SANCINETTI, Marcelo, A. *Teoría de la imputación objetiva*, p. 107 (cursivas en original).

⁶⁶ Así CEREZO MIR, *Op. cit.*, p. 62.

estadística) el resultado irremediablemente se puede producir. En el segundo, se analizará la diligencia debida, que tuvo o no el sujeto para prever por sus conocimientos (nomológicos y ontológicos⁶⁷) lo que estadística es previsible (previsibilidad subjetiva), y en consecuencia, determinar si su obrar fue diligente o no en la producción del resultado.

Ambos juicios se pueden percibir en el tradicional ejemplo del hemofílico: Luís siendo hemofílico muere a causa de una leve lesión que Juan origina. Congruente con los postulados de la teoría de la adecuación, para resolver sobre la imputación o no del resultado, habría que razonar de la siguiente manera: primero un leve empujón a una persona de acuerdo con la experiencia y la estadística es o no adecuado para causar la muerte. La respuesta definitivamente es no. Por tanto, la condición leve empujón que origina una lesión (acción) no es causa (adecuada) del resultado⁶⁸.

Adicionalmente se tendrá, además, que verificar en sede del juicio subjetivo, los conocimientos que tenía *ex ante* la persona que propició el empujón a Luís, de tal forma, que si aquél desconocía el padecimiento

⁶⁷ La formulación de un juicio de previsibilidad se basa en considerar (*a posteriori*) si una determinada condición resulta ser o no adecuada para la producción del resultado, es decir, como apunta GIMBERNAT, los juicios de necesidad, de probabilidad y de posibilidad, se emiten en base a dos distintas clase de conocimientos; v. Kries, los denomina conocimiento nomológico y conocimiento ontológico. El primero es un "conocimiento general de la experiencia, un conocimiento sobre las leyes de la relación del acontecimiento"; comprende los "conocimientos de las leyes de la naturaleza". El saber ontológico se limita al conocimiento de hechos, así por ejemplo, de acuerdo con la estadística y las leyes de la naturaleza (ley de la causalidad general) sabemos que una persona que padece una enfermedad crónica del corazón es susceptible de fallecer por un impacto emocional (conocimiento nomológico). En consecuencia, si Abel tiene ese conocimiento y además sabe de antemano que Caín ha sufrido recientemente un infarto (conocimiento ontológico), es previsible que si Caín recibe una noticia que lo impresione puede morir, en este caso Abel con ambos conocimientos pudo formularse un juicio de previsibilidad del hecho. El segundo juicio llamado de probabilidad, consistente en que la necesidad se opone a la probabilidad distinguiéndose entre probabilidad subjetiva y la de la probabilidad objetiva; la primera se construye en base al conocimiento experimental y fáctico de un individuo determinado, por lo que estos juicios sólo tienen validez respecto de un sujeto determinado, esto es, si A que ha vivido por muchos años en el campo conoce como funciona una "trilladora" le es muy probable que una cosecha sea levantada en un mínimo de tiempo; en cambio B que nunca ha vivido en el campo le parece improbable que eso suceda. La posibilidad objetiva, presupone un conocimiento nomológico que sin ser perfecto (es imposible conocer todas las leyes de la naturaleza) abarca conocimientos experimental total de la humanidad, de ahí que, estos juicios tengan validez general, pues es indiscutible que todo mundo sabe que un disparo de arma puede matar (o al menos lesionar) a una persona, en *Delitos cualificados...* pp. 19.20.

⁶⁸ Cfr., GONZÁLEZ GÓMEZ, *Op. cit.*, p. 445 (nota 49) El juicio de probabilidad se refiere a la relación de acción con el resultado típico, por tanto, en su versión negativa es suficiente para excluir los cursos causales completamente improbables. Precisamente, en nuestro ejemplo por no ser adecuado el medio (empujón), no se deberá de tomar en cuenta el desarrollo no previsible de un suceso, y por eso no se da la relación causal adecuada, toda vez, que el resultado (muerte) es producto de un curso causal anormal, atribuible a circunstancias imprevisibles según la experiencia y estadística de la vida cotidiana Cfr. JESCHECK, *Op. cit.*, § 28. III/2 p. 388, ROMERO Gladis Nancy, «La relación de causalidad en los delitos de resultado», en *Algunas cuestiones de Derecho penal*, p. 78.

patológico de Luís, no es responsable de su muerte. En cambio si se demuestra que esa persona tenía conocimiento previo de su condición hemofílica y en virtud de esos conocimientos tuvo la oportunidad de prever el probable resultado, y a pesar de esto, no lo evitó al propiciar el empujón, es obvio que será responsable penalmente de homicidio doloso, pues, con todos los conocimientos nomológico y ontológico que tenía el autor (*ex ante*) pudo concluir sin duda alguna, que Luis por ser hemofílico una simple herida puede causarle la muerte (juicio de probabilidad *ex post*) y su comportamiento necesariamente será doloso⁶⁹.

En apariencia la teoría de la causalidad adecuada, resuelve mediante la limitante de las condiciones a la más adecuada para producir un resultado, así como a los juicios de previsibilidad el problema de la imputación del resultado. Sin embargo, hay reconocer que no es tan fácil como parece, pues se advierte de un análisis más detallado de su estructura, que presenta varias inconsistencias metodológicas, la primera se halla en el hecho de determinar ¿qué condiciones hay que admitir en el juicio de adecuación como típicas y cuáles hay que separar como atípicas⁷⁰? O bien ¿Cómo es posible hacer depender la existencia o no de relación de causalidad (proceso natural) de la previsibilidad y conocimientos del autor⁷¹? Finalmente, ¿Qué grado de probabilidad debe tener una causación para ser penalmente relevante⁷²?

Los anteriores cuestionamientos, no han sido cabalmente subsanados por sus simpatizantes, lo que de cierto modo a sido motivo de que muchos autores concluyan que con esta teoría sólo se pueden resolver, por una parte, los problemas de los llamados “cursos causales extraordinarios” sin que ello signifique necesariamente una explicación general de lo que es la conducta prohibida, y por otra, que únicamente se limita a calificar los sucesos según criterios estadísticos o de causalidad habitual, cuando en la realidad se pueden

⁶⁹ «El conocimiento y el 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». BERCHELMANN ARIZPE, Antonio, *Derecho penal mexicano*, p. 529.

⁷⁰ Cfr. GIMBERNAT, *Delitos cualificados...*p. 25.

⁷¹ Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, *Op. cit.*, p. 445.

⁷² Cfr., JAKOBS, en *Derecho penal...* III/ 32 p. 239.

presentar condiciones que a pesar de no ser calificadas como regulares son relevantes para el tipo penal⁷³.

Un segundo obstáculo, que se deduce de esta teoría se configura por la indefinición de establecer el momento a partir de cuál se va a calificar el curso causal como el que generalmente produce un resultado; es decir, la calificación será *¿ex ante* o *ex post*? Para librar este escollo, se pensó primero en una solución mixta, esto es, por un lado, el juez sólo deberá tomar en cuenta aquéllas condiciones que, *para el espectador objetivo y prudente* retrotraído al momento de la acción (*ex ante*), con todos los *conocimientos de la situación de que disponía el autor al actuar*, y por otro, incluir en el juicio todos *aquellos* (conocimientos) *que hubiera* tenido el observador *ex post* (pronóstico posterior positivo) y que apareciese como adecuados para evitar o producir el resultado⁷⁴.

Evidentemente como los indica el maestro alemán, la solución mixta de nueva cuenta nos conduce el punto de partida, pues como apunta ROXIN, con la medida propuesta no desaparece el problema de determinar en qué momento debe realizarse el juicio de adecuación *¿ex ante?* *¿Ex post?* Además el jugador qué deberá tomar en cuenta *¿el punto de vista del autor o de un tercero?*, Y en todo caso *¿sobre qué base científica?* Una vez más, quedó de manifiesto la vulnerabilidad de la teoría en cuestión y a fin de subsanar sus lados flacos, actualmente se ha aclarado en el sentido del llamado pronóstico (prognosis) en el que el juez debe colocarse posteriormente (o sea en el proceso) en el punto de vista del observador objetivo (tercero) que juzgue **antes** del hecho y disponga de los conocimientos del hombre inteligente y además del saber especial del autor⁷⁵. De tal forma que ahora el juicio de adecuación deberá tomar en consideración todas y cada una de las circunstancias conocidas u objetivamente cognoscibles por el causante en el momento y el lugar del

⁷³ Cfr. LÓPEZ DÍAZ, *Op. cit.*, p. 44.

⁷⁴ Cfr., MIR PUIG, *Op. cit.*, 10/42 pp. 229–230 (cursivas en original) en el mismo sentido, JAKOBS, en *Derecho penal...* 1/32, p. 239.

⁷⁵ En *Derecho penal...* § 11/32, p. 360 (negritas en original).

hecho, y que por tanto, gracias a ellas *pudo prever, según la experiencia general una persona sensata en el rol de autor*⁷⁶.

De este modo, que tomando como marco de referencia las últimas consideraciones, para resolver el ejemplo del hemofílico ya examinado con anterioridad, tendremos en primer término, que colocarnos *ex post*, esto es, ya en el proceso y desde es perspectiva efectuar una análisis con el fin de determinar objetivamente si un empujón (condición) puede producir o no la muerte de una persona, hecho lo anterior, ubicarse *ex ante* como un observador juzgando los hechos con los conocimientos generales y especiales, con el objeto de constatar, si el autor con base a esos conocimientos era previsible (en principio es impredecible) el resultado muerte⁷⁷.

Dicho en otros términos, si el juez, al realizar el análisis *ex post*, (diagnóstico) el problema desaparece al momento de constatar que de acuerdo con la experiencia y la estadística la condición (empujón) puesta por el hombre no es adecuado para producir el resultado. Por consiguiente, el diagnóstico será en el sentido de que un simple empujón no puede causar la muerte de una persona. En cambio, si el análisis del juez se realiza desde una perspectiva *ex ante* (pronóstico), y acorde con los conocimientos que tiene el autor al momento de los hechos, será posible deducir que la previsibilidad o no del resultado conlleva a la idea del fin buscado⁷⁸, es decir, si el autor tenía pleno conocimiento del padecimiento de la víctima, es obvio que con su comportamiento perseguía un fin, ese fin es precisamente el privar de la vida al enfermo, pues nadie podría dudar que conforme a la experiencia y estadística las personas hemofílicas con un simple empujón se les puede provocar la muerte en consecuencia si se demuestra que antes del suceso el causante sabía de la situación patológica de Luis, y a pesar de ello no evito el empujón, es obvio que será responsable de homicidio.

⁷⁶ Cfr. ROMERO Gladis Nancy, *Op. cit.*, p. 79. Este juicio llamado pronóstico posterior objetivo, será el que realice el juez u observador objetivo, representándose la situación anterior a la producción de las condiciones.

⁷⁷ Sobre las variantes de los juicios de posibilidad *Vid.* GIMBERNAT, *Delitos cualificados...* pp. 20 y ss.

⁷⁸ Cfr. FIERRO, *Op. cit.*, p. 238.

Para otro lado, un sector rechaza a esta corriente como teoría causal, pues aseveran que no introduce consideraciones normativas y valorativas para decidir cuando hay o no causalidad⁷⁹. En sentido HIPPEL, afirma que «el grado de posibilidad del carácter calculable o no en el sentido de la causación adecuada no se determina estadística ni logísticamente, sino conforme a consideraciones de justicia y de finalidad, es decir, no aparece causado de manera adecuada un resultado cuando el curso causal efectivamente acaecido, según el juicio racional, era en el momento del acto absolutamente imprevisible o de tal modo improbable que su posibilidad de verificación se presenta indiferente para el comportamiento práctico del hombre razonable en la vida social»⁸⁰.

Por su parte en México, JIMÉNEZ HUERTA, a criticado esta teoría, la que por partir de la experiencia para determinar si una conducta es o no adecuada para provocar el resultado, cae en el error de fundamentarse sobre abstracciones y generalidades distintas de la concreta realidad, si se toma en cuenta que la adecuación o inadecuación para producir el hecho delictivo no puede establecerse conforme a un padrón de universal eficacia, pues depende casi siempre de las circunstancias que rodean el caso en concreto⁸¹.

En ese sentido *V. gr.*, existen ciertas armas de fuego que por su construcción y conforme la experiencia y estadística, no pueden tener un alcance mayor de 200 metros, bien a partir de ese conocimiento, una persona jugando le dispara a un compañero que se encuentra a 400 metros de distancia y lo mata. Obviamente, en este supuesto, la posibilidad *ex ante* de que se realice el resultado aparentemente es improbable, incluso hasta imposible (según la experiencia y estadísticas), sin embargo, el resultado acaeció⁸².

⁷⁹ Vid. LUZÓN PEÑA, *Op. cit.*, p. 368, en el mismo sentido MAURACH/GÖSSEL/ZIPFF *Op. cit.*, § 18, II/35 p. 317.

⁸⁰ Citado por POLAINO NAVARRETE, en *Derecho penal...* pp. 334-335.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 181.

⁸² Razón por la cual REYES ALVARADO, sostenga que «resulta equivocada la equiparación que de esta manera se hace de los conceptos de “adecuación” y “previsibilidad”, puesto que se trata de categorías con contenidos diversos; gráficamente puede afirmarse que no todo lo que es improbable es necesariamente imprevisible». Y para ello pone como ejemplo que en una intervención quirúrgica normal se presente una trombosis es algo bastante improbable, pero no impredecible. *Op. cit.*, p. 226.

Sin embargo, a pesar de todo este cúmulo de objeciones a estas alturas resulta incuestionable que la teoría de la causalidad adecuada cumplió cabalmente con su principal objetivo de *negar el carácter causal* a aquellos comportamientos que, a pesar de ser condición del resultado, lo habían producido de manera impredecible, y con ello excluye las relaciones condicionales incalculables en el campo de la causalidad⁸³.

1.2.1 Teoría de la relevancia

La tercer teoría considerada como generalizadora, es la llamada de la relevancia, que tiene en MEZGER⁸⁴, su principal promotor, y quien de entrada pone de manifiesto, que los principios postulados por la teoría de la adecuación no son suficientes para fundar la relación de causalidad, sino que ésta gravita en la *interpretación de los tipos penales*, por lo que es importante –arguyen sus seguidores– distinguir entre la causalidad en sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones y la responsabilidad de autor del resultado. Distinción que no supo reconocer la causalidad adecuada, puesto que ésta únicamente se concretó a tratar de limitar los alcances de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero desde la perspectiva de la experiencia de la vida para producir el resultado, cuando ese no es el camino correcto para determinar la imputación, sino lo es, el de precisamente establecer la diferencia entre *concepto causal y concepto de responsabilidad*.

En otros términos, esta teoría toma como punto de partida la relación de causalidad de la equivalencia de las condiciones *«en cuanto al problema de la causalidad científico general. Pero resuelve el problema de la responsabilidad exclusivamente con arreglo a criterios jurídico–penales*, y precisamente, con arreglo al “sentido” que corresponde a los distintos tipos jurídico–penales...

⁸³ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *la imputación*...p. 9, Por ejemplo; el caso de la persona que muere al incendiarse el hospital en donde era atendido, no se le puede responsabilizar de su muerte a quién lo lesionó levemente, a pesar que en principio fue la causa para que lo atendieran en es nosocomio, pues aún cuando fue una condición para la producción de la muerte, ésta es indiscutible que no puede atribuirse a quien le propinó la lesión, sino se tendría que atender a otro tipo de cuestionamientos, si el incendio fue o no accidente, o bien si fue provocado intencionalmente, etc.

⁸⁴ *Op. cit.*, pp. 112–113 (cursivas en original) .

Entre la causalidad de la acción y el problema de la culpabilidad jurídico-penal esta situada como requisito indispensable la tipicidad del resultado»⁸⁵.

Lo cual prueba que esta teoría a diferencia de la teoría de la adecuación, no trata de determinar exclusivamente mediante un juicio de probabilidad qué o a cuáles condiciones del resultado ha de limitarse en el caso concreto la responsabilidad, sino de fundamentar conforme al sentido de los tipos penales, la responsabilidad en cada caso concreto. Lo que implica, que al adecuar el comportamiento conforme a lo descrito por el tipo, ya no siguen simples criterios materiales para fundamentar la responsabilidad del autor, sino también con base a criterios jurídicos axiológicos del hecho⁸⁶.

Obsérvese, como con la teoría en cuestión, pone de por medio una línea que delimita por un lado el resultado, y por el otro, la responsabilidad del mismo. Utilizando para ello un método objetivo-teleológico, es decir, utiliza el concepto causal naturalístico para decidir la relevancia jurídica del nexo de causalidad a partir de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y la interpretación teleológica de los tipos, para decidir el concepto de responsabilidad del autor⁸⁷. En otros términos, la teoría de la relevancia exige deslindar nítidamente⁸⁸:

1) El nexo causal (determinado con base a la aplicación de la teoría de equivalencia de las condiciones)⁸⁹ de;

2) La relevancia de ese nexo causal; y,

⁸⁵ MEZGER, *Op. cit.*, p. 113 (cursivas en original) el mismo autor más adelante señala que por lo común no se toma en cuenta que la antijuricidad y la culpabilidad, se mueve siempre, tácitamente en el *plano* de la tipicidad, *Loc. cit.*

⁸⁶ Cfr. JESCHECK, *Op. cit.*, § 28. III/2 p. 388

⁸⁷ Vid. ROXIN, *Derecho penal...* §11/35 p. 361, MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación...* p. 15, GONZÁLEZ GÓMEZ, *Op. cit.*, p. 446, Esta teoría procuró tan solo independizar el ingrediente normativo que la teoría de la adecuación incorporaba al concepto causal, manteniendo separados el concepto *causación*, por un lado, y el *sentido* o *alcance del tipo*, como problema normativo. Cfr. CANCIO/FERRANTE/SANCINETTI, *Op. cit.*, p. 107 (cursivas en original).

⁸⁸ Cfr. OJEDA RODRÍGUEZ, Cuauhtémoc, GUERRERO AGRIPINO, Luís Felipe, *Op. cit.*, p. 40, ROMERO Gladis Nancy, *Op. cit.*, p. 80, LÓPEZ DÍAZ, *Op. cit.*, p. 45.

⁸⁹ Para MEZGER el nexo causal debe acreditarse mediante la teoría de la equivalencia de las condiciones ya que según este autor es "la única teoría causal correcta" Citado por JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Fundamentos de la teoría general del hecho punible*. p. 87.

3) La responsabilidad (partiendo de una interpretación conforme el sentido de los tipos de la parte especial).

Con lo cual, la punibilidad del resultado típico conforme a las anteriores consideraciones está determinada por: 1 la conexión que media entre la conducta como acto de voluntad personal y el resultado acaecido en el mundo exterior; 2 la relevancia jurídica que ofrece esta conexión dentro de los tipos penales con particular referencia a la característica de la antijuricidad; y, 3 la fundamentación del juicio de reproche de la culpabilidad del sujeto sobre la base de la realización del injusto típico por el autor quién podría y no quiso comportarse conforme a lo prescrito por la norma⁹⁰.

De esta manera, el punto cardinal sobre el que gira esta teoría radica en que la relación de causalidad no puede fundamentar *per se* la responsabilidad por el resultado, sino que, además, se requiere una relevancia jurídica conforme a la interpretación de los tipos penales⁹¹. Por tanto, la responsabilidad sólo es posible cuando el resultado está conectado causalmente con el acto de voluntad del autor. Empero, de acuerdo con esta premisas ¿qué decide la relevancia o no de una condición causal⁹²? Sobre el anterior cuestionamiento MEZGER a dicho que la relevancia (importancia jurídica) se extrae de la conexión causal a través de los tipos penales legales, en virtud de una interpretación de su sentido⁹³.

Desde luego, siendo sinceros con los anteriores argumentos no se resuelve en definitiva el problema de la imputación, pues, ¿cuáles serían los parámetros que fijarían las bases para establecer el sentido interpretativo de los tipos de la parte especial? La teoría no presenta método o guía normativa que permita valorar qué acciones son o no relevantes en la aplicación del caso en concreto⁹⁴. No obstante, el maestro JIMÉNEZ DE ASÚA, cree salvar las anteriores objeciones, afirmando que para ello se debe acudir a lo más

⁹⁰ Cfr. POLAINO NAVARRETE, en *Derecho penal...* p. 338 (cursivas en original).

⁹¹ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La causalidad...* p. 86.

⁹² Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* p. 15.

⁹³ Citado por JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Op. cit.* p. 87.

⁹⁴ Vid. REYES ALVARADO, *Op. cit.*, p. 29, LUZÓN PEÑA, *Op. cit.*, p. 369, GONZÁLEZ, GÓMEZ, *Op. cit.*, p. 447.

recóndito y esencial de los tipos legales, o en donde sea necesario, incluso profundizar en la *ratio legis*, el sentido teleológico del concepto tipificado en la ley⁹⁵.

Es evidente que a pesar de la férrea defensa, a mi manera de ver las cosas, el recurrir al sentido de los tipos no resuelve cuándo es o no relevante una conducta para el Derecho penal, ya que conforme a los métodos interpretativos que son empleados por la dogmática penal –en atención al principio de legalidad–, difícilmente se puede deducir a través de ellos cuándo y por qué la conducta puede ser o no relevante. De igual forma poco o nada se obtiene del análisis de la *ratio legis* como lo sugiere el maestro argentino. Ello en virtud de que en la actualidad cada vez son más las reformas o adiciones al código penal, cuya exposición de motivos es ambigua, oscura o inconsistente respecto de las razones del legislador para efectuar dichas reformas o adiciones.

Por consiguiente, al no ofrecer esta teoría los lineamientos o principios generales que deban servir de parámetros para valorar las acciones que pueden ser catalogadas como relevantes, se convierte en una teoría truncada⁹⁶ y da motivo a que el juzgador busque el sentido del tipo muchas de las veces de una interpretación gramatical y otras de una interpretación teleológica, inclusive algunos otros sistemática, sin descontar aquellos que emplean todas las formas interpretativas antes descritas en aras de una verdadera impartición de justicia. Lamentablemente no todos efectúan una interpretación adecuada de los tipos penales y como consecuencia se dictan sentencias contradictorias e injustas. Situación que incluso JIMÉNEZ DE ASÚA, ferviente partidario de esta teoría⁹⁷ reconoce al señalar que «los autores y los jueces acaso lleguen, en

⁹⁵ Citado por ROMERO Gladis Nancy, p. 82.

⁹⁶ Estos han sido desarrollados precisamente por la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado. *Vid., infra* Capítulo II y III.

⁹⁷ En efecto para este tratadista la teoría de la relevancia es “la correcta”, pues considera que a la relación causal y relevancia jurídica hay que agregarle un tercer elemento; «La *culpabilidad* del sujeto en el orden del resultado, que en un tercer momento de índole subjetiva, y por ende, de naturaleza totalmente distinta a la de los dos presupuestos anteriores» *Vid.*, JIMÉNEZ de ASÚA, Luís, “*Principios de Derecho penal la Ley y el delito*”, pp. 229–230.

alguna excepcionalísima hipótesis, a resultados contrapuestos»⁹⁸ obviamente contrarios al sentido teleológico de los tipos penales.

A pesar de todos los cuestionamientos y objeciones hechas a esta teoría habrá que reconocer que tuvo la virtud de distinguir entre resultado (como un aspecto fáctico) de la responsabilidad (en sentido normativo) distinción que en cierta forma ha contribuido en la construcción de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado⁹⁹.

1.3. Teorías individualizadoras

Estas teorías, a diferencia de las generalizadoras no toman como punto de partida el conjunto de todas las condiciones que intervienen en el proceso causal, sino que, tratan con ayuda de diversos criterios de establecer una diferencia entre causas y condiciones¹⁰⁰, esto es, distinguen –aparentemente– en el plano lógico–material; entre mera condición y causa. Todo resultado – sostiene sus seguidores– es producto o efecto de muchas condiciones, pero no todas tienen el mismo valor causal o significado para el resultado. De tal suerte, que para los efectos penales, es particularmente relevante *sólo una de las condiciones*, a la que denominan *causa*. Por consiguiente, *toda causa es condición, pero no toda condición es causa*, sino sólo una de las condiciones seleccionadas es especialmente relevante para el Derecho penal¹⁰¹.

Dicho en otros términos, estas teorías se caracterizan por buscar, dentro del complejo de condiciones que confluyen en la producción de un resultado, sólo una condición que por sus cualidades se reconoce la jerarquía de causa del resultante. El procedimiento es sencillo: primero se identifican todas las condiciones, después se separan y aíslan, finalmente, se formulan una jerarquía o gradación, seleccionando de todas ellas, a una como causa del

⁹⁸ Citado por ROMERO Gladis Nancy, p. 82.

⁹⁹ Sobre esta afirmación ROXIN, señala «Lo único que MEZGER descuidó fue elaborar su teoría de la relevancia hasta llegar a una teoría general de la imputación», en *Derecho penal...* §11/35 p. 362.

¹⁰⁰ Para SOLER, la diferencia entre las doctrinas generalizadoras de las individualizadoras, se encuentra en que las primeras no distinguen entre causa y condición, en tanto, que las segundas, si hacen esa distinción y al hacerla buscan, dentro del cuadro concreto de las condiciones, una determinada a la que dan la jerarquía de causa. *Op. cit.*, p. 356.

¹⁰¹ *Cfr.* POLAINO NAVARRETE, en *Derecho penal...* p. 322.

resultado típico¹⁰². Justamente, ese *intento por separar causas de las condiciones*¹⁰³ es el común denominador de todas las teorías individualizadoras.

De acuerdo con el anterior procedimiento, se fueron estructurando las teorías individualizadoras, mismas que adquirieron su nominación atendiendo los rasgos característicos de cada una. Analizar cada una de las teorías individualizadoras, desbordaría por mucho la materia de nuestra investigación, no obstante ello, de manera superficial, mencionaremos las teorías que por su trascendencia destacan en el sistema causal, como son: a) de la condición “preponderante” o “decisiva” (BINDING), b) de la “más eficaz” (BIRKMEYER), c) de la “causa eficiente” (KOHLEK), y d) “la última condición o de la condición más próxima” (ORTMANN)¹⁰⁴.

a) La teoría de la prevalencia, preponderancia, decisiva o de equilibrio, estructurada por BINDING, determina la condición que influyó en la causa que produjo el resultado, mediante un criterio cuantitativo, pues para este autor, el mundo se rige por un equilibrio de fuerzas, dentro de las cuales existen ciertas fuerzas o condiciones que modifican ese equilibrio frente a aquellas que intentan conservarlo¹⁰⁵. De tal suerte, que en un determinado hecho, una condición puede por su propio peso ser preponderantemente o decisiva para modificar el equilibrio existente.

A manera de ejemplo; varias personas a pesar de su esfuerzo no consiguen mover una roca hacia un precipicio. Poco después llega un niño y se suma a empujar la roca, la que cede y al caer destruye una vivienda. De acuerdo con esta teoría, la fuerza aplicada por el niño *fue* la preponderante o decisiva para lograr mover la roca, por consiguiente, la fuerza de ese niño modificó la situación de equilibrio y fijó el curso causal del resultado, lo cual lógicamente es inadmisibile.

¹⁰² Cfr. LUZON PEÑA, *Op. cit.* p. 369.

¹⁰³ GIMBERNAT, *Delitos cualificados...* p. 93 (cursivas en original), JIMÉNEZ de ASÚA, *Op. cit.*, p. 69.

¹⁰⁴ Cfr. LUZON PEÑA, *Op. cit.* p. 369.

¹⁰⁵ Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, *Op. cit.* pp. 272

b) Teoría de la condición más eficaz, formulada por BIRKMEYER, esta teoría al igual que la desarrollada por BINDING, parte de un criterio de cuantía para fijar el curso causal que desemboca en el resultado. Su autor refiere que si bien, es innegable como lo afirma BURI que todas las causas son necesarias, y que la suma de todas ellas contribuye a la producción del resultado, sin embargo, – BIRKMEYER añade–, tampoco se puede negar que existe una clara diferencia entre una y otra, por cuanto a su respectiva eficacia que cada una proyecta en el resultado¹⁰⁶, así en el supuesto de que concurrieran doce condiciones en el desarrollo de un resultado, de las doce sólo será causal la que se seleccione como más eficaz. De esta forma, si la concurrencia de causas fuera representada en cifras y éstas correspondieran a los números 7, 3 y 2, es obvio –según su autor–, que la condición más eficaz sería el número 7, por representar mayor cantidad o mayor volumen en relación con las otras, y en consecuencia esa cantidad se manifestaría como la verdadera causa del resultado¹⁰⁷.

ANTOLISEI, de manera muy crítica afirma: ésta teoría no es tan eficaz como se argumenta, y para demostrar sus aseveraciones, analiza el siguiente ejemplo; Luís, vierte veneno en el café de Juan, con la intención de matarlo, sin embargo, esa dosis no resulta suficiente para conseguir el propósito planeado, pero Javier –quien tiene las mismas intenciones–, vierte en el café de Juan otra dosis de veneno mayor que la anterior, que tampoco es por sí misma suficiente para privar de la vida a Juan, no obstante, éste fallece. Su muerte es consecuencia de que la suma de ambas dosis hizo que el veneno fuera mortal por necesidad¹⁰⁸. Por consiguiente, aplicando el criterio –empírico–cuantitativo– de esta teoría, se tendría que admitir que Javier por haber vertido una dosis mayor de veneno, es el único responsable del resultado, lo cual es jurídicamente inaceptable, pues de un análisis más detallado de los sucesos,

¹⁰⁶ JIMÉNEZ de ASÚA, en *Teoría del...* p. 69.

¹⁰⁷ Cfr. FIERRO, *Op. cit.*, p. 253, ORELLANA WIARCO, *Op. cit.*, pp. 182–183, la diferencia entre esta teoría con la de la causalidad adecuada, estriba en que ésta, no pretende seleccionar entre todas las condiciones del resultado aquella que ha resultado más eficaz o decisiva casualmente –con lo que se tendría que hacer una *comparación* de las diversas condiciones lo cual conduce a elegir conforme a una relación de *jerarquía* el grado de influencia causal–, sino que analiza cada condición en sí misma y con independencia de su peso comparativo que tiene en el conjunto de factores en juego. Cfr. MIR PUIG, *Op. cit.*, 10/41 p. 229 (cursivas en original).

¹⁰⁸ Cfr. FIERRO, *Op. cit.*, pp. 253, ORELLANA WIARCO, *Op. cit.*, pp. 182–183, PORTE PETIT, *Op. cit.* pp. 272.

irremediablemente se concluye que la última dosis de veneno era insuficiente para matar a Juan, y que sólo sumada a la dosis suministrada con anterioridad fue que la hizo mortal por necesidad.

c) Teoría de la causa eficiente, desarrollada por KOHLER, STOPPATO y otros, a diferencia de las dos anteriores teorías que tienen su origen cuantitativo, la de la causa eficiente, es de índole cualitativa, mediante el cual se pretende distinguir la causa de la condición y de la ocasión –esto sin negar que todas ellas pueden concurrir en el caso concreto– para ello, consideran primero diferenciar el papel que cada una juega en un momento determinado en la producción del resultado, de tal manera, que, *causa* es un elemento fundamentalmente dinámico, creador de un resultado o de una modificación del mundo exterior, que si bien requiere para producirlo de la presencia de diferentes *condiciones* –positivas o negativas–, no pueden ser éstas equiparadas a aquella, precisamente por no tener la capacidad para producirlo por si mismas, y en todo caso sólo son medios que favorecen el desenvolvimiento de la causa, cuando se presenta la *ocasión*¹⁰⁹.

En otras palabras, de acuerdo con STOPPATO, la causa eficiente es «la fuerza del ser que con su acción produce un resultado cualquiera. En cambio la “condición” es lo que permite obrar a la causa eficiente o adecuando los escenarios para una mejor actuación, o bien, suprimiendo los obstáculos; y “ocasión” es una coincidencia, una circunstancia más o menos favorable que invita a la acción»¹¹⁰.

Tanto la causa, como la condición y ocasión son diferenciadas gráficamente por KOHLER, en el siguiente ejemplo; Para que la “semilla” produzca el resultado “planta” son necesarias muchas *condiciones*, algunas de ellas serán positivas (preparar la tierra, regarla, etc.) y otras negativas (el frío, la ausencia de agua, los vientos, etc.), siendo la ocasión el fertilizante que se disponga para su desarrollo. De donde se desprende que la “semilla” es la

¹⁰⁹ Cfr. FIERRO, *Op. cit.*, pp. 254–255, ORELLANA WIARCO, *Op. cit.*, p. 183.

¹¹⁰ Citado por JIMÉNEZ de ASÚA, *Op. cit.*, p. 71, este criterio es inoperante, si no se precisa cuál es el fundamento que otorga, a una de las condiciones, el rango de eficiente en la producción, PAVÓN VASCONCELOS, en *Derecho penal...* p. 239.

causa más eficiente, para que se dé el resultado “planta”; las condiciones y ocasión son sólo cuestiones estáticas que favorecen o perjudican en su caso el proceso causal.

En realidad, esta teoría no aporta nada en su intento por resolver la problemática de la imputación del resultado, ya que no precisa cuáles serían las causas más eficientes. Además, que es la actualidad nadie puede negar, que en la producción de un resultado, generalmente concurren los tres elementos; causa, condición y ocasión.

d) Finalmente la teoría de la última condición o de la causa más próxima, expuesta por ORTMANN, la desarrolla desde una perspectiva también cuantitativa, en la que causa es la última condición que se ha asociado a las restantes. Aparentemente llega al mismo resultado que la teoría de BINING. (Prevalencia, preponderancia, equilibrio), sin embargo, ésta presenta discrepancias en cuanto a su estructura, ya que parte de un juicio empírico–cuantitativo, en tanto que aquélla, se basa en un criterio empírico–temporal, cuando afirma que *causa es sólo la última de un conjunto de condiciones, o sea aquella que está más próxima al resultado*¹¹¹.

Con la teoría de la última condición, se pretende salvar el inconveniente *regresuus ad infinitum* (de la *sine qua non*) pues únicamente se tomará en cuenta la condición última o más próxima al resultado. En torno a esta teoría MAGGIORE centra su crítica en la dificultad de establecer cuál será la última causa de un hecho, puesto que esta corriente niega la eficiencia de las condiciones “mediata” e “inmediata”¹¹², y para demostrar sus aseveraciones se apoya en el citado ejemplo de la roca que es movida a partir del momento de la contribución de la fuerza del niño. Conforme a los criterios de esta teoría, se tendría que concluir que la condición –la fuerza del niño– es indiscutiblemente la causa de que se halla desprendido la roca, sin embargo, es obvio, que no es posible jurídicamente hablando atribuir a la fuerza del

¹¹¹ PAVÓN VASCONCELOS, *Causalidad en...* pp. 87–87, (cursivas en original), el mismo autor (en “*Derecho penal...*” p. 235) señala que esta teoría al destacar una de las condiciones y negarle el carácter de causa, niega la existencia de las concausas y no resuelve tampoco en problema de la participación.

¹¹² Citado por JIMÉNEZ de ASÚA, *Op. cit.*, p. 70.

infante la producción del resultado, sino que este es consecuencia del esfuerzo conjunto de todos los hombres incluyendo el del niño.

Finalmente, con relación a las teorías individualizadoras, Como apunta MIR PUIG, ha dicho que «tropiezan con un obstáculo insalvable; la mayor o menor “eficacia” o “preponderancia” causal de una condición constituye una cuestión *físico–naturalística* que no puede decidir la responsabilidad *jurídico–penal*... De hecho al excluir condiciones del resultado en base sólo a una pretendida influencia causal de las mismas, *las teorías individualizadoras restringían demasiado* la esfera de las conductas causales, de modo que impedían fundamentar la responsabilidad penal en caso en que lo imponen las exigencias del Derecho penal»¹¹³.

¹¹³ *Op. cit.* pp.227–228/37

CAPÍTULO II

CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LA MODERNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO

SUMARIO: 2.1 Construcción dogmática de la imputación objetiva del resultado. 2.1.1 Tesis de LARENZ. 2.1.2 Tesis de HONIG. 2.1.3 Teoría de la adecuación social de WELZEL. 2.2 Surgimiento de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado. 2.2.1 Sistema funcional racional-final o teleológico del Derecho penal. 2.2.2. Principios rectores de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado. 2.2.3 El riesgo o peligro en el marco de la imputación objetiva. 2.2.4 Disminución del riesgo. 2.2.5 Creación de un riesgo jurídicamente relevante. 2.2.6 Aumento del riesgo permitido. 2.2.7 La realización del riesgo jurídicamente relevante en el resultado. 2.2.8 La esfera de protección de la norma.

2.1 Construcción dogmática de la teoría de la imputación objetiva del resultado

Para una mayor comprensión de los alcances de la moderna teoría de la imputación en un Estado social y democrático de derecho¹¹⁴, es importante analizar en el presente apartado por lo menos el significado semántico de los términos¹¹⁵: a) dogmática, b) imputación, c) objetiva y d) resultado.

a) La palabra “dogmática” proviene del griego *dogma-dógmatos* y significa: opinión, lo que parece bueno, decreto, edicto, producto de una

¹¹⁴ En un Estado social y democrático de derecho, se debe asegurar la protección efectiva de los ciudadanos, a través de la prevención de los delitos, entendidos estos, como aquel comportamiento que la sociedad estime dañosos para sus bienes jurídicos en la medida que aquello consideren graves tales hechos. Asimismo, los fines de la pena deben constreñirse únicamente a la prevención general como un mero instrumento de intimidación al ciudadano, sino ha de tener lugar en las satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de valores necesarios para la sociedad. De igual forma el Estado de derecho debe desarrollarse con estricta sujeción a los límites de legalidad y del derecho a castigar. Finalmente en su vertiente democrática, debe de pugnar no sólo en servir a las mayorías, sino también atender y respetar a las minorías y a todo ciudadano en la medida que sea de utilidad para mantener la paz social. Sobre el Estado social y democrático *Vid.* Ampliamente MIR PUIG, Santiago, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 31 y ss. Lamentablemente, en la actualidad en algunos países se ha confundido el Estado social democrático de derecho, con la idea de la “seguridad pública” fortaleciéndose con ello al Derecho simbólico y punitivo, bajo el pretexto de un desbordante “temor generalizado” creado por el Estado para justificar la reducción de garantías, incremento del catalogo de delitos y aumento de sanciones, como actualmente ocurre en México.

¹¹⁵ Siguiendo la idea del Dr. GONZÁLEZ GÓMEZ, *Op. cit.*, pp. 441–442..

enseñanza, y el sufijo *-ma*, que indica efecto. Así pues, la expresión dogmática, es una proposición que se asienta por firme y cierta como principio innegable de una ciencia o como fundamento o puntos capitales de todo sistema, doctrina, ciencia o religión¹¹⁶.

Desde el punto de vista jurídico-penal, a la dogmática se le ha clasificado como «la disciplina que se ocupa de la *interpretación, sistematización y elaboración* desarrollo de las *disposiciones legales* y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal... La dogmática penal, por tanto, no se conforma con exponer sus principios uno junto al otro y de tratarlos uno después de otro, sino que intenta integrar el conjunto de conocimientos que configuran la teoría del hecho en un “todo ordenado” y a través de ello al mismo tiempo hacer visible la conexión interna de los dogmas particulares»¹¹⁷.

Por consiguiente, la dogmática constituye el punto toral de todas las exposiciones de la Parte General que se encuentra sistematizada a través de principios e instituciones que a su vez son vinculatorios con el sentido teleológico de los tipos concretos de la Parte Especial, abarcando además, los presupuestos generales de la acción punible¹¹⁸. De esta forma, una de las principales funciones que tiene la dogmática estriba justamente en la

¹¹⁶ Cfr. DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Etimología jurídica*, pp. 239–240.

¹¹⁷ ROXIN, en *Política criminal* y... pp. 35–36. (cursivas del autor). Ciertamente, la dogmática jurídico-penal ha trazado un camino que aún cuando no se pueda presumir de *científica* en el sentido de las ciencias naturales resulta más fructífero, porque permite, por una parte, profundizar en el significado material del derecho positivo y, por la otra, asume la función de orientar al legislador en el perfeccionamiento del Derecho y al juez en su aplicación, que inevitablemente supone también una decisión en parte creadora (una elección en el marco de posibilidades que ofrece la ley, una *continuación creadora* de la ley) , Cfr. MIR PUIG, Santiago, «*Valoraciones, normas y antijuricidad penal*» p. 3, <http://criminet.ugr.es/recpc>.

¹¹⁸ ROXIN, en *Política criminal* y... pp. 35–36. La dogmática juega un papel fundamental en la interpretación de los tipos descritos en la Parte Especial así como en las figuras o instituciones contenidas en la Parte General de los Códigos penales a la luz de los principios o doctrinas que en torno a ella se ha elaborado. Así por ejemplo; el artículo 7º del Cpmich., señala que: «Delito es el acto u omisión que sanciona las leyes penal», de la redacción de este concepto (por cierto, unitario de delito) no se infiere que el delito sea una acción, típica, antijurídica y culpable, sino que estos elementos se extraen de la dogmática penal, de las instituciones de la teoría del delito. Por esta razón la dogmática penal constantemente debe perfeccionarse en aras de una adecuada impartición de justicia, pues de lo contrario, como señala el maestro español GIMBERNAT, cuando más pobre sea del desarrollo de una dogmática, tanto más imprescindibles serán las decisiones de los tribunales más dependerá el azar y de factores incontrolables la condena o la absolución...Y cuando menos sea el desarrollo dogmático, tanto más crece esa lotería, hasta llegar a una situación de aplicación caótica y sin rumbo de un Derecho penal, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Tiene futuro la dogmático jurídico-penal? En *Estudios de Derecho penal*, p. 158.

introducción de criterios de imputación generales y *objetivos* determinados normativamente¹¹⁹.

De igual forma, a través de la dogmática se enseña lo que es debido conforme al sentido del Derecho, por tanto, es importante averiguar el «contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, donde acaba el comportamiento impune y en dónde empieza el punible»¹²⁰.

b) El vocablo “imputación”. Tiene sus raíces etimológicas en el verbo latino *imputo–imputas–imputare–imputavi–imputatum* que significa, incluir, anotar en la cuenta, atribuir, imputar, asignar. Atribuir a otro una culpa, delito o acción¹²¹.

Según WELZEL, fue ARISTÓTELES, el primero en emplear la «imputación» como juicio de atribución, «El principio más general de la imputación es, en ARISTÓTELES, el del “dominio del hecho”. Una acción es sólo imputable si se halla en nuestro poder o si somos sus dueños, de tal manera que también podríamos obrar de otra suerte»¹²². Lo que significa, que cuando se verifica la posibilidad de que el hombre determinará la situación hasta el punto de que hubiera podido actuar de otro modo. De lo contrario, en lugar de acción imputable al hombre, habría caso fortuito¹²³.

De esta manera, atribuir a otro de un delito como algo suyo, conforme a la teoría del delito se puede interpretar en sede de la tipicidad, a partir de dos perspectivas diferentes¹²⁴: la primera como *imputativitas* y la segunda como *imputatio*. La imputación conforme al sentido de *imputativitas*, se entiende

¹¹⁹ ROXIN, citado por HIRSCH, p. 38 (cursivas en original). Una dogmática que quiera penetrar en el sentido material de las instituciones jurídicas no puede renunciar a la búsqueda de las valoraciones y principios que la fundamentan. Cfr. MIR PUIG, Santiago, «Valoraciones, normas y...» p. 5.

¹²⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, en *Estudios de Derecho penal*, p. 158.

¹²¹ DEHESA DÁVILA, *Op. cit.*, p. 256.

¹²² WELZEL, Hans, *Introducción a la filosofía del Derecho, Derecho natural y Justicia material*, pp. 40 y ss.

¹²³ Cfr. POLAINO NAVARRETE, en *Derecho penal...* p. 366. (cursivas en original).

¹²⁴ Sobre el campo semántico de la expresión “imputación” y sus significados consultar ampliamente a RUEDA MARIN, María de los Ángeles, en *La teoría de la imputación objetiva de resultado n el delito doloso de acción*, pp. 663 y ss.

como un juicio lógico–objetivo¹²⁵ consistente en imputar a una persona el resultado típico como algo suyo y no como consecuencia de acontecimientos de terceros o accidentales¹²⁶. En tanto que imputación, en cuanto *imputatio*, es considerada como un juicio de carácter axiológico¹²⁷. En esta dirección MIR PUIG, ha dicho que este último concepto de “imputación” resulta más adecuado para expresar un juicio de atribución efectuado por el hombre, que para reflejar algo previamente dado¹²⁸.

Es importante precisar que los anterior términos *imputativitas* e *imputatio*, fueron empleados por PUFENDORF, para explicar y distinguir con ellos nítidamente los juicios de imputación. En efecto, para este autor, la *imputativitas* esta configurada por los «presupuestos materiales» de la imputabilidad y las condiciones de su exclusión, siendo estos presupuestos los que determinan la relación de pertenencia de la acción «libre» al autor. Entretanto, con la *imputatio*, se hace referencia a las operaciones judiciales efectuadas *ex post* para la comprobación; por una parte, de la concurrencia de los elementos de la *imputativitas* –presupuestos materiales– y por la otra, efectuando un juicio de valoración del suceso –juicio axiológico–¹²⁹.

Dicho de otro modo: el juicio imputación entendido en el sentido de la (*imputativitas*), es la acción misma. Pero, a condición de que esa acción sea ser libre, para así establecer una *relación* entre *sujeto* y la realización de un *hecho*. Lo cual se puede traducir, simplemente en la constatación fáctica que hace el juez entre la acción con el resultado y su nexo de causalidad, apreciado

¹²⁵ RUEDA MARIN, p. 119.

¹²⁶ Imputar un hecho a un individuo para JIMÉNEZ de ASÚA, significa hacerle sufrir las consecuencias de su conducta, es decir, hacerlo responsable de ese hecho, por ser culpable del mismo. *Vid.*, del mismo *Teoría del delito...* p. 302.

¹²⁷ RUEDA MARIN, p. 119.

¹²⁸ *Cfr.* MIR PUIG, en “*Significado y alcance de la...*” p. 8, el mismo autor refiere que el término imputación encaja mejor en una gnoseología como la Kantiana, porque subraya la orientación filosófica entre la “descripción” y la “prescripción”, entre el ser y el deber ser. *Loc. cit.* Por otro lado, a la imputación jurídico penal se le considera como sinónimo de la responsabilidad, lo que en estricto sentido, no es del todo verdadero, pues la imputación jurídico penal «Pertenece al acervo de la teoría jurídica general el que se debe distinguir claramente entre la culpabilidad –es decir, comportamiento culpable– y responsabilidad, esto es, responder por la realización de un resultado» HIRSCH, Hans, “Acerca de la teoría de la imputación objetiva” en *Derecho penal*, p. 50, y además se distingue también, de la responsabilidad objetiva que en materia de reparación del daño no sólo se le atribuye al causante del resultado, sino también a un tercero ajeno al mismo.

¹²⁹ *Cfr.* RUEDA MARIN, *Op. cit.*, p. 71.

como “obra de una persona”¹³⁰. Sin que esto signifique que se tenga que pronunciar sobre el reproche penal de esa persona, pues este, forma parte de la materia del juicio de *imputativitas*, que consiste precisamente –como hemos apuntado en líneas anteriores– en valorar el hecho típico conforme a lo previsto por la norma y una vez realizada la valoración se estará en condiciones de reprochar o no penalmente el resultado a su causante¹³¹.

En sentido similar KELSEN en 1911, apunta que «La *imputación* es la conexión sobre la base de una norma, entre hecho (el objeto de la norma) y una persona (el sujeto de la norma). Tiene la mayor significación poner en claro que esta conexión realizada sobre la base de una norma que llamamos imputación no es de naturaleza causal ni teleológica, sino una conexión específica, que podemos llamar normativa, dado que tiene lugar en base a una norma...En efecto, pues las normas son creadas por los hombres y la vinculación entre el sujeto de una norma y el objeto de la misma es, por lo tanto, completamente arbitraria»¹³² Por consiguiente, ahora se habla de la atribución de un hecho a una persona *ya no* desde un plano objetivo–causal sino desde un nivel normativo.

c) El término “objetivo” es un adjetivo que denota una existencia independientemente de la percepción individual. Se dice del que obra inspirado en la razón y no en los impulsos afectivos, desapasionado, imparcial, justo, etc.¹³³, también se emplea en contraposición a la voz “subjetivo” que hace referencia a lo que existe realmente fuera del sujeto que lo conoce, ajeno a la forma de pensar o sentir, independientemente de las características o naturaleza del objeto.

Asimismo, la expresión «objetiva» referida al Derecho penal, se puede utilizar desde el ámbito procesal como; la investigación objetiva que debe realizar el juzgador para comprobar, por un lado el hecho y, por otro, la

¹³⁰ *Idem.*, pp.72 y 91–92.

¹³¹ Cfr. RUEDA MARIN, *Op. cit.*, p. 72, La valoración de ambos conceptos se aprecia con HEGEL, quien diferencia los momentos tanto *la imputación que constituye a la acción como la presentación de la acción como expresión de sentido*. *Idem*, p. 92. (cursivas en original).

¹³² Citado por BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, parte general*, p. 200.

¹³³ MOLINER María, *Diccionario de uso del español* segundo tomo p. 476

atribuibilidad o responsabilidad del autor; de modo que, procesalmente hablando, el juez al realizar un juicio de valoración para la imputación de un resultado, lo tiene que hacer considerando los hechos tal como se desarrollaron sin quitar o agregar circunstancias que no son parte de los mismos, esto es, que el juez debe prescindir de las preferencias e intereses personales, así como de las inclinaciones, creencias, sexo o situación económica del reo, a fin de efectuar ese juicio objetivamente basándose sólo en procedimientos intersubjetivos de comprobación y control¹³⁴.

O también como complemento del verbo imputar. Es decir, el juez al concluir los juicios de valoración material de los hechos (*imputativitas*) y el axiológico de reprochabilidad al causante (*imputatio*), imputa y sanciona objetivamente al autor la comisión de un hecho tipificado como delito por la norma¹³⁵. De esta manera, el componente *objetiva*, se encuentra constituida por la cuestión de qué exigencias han de satisfacer para que se pueda imputar un resultado típico producido a la conducta en su dimensión objetiva, por consiguiente, sólo se le imputará como homicidio, al que mata o priva de la vida a otro, y no al que simplemente contribuye con una condición insignificante para el resultado¹³⁶.

En este orden de ideas, tenemos entonces que «la imputación estrictamente objetiva sólo puede defenderse respecto de la prueba de la relación de riesgo, siendo necesario un primer momento en el que, desde una perspectiva *ex ante* y *objetivada*, se atribuye relevancia típica a la conducta del sujeto...En (un) segundo momento se trata de probar la relación de riesgo, y en este caso sí que estamos frente a un juicio estrictamente objetivo y *ex post* sobre la existencia de un nexo normativo entre conducta y resultado, al que denominaremos *Imputación objetiva, en sentido estricto*»¹³⁷.

¹³⁴ Vid. ABBAGNANO, *Op. cit.*, p. 865, Por tal razón la objetividad es el ideal de la investigación científica, ideal al que se acerca si se dispone de los elementos necesarios. *Loc. cit.*

¹³⁵ Con lo cual se diferencia, por una parte, de la imputación subjetiva que se hace a la persona, quién dolosa o culposamente ejecutó la acción, y, por la otra, con la imputación personal, que es la consecuencia del delito y se traduce en responsabilidad penal o sanción que resulta de la imputabilidad del autor del hecho, o en su defecto, de la responsabilidad que nace por la reparación del daño a terceros. Así Vid., el artículo 35 fracciones II y ss. Cpmich.

¹³⁶ Cfr. FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 537.

¹³⁷ Citado por CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «Imputación objetiva en el delito imprudente» en *Causalidad e imputación objetiva Cuadernos de Derecho Judicial*, p. 49 (cursivas en original).

d) Finalmente, el vocablo resultado, proviene del participio «resultar» que significa alcanzar, obtener, tocar. Cosa que resulta de otra¹³⁸. O también puede traducirse *latu sensu* como todo cambio o modificación en el mundo físico, derivado de una acción anterior¹³⁹, en la esfera del Derecho penal, ANTOLISEI, lo define como «el efecto natural de la acción “relevante” para el derecho penal. En cuanto es efecto natural de la acción, el resultado es necesariamente una modificación al mundo exterior»¹⁴⁰.

Hechas las anteriores consideraciones, procedemos a analizar los antecedentes inmediatos de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado estructurados por LARENZ, HONIG y WELZEL.

2.1.1 Tesis de LARENZ

KARL LARENZ, siguiendo la idea de la imputación de HEGEL, quien la define como el hecho de que a cada persona sólo se le puede imputar aquello que pueda ser considerado exclusivamente como su obra¹⁴¹, con lo cual soslaya las diferencias que en esa época existían entre *imputatio facti* e *imputatio juris*, teniendo como válida únicamente la segunda¹⁴².

Curiosamente la nueva estructura de la imputación hecha por LARENZ, no pertenece a la esfera del Derecho penal sino al campo del Derecho civil, y en su monografía “*La teoría de la imputación de Hegel y el concepto de la imputación objetiva. Una contribución a la filosofía del idealismo crítico y a la teoría de la causalidad jurídica*” (1927)¹⁴³. Inicia su discurso preguntándose

¹³⁸ MOLINER, *Op., cit.* segundo tomo p. 946.

¹³⁹ El concepto de resultado de manera esquemática *Vid.* CARRASQUILLA FERNÁNDEZ *Op. cit.*, p. 139.

¹⁴⁰ ANTOLISEI, Francisco, *La acción y el resultado en el delito* p. 139, para este autor, la palabra “relevante” pone de manifiesto, que no todo resultado que modifica el mundo exterior derivado de una acción, tiene trascendencia para el derecho penal, sólo aquellos que la propia ley considera como elementos constitutivos del delito. *Idem*, p. 138.

¹⁴¹ Citado por FIERRO, p. 381, «la imputación no significa otra cosa que el intento de delimitar el hecho propio del acontecer fortuito» HEGEL, citado por CANCIO MELIÁ, en *Líneas básicas...*p. 25.

¹⁴² *Cfr.* BUSTOS/LARRAURI, *Op. cit.*, p. 66.

¹⁴³ *Cfr.* MEDINA P., Sergio J. *Teoría del delito*, p. 212, De hecho a LARENZ, se le debe haber acuñado el término “imputación objetiva” para hacer notar que la cuestión de la imputación puede discutirse con independencia del problema moral de la acción. *Cfr.* LÓPEZ DÍAZ, *Op. cit.*, p. 52. Sin embargo, la imputación como el hecho de atribuir algo como cosa propia, ya era contemplado por CARRARA, en su *Programa de derecho criminal*, «El juicio mediante el cual el juez le imputa civilmente a un ciudadano una acción que ya fue declarada por la ley políticamente imputable, es el resultado de tres juicios diversos. El juez encuentra en aquel individuo la causa material del acto, y le dice: ‘tú lo hiciste’, imputación física.

¿qué es lo que se puede atribuir al sujeto como su acción? ¿De qué se le puede hacer responsable... Cuando el resultado no es objetivamente previsible? En cuyo caso el acontecer provocador no debe ser considerado como *su propio hecho*, sino como un *acontecimiento causal*, mientras que la cuestión de sí el autor “ha previsto el resultado o ha podido preverlo con sus aptitudes individuales” es tan sólo un problema de la imputación subjetiva”¹⁴⁴.

Las anteriores reflexiones LARENZ las contesta, distinguiendo primero el “hecho” del “hecho culpable”¹⁴⁵, con lo cual separa de nueva cuenta los juicios de *imputatio facti* y de *imputatio juris*. Luego, *intenta delimitar los hechos propios de los acontecimientos*. Es decir, cuando se señala que alguien es el causante de un determinado hecho se está afirmando que ese acontecimiento es su propia obra, su propia voluntad, y no un suceso accidental u ocasional¹⁴⁶.

Desde la anterior perspectiva, el problema de la imputación ya no se limita únicamente a nivel de la causalidad, (no todas las condiciones son causas)¹⁴⁷, sino de atribuibilidad del hecho como obra del causante. Por tanto, superado el problema de la causalidad toca ahora resolver el problema de la imputación. Para tal efecto, LARENZ, apela al aspecto subjetivo de los acontecimientos, esto es, apela a la voluntad del hombre racional, la cual será ahora el parámetro que aportará la clave para establecer las diferencias entre el hecho propio del sujeto con el del accidente (causal) ocasionado por éste. Por esa razón, la imputación objetiva para LARENZ es la referencia entre el hecho y la voluntad del autor.

Es evidente que para LARENZ, la imputación del hecho es la referencia del acontecer de la voluntad, por tanto, el juicio de imputación sobre el hecho, ya no debe manifestarse como un juicio meramente causal pues ya no se trata de una simple relación del hecho con la voluntad como una consecuencia

Halla que aquel individuo realizó el acto con voluntad inteligente y le dice: ‘tú lo hiciste voluntariamente’ imputación *moral*. Encuentra que aquel hecho estaba prohibido por la ley del Estado, y le dice: ‘tú obraste contra la ley’ imputación *legal*. Y sólo después que tenga el resultado de estas tres proposiciones, podrá decir el juez al ciudadano: “te imputo este hecho *como delito*”. citado por FIERRO, p. 384.

¹⁴⁴ Citado por CANCIO/FERRANTE/SANCINETTI, p. 108 (cursivas en original).

¹⁴⁵ Cfr. MEDINA P., *Op. cit.* p. 213.

¹⁴⁶ Cfr. BUSTOS/LARRAURI, *Op. cit.*, p. 66 (cursivas en original).

¹⁴⁷ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, en *La imputación...* p. 20.

lógica derivada de la relación de causalidad, sino como un juicio teleológico¹⁴⁸. Es decir, si la voluntad de hombre es la que dirige un proceso causal, entonces sólo la voluntad de ese hombre tiene la posibilidad de transformar las consecuencias accidentales en un hecho propio.

De esta manera, la posibilidad de planear con oportunidad y detenimiento los acontecimientos dirigidos por el hombre, se fundamenta, por una parte, en la capacidad que ese hombre tiene de prever, de reconocer anticipadamente el efecto de determinadas causas, y, por la otra, que gracias a ese conocimiento, el hombre tiene la facultad de intervenir o no voluntariamente en el suceso imprimiéndole la dirección deseada¹⁴⁹, esto es, en que en la voluntad del hombre está el de evitar o no el resultado.

La tesis de LARENZ, es fielmente sintetizada por LARRAURI, de la siguiente forma¹⁵⁰.

- a) La imputación objetiva tiene como tarea deslindar los acontecimientos accidentales del hecho propio de un sujeto;
- b) Esta diferenciación no puede basarse en la causalidad común al hombre y a la naturaleza. Lo distintivo del hecho propio es que aparece como una realización de la voluntad del sujeto;
- c) Por hecho se entiende la acción y las consecuencias de la acción en cuanto era posible abarcarlas por la voluntad;
- d) El juicio de imputación objetiva es por ello un juicio teleológico que busca reconducir el hecho acaecido a la voluntad personal; y,
- e) Esta relación entre el hecho y la voluntad existe cuando el suceso es previsible y dominable.

¹⁴⁸ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Op. cit.*, p. 26, BUSTOS/LARRAURI, *Op. cit.*, p. 67.

¹⁴⁹ Citado por MARTÍNEZ ESCAMILLA, en *La imputación...* p. 20.

¹⁵⁰ Cfr. BUSTOS/LARRAURI, *Op. cit.*, pp. 71–72.

2.1.2 Tesis de HONIG

Posteriormente, Richard M. HONIG, partiendo de la tesis de LARENZ, aísla los juicios de causalidad de los de la imputación¹⁵¹, pero, ya no desde la perspectiva del Derecho civil, sino que los incorpora al Derecho penal. Para HONIG¹⁵², la conducta humana como causante del resultado, sólo es jurídicamente relevante si se puede concebir como dispuesta finalmente con respecto a la producción o evitación del resultado. Por consiguiente, sólo con *la posibilidad objetiva de perseguir* el qué o el plus¹⁵³ que ha de ser añadido a la causalidad, se podrán sentar las bases suficientes como para considerar jurídicamente significativa a la conducta humana. Esta *posibilidad objetiva de perseguir el resultado*, es en HONIG, la clave necesaria para fijar el marco de la imputación objetiva.

Observemos como HONIG, no trata de comprobar sólo el nexo de causalidad entre la acción y el resultado, sino de valorar esa relación de causalidad, para ello, reconoce que la acción es una condición necesaria (*conditio sine qua non*) para producir el resultado. Sin embargo, aclara de inmediato, que la simple constatación de la relación causal entre esa acción con el resultado deba ser suficiente para imputar al autor del mismo conforme al derecho, sino que, aquí se requiere que esa valoración de la relación causal no sólo se concentre únicamente considerando a la causa como el conjunto de condiciones, sino la valoración debe ampliarse además –punto total de la imputación propuesta–, a la acción realizada por el causante. Acción, que debe ser entendida como la exteriorización de la conducta humana no nada más en su aspecto natural, sino referida a su sentido teleológico (finalidad)¹⁵⁴.

¹⁵¹ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Op. cit.*, p. 29.

¹⁵² Citado por CANCIO/FERRANTE/SANCINETTI, pp. 109–110 (cursivas en original).

¹⁵³ Este plus no es otra cosa –a decir de GÓNZALEZ GÓMEZ–, que aquello que pretendemos averiguar, concretamente en qué consiste la imputación objetiva (del resultado). En *Aproximación de la...* p. 441.

¹⁵⁴ Prácticamente con esto HONIG, delinea los principios de lo que más adelante sería la teoría de la acción final, en la que WELZEL, ha dicho «La acción humana es ejercicio de la actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer “final” y no solamente “causal”. La “finalidad”, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la construcción de esos fines» WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal* (Una introducción a la doctrina de la acción finalista), p. 41.

La valoración tanto de la relación causal como la finalidad de la acción del autor, es fundamental para este autor, puesto que con la primera se demuestra el hecho material como tal, en cambio con la segunda, se comprueba objetivamente la intención final que el autor tenía con la ejecución de su acción, es decir, si su comportamiento fue consciente para lograr u obtener un resultado previamente planeado, o simplemente fue una acción causal-natural, sin ninguna intención de lesionar el bien jurídico. Consecuentemente, si atendemos los resultados obtenidos de la valoración de la acción final del autor, de ellos se podrá distinguir claramente la relación causal de los cursos naturales (accidentes) de los dirigidos voluntariamente por el autor y con base a ello imputar o no el resultado al causante¹⁵⁵.

Lo cual prueba, de acuerdo con este autor, que sólo es relevante aquel resultado que, siendo consecuencia de un comportamiento humano halla generado efectos causales, derivados de la voluntad del autor que buscó esa meta controlado desde sus inicios (dominio del hecho) el curso causal desencadenado¹⁵⁶.

El pensamiento de HONIG, es resumido por LARRAURI, en los siguientes términos¹⁵⁷:

- a) La imputación objetiva tiene como función dilucidar la significación jurídica de una relación de causalidad ya dada;
- b) Esta relación de causalidad es significativa para el derecho penal cuando aparece dirigida por la voluntad humana;
- c) Solo aparece precedida por la voluntad humana cuando ésta podía prever y dirigir (alcanzar o evitar) su curso;

¹⁵⁵ De esto se deduce, que sólo son *imputables aquellos resultados que pueden ser pensados como colocados finalmente* Vid. BUSTOS/LARRAURI, *Op. cit.*, p. 73 (cursivas en original). En esta tesis HONIG, pone especial énfasis en la dirigibilidad del proceso causal (noción de dominabilidad del curso causal) y con base a esa dirigibilidad (dominio del hecho) el autor finalmente pueda realizar o evitar el resultado. Lo que significa que la antijuricidad o irreprochabilidad del mismo sólo se puede considerar cuando exista la posibilidad de evitar –no de prevenir– el resultado prohibido o de realizar el resultado pedido. *Idem.*, p. 74.

¹⁵⁶ Citado por FIERRO, *Op. cit.* p. 381, En este sentido, es obvio que, gracias a los conocimientos que tienen las personas, éstas pueden organizar el mundo exterior según su voluntad, por tanto, sólo se puede considerar como «configurado un resultado» si éste es consecuencia de una manifestación de la voluntad que controla un curso causal, y que, por consiguiente, «puede ser entendido como dispuesto finalmente». *Cfr.* FRISCH, en *La imputación objetiva...* p. 23.

¹⁵⁷ *Cfr.* BUSTOS/LARRAURI, *Op. cit.*, p. 76.

d) Por ello solo son imputables aquellos resultados, que aparecían como previsibles y dirigibles, esto es, colocados finalmente por la voluntad;

e) Solo la imputación objetiva del resultado –previsibilidad y evitabilidad– permite constituir una omisión (típica). La imputación objetiva del resultado es por consiguiente un presupuesto de la tipicidad del comportamiento; y,

f) Con ello conseguiremos imputar un resultado, pero ello no nos indica aún la relación psíquica, del sujeto con este resultado. Es por ello una imputación objetiva.

Sin la menor duda, entre la tesis expuesta por LARENZ y la estructurada por HONIG, no se advierte grandes diferencias sustanciales, motivo por el que MARTÍNEZ ESCAMILLA, la ha cuestionado con cierto rigor, argumentando «¿qué aporta HONIG de novedoso respecto de la teoría de LARENZ, o incluso en comparación con el finalismo?... La diferencia básica consiste en el intento de HONIG de desvincular el juicio de imputación de la finalidad como elemento subjetivo, para centrarse en el enjuiciamiento objetivo del acontecer, en la valoración de éste como medio idóneo para la consecución de un resultado indeseado por el legislador... Precisamente este intento de centrar el acento en el juicio de imputación es la faceta objetiva del suceso»¹⁵⁸.

2.1 3 Teoría de la adecuación social de WELZEL

Otro de los antecedentes importantes en el desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva, es sin duda alguna, la adecuación social como excluyente del tipo penal¹⁵⁹. En efecto, la teoría e la adecuación elaborada por WELZEL se centra, en la función que tienen los tipos penales en el seno de toda sociedad, que no es otra –siguiendo al maestro alemán–, que presentar en su descripción sólo la “muestra” del tipo de conductas que fueron seleccionada por los legisladores, como prohibidas, y que, por eso tienen una doble función, por

¹⁵⁸ En *La imputación...* p. 35, sin embargo, para FRISCH el merito de HONIG, pudiera ser la delimitación de los cursos causales que no desempeñan ningún papel en el Derecho y por consiguiente, la importancia que él le daba al momento prejurídico del hecho (situación entendida como dispuesto finalmente), esto es, una realidad previa que el Derecho a de considerar como algo suyo. Ciertamente en la actualidad ya no se trata de valorar un momento prejurídico, sino de considerar criterios específicamente jurídicos, normativos. *Op. cit.*, pp. 25–26.

¹⁵⁹ *Cfr.* CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 570/122.

una parte, un carácter social, en cuanto se refieren a la vida comunitaria, en este sentido por ejemplo; son adecuados socialmente todos los negocios que se hacen dentro de los límites de la norma aún cuando a consecuencias de ellos se pueda arruinar el patrimonio, así aquél que contrae una deuda hipotecando su caso, al no cubrirla en el término de ley, la pierde – y por la otra–, esas conductas a su vez pueden resultar inadecuadas a una vida social ordenada, cuando por ejemplo; los negocios son parte de una maquinación fraudulenta para arruinar a una de las partes (delito de fraude).

Esta doble función que WELZEL les atribuye a los tipos penales se extraen de la naturaleza *social* y al mismo tiempo histórica del derecho penal que indica las formas de conducta que suponen una infracción grave de los órdenes históricos de la vida social¹⁶⁰. Dicho de otra manera, el contenido de los tipos penales no son sólo “conceptos causales de lesiones causales de bienes jurídicos”, *sino conceptos de relaciones y significado social*; por consiguiente, del contenido de estos conceptos se deduce la función que desarrollan en un entorno social, y que, obviamente, además de ser un poco más complejos que los elementos naturalistas causales están revestidos de un sentido social¹⁶¹.

La anterior postura es compartida por CORCOY BIDASOLO quien refiere que «la posibilidad de limitar al tipo a través de la adecuación social encuentra su fundamento en el hecho de que los bienes jurídicos penales no se protegen en absoluto sino en relación con las obligaciones sociales, según las necesidades de la vida social. Estas necesidades como contenido de la adecuación social, tendrán la pretensión de delimitar aquellos supuestos en que se protege el bien jurídico de aquellos en que no se hace»¹⁶².

¹⁶⁰ En *El nuevo sistema...* pp. 84–85 (cursivas en original), así por ejemplo; históricamente el privar de la libertad a una mujer con fines sexuales, pero con intención de casarse con ella estaba tipificado como delito de “rapto” (artículo 230 del Cpmich.) a partir de las reformas publicadas en el Periódico Oficial el 6 de julio de 2004, esta conducta fue derogada.

¹⁶¹ Cfr. LESCH, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, p. 21 (cursivas en original), sin embargo, la estructura de la teoría de la adecuación se vio truncada en virtud de que Welzel, optó por el contenido de la acción con base en la voluntad final de ejecución, esto es, la acción no como interpretación *social*, sino en una interpretación *individual* realizada por el sujeto que actúa, es decir la acción ya no es un concepto social sino psicológico, la intención final del autor. *Idem*, pp. 22–23 (cursivas en original), en contrario *Vid.*, GRACIA MARTÍN, Luís, en «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción del delito». <http://crimenet.ugr.es/recpc>.

¹⁶² *Op., cit.* p. 53.

A partir de la función que desempeñan los tipos y los bienes jurídicos dentro de la sociedad, el maestro alemán resuelve el tradicional ejemplo, de la persona que “envía a su sobrino al bosque cuando amenaza tormenta con la esperanza que un rayo lo matara para poder heredarlo”, diciendo que el comportamiento del sobrino nada tiene que ver ni con la causalidad ni con el dolo, sino con el significado de la acción social¹⁶³. Afirmar lo contrario, ha sido precisamente el error jurídico penal, en que incurren los causalistas, que interpretan tan estrechamente a los tipos que en ellos sólo ven lesiones de los bienes jurídicos¹⁶⁴. Cuando la interpretación de los tipos debe ser acorde a la realidad social, pues es indiscutible que los jurídicos existen en la medida que *desempeñan una función*, y que éstos, muchas de las veces hay necesidad de exponerlos a los peligros de terceros.

Es evidente que la interpretación conforme a la realidad social que los operadores jurídicos tienen que hacer, encuentra su fundamento, en los riesgos permitidos o adecuados por la propia sociedad. Efectivamente en una sociedad que vive en permanente lucha por el desarrollo (técnico, industrial, marítimo, científico, etc.); ha valorado sobre la base de costo/beneficio, la importancia de permitir la creación de ciertos riesgos que ponen en peligro determinados bienes jurídicos (la vida, la salud, la propiedad, etc.), o también aquellos que son necesarios para fomentar el deporte (pelas de box, carrera de autos, fútbol, etc.), o inclusive de comportamientos sociales cotidianos (propinas a los servidores públicos, regalos a los policías en épocas de navidad, etc.) De tal modo, que la persona que crea estos riesgos a pesar de poner lesionar o poner en peligro un bien jurídico, no son sancionadas penalmente, ello como consecuencia de que esas conductas han sido socialmente adecuadas o toleradas y, por tanto, no resultan desaprobados por el orden social subyacente

¹⁶³ Citado por CANCIO MELIÁ, en *Líneas básicas...* pp. 30–31, este ejemplo también fue manejado por HONIG y posteriormente por ROXIN, en *Problemas básicos...* p 130. *Vid.*, GIMBERNAT, en *Delitos cualificados...* pp. 131 y ss., donde examina los supuestos de tentativa real, indirecta, imposible e incluso “supersticiosa” que se discutían en la época con referencia a la discusión entre Roxin y Spindel.

¹⁶⁴ *Cfr.* WELZEL, en *El nuevo sistema...* pp. 85 y ss., así también MARTÍNEZ ESCAMILLA, «el sentido del Derecho penal no consiste en proteger los bienes jurídicos de cualquier intervención lesiva, pues no todas ellas están prohibidas». En *La imputación...* p. 145. La teoría de la lesión del bien jurídico, se encuentra emparentada con el dogma causal, según el cual el estado original de los bienes jurídicos es la ausencia de lesión, de libertad y seguridad frente a las lesiones *Cfr.*, CANCIO MELIÁ, *Op. cit.*, pp. 32–33.

y, por ende, nunca los tuvo como tal –es decir, como prohibidos– el legislador¹⁶⁵.

Por otro lado, la teoría de la adecuación social, ha sido también fundamental en la construcción del principio del “riesgo permitido¹⁶⁶” como un nivel excluyente del tipo penal en la moderna imputación objetiva, pues al remitir al juzgador como mínimo a las normas y usos sociales para delimitar lo que tiene trascendencia o relevancia social de lo que no lo tiene¹⁶⁷, este factor convierte al “riesgo permitido” en un concepto esencialmente normativo.

2.2 Surgimiento de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado

Frente a las concepciones de tipo causalista–positivista (objetivo–naturalístico) y del finalismo (subjetivo–ontológico) en los años setenta surge la moderna teoría de la imputación objetiva¹⁶⁸, estructurada como un nuevo sistema del delito, que tiene entre otras la finalidad de restringir o limitar los alcances naturales de la relación de causalidad, esto es, que no pretende sustituir esa relación sino complementarla.

La moderna imputación objetiva parte de las categorías y enunciados neokantianos y teleológicos¹⁶⁹, pero a diferencia de éstas, no está orientada a los valores culturales¹⁷⁰, sino a criterios eminentemente políticos criminales¹⁷¹

¹⁶⁵ Cfr. CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 444. Como puede ser el caso de dar una gratificación a un policía por haber descubierto al autor de un robo, dar dinero a un servidor en sentido estricto constituye un delito, pero socialmente se acepta que se dé dinero en ese tipo de situaciones. O que a pesar de estar prohibidas, la sociedad las ha ido tolerando como “normales”, por ejemplo, el artículo 235 del Cpmich., relativo al fraude equiparado en su fracción XIV, sanciona «Al que explote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, por medio de supuesta evocación de espíritus, adivinaciones o curaciones». Sin embargo, diariamente vemos en los Diarios o la televisión quienes ofrecen ese tipo de servicios y nunca se ha procedido penalmente contra sus autores.

¹⁶⁶ La teoría de la adecuación social, sirve de base tanto a ROXIN como a JAKOBS para fundamentar el riesgo socialmente permitido, como una forma de exclusión del tipo, como más adelante se analizará.

¹⁶⁷ Vid. LUZÓN PEÑA, *Op. cit.*, pp. 257–258 y ANTOLISEI, *Op. cit.*, p. 138.

¹⁶⁸ La teoría de la imputación objetiva no se propone como un sistema alternativo a la causalidad, sino como su complemento, para establecer su tipicidad única y exclusivamente, en los llamados delitos de resultado, BUSTOS RAMÍREZ Juan J., HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, p. 107.

¹⁶⁹ A partir de los fines que persigue el Derecho penal.

¹⁷⁰ La metodología neokantiana fue trascendental en el sistema penal, al darle un contenido valorativo a las tres categorías esenciales del delito, así la acción dejó de entenderse como un mero «movimiento corporal» en sentido naturalístico; para otorgarle un significado «social», hablándose entonces ya no de acción, sino de «comportamiento humano» o de «conducta»; de igual manera la acción es separada de

que son extraídos de una forma de interpretar la realidad social y cuyo objetivo consiste precisamente en resolver los problemas reales que interesan a la colectividad de una manera más justa, mediante una amplia renormativización de todas las categorías del sistema penal¹⁷².

Conforme a esta orientación político–criminal, la imputación de un resultado ya no será determinada únicamente sobre la base del principio racional de la causalidad, esto es, la simple constatación de un proceso causal, en el que se deduce que un resultado (hecho lesivo) es consecuencia necesaria de una acción (causa) previamente realizada, sino que, ahora la imputación debe estar encausada, en principio, a determinar; si el nexo entre la acción y el resultado es o no relevante para el tipo penal, y esto sólo se logra a través de la valoración normativa del sentido teleológico de las categorías del delito (conforme a la renormativización que se propone de la acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), así como atendiendo los fines y función que debe cumplir el Derecho penal dentro de una sociedad.

Es justamente la función o misión del Derecho penal la que fundamenta el método de la moderna imputación objetiva de resultado. Función que ya HONIG visualizaba, esto es, «que desde la finalidad de la norma tenemos que considerar los hechos que se dan, y es por eso que él plantea que el resultado sea imputable en la medida en que nosotros podamos pensarlos desde el

la omisión ahora no la omisión no consiste en un no hacer sino implica «un acción esperada» una valoración desde el punto de vista de la ley; La «tipicidad», concepción positivista meramente descriptivo, neutra y objetiva, es valorada a la luz del descubrimiento de los elementos subjetivos y normativos del tipo. La «antijuricidad» deja de concebirse como expresión lógica de una contradicción de la conducta y la ley en sentido formal, para ser valorado como «dañosidad social» con la ayuda del concepto del «bien jurídico». Por último la «culpabilidad» es conducida a una configuración no «psicológica», sino «normativa», es decir, la culpabilidad como «reproche». Vid. GARCÍA-PABLOS, *Op. cit.*, pp. 359–368. así como MIR PUIG, en *Introducción a las...* pp. 210 y ss.

¹⁷¹ «En un primer sentido es aquel *sector de la política* que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia; se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad». (MIR PUIG, *Op. cit.*, I/31 p. 16, Se refiere «a la exposición sistemáticamente ordenadas de las estrategias sociales, tácticas y medios para la enseñanza de un control óptimo del delito» MAURACH/GÖSSEL/ZIPFF, *Op. cit.*, §3. II/20 p. 51. «La Política Criminal se ocupa de cómo configurar el Derecho Penal de la forma más eficaz posible que pueda cumplir su tarea de protección de la Sociedad». CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 156/136).

¹⁷² Con esto se otorga al tipo un contenido claramente valorativo, esto es, trata de precisar una valoración del tipo desde su concepción normativa. Precisamente, se le reprocha a esta teoría el haberle quitado a la teoría del tipo penal, la forma de interpretar al tipo, por medio de nuevos conceptos normativos creados para tal fin Cfr. FRISCH, *Tipo penal...* p. 28, Una conducta se ve así seleccionada de acuerdo con el fin y sentido de los tipos de la parte especial interpretándolos teleológicamente. Cfr. FEIJÓO, en *Resultado lesivo e imprudencia...* pp. 174–175.

“objetivo”, es decir, desde la “finalidad de la norma”, esto es, desde aquello que invalida la norma, que invalida su cumplimiento»¹⁷³.

Sin embargo, en la actualidad la finalidad que la norma penal ha sido punto de debate entre dos corrientes que le atribuyen al Derecho penal diferentes misiones¹⁷⁴. En efecto, la primera base del sistema funcional racional o teleológico, encabezado por ROXIN (escuela de Munich); sostiene que la función del Derecho penal es la protección y prevención de la lesión y puesta en peligro de bienes jurídicos. En tanto que la segunda que afirma que la función del Derecho penal, no es otra que la preservación de la vigencia de la norma y con ello la sociedad es su conjunto. Sobre esta idea, se apoya el sistema conocido como sistema funcional sociológico cismático o radical, cuyo principal exponente es JAKOBS (escuela de Bonn)

Es importante establecer que el origen del aspecto “funcional” de estos sistemas, proviene del influjo ejercido por las corrientes sociológicas conocidas con tal nombre, para las cuales la sociedad es vista y analizada como un complejo organismo armónico integrado por miembros que desarrollan una “función” específica, lo que permite la coherencia del sistema y a la vez contribuye a su desarrollo dinámico, manteniendo así su estructura básica¹⁷⁵.

Retomando la conducción estructural de la moderna imputación objetiva del resultado, de acuerdo con JESCHECK¹⁷⁶, es el maestro español GIMBERNAT quien poco antes de que ROXIN expusiera la actual problemática de la imputación objetiva, en su importante monografía *Delitos cualificados por el*

¹⁷³ BUSTOS RAMIREZ, Juan, en «Imputación objetiva y bien jurídico», p. 390 (cursivas en original).

¹⁷⁴ En realidad, estos sistemas son muy semejantes –ya que ambos sistemas coinciden en lo medular de una u otra forma en la necesidad de la renormativización del sistema y de sus categorías así como el grado de considerar como absoluto el método funcionalista–, pero, como vimos, discrepan en cuanto a sus fines específicos –protección de bienes y vigencia de la norma–. Cfr. SILVA SÁNCHEZ JESÚS-MARÍA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 68. entre el funcionalismo sociológico de Jakobs, y la unión sistemática de dogmática y política criminal de Roxin, pueden y posiblemente deben de complementarse mutuamente. Para tal efecto propone que la formulación de Roxin ofrece un importante aspecto del contenido que corresponde a una dogmática jurídico-penal concebida como ciencia social del derecho. Cfr. MIR PUIG, en *Introducción a las...* p. 273. Por otro lado, en la actualidad en América el maestro argentino ZAFFARONI, ha establecido los lineamientos de un nuevo sistema penal llamado «funcional reductora o funcional conflictiva», para más detalles *Vid.*, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. parte general*, pp. 369 y ss.

¹⁷⁵ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal parte general*, p. 216.

¹⁷⁶ *Op. cit.*, § 28. III/I p. 392., así también FEIJÓO, en *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 186.

*resultado y causalidad*¹⁷⁷ distingue nítidamente el problema causal de la naturaleza ontológica y la cuestión de su trascendencia jurídico-penal, que logró vincular a la esencia de la antijuricidad penal, refiriéndose a ésta como un juicio de desvalor (del hecho y de las circunstancias del mismo) sin el cual no puede darse la imputación objetiva. Dicho en palabras de GIMBERNAT; antijurídico es lo que la ley desapruueba, pero, no siempre castiga; culpable, es lo que la ley desapruueba pero, además, castiga. Por consiguiente, la antijuricidad es condición necesaria del reproche *objetivo*; y la esencia de la culpabilidad es la reprochabilidad *subjetiva*: por tanto, se castiga a un sujeto (imputación personal) porque se le reprocha que halla ejecutado una acción prohibida, a pesar de que podía distinguir entre lo justo y lo injusto¹⁷⁸.

En este contexto, es claro que la prohibición de matar rige para todos, luego, para poder sancionar penalmente al autor de un homicidio, es preciso verificar anticipadamente; si a ese sujeto se le puede o no reprochar su comportamiento antijurídico, *V., gr.* un niño de seis años ciertamente, puede cometer acciones prohibidas (*v. gr.* matar a alguien o robar una valiosa obra de arte, etc.), sin embargo, al no poder discernir lo justo de lo injusto, su comportamiento no es culpable y, por tanto, es inimputable, es decir tampoco se le puede penalmente sancionar.

En cambio, en la culpabilidad, al contrario de la antijuricidad, lo que se realiza es un juicio *subjetivo* de desvalor. Retomando el citado ejemplo, la acción del niño inimputable sólo influye en la pena, esto es, que dadas sus condiciones no se le puede penalmente sancionar, pero, eso no significa que el acto *per se* no halla sido un suceso antijurídico, en consecuencia, no se hay un desvalor respecto del niño, pero sí respecto de su acto. Este desvalor del acto no es otra cosa que la antijuricidad¹⁷⁹.

¹⁷⁷ GIMBERNAT, *Op. cit.*

¹⁷⁸ De manera amplia y detallada *Vid.*, GIMBERNAT, en *Delitos cualificados*, pp. 101 y ss.

¹⁷⁹ *Idem*, pp. 101–102 (cursivas en original) en este sentido, tanto la imputación objetiva, como la subjetiva y personal, son necesarias para considerar a alguien como autor culpable de un resultado o puesta en peligro de un bien jurídico. Los tres niveles de imputación constituyen en sí los principios de culpabilidad. *Cfr.* MIR PUIG, “Significado y alcance de la...pp. 10–11.

Desde esta perspectiva, el juicio negativo de la antijuricidad consiste en una reprochabilidad objetiva formulada con base al comportamiento de un hombre medio –tomando como parámetro el criterio de un hombre normal puesto en la misma situación–, por ello, es evidente que esa reprochabilidad se tiene que dirigir a valorar alguna falta que un hombre prudente hubiera evitado observando el deber de cuidado, ello, en atención a que las acciones peligrosas realizadas conforme lo dispuesto por las normas de cuidado, no pueden ser antijurídicas aunque condicionen o no el resultado típico¹⁸⁰.

La tesis del maestro español, tratare de resumirla en los siguientes términos¹⁸¹:

a) Se deben excluir todos los resultados imprevisibles, ya que éstos de ninguna forma pueden ser objetivamente desvalorados como antijurídicos, porque el Derecho no puede razonablemente esperar ni siquiera de una persona prudente que evite aquello con lo que no puede contar, pues, el Derecho se dirige a hombres normales y no a los adivinos. Por ello, declarar típica una acción que produzca un resultado dañoso, aún cuando este fuera impredecible, significaría que la ley no toma en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias de sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de la antijuricidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever, sería tanto como desconocer la naturaleza de las cosas (concretamente: la naturaleza del hombre).

En este sentido por ejemplo; Pedro va conduciendo su vehículo observando todas las normas de cuidado, cuando intempestivamente da vuelta una “pipa” de gas, y ve, como imprudentemente se dirige hacia él. Pedro con una acción–reflejo logra esquivar la “pipa”, pero como consecuencia de esa acción causa daños a otro auto. En este supuesto, la conducta de Pedro a

¹⁸⁰ Cfr. GIMBERNAT, en *Delitos cualificados*, pp. 102–103.

¹⁸¹ *Idem*, pp. 101 y ss.

pesar de ser condición para el resultado, no se le puede objetivamente reprochar, pues en ningún momento dejó de comportarse conforme a lo previsto por la norma (en este caso el Reglamento de Tránsito), y por tanto, su comportamiento a sido el adecuado, pues, no podría adivinar que la “pipa” se fuera a proyectar sobre su auto en esas condiciones.

b) Las acciones peligrosas cubiertas por el riesgo permitido son atípicas, es decir, como vimos al analizar la teoría de la adecuación social, es la comunidad la que autoriza la creación de riesgos pueden lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, por tanto, si el causante, obra dentro del límite de esos riesgos socialmente adecuados, no se le puede imputar el resultado que de ellos se derive. De este modo, no puede ser reprobable la conducta del cirujano que lleva a cabo una operación arriesgada sujetándose a las reglas de las ciencias médicas o la del propietario de una empresa que observa todas las medidas prudentes para evitar un accidente, a pesar, de que en ambos casos el resultado lesione o ponga en peligro un bien jurídico.

Este aserto se funda, el Derecho impone ciertas reglas o deberes de observancia para ejecutar una acción determinada, y si el sujeto cumple con esas reglas o deberes de cuidado al llevar a cabo la acción, sería no sólo contradictorio, sino inverosímil afirmar que tal comportamiento va contra derecho o sea que es antijurídico¹⁸².

Por tanto, con las acciones del cirujano y del propietario, no se lesiona ningún mandato jurídico (aunque se halla lesionado un bien), por el contrario, el cirujano está adecuando su conducta a lo ordenado por la norma (*lex artis*) y por consiguiente, en el supuesto caso que se produjera un resultado, no se le podría reprochar a su autor, ya que aún siendo peligrosa su conducta esta dentro de los límites del riesgo permitido. Por consiguiente, un comportamiento peligroso sólo es típico cuando en su ejecución se ha dejado de observar el cuidado objetivo exigido por el derecho¹⁸³.

¹⁸² Es así en virtud de que el Derecho penal prohíbe conductas, no resultados.

¹⁸³ Cfr. GIMBERNAT, en *Delitos cualificados*, p. 151.

c) La inobservancia del deber de cuidado, es un elemento del injusto típico, no sólo en los delitos imprudentes, sino también en los dolosos, ya que sería absurdo limitar el cuidado debido sólo a los delitos culposos, por el contrario, la observancia del cuidado debido excluye también la tipicidad en los delitos dolosos¹⁸⁴, para ello, habrá que distinguir *V., gr.*¹⁸⁵ cuando Pedro, que se propone causar la muerte de Pablo, sabe que en una mina de carbón en algunas ocasiones se han presentados accidentes –provocados por derrumbes– en los que han perdido la vida muchos de los trabajadores. Pero, también está consiente que en las últimas fechas esa mina fue apuntalada, sin embargo, conserva la esperanza de que se presente otro derrumbe, y por eso persuade a Pablo para que entre a trabajar a esa mina y en el accidente muera.

En un supuesto diferente, Pedro tiene conocimiento de que en una mina de carbón, debido a un fallo de las instalaciones se va a producir irremediamente un derrumbe total en su interior y convence a Pablo, para que entre a trabajar en esa mina y muera en ella.

Obsérvese como en ambos casos, sus autores tienen el propósito de producir el resultado (muerte). Pero en el primer ejemplo, sólo se puede admitir un delito putativo, es decir, un delito imaginario que nunca será punible, ante todo porque la conducta del autor no tiene el poder de fundamentar su punibilidad (por muchos deseos que se tenga de matar a Pedro) y en el supuesto de que ocurriera el accidente en la forma en *que el autor se había imaginado*, habría causado la muerte por medio de una acción atípica– se ha observado la diligencia debida–¹⁸⁶.

En cambio, en el segundo ejemplo existe una clara tentativa, de un resultado típico causado por una acción típicamente dolosa, porque Pedro al tener conocimientos de buena fuente del inevitable derrumbe de la mina, no debió de mandar a trabajar a en ella a Pablo, toda vez que no se habla de

¹⁸⁴ Cfr. GIMBERNAT, en *Delitos cualificados...* p. 152.

¹⁸⁵ *Ibidem*

¹⁸⁶ *Idem*, pp. 152–153.

posibilidad de que “ocurra del derrumbe” como en el anterior ejemplo, sino de la certeza de que va ocurrir y con ello, la inevitable muerte Pablo en la forma *que el autor se había imaginado*.

d) Finalmente, además de la infracción del deber de cuidado y de su reflejo en la producción del resultado típico, se requiere que ese resultado sea precisamente uno de los que la norma quiere impedir (el fin de protección de la norma como criterio de imputación). Tal requisito se puede ejemplificar en el siguiente supuesto de hecho:

Un farmacéutico expide un medicamento controlado sin receta alguna, y como consecuencia de ello fallece una persona. Antes de imputar el resultado se tiene que cuestionar ¿Por qué se exige la venta de ciertos medicamentos sólo con receta? Simplemente, porque esos medicamentos *per se* son peligrosos y pueden provocar determinadas consecuencias no sólo en la salud, sino incluso producir la muerte, por eso, el legislador para proteger ambos bienes impuso a los responsables de las farmacias la obligación de expedir ciertos medicamentos sólo presentado la receta autorizada (ámbito de protección de la norma¹⁸⁷). Por lo que, una vez cerciorado de la autenticidad de la receta, en el supuesto de un resultado fatal, en éste no se le debe imputar al farmacéutico¹⁸⁸.

2.2.1 Sistema funcional racional–final o teleológico del Derecho penal

El sistema funcional llamado “racional–final o teleológico” como sistema jurídico penal, toma forma en los años sesentas en Alemania, bajo la dirección Claus ROXIN, es estructurado de forma sincrética, es decir de la fusión del sistema neoclásico (neokantiano) y finalista¹⁸⁹ cuyos métodos axiológico y

¹⁸⁷ Es importante puntualizar que es el desvalor de la acción, o la realización de conductas que pongan en riesgo bienes tutelados son las que en primera instancia trata de evitar el legislador, incluso antes del resultado, por ello, no todo comportamiento relacionado objetivamente con el resultado puede ser prohibido, sino que *sólo puede ser decisiva, en este sentido una referencia objetiva conducta–resultado de características tales que sea reconocible por el ciudadano (ex ante) al momento de actuar*. Cfr., MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* p. 75, (cursivas en original),

¹⁸⁸ GIMBERNAT, en *Delitos cualificados...* p. 139.

¹⁸⁹ No hay que perder de vista, que en la mayor parte de la trayectoria y evolución de los sistemas penales en su origen (s. XIX), dominó en los Manuales de Derecho penal la filosofía de HEGEL. Alrededor de 1870 fue superada por una naturalismo científico espiritual orientado en el ideal de exactitud de las

teleológico se caracterizan por ser procedimientos cerrados. Sin embargo, de esta fusión, el maestro alemán conforma un sistema abierto, con el que pretende superar las barreras existentes entre el Derecho penal y la Política Criminal y para esto, sólo puede lograrse orientando los fines del Derecho penal en general y de cada uno de los niveles del sistema en particular a las valoraciones Político criminales¹⁹⁰.

Los fines del Derecho penal de acuerdo con ROXIN, no son otros, que la protección de bienes jurídicos¹⁹¹ y por tanto, desde el punto de vista político criminal, los presupuestos de la punibilidad deben orientarse a esos fines¹⁹².

Partiendo de los fines atribuidos al Derecho penal, el sistema funcional racional, induce a una radical separación entre los postulados dogmáticos y las necesidades reales –y variables– de la aplicación del Derecho penal en la sociedad¹⁹³. En este sentido ROXIN a dicho: «El camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político criminales en el

ciencias naturales, a lo cual siguió en el siglo XX, una época de neokantismo y por último el finalismo referido a estructuras ontológicas fenomenológicas, sin que ninguna de ellas fuera de tendencias político criminales. Cfr. ROXIN, en *Política criminal y...* p. 42.

¹⁹⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación...* p. 68, Por lo que, justamente este sistema adquiere su denominación de la orientación Política Criminal que ha sido asociada con el consecuencialísimo o sistema de consecuencias empíricas. Este consecuencialísimo, adoptaría como punto de partida una racionalidad exclusivamente instrumental, pues, en Alemana, se alude con el sustantivo “*Zweckrationalität*” y el adjetivo “*zweckrational*”, que se puede traducir como “racionalmente final” o “teleológico racional” Sin embargo, el modelo propuesto por ROXIN, no se define en pureza exclusivamente de consecuencialísimo, sino que su concepto se desprende de una Política criminal valorativa que integra las garantías formales y materiales del Derecho penal, partiendo, de la co-función que éste tiene respecto de la sociedad, es decir, la protección de los bienes jurídicos, así como los fines (sociales) de la pena (de prevención general y de prevención especial), Cfr. SILVA SANCHEZ. en *Política criminal en el Cambio del Siglo*. pp. 49 y 52

¹⁹¹ V. Liszt, considera que «Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital al bien jurídico» de ahí que le ese fin le dé fuerza generadora al Derecho. Citado por MIR PUIG, EN *Introducción a las...* pp. 172–172 nota 52.

¹⁹² Esto en atención a que – a decir de SILVA SANCHEZ, «Entre los principios de la Política criminal ocupan un lugar primordial los que rigen la propia calificación de un hecho como delito –y no como hecho antisocial jurídicamente no prohibido, ilícito civil o administrativo–. En otras palabras, *la propia definición de cuáles son los delitos constituye competencia de la Política criminal*, cuántas son las conductas que cabe racionalmente calificar como delictivas. Y ello, no sólo en cuanto a lo relativo a qué bienes jurídicos merecen y precisan de protección penal, sino también en cuanto a qué clase de conductas describen riesgos penalmente relevantes; tentativa, hechos imprudentes, hechos en comisión por omisión, etc.... Es así mismo competencia de la Política Criminal la *determinación de cómo es el delito*; esto es, de cuáles son sus rasgos estructurales característicos. Así si el delito es un “modo de ser”, o un síntoma, un estado o, por el contrario un hecho». En *Política criminal...* pp. 17 y ss.

¹⁹³ En *Política criminal...* pp. 18 y ss. Esto es así, porque la esfera ontológica no puede proporcionar la materia ni los conceptos jurídicos, pues si las regularizaciones jurídicas tienen objetos y contenidos esencialmente normativos, entonces sólo es correcto determinar el Derecho penal en función de las valoraciones y de los fines de éste. En este sentido el legislador y el Derecho penal sería completamente libres para crear sus conceptos, y en esa esfera de libertad en donde sean construidos de modo racional, teleológico y normativo esos conceptos. Cfr. GRACIA MARTÍN, *Op. cit.* p. 6,

sistema del derecho penal»¹⁹⁴ pues –apunta el maestro alemán– la construcción sistemática y conceptual penal, conforme a la tradición europea (y sobre todo la alemana) ha sido dependiente siempre de las tendencias filosóficas y no de las tendencias político criminales. Para superar los inconvenientes de la abstracción excesiva y alejamiento de las soluciones ofrecidas de las necesidades reales, para ello ofrece dos soluciones:

En primer lugar, los problemas dogmáticos cuya solución no tienen influencia en la punibilidad, pueden y deben de ser dejados de lado. Y en segundo, el sistema jurídico penal ha de ser de tal índole concebida que los conocimientos obtenidos a través de él, no requieran de corrección posterior. Pero, para la obtención de estos fines son necesario dos cosas: los conceptos jurídicos de la parte General tienen que ser determinados desde sus consecuencias jurídicas y su conexión sistemática tiene que originarse en criterios directrices político–criminales¹⁹⁵. Con lo que se facilitaría el tránsito del sistema penal al problema en concreto, sobre la base de valoraciones de tipo políticocriminal, es decir, el juez al momento de resolver un caso en concreto, debe abandonar ya la idea de interpretar la ley literalmente, sino al momento de emitir su sentencia, debe efectuar un juicio axiológico en el que se incluya el sentido teleológico de la norma, así como, los valores de referencia de cada categoría del delito, las finalidades que inciden en la atribución de contenido de cada concepto, los valores resuelven la colisión de fines, etc.¹⁹⁶

Respecto a la función que desempeña la política criminal y la dogmática penal MIR PUIG ha dicho que 1º. A la política criminal correspondería una doble

¹⁹⁴ En *Política criminal...* p. 30.

¹⁹⁵ Citado por DE LA CUESTA AGUADO, Paz M, *Tipicidad e imputación objetiva*, La dogmática jurídica ha sido considerada desde von Liszt (1881), como un sistema totalmente cerrado, al grado que la política criminal respecto de la teoría del delito no tenía nada que hacer, y sólo debería de limitarse al ámbito de las consecuencias jurídicas. Citado por ROXIN, en *Política criminal y...* p. 46, por ello «Comparando la concepción de von Liszt con la de Roxin podría decirse que, mientras el primero considera a la política criminal limite *externo* de la dogmática, el segundo adelanta su función a limite *interno* de ésta. Sobre esa base, Roxin confiere específico significado político–criminal a cada una de las categorías sistemáticas de la teoría del delito» MIR PUIG, en *Introducción a las...* p. 264, (cursivas en original), En ese sentido Roxin afirma «En Alemania, dogmática y política criminal constituyen dominios separados, faltos de la necesidad de comunicación. Tal estado de la metodología es achacable al bipolar planteamiento propuesto por von Liszt, que consideró la pureza analítica de la dogmática como limite necesario de una política criminal basada en el estudio empírico del delito y de la pena, impidiendo el enriquecimiento del método somático por medio de la consideración de las necesidades político criminales» citado por MEDINA PEÑALOZA, p. 164.

¹⁹⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación...* p. 68.

función: a) fijar las premisas axiológicas del derecho penal, b) sobre la base de la contemplación de las conclusiones obtenidas por la criminología acerca de la realidad del delito y de la pena. La dogmática serviría a la elaboración del derecho positivo con vistas a su aplicación a la vida real... 2º. Una vez distinguida política criminal y dogmática, debería buscarse su confluencia. El modo de conseguirlo sería introduciendo en el seno de la dogmática la perspectiva político–criminal previamente obtenida, en sus dos aspectos; de *valoración* y conexión con la *realidad criminológica*¹⁹⁷.

De tal forma, que a la política criminal reconocida valorativa y esencialmente crítica. Le corresponde también una doble función en la esfera de la ciencia del derecho penal: a) *de lege ferenda*: la fijación de los objetivos que debería de seguir el derecho penal, con la consiguiente apertura a su posibilidad crítica; b) *de lege lata*: orientar a la dogmática en el sentido de las finalidades político criminales de la ley, posibilitando no sólo la superación de una dogmática “ciega”, de espaldas a la función práctica del derecho penal, sino también la evitación de una dogmática acrítica y puramente tecnócrata¹⁹⁸.

Consecuente con la función del Derecho penal orientada a los fines político criminales fundamento del sistema funcional racional, ROXIN propone efectuar una renormativación del contenido real de cada un de las categorías del delito tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (incluyendo obviamente la acción), atendiendo los cambios valorativos o variaciones que se presentan entre los fines del Derecho penal y la teoría del delito¹⁹⁹, formulando para ello, los siguientes lineamientos²⁰⁰:

A) La teoría de la imputación objetiva, sustituye la categoría científico–natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientadas a la valoración jurídica.

¹⁹⁷ En *Introducción a las...* p. 282.

¹⁹⁸ *Ibidem.*

¹⁹⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación...* p. 68.

²⁰⁰ SUÁREZ–MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, JUDEA PRIETO Ángel, PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, *Manual de derecho penal* I. Parte general, pp. 104–105 (cursivas en original).

B) La ampliación de la culpabilidad a la categoría de «responsabilidad», introduciendo en ella las necesidades preventivas junto a la culpabilidad, como fundamentación limitativa de la imposición de la pena.

De tal suerte que la reformativización propuesta por ROXIN, de las categorías del delito basadas en los anteriores parámetros quedarían como sigue²⁰¹:

1. La acción es definida como un *concepto personal*, esto es, no como al empírico preexistente (ya sea la causalidad, la conducta voluntaria o la finalidad), sino por la identidad del aspecto valorativo: Un hombre –señala el maestro alemán– habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea, como centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de un “hacer” o “dejar de hacer” y con ello de una manifestación de su personalidad. De este talante sólo sería acción u omisión todo aquello que constituyese una *manifestación de su personalidad*.

La categoría de la acción pese a su neutralidad valorativa, encierra, no obstante, un fin político criminal; al valorar algo como no–acción queda excluido todo lo que de antemano no encuadra en las categorías de lo permitido y prohibido (*ex nihilo nihil fit*).

Lo anterior, es plasmado por ROXIN en el siguiente ejemplo. «Si un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño, o en un delirio, o en un ataque convulsivo, el mismo golpea en torno suyo, o si reacciona de modo puramente reflejo, todas estas son manifestaciones que no son dominadas por la voluntad de la **personalidad**, ni imputadas a la capa anímico–espiritual de la “persona”. Por otra parte, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual–ánimica de la persona, pero en tanto permanezcan encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son **manifestaciones** de la personalidad y por tanto no son

²⁰¹ Por toda la estructura *Vid* ampliamente a ROXIN, *Derecho penal...* § 7/53 pp. 218 ss. CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 447/14 y ss. (cursivas en original).

acciones»²⁰². Con ello se pretende abarcar el sustrato real de las diversas formas de comportamiento como una totalidad: voluntariedad, corporeidad, finalidad, no evitación, etc²⁰³.

En consecuencia, el concepto personal de acción coincide con el social, en cuanto a su concepto normativo, en tanto, que el criterio de la personalidad resalta en primer lugar el aspecto decisivo de valoración del que se parte en el examen jurídico de la acción²⁰⁴.

2) Se considera a la tipicidad del injusto como materia de prohibición extraída de la realidad de la vida, esto es, que el legislador los debe dar a los tipos un contenido material ajustado a la realidad social, y por tanto, la proscripción de determinadas conductas se debe hacer atendiendo la peligrosidad o el daño causado a los bienes jurídicos que el Derecho penal quiere proteger y en función de esa peligrosidad y gravedad distinguir entre las conducta que implican un peligro mayor; (delitos dolosos) y los que representan un peligro menor (delitos imprudentes)²⁰⁵. Esto, con la finalidad de que en la pena se aplique en razón de los mismos parámetros de peligro o daño ocasionado al bien jurídico protegido.

Se podría decir que son tres los requisitos que el legislador debe observar al momento de tipificar una conducta como delito.

El primero, se refiere a las conductas prohibidas descritas en los tipos, deberán ser lo más claro e inverosímil posible, y por tanto, carentes de

²⁰² En *Derecho penal...* § 8/542 p. 252 (negritas en original). En sentido similar se pronuncia MIR PUIG, quien refiere que « para el Derecho penal que corresponde al concepto de acción ha de servir para excluir los *actos meramente internos* y los hechos no guiados por la voluntad humana» *Op., cit.*, 7/38 p. 165 (cursivas en original).

²⁰³ *Cfr.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Op. cit.*, p. 348, sin embargo, como afirma este autor, el planteamiento tiene sus cuestionamientos, principalmente por ser tan general y abstracto, que aún cuando no se quisiera corre el riesgo de alejar el actuar humano de la realidad, pero sobre todo, por que tratándose de un concepto “funcional” (acorde a la función específica que desempeña cada miembro de una sociedad) en Alemania puede tener aplicación, pero es dudoso que tales planteamientos puedan como un Derecho penal y sistema de justicia como el que existe en México. *Idem.*, p. 349.

²⁰⁴ *Cfr.* MEDIA PEÑALOZA, *Op. cit.* p. 177.

²⁰⁵ *Cfr.* CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 448/15, Mediante este esquema bipartita se interrumpió la tradicional clasificación tripartita de los hechos; delitos graves, menos graves y contravenciones, éstas últimas se rebajaron a meras infracciones administrativas y las que quedaron pasaron a ser delitos menores, para mayor detalle *Vid.*, JAKOBS, *Derecho penal...* I/102 pp. 119 y ss. En México fue hasta las reformas constitucionales de 1993 en que los delitos se dividieron en graves y no graves.

lagunas, esto, con la finalidad que el efecto motivador de la prevención general no deje lugar a dudas²⁰⁶ tal como lo exige el principio de legalidad *nullum crimen sine lege*²⁰⁷. Esto es con la finalidad que al ser interpretados por el juzgador lo haga sin la mayor dificultad valorando el sentido teleológico del tipo.

La segunda, es complemento de la anterior, es decir, los tipos para su valoración deben también estar provistos de una *parte objetiva* enriquecida con criterios de imputación, que incluya todas las circunstancias que conforme a la experiencia general se deriven nexos causales; y, una *parte subjetiva* que viene dada por las representaciones y conocimientos de la situación que acompañan al autor de la acción y que permiten hablar de una realización de la acción típica consciente (finalmente). Es por ello, que para hablar de tipicidad es necesario que el autor se halla representado y querido los elementos que hacen de su acción una acción peligrosa para el bien jurídico como tal²⁰⁸.

La tercera, tiene que ver con las consecuencias jurídicas del delito, o sea, en el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de la pena. Por consiguiente, uno de los fines de la política criminal como instrumento para la prevención y disuasión de los delitos, es la conminación penal abstracta, mediante la cual se motiva al ciudadano para se comporte conforme a la norma, y, así sepa con anticipación que en caso de caso de contrariarla va a ser sancionado, sólo así se estará hablando de una verdadera política criminal con sentido de prevención general²⁰⁹. Luego, la finalidad preventiva general de los tipos se infiere al momento de ser estos interpretados por el juzgador,

²⁰⁶ Cfr. CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 448/15, Es por eso que, algunos autores rechazan los tipos abiertos, así por ejemplo; JESCHECK, sostiene que la teoría de los tipos abiertos debe rechazarse, pues el tipo se entiende como parte del injusto, pues tanto debe ser cerrado, ya que de lo contrario le faltaría precisamente el carácter de típico. Esto significa que el tipo ha de contener sin excepción, los elementos de injusto de una clase de delito. JESCHECK, *Op. cit.* § 25. II/1 p. 336,

²⁰⁷ *Derecho penal...* § 7/54 pp. 218–219.

²⁰⁸ Cfr. CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 447/14.

²⁰⁹ Al respecto –refiere ROXIN–, la prevención general hay que entenderla no como tradicionalmente se le ha considerado como una prevención intimidatoria negativa, sino como una “prevención integradora” positiva. Esto significa que: la pena no debe retraer a través de su dureza a los autores de la perpetración de delitos, sino que ella debe restaurar la paz jurídica, en cuanto da al pueblo la confianza, que su seguridad y salvaguarda y que las reglas reconocidas de la convivencia humana pueden reafirmarse en contra de perturbaciones graves. Para mayor detalle *Vid.*, ROXIN en *Política criminal...* pp. 46 y ss.

Por último, ROXIN²¹⁰ excluye del tipo objetivo, las lesiones de bienes jurídicos producidos por casualidad o como consecuencia de una *versari in re illicita*, por infringir el principio de culpabilidad²¹¹. Ello en razón, de que el legislador sólo debe prevenir la creación de riesgos previsibles acorde con la misión del Derecho penal de evitar y prevenir la lesión de los bienes jurídicos, que se derivan de la concepción de las normas penales –en todo o en parte– como normas de motivación, por lo que no es dable el prohibir sin más, la colocación de condiciones del resultado. En consecuencia, el legislador sólo podrá prohibir aquellas conductas que *ex ante* aparezcan como peligrosas respecto del bien jurídico que se pretende proteger²¹².

Con ello, la idea de peligrosidad *ex ante* se convierte en elemento esencial del desvalor de la acción. De esta manera se consigue superar el dogma causal excluyendo del ámbito de la tipicidad las acciones inadecuadas, sólo que ahora el fundamento, de esta conclusión es normativo²¹³.

3) La antijuricidad es ideada como la afirmación del juicio de contrariedad del Derecho de la materia de prohibición. Dicho de otro modo: la antijuricidad proporciona la valoración negativa de la tipicidad como comportamiento a la luz del Derecho penal (*la tipicidad como indicio de la antijuricidad*) salvo cuando la conducta típica es necesaria para mantener

²¹⁰ En *Derecho penal...* § 7/56 p. 219.

²¹¹ A esa conclusión se llega atendiendo los principios ontológicos del finalismo, en sus dos aspectos; el fin último de la acción (en delitos dolosos) y el deber de cuidado (en delitos culposos), si no hay intención y se observan las reglas de cuidado, no se puede responder del resultado dañoso.

²¹² Sin embargo, en las últimas décadas los Estados ante la incapacidad de respuesta de los Gobiernos en turno o los partidos a cambio de votos de los electores, han hecho del Derecho penal la “panacea” para todos los males, y de manera indiscriminada se han estado protegiendo penalmente bienes que no son fundamentales ni afectan a las mayorías, cuando el Derecho penal no puede prestar protección a todos los bienes, sino que ha de limitarse a los “valores fundamentales” del orden social, pero esa protección no opera sino frente a los ataques más graves de esos valores, por ende, el derecho penal no debe intervenir en las cualquier de molestias leves que se producen diariamente en la sociedad, sino frente a determinadas *agresiones (típicas)* a tales bienes fundamentales, que implican *lesión* o inminente peligro de destrucción, menoscabo de los mismos Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, p. 14 (cursivas en original), en sentido similar JESCHECK, a dicho «En toda jurídica-penal subyacen juicios de valor positivo sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en Sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública». *Op. cit.*, pp. 9–10. MARTÍNEZ ESCAMILLA opina que «Sólo pueden prohibirse con sentido aquellas conductas que *ex ante* aparecen como peligrosas respecto al bien jurídico que se trata de proteger». *La imputación...* p. 33. El fin del derecho penal en una democracia es el aseguramiento de la integración social a través del acuerdo sobre los campos de libertad para el desarrollo personal, los bienes jurídicos son, por tanto... los bienes jurídicos del derecho penal son subsidios en la participación social. *Vid.*, KINDHÄUSER, Urs, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, pp. 67 y ss.

²¹³ *Vid.* MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Causalidad...* p. 86, *Imputación...* pp. 33–34.

precisamente el ordenamiento penal como sucede en *las causas de justificación*²¹⁴. Por tal razón –refiere ROXIN–, la antijuricidad o injusto²¹⁵, tiene que prever en su estructura un aspecto político criminal que se caracteriza por tres funciones²¹⁶:

a) Solucionar colisiones de intereses de forma relevante para la punibilidad de uno o varios intervinientes. En este sentido, el maestro de Munich, pondera que «Esta colisión inevitable de intereses halla que solucionarlos conforme a principios de orden social (como por ejemplo el principio de protección y el mantenimiento del derecho) de modo que el resultado a las ideas directrices político criminales»²¹⁷. Con miras a estos razonamientos, por ejemplo en una riña entre policías y ciudadanos que se encuentran manifestándose en la vía pública, el comportamiento de estos últimos se encuentra excluido del injusto, toda vez que constituye un deber de tolerancia por parte de los policías respecto de las manifestaciones pacíficas, pero, si el comportamiento de los ciudadanos trae aparejado una lesión a un bien jurídico (*v. gr.* daños en las cosas) ese comportamiento no es tolerable y sí socialmente nocivo;

b) Sirve de punto de enlace para las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas que pueden extenderse a los partícipes, pues, así como la peligrosidad añadida al injusto hace necesario aplicar medidas de seguridad, así también los elementos adicionales a la cooperación en el injusto (la participación como el encubrimiento) o la propia comisión del injusto, como lo son la culpabilidad y la necesidad preventiva de la pena, que fundamentan la responsabilidad del sujeto individual y los partícipes;

²¹⁴ En este sentido, hay que tomar en consideración, que, cuando se usa el concepto antijuricidad penal, se debe tomar en cuenta: la valoración negativa que recibe un hecho típico no justificado. Este desvalor del hecho penalmente antijurídico, incluye a) el desvalor del resultado cuando es imputable a una conducta típica y no está justificado, y b) no requiere una valoración negativa de la actitud del sujeto frente a la norma, sino sólo del hecho frente a un bien jurídico penalmente prevalente. *Cfr.* MIR PUIG, en *Valoración, normas y...* p. 15.

²¹⁵ «Debería hablarse de “injusto” y no de mera “antijuricidad”. Pues así como el tipo acoge dentro de sí la acción (sólo las acciones pueden ser típicas), el injusto contiene acción y tipo: sólo acciones típicas pueden ser injusto penal. En cambio, la antijuricidad no es una categoría especial del Derecho penal, sino de todo ordenamiento jurídico...» ROXIN, en *Derecho penal...* § 7/57 p. 219. Dicho de otro modo, al injusto se le a definido este como el comportamiento prohibido en atención a que puede producir la lesión del bien jurídico, *Cfr.* CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 476/16.

²¹⁶ Por todos los aspectos *Cfr.* ROXIN, *Derecho penal...* § 7/58 pp. 220 y ss.

²¹⁷ ROXIN, en *política criminal...* p. 62

c) Por último, entrelaza el Derecho penal con todo ordenamiento jurídico e integra sus valoraciones decisivas, como sucede, tratándose de las causas de justificación con las que se protegen no sólo intereses individuales con impacto comunitario (en los casos en que no se ha realizado ningún tipo, ya no es necesario examinar la antijuridicidad, mucho menos la culpabilidad), sino también finalidades de política familiar (como es el derecho a la educación y corrección que tienen los padres²¹⁸), necesidades del proceso penal y otras intromisiones del Derecho público.

4) La culpabilidad, es concebida como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa. Con ello se quiere decir que hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico²¹⁹.

Por esto, ROXIN, crítica el concepto de culpabilidad basado únicamente en la *capacidad de evitación* del injusto típico y al hacerlo la persona debe responder por sus propios actos, es decir, se le imputa subjetivamente. «Con ello se quiere decir que la culpabilidad de un autor hay que afirmarla, cuando él en el hecho, conforme a su constitución espiritual y anímica, estaba en disposición para la llamada de la norma, cuando le eran accesibles (todavía) “posibilidades de decisión para comportamiento orientado por la norma, cuando la posibilidad de dirección síquica (sea libre, sea determinada), que está dada en la mayoría de las situaciones en los adultos sanos, estaba presente el caso concreto. Luego no se trata de una hipótesis indemostrable sí un dato de las ciencias de la experiencia».²²⁰ Esto, en razón, de que para el Derecho penal, el ser humano tiene la capacidad de guiar y conducir sus actos libre y voluntariamente, de tal forma, que puede ajustar esa voluntad de acuerdo con el ordenamiento jurídico, sin embargo, si no se motiva conforme a la norma,

²¹⁸ Derecho que se ha mal interpretado con el tipo tan amplio y difuso del delito de violencia familiar (artículo 224 bis Cpmich), en el que no delimita la violencia con el derecho a corregir y puede ser causa de la configuración del delito.

²¹⁹ ROXIN, en *Derecho penal...* § 19/34 p. 807.

²²⁰ En *política criminal...* p. 135–136.

entonces, realiza la conducta prohibida sea dolosa o culposa, que es justamente la que *se imputa a título de culpabilidad*²²¹.

Conforme a la nueva concepción de las categorías del delito propuesta por ROXIN, se advierte que la culpabilidad sigue siendo el presupuesto decisivo (aunque no el único) de la responsabilidad jurídico penal. Con lo cual, se pone límite al derecho de castigar del estado «no hay pena sin culpa». Es así, porque la culpabilidad es reprochabilidad. Esto es, con el juicio de desvalor de la culpabilidad se reprocha al sujeto el que no se hubiera comportado conforme a Derecho a pesar de que su acción pudo ser en sentido contrario, es decir, acorde a la norma²²².

5) Por último, se agrega a las anteriores categorías una quinta, la responsabilidad como «reprochabilidad» como ámbito en el que se pondera la mayor o menor dificultad de la capacidad del sujeto, de ajustar su voluntad a los mandatos del Derecho. La importancia de su incorporación radica en que no obstante, ser un presupuesto indeclinable de la pena, no siempre se concluye imponer la pena, incluso a pesar de haberse constatado la culpabilidad ésta puede decaer cuando el hecho culpable no es reprochable y, por tanto, tampoco punible²²³.

Este tipo de situaciones, normalmente se presentan en aquellos escenarios en que el autor lesiona un bien jurídico menor por salvar uno de mayor significancia, así, la persona que ve como un niño se está ahogando, con su auto destroza cercas y sembradíos para poder evitar la muerte. En este supuesto, aún cuando causó daños en propiedad ajena, no le resulta reprochable mucho menos punible al autor del comportamiento de salvación. O bien, en los casos en que se obra en legítima defensa.

²²¹ Cfr. CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 450/18.

²²² Cfr. ROXIN, *Derecho penal...* § 19/18 p. 799.

²²³ Cfr. CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 451/19, más detalladamente *Vid.*, ROXIN, «Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías sistemáticas juridicopenales en *Problemas básicos de...* Pp. 200 y ss.

El funcionalismo racional del ROXIN se puede resumir en los siguientes puntos²²⁴:

a) La orientación de la función del Derecho penal a los fines de la Política criminal;

b) Se mantiene el dolo en el tipo;

c) Se obtiene una renormativización de la acción y de la omisión, a fin de determinar si con la actividad o inactividad de la conducta se viola un deber normativo;

d) La tipicidad tiene una doble función; por una parte el contenido material de la realidad social y por el otro mantiene el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*);

e) La antijuricidad no es sólo el actuar contra la norma, sino proporcionar soluciones a los conflictos sociales;

f) La justificación del injusto penal (antijuricidad) se alcanza mediante el disvalor de la acción y el disvalor del resultado; y,

g) La responsabilidad es entendida como “reprochabilidad” y no es justificable sin tomar en cuenta los fines del Derecho penal: La previsión de la lesión de bienes jurídicos.

Como consecuencia de lo anterior, a nivel de tipo, los cambios de fundamentación teórica más importantes realizados por el funcionalismo recaen principalmente a través de la imputación objetiva²²⁵.

²²⁴ Cfr. MARTÍNEZ BASTIDA, Eduardo, *La deslegitimación del Derecho penal*, p. 101.

²²⁵ Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique, *Dolo, causalismo–finalismo–funcionalismo y la reforma penal de México*, p. 80.

2.2.2. Principios rectores de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado

En 1970 ROXIN publica su obra–homenaje a HONIG, “*Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal*” en ella diseña una serie de criterios que a la postre han servido de sustento para apuntalar la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado.

El maestro alemán inicia sus reflexiones, a partir de las consideraciones esbozadas por HONIG, en ellas reconoce que, si bien es cierto, la motivación de la voluntad humana (conducta: acción–omisión) se rige por mandatos y prohibiciones (misión reguladora del derecho); también lo es, que estos mandatos y prohibiciones sólo pueden exigir con sentido, la observancia de aquella conducta (a quienes va dirigidos) que les es posible cumplir. Para ello, retoma el tradicional ejemplo del tío que manda al sobrino al bosque con la esperanza de que un rayo lo mate y pueda heredarlo. En este caso la intención de provocar la muerte por un rayo, no crea *per se* un riesgo real al bien jurídico tutelado, por tanto, esa conducta (de mandar a una persona al bosque cuando hay tormenta) le es indiferente al legislador²²⁶.

La indiferencia mostrada por el legislador para no tipificar penalmente ese tipo de conductas –deseos intencionales de lesionar a un bien jurídico–, tiene su razón y fundamento en que, esos comportamientos –como el de mandar a una persona a un lugar con la esperanza de que encuentre muerte–, no son relevantes para el Derecho penal, puesto, que objetivamente no representan ningún problema (como es la intención de que muera), ya que, el tipo objetivo del homicidio (privar de la vida a una persona) no lo proporciona sólo la causalidad (en sentido naturalístico) sino también la valoración del aspecto jurídico–material–relevante que integra el delito de homicidio. Lo que significa, que aún cuando efectivamente cayera un rayo y matará al sobrino (causalidad en sentido naturalístico), no podía ser jurídicamente imputable al tío el resultado «muerte» simplemente por haberlo así deseado (aspecto

²²⁶ Cfr., ROXIN, *Problemas básicos...* Op. cit., pp. 129–130.

subjetivo), sin haber exteriorizado en ningún momento esos deseos. Cosa contraria sucede, si por ejemplo, el tío suministra una cantidad suficiente de veneno en el vaso del sobrino (acción penalmente relevante) y este muere (tipo objetivo) es lógico que el tío responde por el delito de homicidio.

Por lo que, de acuerdo con ROXIN, para estar en condiciones de imputar objetivamente un resultado se deben constatar al menos dos presupuestos esenciales²²⁷:

a) Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también sea ha realizado en el resultado concreto²²⁸.

b) Si el resultado se presenta como la realización de un peligro creado por el autor, por regla general le sería imputable al mismo, sin embargo, excepcionalmente puede excluirse la imputación, si el ámbito del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones.

El primer presupuesto lo podemos ilustrar con los siguientes ejemplos;

1. En el caso del tío que manda al sobrino al bosque cuando hay tormenta, aun cuando un rayo matará al sobrino, hace falta la acción-material-lesiva homicida del tío²²⁹. Esto, en virtud de que el tío con sus deseos no creo ningún riesgo material para el sobrino.

²²⁷ Cfr. ROXIN, *Derecho penal...* §11/39-40 pp. 363-364.

²²⁸ La creación del riesgo y su realización en el resultado a decir de MIR PUIG, tienen un significado dogmático diverso. «La creación del riesgo ha de verse, pues, como presupuesto del *desvalor intersubjetivo de la conducta* (a decidir *ex ante*), mientras que la realización del resultado, al igual que la relación de causalidad, condicionan el *desvalor del resultado* (a decidir *ex post*.) MIR PUIG, *Op., cit.* 10/47 p. 232 (cursivas en original). En este sentido LENCKNER, habla «de una regla de imputación limitadora del tipo objetivo, según la cual un resultado adecuado al tipo penal sólo debería ser imputable si el autor, a través de su acción –causalmente adecuada–, ha generado, en contra de la prohibición, un riesgo de que se produzca el resultado y luego ese peligro jurídicamente prohibido se ha realizado en el resultado concretamente acontecido» citado por HIRSCH, *La imputación objetiva...* p. 38, ello en virtud, de que también en una tentativa de producción del resultado, también se satisfacen los requisitos de la tipicidad, y la acción en cuestión, es en sí la misma que el delito consumado. Por tanto, para identificar la acción de una tentativa hay que aplicar los mismos principios de la “imputación objetiva” aún hace falta la realización del riesgo creado en el resultado. CANCIO/FERRANTE/SANCINETTI, *Op. cit.*, p. 103.

²²⁹ En el sentido de la hipótesis prevista por el artículo 260 del Cpmich («Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro»).

2. Caín lesiona levemente a Isaac y cuando éste es atendido, el hospital explota y muere calcinado. En este imaginario caso, aún cuando Caín creó un peligro para Isaac, ese riesgo no se concretizó en el resultado, por consiguiente, a Caín no se le podrá objetivamente imputar la muerte de Isaac, pero si las lesiones causadas.

El segundo requisito se puede ejemplificar de la siguiente forma:

Julio transita la carreta, en su moto con moderada velocidad, de pronto al llegar a una curva el chofer de un camión invade su carril, y Julio creyendo que lo van a investir muere de un infarto. Si bien es cierto, que la conducta del chofer del camión fue imprudente y con ello creo un riesgo al violar la norma de tránsito, también lo es, que, definitivamente esa norma no tiene como objeto impedir la muerte por infarto, por tanto, al no estar protegido el riesgo creado por el chofer por la norma respectiva, a éste no se le puede imputar objetivamente el resultado de la muerte de Julio.

A partir de los anteriores presupuestos ROXIN elabora –como él mismo señala– «para los delitos de resultado una teoría general de la imputación completamente desligada del dogma causal»²³⁰. Con esto, de acuerdo con los argumentos de este autor «La dogmática más reciente ha acogido los puntos de vista que ofrecen las teorías de la adecuación y de la relevancia para la restricción de la responsabilidad jurídico-penal y, con ayuda de ulteriores argumentos, ha desarrollado una teoría de imputación objetiva, que, sí bien no ha sido formulada todavía de forma acabada, ya revela que grupos de casos deben contemplarse y qué criterios deben guiar su solución»²³¹.

Pero sobre todo, con su teoría pretende superar la estructurada en su momento LARENZ y HONIG, al equiparar no solo la finalidad objetiva, o

²³⁰ En *Problemas de...* p. 130, «El planteamiento político criminal de Roxin parte sólo del desvalor del resultado y reduce la determinación del injusto a un problema de imputación objetiva, esto es, de afección al bien jurídico y desconoce el valor del acto, esto es los procesos de riesgo para los bienes jurídicos que significan las situaciones típicas». BUSTOS/ HORMAZÁBAL, *Op. cit.*, p. 107.

²³¹ ROXIN, en *Derecho penal.*, § 28/IV, p. 389.

posibilidad del dominio a través de la voluntad humana, sino también, agregando a la misma la creación de un riesgo jurídicamente relevante, finalmente propone la exclusión de la tipicidad o de la imputación sobre la base de los siguientes parámetros^{232 233}:

- a) Disminución del riesgo;
- b) Creación de un riesgo jurídicamente relevante;
- c) Aumento o falta de aumento del riesgo permitido;
- d) La realización del riesgo jurídicamente relevante en el resultado; y
- e) La esfera de protección de la norma como criterio de imputación.

A la luz de los anteriores principios, vemos como la imputación objetiva tiene como función, no sólo basta la comprobación de la relación de causalidad entre la acción con el resultado –constatación; que para los causalistas es suficiente para fundar la imputación penal a su autor–, sino, es indispensable verificar de manera resumida 1. la creación de un riesgo no permitido; 2 que ese riesgo se realice en el resultado; 3. que ese resultado se encuentre en el ámbito de protección de la norma²³⁴.

2.2.3 El riesgo o peligro en el marco de la imputación objetiva

El Derecho penal para cumplir con la misión de la prevención y evitación de lesiones o puestas en peligro de los bienes jurídicos. El legislador debe revestir al tipo–penal de un contenido material, que está determinado por las situaciones de riesgo a esos bienes jurídicos. Es decir, frente a posibles situaciones de riesgo, el legislador mediante normas, reglamentos, decretos, etc., o la propia sociedad a través de manuales de operación, normas técnicas, *lex artis*, etc., anticipadamente prohíben la realización de una conducta u

²³² Vid. ROXIN, *Problemas de...* pp. 131–136, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* p. 40, sobre el particular, ROXIN, ha dicho que *Op. cit.*, § 28/IV, p. 389.

²³³ Cfr. FRISCH, *La imputación objetiva...* p. 34 Son precisamente estos requisitos materiales los objetos de críticas por los seguidores de la teoría final de la acción, que consideran que los conceptos como la creación del peligro desaprobado y la realización de éste en el resultado, conforman una normativación encubierta del Derecho penal que abriría la vía de la inseguridad jurídica por lo menos en el ámbito de los delitos dolosos. *Idem*, pp. 40–41.

²³⁴ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* p. 131.

ordena la ejecución de la misma, con el objeto prevenir y de esta manera impedir que ese riesgo se materialice en una lesión o ponga en peligro un bien jurídico penalmente protegido²³⁵.

Son esas normas y reglamentos los que regulan las normas del deber de cuidado en las que se desprende los riesgos permitidos por la comunidad o socialmente adecuados. Luego, para estar en condiciones de normar un criterio sobre el significado del riesgo permitido en el marco de la imputación objetiva del resultado como desvalor de la conducta, es válido abrir un paréntesis, para precisar el significado semántico de la expresión “riesgo; y la forma en que éste se materializa en el “resultado”.

En esa dirección desde la perspectiva de la semasiología la expresión “riesgo” proviene del latín «*rizq*» que se ha traducido entre otras cosas como; la posibilidad de que ocurra una desgracia o contratiempo. Tratándose de una desgracia suele utilizarse más como «peligro»²³⁶. En cuanto este término de “peligro” también del latín «*pericūlum*» que tiene entre otros significados; la circunstancia de existir posibilidad, amenaza u ocasión de que existe una desgracia o contratiempo²³⁷.

Acorde con los anteriores significados semánticos, vemos como al “riesgo” como el “peligro”, son en cierta forma considerados como sinónimos. Sobre es sinonimia en el campo del Derecho penal, ambas denotan la probabilidad de un daño o perturbación de una determinada situación jurídica o, como un “estado situacional que probablemente avoca a la lesión de un bien jurídico; está situación es algo real, no mero juicio de probabilidad”²³⁸.

Por consiguiente el riesgo o peligro pueden ir referidos tanto al 1 resultado (delitos de resultado), como 2 al momento de la acción (delitos de peligro).

²³⁵ Cfr. BUSTOS/ HORMAZÁBAL , *Op. cit.*, p. 105.

²³⁶ MOLINER, *Op., cit.*, tomo dos, p. 965.

²³⁷ *Idem*, tomo dos, p. 620.

²³⁸ Cfr., PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Diccionario de Derecho penal*, p. 763. Por lo que peligro es la posibilidad inmediata de un resultado perjudicial. Por lo que su concepto proviene de los criterios de probabilidad y no de los de certeza. Cfr. MEZGER, *Op. cit.* p. 127.

1. Los llamados delitos de resultado o lesión se pueden manifestar de dos formas: a) como resultado ideal o formal, b) como resultado material,

a) El riesgo en los delitos de lesión formal, a diferencia de que en los delitos de resultado, como el homicidio, presupone una conducta peligrosa anterior, en los delitos de mera actividad, como el de allanamiento de morada, el desvalor del resultado sólo exige la conducta típica lesiva o peligrosa. Pero también en estos tipos es necesario que la conducta aparezca *ex ante* como idónea para la realización del tipo²³⁹.

b). Al contrario, el riesgo en los delitos de resultado material, el riesgo se comienza a manifestar desde antes de la acción, la cual tiene como fin la consumación del ilícito en los delitos dolosos, o la creación del riesgo previo al violar un deber de cuidado, en los delitos imprudentes. Por tanto, ese riesgo penalmente relevante es el que al final provoca el resultado material, el que como se ha dicho al analizar el término «resultado», se puede producir inmediatamente de la conducta, o bien, con posterioridad a ella, es por eso, que algunos autores les denominan “delitos de resultado separado”²⁴⁰; así tenemos, por ejemplo; en el homicidio se lesiona el bien jurídico vida y materialmente se priva de ésta. En consecuencia, el desvalor de ese resultado presupone que se pueda imputar a una conducta peligrosa, y para decidir sobre la peligrosidad de la conducta asumida por el autor previa al resultado, es necesario, un juicio desde una perspectiva *ex ante*²⁴¹.

2. Por su parte, en los delitos de peligro el legislador supone *ex ante* un probable peligro a los bienes jurídicos, para lo cual los clasifica en a) peligro abstracto o presunto y b) de peligro concreto²⁴².

a). Los delitos de peligro abstracto o presunto, son aquellos en el legislador sólo requiere la presencia de en un momento dado la acción del

²³⁹ Cfr. MIR PUIG, *Op. cit.* 6/52 p. 141 (cursivas en original).

²⁴⁰ *Idem*, 6/48, p. 140.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² Con mayor detalle sobre el concepto de peligro y los delitos de peligro *Vid.*, SALAS ALMIRALL, *Causalidad e imputación objetiva en los delitos de peligro*, pp. 113 y ss.

sujeto sea en general peligrosa para el bien jurídico en cuestión, sin que ello signifique que ese bien se halla visto concretamente en peligro, de ahí que también a este tipo de delitos se le suele llamar delitos presuntos de peligro. Por ejemplo, el conducir bajo la influencia de una droga entraña por sí mismo un peligro general para la comunidad.

b). Los delitos de peligro concreto, son aquellos que se asemejan a los delitos de lesión y resultado, pero a diferencia de aquellos que exigen un resultado concreto (muerte de una persona), en los de peligro concreto se exige una concreta puesta en peligro del bien jurídico de que se trata, esto es que el bien jurídico se encuentre situado –indispensablemente– en el ámbito de influencia de la acción. Esto es, que el resultado se configura al momento en que el bien jurídico a experimentado un peligro real, concreto y que si bien no se ha materializado, si puso en riesgo el mismo, y es eso precisamente lo que trata de impedir el legislador, no el resultado material, sino el riesgo real de que éste se produzca. En este contexto, al «peligro» se le ha clasificado²⁴³ como:

a) Una *característica de la acción*, es decir, como un atributo del comportamiento, esto es como la *peligrosidad* de la conducta (delito de peligro abstracto o presunto)²⁴⁴.

b). Una situación de la que se ve precedida la lesión del bien jurídico, esto es, como un *estado conceptualmente separable, diferenciable de la acción a la que sucede: el peligro como estado o «puesta en peligro»* (delito de peligro concreto).

Con relación a los delitos de peligro concreto, abro un paréntesis, respecto al tratamiento que el Cpmich., le ha dado a estos delitos, especialmente a lo previsto por el TÍTULO DECIMOSÉPTIMO, DELITOS DE PELIGRO PARA LA VIDA Y LA SALUD, CAPÍTULO I, TIPOS DE PELIGRO

²⁴³ Para una noción mayor de “peligro” Vid. CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 528/66 (nota 221). acerca del concepto de “peligro”, en el ámbito penal Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación* pp. 51 y ss, en el mismo sentido ANTOLISEI, *Op. cit.*, pp. 169 y ss. HIRSCH, *Op. cit.*, pp. 65 y ss.

²⁴⁴ Esto en virtud, que la mayoría de los bienes jurídicos están protegidos por prohibiciones de lesión y, a menudo, a través de prohibiciones de peligro concretas y, por tanto, la conducta que realiza un tipo penal de peligro abstracto no lesiona o pone concretamente en peligro un bien jurídico.

EFFECTIVO: DISPARO DE ARMA DE FUEGO Y ATAQUE PELIGROSO, que en su fracción II del artículo 292, establece:

«Artículo 292...

II. Al que ataque a alguien de tal manera que, en razón del medio empleado, el arma, la fuerza o destreza del agresor, o de cualquier otra circunstancia ponga en peligro la vida o la salud»²⁴⁵.

Obsérvese como la redacción de este tipo, se resta –si es que no se hace– a confusión, pues de él se desprenden los mismos elementos que los contenidos en los delitos de lesiones o tentativa de homicidio. Me explico, el tipo exige de manera objetiva la realización de un peligro concreto y la dañosidad específica de la vida o la salud, toda vez que los medios empleados en la comisión a juicio del legislador son aptos en general tomando en cuenta la experiencia y estadísticas para poner en peligro esos bienes, lo que el juzgador deberá de verificar (*ex post*). Pero si analizamos la estructura del delito de lesiones y de la tentativa vemos:

«Artículo 269.– Lesión es toda alteración en la salud producida por una causa externa».

Por tanto, si los golpes del experto en artes marciales ponen en peligro de vida a la víctima, o si ese peligro se deriva de un arma, o la fuerza del agresor, es obvio que la víctima ha sufrido una alteración en su salud, y, por ende, estamos –en mi opinión– ante la presencia de un delito de lesiones.

Asimismo, si además de los anteriores elementos comisivos, se añade cualquier otra circunstancia que ponga en peligro su vida o su salud, por un lado, se deja al juzgador un amplio margen para cerrar el tipo, por el otro, una tentativa de homicidio puede sin problema alguno ser subsumido por el delito de peligro, simplemente por que la tentativa es considerada como:

«Artículo 11. La tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si la ejecución se interrumpe o el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente».

²⁴⁵ Este tipo de delito de peligro concreto no se encuentra previsto por los Cpf., y Cpdf.

En efecto, si comprobamos que si una persona esta resuelta a privar de la vida a otra, lo espera en una calle oscura y le asienta en la cabeza un golpe con una piedra (medio empleado), la vida de la víctima desde este momento se presenta en él un peligro concreto para su vida, sin embargo, es oportunamente auxiliado y se salva, la pregunta es en ¿cuál de los dos tipos se va a subsumir esa conducta? Ya que en ambas se presentan los mismos elementos.

La confusión, en mi forma de ver las cosas, se presenta, por que a diferencia de otras legislaciones el tipo de delitos de peligro requiere que la acción produzca un resultado de concreto peligro de lesión inmediata –no de lesión como se deduce el citado artículo 292–, o próxima para un bien jurídico, recurriendo al ejemplo de la persona que conduce bajo el efecto de la droga, el peligro concreto se presenta cuan aumenta la velocidad con temeridad frente a un grupo de personas, o bien el comerciante que vende alimentos sin cumplir con los requerimientos higiénicos o de salud²⁴⁶.

Razón por la cual, en mi concepto la citada fracción del artículo 292 debe ser derogada, puesto que los delitos de peligro acorde con su estructura son delitos autónomos, los cuales no admiten tentativa, puesto que basta únicamente comprobar *ex post* la puesta en peligro del bien jurídico que se trata, y si el mismo no se demuestra por ejemplo el que tiene en el aparador alimentos descompuestos que tenga la intención de venderlos, o el conductor que maneja en estado de ebriedad, pero que respecta los señalamientos, no se puede hablar de la manifestación de peligro concreto alguno y, por tanto, no hay delito, con esto cierro paréntesis.

Finalmente, la puesta en peligro de un bien jurídico puede también derivarse de una conducta omisiva, en la que el omitente tenga la obligación conforme a su posición de garante, de perseverar el bien jurídico de un tercero²⁴⁷.

²⁴⁶ Como se puede apreciar de la legislación penal española, para más detalle *Vid.*, por todos LUZÓN PEÑA, *Op. cit.* p. 312 y ss.

²⁴⁷ Así el artículo 221 de Cpm., en lo conducente establece: «Al que sin motivo justificado incumpla respecto de sus hijos, cónyuge o cualquier otro familiar el deber de asistencia a que esté obligado,

2.2.4 Disminución del riesgo

Acorde al principio de riesgo o peligro en el campo del Derecho penal, no se podrá imputar un resultado, a quien con su conducta no ha creado un riesgo a un bien jurídico, por consiguiente, su acción es obviamente atípica²⁴⁸.

Coherente con esta premisa, es obvio, que también en los casos en que la conducta del autor lejos de crear un riesgo lo disminuya (lógicamente creado por otro), el resultado no le será imputable, debido a que, por un lado el Derecho no prohíbe conductas que mejoren por si mismas el *status* de un bien jurídico, y por otro, el autor con su comportamiento, trata de evitar un resultado mayor o más grave para la víctima²⁴⁹. Lo cual ROXIN los representa en el siguiente ejemplo:

«A, que ve cómo una piedra le va a dar en la cabeza con el consiguiente peligro, no puede evitar que la piedra alcance a B, pero sí desviarla a otra parte del cuerpo el que el golpe sea menos peligroso»²⁵⁰. Con motivo de ese desvío se produce una lesión menor a la que hubiera resultado en caso de que no hubiera intervenido A.

En este evento, de acuerdo con el maestro alemán, la actividad de A significa una disminución del riesgo para el bien jurídico protegido (vida) y por ello no se le puede imputar como acción típica la lesión causada a B. Lo que reduce la posibilidad de una lesión no se puede concebir como dispuesto finalmente respecto de un menoscabo de la integridad corporal²⁵¹.

omitiendo ministrarle los recursos necesarios para atender a sus necesidades de alimentación, casa, vestido y salud cuando con ello se les ponga en estado de peligro...». en este caso, el tipo impone una sanción al sujeto que estando obligado a preservar la salud de su familia la ponga por su conducta omisiva en estado de peligro.

²⁴⁸ Elemento básico de la moderna imputación objetiva es el entendimiento de que la producción de un resultado típico no le es imputable a una persona simplemente porque ésta halla provocado las consecuencias de modo causal. Cfr. FREISCH, *El tipo...* p. 34.

²⁴⁹ Vid., ROXIN, Reflexiones... en *Problemas de...* p. 130, MIR PUIG, *Op. cit.*, 10/49 p. 232, JESCHECK, *Op. cit.*, § 28 IV/1 p. 389, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* p. 207.

²⁵⁰ En *Problemas de...* p. 130.

²⁵¹ ROXIN, en *Problemas de...* p. 130., así también GONZÁLEZ GÓMEZ, *Op. cit.*, p. 449.

Con relación al anterior ejemplo, algunos autores entre ellos MIR PUIG y JESCHECK, consideran que la acción de A, se puede amparar en la eximente del “estado de necesidad” y no como excluyente del tipo, para esto el primero argumenta que «Podría resolverse el caso afirmando la imputación objetiva de la lesión y apreciando a continuación la eximente de estado de necesidad»²⁵², en cuanto al segundo opina que «Para las acciones de auxilio arriesgadas y fallidas, cabe acudir, por lo demás a la causa de justificación del riesgo permitido»²⁵³

Sin embargo, la idea de «*la disminución del riesgo*, es válida –según ROXIN– para todos los supuestos en los que se amortigua por la conducta de un sujeto un suceso que comportaría un daño más grave, y en consecuencia, exige la exclusión de la imputación del tipo a pesar de la relevancia causal de la intervención»²⁵⁴. De lo que se sigue, que el riesgo grave debe provenir de un tercero, para que se actualice la *atipicidad* de la conducta de lo contrario, sí es el propio autor el que provoco ese riesgo, a él le es imputable el resultado.

Para ilustrar lo anterior, sirva el siguiente ejemplo; Paris, con la idea quedar como héroe ante los ojos de Helena, se pone de acuerdo con un amigo para que, cuando ella atravesase una avenida, trate de atropellarla con el auto y él aparecerá para salvarla. En efecto, llegado el día Paris aguarda en una esquina esperando que pase Helena, en ese momento atraviesa la avenida y aparece el auto, Paris de inmediato toma del brazo a Helena a la que logra aventar y al caer se fractura un codo. En este caso, las lesiones causadas a

²⁵² MIR PUIG, *Op. cit.* 10/50 p. 232, sin embargo, ROXIN responde la crítica argumentando, que indebidamente equiparan al riesgo permitido con el estado de necesidad justificante pues con ello se «supondría que se empezará por considerar la aminoración del riesgo como lesión del bien jurídico típica de un delito; y eso es precisamente lo que falta» para lo cual pone el ejemplo de la persona que tira un niño por la ventana de una casa que se está incendiando, y al caer, el niño sufre considerables lesiones, pero de esta manera le salva de la muerte entre las llamas, en este caso, según el autor, sustituye un peligro por otro, y realiza acciones típicas de un delito, que le son imputables como realización del tipo, pero puede estar justificado por el estado de necesidad. En *Derecho penal...* § 11/43–44 p. 366, Sobre la eximente del estado de necesidad el artículo 12 de Cpmich. establece: son causas excluyentes de imputación: V. Se obre por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro grave, real, actual o inminente no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro, y esté no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

²⁵³ JESCHECK, «Para las acciones de auxilio arriesgadas y fallidas, cabe acudir, por lo demás a la causa de justificación del riesgo permitido» *Op. cit.*, § 28 IV/1, p. 389

²⁵⁴ Citado por CANCIO MELIÁ, en *Líneas básicas...* p. 41 (cursivas en original)

Helena son imputables a Paris y a su amigo el conductor, pues ambos crearon el riesgo que se realizó en el resultado.

2.2.5 Creación de un riesgo jurídicamente relevante

Se puede decir, que el criterio de la creación de un riesgo jurídicamente relevante tiene su origen en la teoría de la adecuación –como incipiente teoría de imputación–²⁵⁵, y en la teoría de la relevancia.

Es criterio constituye otra de las formas de exclusión por falta justamente de la creación jurídicamente relevante. Es decir, el Derecho a sancionar conductas y no resultados, pero no prohíbe toda clase de conductas, sino aquellas que *per se* son relevantes para el bien jurídico, De esta manera, a pesar de que no se ha disminuido el riesgo como ha sido reseñado en el anterior punto, tampoco se ha creado un peligro que ponga en riesgo el bien jurídico en cuestión. Por tanto, sobre la base de estos se podrán resolver toda una constelación de casos de cursos causales anómalos o «desviaciones del curso causal»²⁵⁶, en los que se produce un resultado lesivo, empero, el comportamiento del sujeto, valorado *ex ante*, no representó ningún riesgo para en la lesión de ese bien jurídico, sino que pueden ser consecuencias de otros riesgos relevantes aparecidos con posterioridad a la lesión primaria, como pudieran ser acciones naturales, la actuación de terceros o de la propia víctima.

Por ejemplo, en un concurso en donde se premia al que logre beber la mayor cantidad de cerveza promovido por el dueño de una taberna que va a inaugurar. Efectuado el concurso uno de los participantes muere a consecuencia de una intoxicación alcohólica. En este caso no se le puede imputar al dueño de la taberna el resultado, porque su acción (convocar a un concurso de bebida) no es jurídicamente relevante para el Derecho penal, a pesar del resultado acaecido.

²⁵⁵ El propio ROXIN, reconoce que «En el fondo dicha teoría (de la adecuación) no afirma sino que el resultado no es imputable si la acción del autor no ha creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión al bien jurídico» en *Problemas...* p. 131.

²⁵⁶ Cursos, que serán analizados en sede de la realización del riesgo jurídicamente relevante en el resultado, *Vid infra*, 2.2.7 pp. 90 y ss.

Por lo que ante la ausencia de riesgos relevantes, MIR PUIG²⁵⁷, entiende que se deben excluir todos los supuestos en que *ex ante* se constate la falta de un riesgo cuantitativamente suficiente (el desear que una persona muera en un accidente es un riesgo insignificante). Asimismo, juzga –al igual que ROXIN²⁵⁸– que el umbral de la relevancia del hecho, puede ser resuelto mediante el criterio utilizado por la teoría de la adecuación, es decir, mediante la previsibilidad objetiva, tomando como referencia en primer término; el punto de vista del espectador objetivo en el momento de la acción, y en segundo teniendo en cuenta los conocimientos especiales (superiores) que pudiera tener el autor.

2.2.6 Aumento del riesgo permitido

Otras de las formas de exclusión del tipo propuestas por Roxin, se presentan en los casos en que el causante a pesar de haber creado un riesgo relevante, el mismo no rebasa los límites del riesgo permitido socialmente. En efecto, como vimos al momento de analizar la teoría de la adecuación social²⁵⁹. La actividad de la sociedad moderna y contemporánea conlleva una serie de riesgos, pero, estos riesgos, son regulados por el legislador o por la propia sociedad, como riesgos permitido o socialmente adecuados. De tal suerte, que la ley, ya no sanciona al autor de un resultado típico cuya conducta no halla rebasado el límite de riesgo socialmente adecuado²⁶⁰.

En consecuencia, en el terreno del riesgo tolerado, es válido afirmar que no toda conducta peligrosa necesariamente tiene que ser considerada como típica,²⁶¹ esto, en razón, de que, no obstante que la conducta *per se* es

²⁵⁷ *Op. cit.* 10/51 p. 233.

²⁵⁸ Sobre esta cuestión ROXIN afirma que «en cuanto al punto de vista desde el que se enjuicia la cuestión de la creación del peligro, rige también la prognosis objetivo posterior en la forma en que se ha impuesto en la teoría de la adecuación; es decir, todo depende si un observador inteligente antes del hecho (*ex ante*) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o que aumenta el peligro. En *Derecho penal...* § 11/46 p. 367.

²⁵⁹ *Vid., supra* 2.1.3 pp. 51 y ss.

²⁶⁰ Lo que WELZEL, llamó la teoría de la adecuación social (*Vid. supra* 2.1.pp. 51 y ss) el cual, además se puede definir como «un concepto de acción declaradamente normativo, pues se remite como mínimo a las normas y usos sociales para delimitar lo que tiene relevancia o trascendencia social de lo que no la tiene, aduciendo que sólo lo socialmente relevante va a ser jurídicamente relevante y lo que carezca de de esa cualidad se puede descartar de entrada como acción porque no le va a interesar para nada al Derecho penal» LUZÓN PEÑA, *Op. cit.*, p. 257.

²⁶¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Causalidad...* p. 91.

peligrosa, es socialmente adecuada (permitida por la sociedad), «Con esta exigencia fundamentalmente se quiere indicar que si la acción implica ya una dosis de *riesgo permitido* y por tanto jurídicamente aprobado, ya no hay imputación objetiva del resultado»²⁶² por eso, en los casos de riesgos que jurídicamente se hallan permitidos o dado el *tipo de actividad* son adecuados socialmente²⁶³, se excluye la imputación del resultado..

De lo anterior, se deduce que el fenómeno del riesgo permitido, aparece unido a la observancia de las normas de diligencia establecidas para el ejercicio de una actividad determinada, de tal manera, que, quien las observa, aún cuando cause un resultado lesivo, no responderá penalmente por el mismo²⁶⁴ y por ello, a diferencia de las causas de justificación que excluyen la responsabilidad o aplicación de la sanción²⁶⁵, mediante el criterio del riesgo permitido, lo que se excluye es la imputación al tipo objetivo²⁶⁶.

En este sentido pongamos los siguientes ejemplos; en el primero X en una pelea profesional de Box, cae muerto por la secuela de los golpes que le propinó su contrario. Aquí nadie puede negar que esos golpes crearon un riesgo relevante para el bien jurídico penalmente protegido, como es la vida²⁶⁷. En el segundo, en una carrera de autos de formula uno, un piloto al tratar imprudentemente de rebasar a otro pierde el control de su auto traspasando la zona de protección, y se impacta en contra de los espectadores, falleciendo uno de ellos, sin embargo, dada la permisión de ese tipo de riesgos por el

²⁶² LUZÓN PEÑA, *Op. cit.*, p. 382 (cursivas en original).

²⁶³ MIR PUIG, *Op. cit.*, 10/56 p. 234. Inclusive comprende también aquellas acciones que según la experiencia general pueden producir determinadas consecuencias deben de tolerarse en interés de su utilidad bajo ciertas condiciones minimizadoras del riesgo. *Cfr.* FRISCH, *Op. cit.* p. 27.

²⁶⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* p. 207. En el ámbito de los delitos imprudentes la imputación objetiva de los resultados típicos a de configurarse como la realización de la inobservancia del cuidado o de la infracción con la conducta de un deber, es decir se requiere la existencia de la relación del nexo de infracción de un deber *Cfr.* FRISCH, *El tipo...* p. 51.

²⁶⁵ *Vid.*, Capítulo III «Causas excluyentes de incriminación», artículo 12 del Cpmich.

²⁶⁶ *Cfr.* ROXIN, *Derecho penal...* §11/56 pp. 371–372. Por consiguiente, la imputación sólo procederá cuando el autor antes que nada, mediante su conducta causal para la producción del resultado, un peligro desaprobado en el sentido del tipo penal respectivo. *Cfr.* FREISCH, *El tipo...* p. 34.

²⁶⁷ En una pelea de box legalmente autorizada, desarrollada con los reglamentos existentes y bajo la vigilancia oficial, aún cuando las lesiones inferidas y la muerte lleven consigo la intencionalidad y finalidad lesiva, no son antijurídicas, en virtud del reconocimiento que de esta clase de deportes hace el Estado, de las autorizaciones que concede para su práctica, y el fomento que les otorga para su enseñanza; y por ende, hechos como los que se trata no pueden ser sancionados penalmente. *Cfr.*, ALBOR SALCEDO, Mariano, *Deporte y Derecho*, p. 298.

Estado y la sociedad en ninguno de los dos casos se puede imputar objetivamente el resultado a su autor.

En torno al incremento del riesgo permitido, existe toda una constelación de casos, de los cuales algunos han sido resueltos –doctrinalmente–, en diversos sentidos. Así por ejemplo, ROXIN sostiene que: si una conducta rebasa los límites del riesgo tolerado socialmente, por ese sólo hecho se incrementa el riesgo y se le debe imputar objetivamente el resultado típico al autor de ese comportamiento, para tal efecto pone como ejemplo, el caso conocido como “los pelos de cabra”.

En este hecho real, un empresario le da sus trabajadoras pelos de cabra procedentes de China para fabricar pinceles. Pero antes de entregárselos no los desinfecta (cuando la norma así lo obligaba). Más adelante, cuatro trabajadoras contraen una infección por bacilos de carbunco, y mueren. Sin embargo, después de varios estudios no se pudo saber con certeza si se hubiere aplicado los desinfectantes pertinentes éstos hubieran tenido éxito para evitar la muerte de las trabajadoras²⁶⁸. No obstante, a pesar de esa inseguridad en el resultado, ROXIN concluye que esas muertes sí le son imputables al patrón, incluso, a pesar de que con la desinfección prescrita no hubiera constituido una garantía absoluta de destrucción de bacilo²⁶⁹.

ROXIN funda su determinación de imputar el resultado al empresario en su *teoría del incremento del riesgo* (1962),²⁷⁰ con la que –este autor– pretende solucionar otros casos semejantes²⁷¹ al anterior, y cuyo método consiste en

²⁶⁸ Vid. ROXIN *Problemas de...* pp. 134–135, Cfr.– FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Teoría de la imputación objetiva*, p. 11.

²⁶⁹ En *Problemas de...* pp. 134–135.

²⁷⁰ En *Problemas de...* p. 134.

²⁷¹ Con el mismo método, este autor trató de dar solución a otro tipo de conductas similares conocidas como comportamientos alternos conforme a derecho. Estas conductas planteaban la cuestión de qué sucedería si a pesar de la observancia de la norma (comportamiento alternativo conforme a derecho) el resultado de todos modos se producía de la misma manera. Tema que resulta interesante, pero, que, sin embargo, dada su gran extensión, no es posible abordarlo en el presente trabajo, pero para todos los supuestos hipotéticos y las teorías que de una u otra forma proponen soluciones concretas, Vid. JAKOBS, Günther “La imputación objetiva en el derecho penal” en *Dogmática penal...* pp. 274 y ss. GIMBERNAT, *Op., cit.*, pp. 131 y ss. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* pp. 193 y ss. CANCIO MELIÁ, *Op. cit.*, pp. 100 y ss. FEIJÓO, *Op. cit.*, pp. 11 y ss., REYES ALVARADO, *Op. cit.*, pp. 217 y ss., 231 y ss. En consecuencia, la teoría del incremento del riesgo, es sólo una forma *ad hoc* para resolver un grupo de supuestos, no un criterio general que fundamenta la imputación de resultados a una persona, por lo que

comparar una hipotética conducta que observe el riesgo permitido con la conducta realizada por el autor. De tal suerte, que si la conducta del autor incrementa la probabilidad de la lesión respecto a la hipotética (conducta) permitida, la lesión debe encajar en el tipo y, por tanto, tendremos un tipo imprudente consumado. Por el contrario, si no se incrementa el riesgo (conforme a la norma autorizada) no se le puede imputar el resultado. Es decir, en caso de duda – esto es, de que aún observando las normas de cuidado el resultado hubiera sido el mismo–, se resuelve partiendo de que si el riesgo no permitido (principio de creación del riesgo) se ha realizado en el resultado, éste se le debe imputar al autor que ha creado el riesgo no permitido^{272 273}.

Esto –advierte ROXIN²⁷⁴– como consecuencia, de que una vez, que una persona se comporta de forma inadecuada, ya no se puede delimitar la parte típica de su comportamiento de la parte permitida, y es por eso, que en este caso, al patrón se le imputa el resultado por no haber observado el reglamento, aún cuando se hubiere comprobado que en caso de haberse cumplido cabalmente con lo previsto por la norma de cuidado el resultado sería el mismo, esto es así porque todo su comportamiento es globalmente desvalorado. En conclusión, para el maestro alemán, la inobservancia de la norma de cuidado fundamenta la imputación objetiva del resultado, no obstante, de que si se diera la alternativa (hipotéticamente hablando) de actuar conforme a derecho no exista la seguridad de impedir con ello ese resultado, sino únicamente la probabilidad de la evitación.

La determinación del maestro de Munich, de imputar el resultado a pesar de que el mismo no podría modificarse, inclusive actuando conforme a derecho, ha sido causa de severas críticas en este sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA ha dicho «*Qué relevancia posee para la imputación objetiva de un resultado el que con seguridad, probabilidad o posiblemente, ese mismo resultado también se hubiese producido con el comportamiento conforme a*

no se debe confundir con el principio de riesgo Cfr. FEIJÓO, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia...* p. 178 (nota 51).

²⁷² Cfr. ROXIN, *Derecho penal...* §11/64 p. 375–376.

²⁷³ Cfr. FEIJÓO, *Op. cit.*, p. 43, ROXIN, en *Derecho penal...* § 11/74, p. 380.

²⁷⁴ En *Derecho penal...* § 11/72, pp. 379 y ss.

derecho? Es decir, si un sujeto actúa imprudentemente causando una lesión ¿debe responder aunque se pruebe o se sospeche que la lesión no se habría evitado en el caso de que el sujeto se hubiera comportado correctamente?»²⁷⁵.

Por su parte FIEJOÓ, al referirse al ejemplo de “los pelos de cabra”, apunta que el empresario, «al entregar los pelos de cabra sin desinfectar, crea un riesgo no permitido con respecto de una serie de enfermedades que debía haber sido combatidas. Pero, al mismo tiempo, crea un riesgo permitido con respecto de aquellas enfermedades que, como empresario no tiene el deber de combatir. En este caso existe un riesgo natural de enfermedad antes de la entrega que el empresario no tenía que planificar. No se puede imputar el resultado porque no se sepa si éste es consecuencia del riesgo típico o del riesgo permitido. En este caso, aun comportándose de forma correcta el empresario no podría haber planificado el resultado»²⁷⁶.

De esta manera, al constatar que el autor con su comportamiento incremento o no el riesgo permitido (juicio de desvalor de la acción), queda definido el primer nivel de imputación.

2.2.7 La realización del riesgo penalmente relevante en el resultado.

El principal requisito que se exige para la imputación, es que el riesgo jurídicamente desaprobado se realice en el resultado. Por tanto, si ese riesgo (lesión) creado una persona no lo es considerado como el que causó el resultante, se tendrá que excluir la imputación del mismo al autor primario. Por consiguiente comprobada la existencia de una conducta que ha creado un

²⁷⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* p. 193, aceptar tal situación es tanto como aceptar la sanción penal de la época medieval de la *Versanti in re illicita casus fortuitus imputatur*, en el que se debería de imputar un resultado lesivo, al autor de una conducta inicial ilícita, aunque ese resultado al final de cuentas fuera fortuito e impredecible, pero más aún, si a pesar de no haberse tomado las medidas conducentes para evitar el resultado, éste se podría de igual forma producir y no obstante, se imputa penalmente el resultado, en mi opinión, también se vulnera el principio de *in dubio pro reo*.

²⁷⁶ *Op. cit.*, p. 24. El mismo razonamiento puede ser aplicado al supuesto que trabaja en una planta de tratamiento de agua potable, en donde se generará un virus letal desconocido y como consecuencia de ello, mueren las personas que ingirieron el agua, aquí, no se le puede objetivamente imputar el resultado a la persona que siendo responsable de suministrar el tratamiento respectivo al agua no lo hizo, pues el virus, no es resultado de esa omisión, toda vez, que para la imputación de resultados típicos es necesario que estos resultados se configuren como la realización de un riesgo desaprobado creado por el autor. *Cfr.* FRISCH, *El tipo...* pp. 50–51.

riesgo típicamente relevante –en el sentido de una peligrosidad *ex ante*– mayor que la permitida, llega el momento de cuestionarse cuándo un delito de lesión material puede considerarse cómo consumado, y cuándo por el contrario, el sujeto responde, de ser posible, únicamente por tentativa²⁷⁷ en la ejecución del hecho.

Para estar en condiciones de responder estos cuestionamientos, se tendrá que recurrir, en primer lugar, a verificar la creación de un riesgo no permitido, posteriormente, a confirmar la realización de ese riesgo precisamente en el resultado y por último a verificar la pertenencia del resultado en el ámbito de protección de la norma. Normalmente este procedimiento debe ser observado en todo los casos, sin embargo, unos son menos problemáticos que otros –cuando el resultado es precedido de una acción inmediata, o cuando, no se presenta adicionalmente otro tipo de riesgos a la lesión inicial–.

De lo que se sigue, que para la teoría que se comenta, no toda persona que emprende una conducta típica, necesariamente se le debe imputar el resultado iniciado con su comportamiento, ya que puede suceder que en el desarrollo del proceso causal, entre la conducta y el resultado medie una distancia temporo-espacial y sea interrumpido o desviado más adelante por causas ajenas al autor de la lesión inicial.

En este contexto, la moderna teoría de la imputación objetiva²⁷⁸ trata de dar solución a este tipo de problemas de concurrencia de riesgos, sólo desde un plano causal (nexo de causalidad), sino complementándolos con ciertos juicios axiológicos y normativos. De tal modo, para establecer la relación del riesgo en el resultado, se tendrá que realizar varios juicios valorativos:

El primero consistente en determinar la existencia de riesgos preexistentes, concomitantes o posteriores, después, identificarlos, y en el supuesto de que se constate la existencia de una concurrencia de riesgos

²⁷⁷ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, en *Causalidad...* p. 94.

²⁷⁸ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, en *La imputación...* p. 313.

(concurso de riesgos), el último paso será precisamente comprobar cuál de todos ellos influyó o provocó el resultado lesivo. Me explico, cuando después de una lesión se presentan otros riesgos para la misma víctima, estos usualmente pueden interrumpir o desviar el desarrollo “normal” de los procesos causales originado por aquella lesión, y que pueden por si mismos pueden producir el resultado, excluyendo con ello la imputación del mismo al autor de la lesión inicial.

Estos riesgos son englobados bajo el rubro de “desviaciones del curso causal” o “cursos causales anómalos” y se debe principalmente a: 1. factores naturales o accidentales; 2. conductas imprudentes o dolosas posteriores provenientes de terceros; y, 3. como consecuencia, de la desviación posterior de la cadena causal originada o provocada – y esto hay que admitirlo– por la propia víctima.

1. Los resultados derivados de intervenciones accidentales o naturales ajenas a la primera lesión, así, en este grupo, tenemos los ejemplos ya clásicos²⁷⁹:

a) Luis, con toda la intención de matar a Pedro, le dispara con un arma de fuego, lesionando únicamente una pierna. No obstante, al ser atendido en el hospital, cae un rayo en su fuente de energía, provocando un incendio generalizado que alcanza a Pedro y éste fallece.

b) Hernán, imprudentemente atropella a Cristóbal, el cual al ser trasladado al hospital el conductor de la ambulancia pierde el control y cae a un precipicio sucumbiendo todos.

De los anteriores supuestos, se deduce la existencia posterior de riesgos ajenos a la lesión inicial, los cuales de una u otra forma irrumpieron o desviaron el curso causal inicial, de tal suerte a pesar de que existe una relación de causalidad entre el comportamiento del co-causante con el resultado, se debe

²⁷⁹ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, en *La imputación...* p. 314.

excluir la imputación de aquél del resultante, esto, en atención a que en última instancia el resultado fue condicionado y encausado a su desenlace final por uno de los riesgos posteriores. De ahí, que la conducta de Luis sea atípica únicamente por lo que ve al delito de homicidio, pero sí responderá por el delito de lesiones dolosas y a Hernán legalmente se le imputa el delito de lesiones imprudentes. Esto como consecuencia, de que en ambos casos, fue el segundo factor/riesgo (accidental), el que en última instancia provocó el resultado típico.

2. El segundo grupo, lo constituye la desviación del curso causal por la intervención posterior de terceros. A este conjunto pertenece el siguiente ejemplo:

José, imprudentemente lesiona con su auto a Juan, lesión que no pone en peligro la vida de éste, sin embargo, al ser intervenido quirúrgicamente fallece, bien sea como consecuencia de que el anestesiólogo aplicó incorrectamente la anestesia, o bien, porque el encargado de la transfusión de sangre equivocadamente lo hace con un grupo sanguíneo diferente al del paciente, en ambos casos el error estimula una reacción al paciente, y a consecuencia de ello le provocan la muerte.

En el anterior supuesto, se presenta un serio concurso de riesgos, por lo que en principio habrá que preguntarse; si José como causante del accidente imprudente (o en el extremo de que las lesiones no hubieran sido imprudentes sino dolosas) ¿deberá de responder por el delito de lesiones, tentativa de homicidio u homicidio consumado?²⁸⁰ O por el contrario, ¿cabría la posibilidad de imputar ese resultado objetivamente –como homicidio culposo– a los médicos?. La anterior disyuntiva se presenta debido precisamente a que el riesgo creado por José no fue el único, sino que éste se vio fortalecido por la los evidentes descuidos y omisiones de los médicos al momento de intervenir a Juan?

²⁸⁰ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, en *La imputación...* p. 328.

Sobre la creación de riesgos posteriores adicionales al inicial que son derivados por la intervención médica, y que probablemente desencadenen un daño o lesión mayor que la que tenía el paciente, constituye un problema en no pocas veces difícil de resolver, de ahí que ROXIN, reconoce que el «grupo de casos más difíciles y menos aclarado en este campo es aquél en que la víctima solamente lesionada por el autor inicial muere a causa de un fallo médico»²⁸¹. No obstante, para clarificar la situación propone «distinguir en primer lugar según el criterio de “sí la conducta... desplaza el peligro creado por el autor o no evita su realización”. Pues si la víctima no muere por las lesiones que se le ha inferido, sino sólo por un peligro añadido por el fallo del médico, entonces el médico habrá sustituido (“desplazado”) el riesgo originario por otro que ahora entra exclusivamente en su esfera de responsabilidad; y no se puede imputar en ningún caso al primer causante, tanto si el médico ha obrado con imprudencia temeraria o imprudencia leve. Por consiguiente, el causante del accidente no responderá por homicidio imprudente “si en el curso de la operación se produce una incisión equivocada que origina la muerte por desangramiento, si se suministra cualquier medicamento que esté contraindicado y que por ello provoca la muerte: o si a consecuencia de una anestesia equivocada se produce una parada (sic) cardiaca irreversible, etc. Excluir aquí la imputación es adecuado además porque en el caso concreto puede ocurrir que incluso lesiones insignificantes acaben provocando la muerte por un tratamiento médico defectuoso»²⁸².

En la misma dirección se pronuncia MARTÍNEZ ESCAMILLA, «*Podrá considerarse que existe la necesaria relación del riesgo cuando la imprudencia médica se halla cometido dentro del marco del tratamiento curativo necesario para excluir el riesgo creado por el primer autor y cuando además, el estado del paciente consecuencia de la primera lesión halla favorecido sensiblemente el efecto lesivo de aquélla* (por ende) el primer autor no responderá nunca por consumación cuando el segundo factor causal determinante del resultado

²⁸¹ En *Derecho penal...* § 11/108 p. 400.

²⁸² *Idem*, § 11/109 p. 401, Cuando la lesión es insignificante la acción del autor constituye únicamente el motivo y la ocasión para la creación de un riesgo ajeno e independiente, el cual resulta al final idóneo para interrumpir el curso del riesgo creado por el autor inicial, v., gr. cuando en el transcurso de una operación el cirujano efectúa un corte incorrecto, que determina la muerte por hemorragia, Con mayor detalle *Vid.*, FRISCH, en *Comportamiento típico...* pp. 461 y ss.

consista en un comportamiento doloso o imprudente de un tercero, ex ante imprevisible, y ello con independencia de si ésta constituye una imprudencia simple o temeraria»²⁸³.

De este modo, para imputar objetivamente un resultado a un co-causante, se tendrá que tomar en cuenta 1. los menores o mayores factores de riesgos que crearon el primer y el segundo causante, 2. constatado lo anterior, se deberá de determinar el grado de influencia que cada uno representó para el resultado. Consiguientemente, siguiendo este orden en el caso concreto del ejemplo de José, analizaremos *post*: primero la gravedad del riesgo aportado por José y los posteriores creados por los médicos; posteriormente, verificamos cuáles fueron los riesgos mayores o menores de influyó o provocaron el resultado. Una vez hecho lo anterior, si primer riesgo causado por José fue el determinante, tendremos que el desvío del segundo peligro provocado por los médicos no representó un riesgo mayor, esto es, fue inesencial, por tanto, el resultado es imputable al primer autor; en cambio invirtiendo la correlación de la gravedad de riesgos, y que el aportado por los médicos fue mayor y el primero sea insustancial (incluso a pesar de que la acción hubiese sido dolosa), es obvio que la imputación deberá formularse en contra de los galenos. En consecuencia mientras mayor es el dominio del hecho del segundo autor – máximo si la conducta es dolosa– menor el grado de gravedad de los factores de riesgo aportados por el primer co-causante; y por ello no le es imputable²⁸⁴.

Con el mismo procedimiento, se pueden resolver los casos en que ambas lesiones sean dolosas, *V.gr.*, Pedro dolosamente trata de matar a Pablo, y para ello le dispara de cierta distancia, sin embargo, únicamente la bala le roza un brazo. Como no es de gravedad, Pablo le pide a su esposa que le cure el brazo. Su esposa, aprovecha la ocasión para desquitarse de las infidelidades de Pedro y lava la herida con la franela del aseo, infectándola de tal gravedad que a poco después fallece Pedro. En este supuesto el riesgo creado por el primer co-causante no fue relevante para el resultado, en cambio

²⁸³ Sin duda, la postura sustentada por MARTÍNEZ ESCAMILLA, fue primera que la expuesta por ROXIN (nota 150) así se infiere de la nota 411 de *La imputación...* p. 332–333.

²⁸⁴ *Cfr.* CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 491.

en riesgo creado por la esposa, influyó o determinó la muerte de Pablo, luego, a Pedro a pesar de su acción dolosa no se le puede imputar objetivamente ese resultado, puesto que éste se debió al comportamiento doloso de la esposa.

3. Con los anteriores parámetros también se puede resolver la imputación en los supuestos del tercer grupo de casos en que el proceso causal ha sido interrumpido o desviado por un comportamiento posterior de la propia víctima²⁸⁵. Esto es, cuando el propio lesionado con su conducta agrava el riesgo inicial, inclusive derivado de situaciones que no están o son predisuestas por la lesión original²⁸⁶ le sobreviene la muerte.

Lo anterior se puede constatar con los siguientes ejemplos; Jaime es lesionado imprudentemente por Paco. Para lo cual el propio Paco lo traslada al hospital en donde es atendido adecuadamente, prescribiéndole el médico a Juan que debe tomar ciertos determinados medicamentos y sobre guardar un reposo total. Sin embargo, Jaime hace caso omiso a las recomendaciones del facultativo, y no toma las medicinas como tampoco reposa. Es obvio que al no seguir las prescripciones médicas –cuya finalidad es justamente alejarlo del peligro– la lesión se agrava y Juan, por este motivo Juan muere. De este ejemplo se infiere la existencia previa de consecuencias ya predisuestas en el paciente que se agravan cuando la víctima asume una conducta gravemente inadecuada, y, por tanto, sería inadmisibles cargar al primer causante el resultado –aún cuando hubiera sido dolosa– causado no por los medicamentos sino por la reprochable ligereza asumida por la víctima y sus consecuencias²⁸⁷.

Por la frecuencia que se producen estos casos, analizaremos el siguiente ejemplo en donde el riesgo inicial no se manifiesta en el resultado: Felipe acude a un restaurante, en donde come unos camarones descompuestos, lo que le provoca una intoxicación de inmediato sus familiares y el propietario del restaurante, lo trasladan al hospital, en donde es muy bien

²⁸⁵ Sobre el ámbito de responsabilidad de la víctima, se verá con más detalles al abordar los presupuestos de la teoría de la imputación objetiva de JAKOBS,

²⁸⁶ ROXIN, *Derecho penal...* § 11/111, p. 402.

²⁸⁷ *Ibidem*.

atendido, para esto el médico le ha prescrito una serie de medicamentos para retener y reducir el grado de intoxicación. Una vez en casa, Felipe toma por equivocación la medicina incorrecta, la cual acelera la intoxicación y Felipe fallece.

2.2.8 La esfera de protección de la norma

Tradicionalmente, por regla general para la doctrina de la *conditio sine qua non*, una vez confirmado, que, el riesgo creado por el autor se ha realizado en el resultado, el mismo le sería imputable aquél. Sin embargo, para el maestro ROXIN, como toda regla tiene sus excepciones, es este caso, también en algunos supuestos se puede excluir la imputación del resultado a su autor, siempre y cuando no sean abarcados por el ámbito de la norma de protección de este tipo de resultado.

Fue GIMBERNAT, quién en la doctrina española en 1962, definió con claridad la función del fin de protección de la norma como «Los deberes de diligencia cuya infracción es lo que hace que una acción sea imprudente, persigue impedir resultados, Si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que quería evitar por el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad»²⁸⁸

Con la idea o el fin o ámbito de la protección de la norma se supero las tradicionales teorías del nexo de antijuricidad o de la relación de causalidad de la infracción del deber de cuidado (quién cuándo habiéndose previsto se confió en que no se produciría o cuando no se previó siendo previsible) así como la teoría de la evitabilidad²⁸⁹. De tal forma que este criterio, parte del principio de que en su puestos de concurrencia de riesgos típicos y permitidos es preciso constatar que el resultado es la realización del riesgo permitido y que, por tanto, la norma de conducta (norma de cuidado) sólo está referida a

²⁸⁸ Citado por CORCOY BIDASOLO, p. 60.

²⁸⁹ Cfr. FIEJOÓ, en *Resultado lesivo e imprudencia...*p. 186.

determinados riesgos, no teniendo que evitarse la realización de permitidos o de todo tipo de riesgo²⁹⁰.

Más adelante en la doctrina alemana RUDOLPHI, siguiendo la idea de GIMBERNAT, en 1969 fue el primero que en el marco de la escuela político-criminal dedicó un trabajo especial de la idea de la “previsibilidad objetiva” con relación al sentido de la finalidad de la norma, concluyendo que: «no todo resultado está protegido por la norma de cuidado infringida por el autor y, por tanto, no es suficiente una relación de causalidad entre la conducta descuidada y una lesión para imputar un resultado típico»²⁹¹.

En efecto, la exclusión de la imputación en resultados que no están cubiertos por el fin o ámbito de protección de la norma, constituye el último nivel de exclusión de la teoría de la imputación objetiva estructurada por el maestro de Munich. En este sentido GIMBERNAT, define la función del criterio del fin de la protección de la norma como: «Los deberes de diligencia cuya infracción es lo que hace que una acción sea imprudente, persiguen impedir resultados, Si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que quería evitar por el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad»²⁹².

En otras palabras, este principio se funda en que las normas de cuidado, como reguladoras de los riesgos permitidos, se han elaborado precisamente para evitar no todo tipo de resultados, sino aquellos, que, por la experiencia e idoneidad existe un alto grado de probabilidades de que se produzcan. Dicho de otra manera: una norma de cuidado es idónea en general para impedir cursos lesivos de esta clase, si su observancia reduce significativamente la frecuencia del daño²⁹³. En estas circunstancias, dado que la observancia de la norma de cuidado tiene como objeto impedir la realización de ciertos cursos causales que desembocan en fatales consecuencias, es importante determinar la idoneidad y generalidad de esas normas.

²⁹⁰ Cfr. FIEJOÓ, en *Resultado lesivo e imprudencia...* p. 189.

²⁹¹ Citado por FIEJOÓ, en *Resultado lesivo e imprudencia...* pp. 193–194.

²⁹² Citado por CORCOY BIDASOLO, p. 60

²⁹³ PUPPE, Igerborg, *La imputación del resultado en Derecho penal*, p. 173.

Sobre este punto CORCOY BIDASOLO, señala: «La *específica dirección de protección* está directamente relacionada con la *idoneidad general del deber de cuidado para luchar contra una determinada clase de peligros*. La idoneidad general para disminuir una clase de riesgo es la primera condición para que un determinado deber de cuidado tenga la finalidad de evitar ese riesgo. La *idoneidad general* es, pues, la premisa necesaria para encontrar la finalidad específica. Una vez comprobada esta idoneidad general de ese deber de cuidado frente a esa clase de riesgo se utilizarán los métodos generales de interpretación, y en particular, la interpretación histórica y teleológica»²⁹⁴.

a) *Interpretación histórica*: tiene únicamente un significado secundario en la investigación del fin de la norma por dos motivos²⁹⁵:

1. Porque el legislador es muy posible que no halla pensado en los fines; por tanto, con ese método sólo se puede conocer el motivo inmediato del imperativo, por ejemplo: imponer al conductor un deber en determinada situación de tráfico.

2. Porque el legislador, piensa en situaciones concretas, por lo que habría que preguntarse qué es lo que representaba aquel funcionario en concreto, como podría ser los señalamientos en zonas de peligro para los conductores o los peatones.

b) *Interpretación teleológica*: es la clave en la determinación del fin de protección. Con la interpretación teleológica se pretende distinguir entre *ámbito de protección y motivo de protección*.

Con base a los anterior, el motivo de la colocación de un semáforo o bien de un disco-stop, metros antes de una escuela son los de disminuir cruces peligrosos de los niños. El ámbito de protección de ese semáforo y del señalamiento es disminuir riesgos propios del cruce de una calle o avenida. Si un conductor pasa en rojo o no disminuye la velocidad y atropella a una señora

²⁹⁴ *Op. cit.* p. 67

²⁹⁵ CORCOY BIDASOLO, *Op. cit.* p. 67

que ocasionalmente ha utilizado ese cruce previsto inicialmente para los niños, nadie puede negar que ese resultado –lesión de la señora– también entra dentro del ámbito de protección de la norma, aunque directamente no el motivo de protección²⁹⁶.

Por consiguiente, si el resultado o daño causado no es uno de aquellos que la norma de cuidado trataba de evitar, ese resultado no podrá ser imputado a su causante. De este modo, por primera vez se sustituye la categoría científico–natural o lógica de la causalidad, por un conjunto de reglas orientadas a las valoraciones jurídicas, que están sustentadas en el sistema funcional racional–final o teleológico del Derecho penal²⁹⁷.

En efecto, de acuerdo con ROXIN el mandato que fija los límites de velocidad no tiene como finalidad el mantener a los vehículos alejados de determinados lugares de la vía, sino evitar probables daños o lesiones. Sin embargo, aclara el penalista, «Sólo hay que estar consciente de que la realización del riesgo no permitido se trata siempre del **fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido** (del mandato de no hacer, del deber de consultar a un médico especialista, etc.), y **no** del fin de protección del tipo penal (prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.)»²⁹⁸, puesto que para este autor «el fin de la protección de la norma típica (o sea, la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.) no abarca resultados de la clase de los producidos, en que el tipo no está destinado a impedir tales sucesos»²⁹⁹.

De lo anterior se deduce una clara distinción entre el fin de la norma de cuidado con el fin de la protección del tipo penal. Pues, mientras que la norma de cuidado, se trata de una interpretación teleológica que delimita el peligro tolerado, en los casos de riesgo permitido. En la segunda, se trata de fijar cuál es el ámbito de protección que queda cubierto por un determinado tipo penal. Lo que no permite concluir, que, por un lado, una misma acción puede

²⁹⁶ Lo mismo sucede con las normas técnicas, que aun cuando no son normas legislativas, tiene el mismo fin, por ejemplo: utilizar casco en la perforación de minas evita las lesiones en la cabeza de los mineros, usar careta cuando se aplica soldadura, tiene por objeto que el soldador no se dañe los ojos o quede ciego, etc., para mayor detalle. Sobre las normas de cuidado. *Vid., infra* 3.2.2 pp. 130 y ss.

²⁹⁷ *Cfr.* ROXIN, *Derecho penal...* § 7/25 p. 204.

²⁹⁸ *Idem* § 11/71 p. 378 (negritas en original).

²⁹⁹ *Idem* §11/85 pp. 386–387.

fundamentar, respecto de un bien jurídico determinado, una relación de riesgo no permitido, y por el otro, crear respecto de un bien jurídico distinto un riesgo permitido. Así la relación de riesgos creados por el autor inicial –dotado de riesgo permitido y no permitido–, puede estar ligada por su parte, a relaciones de 1 riesgos de terceros o 2 autopuesta de peligro de la propia víctima³⁰⁰.

1. Con relación a los riesgos provocados por terceros, sirvan de prototipo los siguientes ejemplos: uno de ellos extraído de la sentencia del Tribunal Supremo Alemán en materia penal RGSt 63 392, cuyo supuesto de hecho era: Tres ciclistas transitaban de noche por la carretera ninguno de ellos llevaba luces. El ciclista B iba siguiente a poca distancia al ciclista A. De pronto el ciclista C entró al carril por donde iban A y B, no los pudo ver y choca con A³⁰¹.

En este supuesto de hecho, el Tribunal Supremo tenía que resolver si el ciclista B tuvo culpa del accidente por no haber llevado iluminación. El Tribunal resolvió imputar el resultado al ciclista de B argumentando para ello: «Aquí se debe resolver el caso tal como sucedió en realidad. Por esta razón, el inculpado no puede ser suprimido mentalmente –de lo que partió el representante del Ministerio Público–, sino que debe considerarse su presencia con una bicicleta sin alumbrado y preguntarse cómo habrían sido los hechos si no se hubiese omitido llevar alumbrado»³⁰².

Sin duda alguna, parte de estos argumentos son válidos si únicamente se considera la presencia de una bicicleta con alumbrado, puesto que la luz del ciclista de atrás habría sido vista por los ciclistas que venía de frente, y además habría iluminado al de adelante, pero la misma situación se presenta si A o B hubiesen conducido con luz, pues de esta manera ambos tenían la oportunidad de ver el camino y evitar el choque. Sin embargo, analizando este caso desde otra perspectiva vemos como se presenta, por una parte, un riesgo no permitido, como lo es conducir en la noche sin iluminación –Reglamento de

³⁰⁰ ZIELINSKI, Diethart, *Dolo e imprudencia, comentarios a los §§ 15 y 16 del Código penal alemán*, traducción Marcelo A. Sancinetti, Ed. Hammurabi, 2003, p. 123/109.

³⁰¹ Cfr. PUPPE, *Op.*, cit. p. 122.

³⁰² *Ibidem*.

Tránsito—, pero por la otra, coexiste en el mismo acto un riesgo permitido, consistente en que no es fin de protección de esa norma tener que llevar en la bicicleta una luz para que otros sujetos del tráfico puedan ver de noche³⁰³.

El segundo ejemplo, es en apariencia un poco más complicado que el anterior, en este supuesto³⁰⁴ Erasmo, conduce su automóvil en una carretera en la que recientemente han puesto en algunas parte grava para cubrir los “baches”, debido a la niebla hay poca visibilidad no se percata de ello y más adelante en una curva derrapa el vehículo derrapa y sin desearlo invade el carril contrario impactándose con un vehículo que venía frente, resultando lesionado su conductor (Federico), quien de inmediato es trasladado para su atención por el propio Erasmo a un hospital cercano. Ya en el hospital Federico contrae un cuadro gripal el que se agrava por su débil estado, consecuencia de la pérdida de sangre y poco después muere.

Resolviendo el anterior supuesto en el marco de la exclusión de la imputación en resultados que no están cubiertos por el ámbito de protección de la norma. Para tal efecto, siguiendo los razonamientos de MARTÍNEZ ESCAMILLA³⁰⁵: Primero habrá que dilucidar; si el cuadro gripal (causa de la muerte de Federico) cuyos efectos (en un principio leves) se fueron incrementando o no por su estado de debilidad provocado por la sangre perdida. Posteriormente, se deberá confrontar si la aportación real del conductor (riesgo creado) en las lesiones ha contribuido en la disminución de defensas de Federico y por consiguiente, se le ha agudizado el cuadro gripal, y por último, una vez constatado lo anterior, se procederá a decidir si el riesgo que incremento los efectos mortales de la gripa es reconducible o subsumido por la lesión del deber de cuidado en que incurrió el autor, o, lo que es lo mismo: si dicho riesgo (invadir un carril contrario) era uno de los que la norma de diligencia infringida tenía por misión evitar.

³⁰³ Cfr. ROXIN, en *Derecho penal...* §11/69 p. 378.

³⁰⁴ Basado en la idea de la Doctora MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* p. 324 y ss.

³⁰⁵ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* p. 324.

De esta manera, se tendrá entonces que verificar en un primer nivel, si la acción del autor –riesgo desvalorado creado por la conducta de Erasmo– está prohibida tan sólo porque –y sólo en la medida que– conlleva el peligro –como estado o «puesta en peligro»– de que el herido pueda morir –por ejemplo, por hemorragia interna, paralización de la respiración o un infarto, etc., y en un segundo nivel, se deberá –y en su caso en qué medida– confirmar que el comportamiento del autor está también desvalorado en virtud de un eventual error de un tercero, especialmente de los médicos en la neutralización del peligro creado por el autor³⁰⁶.

Dicho de otro modo: se tendrá que reconsiderar si el riesgo –no permitido creado por Erasmo– ¿es reconducible a la lesión del deber de cuidado cometida? (rebasar en curva) o ¿si ese riesgo era uno de los riesgos que la norma de diligencia infringida tenía por objeto evitar, prevenir resultados causales de esta forma? Dentro de este contexto habría entonces que preguntarse, si la conducta imprudente de Erasmo que fue la que causó en principio la colisión al invadir un carril contrario en una curva con poca visibilidad, puede ser subsumido en algún precepto del Reglamento de Tránsito que prohíbe invadir el carril contrario y que tenga además como finalidad la de reducir los riesgos de morir por gripe a la medida del riesgo general de la vida³⁰⁷. La respuesta definitivamente es «no», pues de contestarse en sentido afirmativo, sería tanto, como admitir que después de tan largo camino recorrido se habría llegado al mismo punto de partida: el imperio del dogma causal³⁰⁸.

Obsérvese como en este ejemplo, al igual que el derivado de la sentencia del Supremo Tribunal Alemán, en una misma acción se deduce dos tipos de riesgo: el primero no permitido y el segundo atendiendo al sentido de

³⁰⁶ Cfr., MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* p. 338.

³⁰⁷ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Principales reglas...* p. 72. La misma autora sostiene que no en todos los grupos de casos que se estudian dentro del ámbito de protección de la norma se puede afirmar que éste se ha realizado en el resultado típico, *La imputación...* pp. 171 y ss. Empero, hay que reconocer que en la actualidad según CORCOY BIDASOLO, «La determinación del ámbito de la protección de la norma se realiza, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en el caso concreto, a través de una valoración de los fines de la norma infringida, de acuerdo con criterios generales de interpretación y, en particular, por una interpretación teleológica de la norma.» citada por FEIJÓO, en *Resultado lesivo e imprudencia...* pp. 229–231.

³⁰⁸ Cfr., MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* pp. 338–339.

la protección de la norma de cuidado, el riesgo se ha configurado en uno permito. En similar sentido se ha pronunciado la SCJ en la siguiente tesis;

DELITOS CULPOSOS. ES NECESARIO QUE LA CONDUCTA DEL ACTIVO AUN CUANDO SEA IMPRUDENTE, RESULTE FACTOR DETERMINANTE PARA LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO CAUSADO. Para que una conducta imprudente sea materia del derecho punitivo, debe probarse la existencia de una relación de causa a efecto, entre la acción culposa desplegada por el agente y el daño que resultó; así, si de las constancias que arrojó el sumario se desprende que la conducta del activo fue imprudente, por violar el Reglamento de Tránsito, pero no fue el factor determinante para la producción del daño causado en el evento, esa actuación no debe ser reprimida mediante el derecho penal, pues si bien en esta materia no existe compensación de culpas y, por tanto, la culpa ajena no exonera la propia, ello no puede conducir a sancionar penalmente conductas que sólo son violatorias de algún reglamento administrativo y que, por ende, no son las que interesan al derecho punitivo³⁰⁹.

2. Respecto a la autopuesta de peligro por la propia víctima. Estas acciones tienen una estrecha relación con el deber objetivo de cuidado y su observancia por todos los ciudadanos. Es decir, el comportamiento que impone ese deber de evitar riesgos para terceros, no es sólo una atribución u obligación del activo o sea de aquél que dirige la acción, sino también, atañe al pasivo o la víctima potencialmente hablando, quien en algunos casos, asume voluntariamente el riesgo creado por el activo o da su consentimiento en una puesta de peligro. Sobre el consentimiento voluntario de la víctima, ROXIN lo equipara a la autopuesta en peligro, lo que significa, que la persona anticipadamente se da cuenta del riesgo que implica determinada acción de la misma manera quien crea el peligro, por tanto, si el daño es consecuencia del riesgo aceptado –y no de otros fallos adicionales– la persona puesta en peligro carga con la misma responsabilidad por la actuación común que la persona que crea el peligro. En otras palabras, gracias al consentimiento otorgado por la víctima en estos casos, hace que el tercero se convierta en partícipe de las consecuencias derivadas del peligro asumido aquél y, por tanto, en algunos hechos en concretos es impune del resultado³¹⁰.

³⁰⁹ Consultable en el Ius 2004 bajo el Registro No. 192534.

³¹⁰ Citado por CORCOY BIDASOLO, *Op., cit.* p. 55. En cambio, para MEZGER al consentimiento de la víctima se la ha atribuido un significado excesivamente amplio, al considerarlo como un excluyente absoluto del tipo, lo que a su juicio es incorrecto, pues con ello se admitiría la libre facultad de la disposición del bien jurídico de que se trata lo cual no ocurre siempre. *Vid. Op. cit.*, pp. 163 y ss. Por su parte, JESCHECK, crítica esta teoría por la relevancia que le da al consentimiento, al grado que deja en manos de sus titulares la protección de los bienes jurídicos, cuando es facultad es exclusiva del Estado. *Vid. Op., cit.* pp. 513 y ss.

Sobre la exclusión de la imputación a través del ámbito de la protección de la norma, doctrinalmente existen otros grupos que por sus características se presenta una co-ejecución entre el autor y la víctima; 1. participación en una autopuesta de peligro, pero también por 2. el consentimiento de una autopuesta de peligro realizada por otro y la heteropuesta de peligro, así como aquellos casos en que el resultado se desvincula de la acción del autor; ; 3. el traslado del riesgo a un ámbito de responsabilidad ajena, o finalmente, los resultados que no tienen relación directa con la conducta del autor; 4. los daños derivados de un “shock” , y, finalmente 5. Los daños supervivientes³¹¹ y que por tal motivo, quedan fuera de la esfera de su protección.

De esta manera, por su importancia es válido abundar sobre estos grupos que por sus características no entran en el ámbito de protección de la norma y, por ende, se puede excluir al tipo penal.

1. La participación en una autopuesta de peligro, es aquella en la que la víctima ocupa, si no una participación determinante, si una aproximación central en el acontecer arriesgado, es decir, participa aceptando el peligro generado por otro y lo asume voluntariamente, *v. gr.* Pedro le da a Pablo heroína para su consumo, sabiendo ambos de la peligrosidad que representa esa sustancia en el cuerpo humano. Pablo se inyecta la droga y posteriormente muere. O bien, cuando alguien induce a otro a realizar una acción peligrosa, como sucede por ejemplo, cuando Luis a instancias de Juan, a sabiendas que tiene por experiencia acepta competir en una carrera de motos en una zona urbana (prohibida de antemano por el Reglamento de Tránsito), y debido a un error de conducción de Luis al tomar una curva muere.

Como se puede observar en ambos casos el problema radica en resolver, si la muerte o lesiones de la víctima deben imputarse o no, a quien generó la autopuesta en peligro³¹².

³¹¹ *Cfr.* LÓPEZ DÍAZ, *Op. cit.*, p. 81.

³¹² Este tipo de riesgos ha recibido diferentes nominaciones así vemos que Roxin les ubica en el fin de la protección de la norma, otros como Harro Otto en el ámbito de responsabilidad y principio de autorresponsabilidad, o como Jakobs en sede de la competencia de la víctima y a la infracción de deberes de autoprotección, etc. *Idem*, p. 147.

En el Derecho comparado, el primer supuesto, fue imputado al autor en 1981, por la jurisprudencia alemana, como homicidio culposo³¹³, sin valorar, en ese entonces, el papel que voluntariamente asumió la víctima en una autopuesta en peligro. Sin embargo, en 1984, el mismo Tribunal, modificó este criterio, rechazando la imputación al tipo de homicidio, apoyado en los siguientes argumentos:

«Si por decisión propia, se quiere y se hace realidad el que el mismo autor se ponga en peligro, no se considera como tipificado ni en el delito de lesiones, ni en el de homicidio, cuando se realiza el riesgo que conscientemente fue enfrentado y que acompaña a la postura de peligro». En el mismo sentido «Quien únicamente causa, facilita o favorece una autopuesta en peligro, no se hace responsable ni del delito de lesiones personales, ni de homicidio»³¹⁴.

En sentido similar la jurisprudencia española ha resuelto:

«Sólo en casos excepcionales, en los que el riesgo consentido proveniente de la acción de un tercero sea equivalente a la creación del peligro para sí por la propia víctima (*v.gr.* cuando el pasajero con prisa ordena al conductor del coche que acelere la velocidad del mismo por encima de lo permitido), se sostiene en la teoría de la posibilidad de pensar directamente en la exclusión de la responsabilidad del que halla causado el resultado infringiendo el deber de cuidado. En estos casos, como el lógico, entrarán inconsideración los criterios de la imputación objetiva referida al fin de protección de la norma»³¹⁵

Comparativamente vemos, como poco a poco se van modificando ciertos criterios de imputación en la solución de hechos concretos

³¹³ Postura que fue duramente criticada por BERND SHÜNEMMAN, y, que más adelante dio lugar en la jurisprudencia a un cambio de criterio en el que se aceptó las acciones a propio riesgo. *Idem*, p. 145. Para mayor comprensión de la evolución de los casos que han sido resueltos tanto por el Tribunal Alemán como por el Tribunal Español, ver ampliamente a CANCIO MELIÁ, Manuel, en *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 36 y ss.

³¹⁴ BGH. St 32,262 CANCIO MELIÁ, *Conducta de la...* p. 214.

³¹⁵ STS del 17 de julio 1990 (RA 6728) en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la...* p. 214.

problemáticos, en los que tienen como denominador común, una importante participación de la víctima en el resultado del proceso causal, al grado que, en la actualidad, un sector de la doctrina discute la exclusión de la imputación para el tercero, en aquellos hechos, en donde la propia víctima es la que organiza y controla el peligro que puede ocasionar la lesión, por consiguiente, en nuestro ejemplo, Pablo, fue quien creó o favoreció la situación de peligro, por lo tanto, no es permitido imputar el resultado a Pedro³¹⁶.

En el segundo supuesto, el Tribunal Supremo Federal en materia penal (BGHSt) 7, 112³¹⁷, lo resolvió condenando por homicidio imprudente a instigador (Juan) con el argumento de que la autopuesta en peligro es tan irrelevante en la propia muerte como el consentimiento. Esto es, porque (Juan) actuó de manera contraria al deber, pues las carreras sin autorización sobre las calles están prohibida, de tal manera que si el infortunado, mediante la conducción incorrecta en el fervor de la carrera, no se hubiera hecho daño el mismo, sino a otro interviniente en el tráfico, el competidor sería responsable de esto, Porque el legislador al prohibir una carrera sin autorización, ha declarado como prohibido de tentar una conducción incorrecta por la ambición de ganar la carrera. Concluye el Tribunal afirmando que “otro sentido no puede tener la prohibición de carreras”.

En cambio, GIMBERNAT³¹⁸, lo resuelve, afirmando que (Juan) debe quedar exento de responsabilidad criminal por ausencia de imputación objetiva, tomando en cuenta que, por un lado, prevalece el criterio del fin de la protección de la norma, y por otro, la propia imprudencia de la víctima (Luís) excluye la imputación del resultado a quien imprudentemente también, dio origen a que Luís se sometiera voluntariamente a un situación de riesgo³¹⁹ (participar en una carrera de motos a sabiendas que tiene por experiencia).

³¹⁶ Cfr., LÓPEZ DÍAZ, *Op. cit.*, p. 146.

³¹⁷ Cfr. PUPPE, *Op. cit.* pp. 228–229.

³¹⁸ Vid. Muy ampliamente GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*, pp. 313 y ss.

³¹⁹ Justamente por tratarse de una conducta imprudente de la víctima se a recurrido al principio de accesoriedad de la participación; que sostiene que si la autopuesta en peligro es un comportamiento atípico y no existe norma especial que incrimine la conducta de “participar” en esta autopuesta en peligro, la participación deberá ser impune. Cfr., CANCIO/FERRANTE/SANCINETTI, *Op. cit.*, pp. 50–51.

En la misma dirección opina PUPPE, al manifestar que (Luis), «*es el que se ha expuesto a los peligros de una carrera no autorizada sin un motivo racional e incluso en contra de una prohibición legal expresa. (por tanto) No necesita de un tutor legal que esté obligado bajo sanción a imposibilitarle una autopuesta en peligro irracional, haciendo que se comporte racionalmente y no tome parte en una carrera*»³²⁰.

Sin embargo, de acuerdo con el maestro español, esa especie de exclusión de la imputación objetiva, sólo opera en lo hechos imprudentes y no en los casos dolosos. Este último supuesto, se presenta cuanto se tiene pleno conocimiento del probable resultado y a solicitud expresa de la víctima participa en el hecho que justamente va a producir ese resultado. Así, en el caso de que Pablo quiera suicidarse cierto día, Pablo le pide a Mario que le consiga heroína para que se la inyecte. Mario –que conoce la intención suicida de Pablo y además sabe que éste padece una enfermedad que por su naturaleza se complica con la sustancia, por lo que al suministrársela Pablo irremediablemente morirá–, y a pesar de todo, Mario no sólo le proporciona la sustancia, sino que se la inyecta. En este hipotético caso, Mario a pesar de que a instancias de la víctima (Pablo) le suministró la heroína, aquél deberá de responder por el delito de cooperación al suicidio³²¹.

2. El consentimiento de una autopuesta de peligro realizada por otro y la heteropuesta de peligro.

En el grupo del consentimiento de una autopuesta de peligro realizada por otro, se ubican las circunstancias en las que la víctima no se arriesga por sí misma, pero, voluntariamente se hace poner en peligro por otra persona. Son aquellos casos, en los que los sujetos pasivos a pesar de las advertencias de peligro que implica la acción, insisten en realizarla, por ejemplo, Julio y Juan quieren atravesar un río cuya corriente por si misma constituye un verdadero peligro, y por tal motivo, recurren a un lanchero, quien les advierte del peligro que representa cruzar el río, en esas circunstancias, incluso de perder la vida, y

³²⁰ *Op., cit.* p. 229 (cursivas en original).

³²¹ *Vid.*, artículo 282 del Cpmich.

aún así, solicitan los servicios del lanchero, y cual por fin accede y a la mitad del río, el operador, por la fuerza de la corriente vira la lancha y se voltean falleciendo Julio³²².

Sobre este grupo, se ha dicho, que acorde a sus componentes equivalen a una autopuesta de peligro. Sin embargo, la jurisprudencia alemana a establecido, que ésta existe siempre y cuando «alguien emprende acciones de autopuesta en peligro o entra en un peligro ya existente. Por el contrario se tratará de una heteropuesta en peligro consentida, si alguien se expone a un peligro que amenaza directamente a otro, si sólo el autor tiene el dominio del hecho sobre el suceso que provoca la puesta en peligro del jurídico y la víctima se expone únicamente a las consecuencias de la acción peligrosa del autor, de manera que su suerte está finalmente en manos del autor (...)»³²³.

Por su parte ROXIN, ha señalado que esto no puede ser admisible, desde un punto de vista general, es decir, no se debe tomar únicamente de referencia sus elementos. Sino las circunstancias en que se desenvuelve el hecho en si, esto es, tomando en cuenta, que aquél que se deja poner en peligro está más expuesto a que suceda, que quien se pone así mismo en peligro que puede intentar dominar los peligros por sus propias fuerzas. En cambio –añade– si es factible la equiparación siempre y cuando se cumplan con ciertos requisitos³²⁴. Pensemos por ejemplo en los siguientes casos de tráfico moderno³²⁵:

«El acompañante conmina al conductor para que vaya a velocidad excesiva y prohibida porque quiere llegar a tiempo a su cita. A consecuencia de la excesiva velocidad se produce un accidente, en la que resulta muerto el acompañante».

«Un automovilista que ya no estaba en condiciones de conducir por el consumo de alcohol admite que le acompañe en su coche otro asistente a la

³²² Cfr., ROXIN *Derecho...* § 11//98 p. 393,

³²³ Citada por PUPPE, p. 224.

³²⁴ En *Derecho...* § 11//100 p. 395.

³²⁵ *Idem*, 11//98 p. 393. para los dos ejemplos

fiesta a petición expresa de éste. El acompañante resulta muerto en un accidente causado por el estado alcohólico del conductor».

Por lo que, para que en ambos casos sea equiparable la autopuesta de peligro puesta por otros con la autopuesta de peligro en sí misma, se requiere que se hallan observado los siguientes presupuestos:

a) Cuando la persona que es puesta en peligro se da cuenta del riesgo en la misma medida que quien lo crea³²⁶;

Esto es que la no responsabilidad del cooperador en una autopuesta en peligro, del hecho de que entre ambos no exista una disparidad de conocimiento; esto es, que el que se autopone en peligro sepa tanto de su significado que el otro interviniente. En otras palabras *«la exigencia de un conocimiento por parte del que se pone en peligro que fundamente su exclusiva responsabilidad por las consecuencias, no podrá depender de una relativa diferencia de conocimiento frente al otro interviniente. Si el que pone en peligro sabe tanto del peligro que, según el criterio general de valoración, resulta irracional para él exponerse a este peligro, sólo él será responsable, aún cuando el otro interviniente supiera mucho más»*³²⁷.

³²⁶ Sobre los supuestos de autopuesta en peligro consciente Vid. FRISCH, *Comportamiento típico...* pp. 171 y ss.

³²⁷ PUPPE, *Op., cit.* p. 229 (cursivas en original). En sede judicial la Primera Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, al resolver el toca de apelación 843/2003, derivado de un caso semejante a este requisito, valora medianamente determinadas circunstancias sobre la contribución de la víctima en el proceso causal que desemboca en el hecho ilícito, al considerar que la víctima con su actuación –insistió en acompañar al conductor a sabiendas de que éste tenía poca experiencia y había ingerido bebidas embriagantes–, aceptó tácitamente ponerse en riesgo y el probable resultado que ese generará, y aún cuando la Sala, si bien no absolvió al conductor (que en mi opinión si se debió de absolver, esto, por haberse configurado una autopuesta de peligro puesta por un tercero, la que de acuerdo con sus elementos puede equipararse como una autopuesta en peligro por parte de la víctima y en consecuencia se excluye la imputación del resultado), por lo menos, esa puesta en peligro voluntaria de la víctima sí influyó en la disminución de las sanciones. Sanción, en mi opinión basada en la postura moderada que funda el merecimiento y necesidad de la pena del autor cuando la víctima es corresponsable. Sobre la que ROXIN, ha dicho «Cuando la cooperación de la víctima no lleva a una interpretación que conduzca a la falta de pena del comportamiento del autor –y así sucederá en la mayoría de los casos–, producirá una disminución del injusto material y actuará atenuatoriamente en la medición de la pena. En que una corresponsabilidad de la víctima, aún en el caso que no conduzca a la exclusión del injusto, halla de influir en su magnitud, resulta fácil de comprender. Sí por ejemplo un accidente descansa en gran medida en la culpa de la víctima, esa circunstancia atenuará el injusto y la culpabilidad del autor de un modo calculable, en algunos casos casi porcentualmente». En *Política criminal...* p. 72. La otra postura, –la absoluta– apuesta a que se debe exentar de toda responsabilidad al autor, Con relación a ambas posturas. Vid. *Infra* 3.2.5 pp. 153. y ss.

b) Si el daño es consecuencia del riesgo aceptado y no de otros fallos adicionales; y,

c) también se podría agregar que la persona que es puesta en peligro sea mayor de edad, o tenga la capacidad de discernir.

Por tanto, cumplidos con estos requisitos, en ambos casos, sería excluida la imputación de los conductores en la medida de que el pasajero o el acompañante, puesto que los dos conocían de antemano los riesgos que asumían y sus probables resultados –aún cuando no queridos por ellos–, y aún así voluntariamente los aceptaron³²⁸. Es decir, «en caso de la puesta en peligro propia y de la puesta en peligro ajena con consentimiento, es igual señalar que la imputación decae porque la víctima tiene respecto del hecho la misma responsabilidad que el autor; y aún en el caso de la asignación a un ámbito de responsabilidad ajena se puede decir que el resultado no es imputado al primer causante, porque al momento de su producción otros eran los responsables al servicio de la víctima para su evitación»³²⁹.

Finalmente con relación a las llamadas autopuesta en peligro puesto por terceros, para algunos autores, las consideran sinónimos de las heteropuestas de peligro³³⁰. Sin embargo, para GIMBERNAT, ambas figuras no son sinónimas, pues aclara «En la heteropuesta en peligro consentido, al igual que para la autopuesta, la víctima acepta también el riesgo de lesión, pero, a diferencia de la segunda, donde es el sujeto pasivo es el que, en última instancia, y con *su propia actividad*, se autocausa su muerte o el daño en su integridad física, en la heteropuesta es un *tercero* el que, como autor directo, mata o lesiona a la víctima, sí bien ésta es consciente de –y asume– el riesgo de lesión para su

³²⁸ Cfr., ROXIN *Derecho...* § 11//100 p. 395.

³²⁹ ROXIN, en *Política criminal...* p. 67. Se trata de eventos en los que el agente se expone de manera unilateral al peligro, por lo que el resultado que se produzca sólo puede ser explicado como su obra, y no como obra de quien ha creado o favorecido la situación de riesgo. Cfr. LÓPEZ DÍAZ, *Op. cit.*, p. 143. Sin embargo, sobre el último caso de la puesta en peligro por un tercero, al parecer, no es tan fácil la decisión que puede desplegar el consentimiento, puesto que, para algunos autores es discutible la validez del consentimiento y se le puede considerar como causa de exclusión del tipo o causa de justificación. Para otros, en cambio, la aceptación consciente de un riesgo, por parte del puesto en peligro puede influir para el autor en la medida del cuidado exigible para éste. Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Op., cit.* p. 55.

³³⁰ Así ROXIN, *Op., cit.* § 11/ pp. 393 y ss. También como ámbito de la responsabilidad de la víctima. *Vid infra*, 3.2.5 pp. 153 y ss

vida o su integridad al que aquél le está sometiendo. Como modelo de la heteropuesta en peligro puede acudir al de la persona, que, consciente que quien se encuentra al volante de un automóvil ni tiene permiso, ni sabe conducir, accede a ocupar el puesto del acompañante, produciéndose posteriormente, a consecuencia de una previsible maniobra imprudente del conductor, un accidente de circulación en el que la víctima pierde la vida o resulta lesionada, lo que plantearía nuevamente la pregunta si la asunción consciente del peligro por parte del acompañante excluiría –por ausencia de imputación objetiva– la responsabilidad del conductor por homicidio imprudente»³³¹.

3. El traslado del riesgo a un ámbito de responsabilidad ajena.

En este supuesto, la imputación se excluye cuando el autor a pesar de crear en principio un riesgo jurídicamente desaprobado el cual se concreta en la producción de un resultado, ese riesgo se transfirió al ámbito de responsabilidad de un tercero. Veamos como en Derecho comparado, se niega esa posibilidad y se imputa el resultado al autor del riesgo inicial a pesar de que este salió por la actividad de un tercero de su esfera de responsabilidad.

La jurisprudencia alemana resolvió un caso semejante al siguiente: Pablo conduce un camión en la oscuridad, sin llevar luces traseras. Una patrulla de tránsito lo detiene y el oficial (Juan) lo infracciona. Para dar seguridad a otros vehículos que trascurren por ahí, uno de los agentes (Miguel) coloca una linterna con luz roja intermitente. Mientras que el otro oficial tránsito (Juan), le indica a Pablo que se dirija a una estación de servicio, pero antes de esto (Miguel) imprudentemente retira la lámpara del piso e inmediatamente otro camión se estrella contra la parte posterior del camión, cuya parte posterior no dispone de luces. El Tribunal Supremo Alemán condenó por homicidio culposo al conductor que transitaba sin luces en la parte posterior³³².

³³¹ GIMBERNAT, en *Imputación objetiva, participación...* pp. 313–314.

³³² Vid. ROXIN, *Derecho penal* § 11/104, p. 398. Aclarando que los nombres no corresponden al texto de la sentencia.

Sentencia que conforme a la norma de protección que se estudia, no es jurídicamente correcta si tomamos en cuenta que el riesgo creado originalmente por el conductor –no tener luces traseras– fue interrumpido y trasladado al ámbito de responsabilidad del agente de tránsito (Miguel) quien a pesar de haber puesto una lámpara para evitar que los demás automovilistas se impacten con el camión, por lo que al quitarla, crea un riesgo ya superado con la linterna, y con ello, violó la norma de cuidado –cuyo objetivo es precisamente que con la iluminación se previene a otros conductores de la existencia de un vehículo estacionado sin luces–, con lo cual el agente el asume la responsabilidad que en principio fue del conductor –quien por indicaciones del oficial se traslado a otro lugar– de las consecuencias de ese comportamiento³³³.

4. Los daños derivados de un “shock”

Este tipo de daños, son aquellos menoscabos físicos que un tercero padece y que generalmente se presentan como consecuencia de una reacción de que la víctima ante una noticia grave, por ejemplo, A mata a B, y para ocultar su cadáver lo mutila, al darse cuenta la madre de B sufre un shock y fallece. En este supuesto, la muerte de la madre no se le puede imputar al que causó la muerte del hijo o esposo. En virtud de que a decir de ROXIN, «El fin de protección de la prohibición penal del homicidio o las lesiones no pretenden preservar a personas distintas al afectado de las repercusiones físicas de conmociones psíquicas»³³⁴.

5. Los daños supervinientes

Finalmente, los daños supervinientes se producen cuando una lesión causada a una persona, sufre un daño posterior, ocasionado indirectamente por el primer accidente. *V gr.* dos vehículos colisionan, y uno de los

³³³ Por otro lado, si se resuelve este caso en sede de la comisión por omisión, el agente Miguel, al haber colocado la linterna como medida preventiva asume la calidad de garante, precisamente por su actuar precedente y, por lo tanto, automáticamente se hizo responsable de la evitación de daños a terceros o al propio camión, con lo cual, desde esta perspectiva también se debió de absolver al dueño del camión sin luces, quien estaba cumpliendo con las indicaciones del oficial (Juan) en otro lugar.

³³⁴ ROXIN, *Problemas...* p. 196.

conductores X resulta lesionado de una pierna, la que le es imputada. Pasado el tiempo X, al andar con sus muletas, cae y muere. En este supuesto tampoco le es imputable el resultado al otro conductor, porque no está dentro del fin de protección de la norma evitar daños posteriores que surjan después del restablecimiento, como consecuencia de la reducción de fuerzas que genera normalmente un accidente. La cuestión cambia si X fallece por la secuela de una larga enfermedad causada por la lesión, sin que hubiese intervenido ningún otro comportamiento³³⁵.

En conclusión, conforme a la teoría que se ha estudiado, el resultado causado por el agente sólo se le puede imputar el tipo objetivo (lesión, muerte) si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto no cubierto por el fin de protección de la norma de cuidado³³⁶.

³³⁵ Cfr., LÓPEZ DÍAZ, *Op. cit.*, p. 85.

³³⁶ Vid. ROXIN, *Derecho penal...* § 11/39, p. 363, en sentido similar JESCHECK, § 28/IV, p. 389, LUZÓN PEÑA, *Op. cit.* p. 376, MIR PUIG, *Op. cit.* 10/57 p 235 entre otros.

CAPITULO III

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE JAKOBS

SUMARIO 3.1 El funcionalismo sociológico o funcionalismo–radical. 3.2. La imputación objetiva (líneas básicas). 3.2.1 La imputación del comportamiento. 3.2.2. El riesgo permitido. 3.2.3 Principio de confianza. 3.2.4 Prohibición de regreso. 3.2.5 Ámbito de responsabilidad de la víctima. 3.3 La imputación del resultado. 3.3.1. La imputación en los delitos de omisión.

3.1 El funcionalismo sociológico o funcionalismo–radical

Como alternativa al modelo unificador de la dogmática penal con los fines políticos criminales ponderado por el sistema funcional racional. JAKOBS propone un sistema funcional sociológico, basado fundamentalmente en los fines de la pena como medio de mantener la vigencia de la norma, y con ello se opone totalmente a los aspectos ontológicos del finalismo. Quizá por esto, ROXIN ha dicho sobre este sistema que JAKOBS³³⁷, tratando de dar fiel cumplimiento a los designios de su maestro WELZEL, pretendió elaborar una nueva edición del Tratado de Derecho penal del padre del finalismo, sin embargo, al concluir éste no sólo fue diferente sino radicalmente personal que constituyó en gran medida la antítesis del Tratado de WELZEL³³⁸, ya que al tratar de elaborar un sistema más coherente se ha opuesto a su maestro, en la medida en que rechaza por naturalistas y fácticistas los presupuestos de carácter ontológico sobre los que WELZEL había construido su sistema y ha desarrollado una teoría de imputación exclusivamente normativa, cuyo fundamento teórico reside en la teoría del sistema social³³⁹.

³³⁷ En *Derecho penal...* § 7/27 p. 204.

³³⁸ *Idem*, § 7/27 pp. 204–204, en el mismo sentido *Vid.* PEÑA ARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. CANCIO MELIÁ, Manuel, en «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», incluidas en la traducción de la obra de JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, p. 18.

³³⁹ ROXIN citado por JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, en «Fundamento de la teoría general del hecho punible» p. 161 (nota 1).

En efecto, la teoría de la imputación objetiva diseñada por GÜNTHER JAKOBS, se encuentra esencialmente fundamentada en dos aspectos; por una parte, en la comunicación y organización de la sociedad, en la que cada uno de sus integrantes juega o tiene un rol importante que cumplir con los demás componentes sociales, y, por la otra; en la misión que tiene el Derecho penal en el seno de esa sociedad. Pero, a diferencia de ROXIN, que le atribuye la función de “protección de bienes jurídicos”, para el maestro de Bonn, los fines del Derecho no son otros que el mantenimiento de la vigencia de las normas e implícitamente del propio sistema social, de ahí que esa tarea se encuentre íntimamente ligada a los fines de la pena. *«Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma»*³⁴⁰ (prevención general positiva o integradora)³⁴¹.

En este contexto, la función del Derecho penal, para este sistema ya no consiste en la evitación de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos, como la vida, salud, propiedad, etc., pues al ser esos bienes tangibles siempre estarán expuestos al peligro, sea producto de accidentes naturales, terremotos, lluvias, etc., o bien por lesiones provocadas por el comportamiento humano; descuido al aterrizar un avión, la expansión de virus, un puente que se cae por deficiente construcción, etc., inclusive daños provocados por conductas de inimputables o finalmente la prevención de daños a bienes tan difusos³⁴² como

³⁴⁰ JAKOBS, *Derecho penal...* I/12 p. 229 (cursivas en original).

³⁴¹ Por lo que, la pena en este sentido a la vez que previene integra. De ahí que «Mientras el concepto político-criminal de bien jurídico condicional la legitimidad de una norma penal a que sirva la protección de valores que la merezcan, la concepción de JAKOBS invierte en cierto modo el planteamiento y convierte a la norma en objeto en sí mismo legítimo de la protección penal; la norma pasa de instrumento que necesita ser legitimado por su fin, a fin en sí mismo legitimado» *Vid.*, MIR PUIG, en *Valoraciones, normas y...* p. 7. En otras palabras para JAKOBS, la norma en por sí misma constituye el bien jurídico que protege el Derecho penal.

³⁴² Así la expansión del derecho penal que se ha vivido las últimas décadas en el mundo, los nuevos tipos penales son muy difusos en cuantos a los bienes jurídicos que tutelan, “violencia familiar” “acoso sexual” por ejemplo, y, a decir de CANCIO MELIÁ, «Vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, estos tipos penales constituyen supuestos de “criminalización en el estadio previo” a lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, además, se encuentran establecidos en sanciones desproporcionadamente altas, sin conexión con el ámbito nuclear del Derecho Penal», en *Dogmática y política...* p. 123. Así por ejemplo, en Michoacán la tendencia de expansión–endurecimiento de la reacción penal, que arranca con la reforma de 1994 y se consolida con las subsiguientes (1998 y 2004), que inaugura el siglo XXI se manifiestan básicamente, en tres vertientes a) ampliación de la cobertura penal, b) incremento de sanciones y c) reducción de espacios de prelibertad y/o limitación de beneficios penitenciarios. *Cfr.* GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *Consideraciones básicas en torno al origen y evolución de la legislación penal michoacana*, p. 106.

la violencia familiar o los delitos ecológicos – por citar algunos–, cuyos bienes jurídicos ya no son tan tangibles.

A partir de todo lo anterior, y en concreto JAKOBS al igual que ROXIN, propone una renormativización de las categorías del delito, pero desde la perspectiva del sistema funcionalista sociológico. Esto es, a partir de los ya señalados enfoques sociales y fines que la pena. Por tanto, es palmario que estos dos enfoques juegan un papel muy importante para este sistema, por lo que es válido, para una mayor comprensión del mismo, profundizar aun medianamente en el estudio de ambos aspectos.

Desde su enfoque sociológico, este sistema toma sus raíces de la moderna sociología funcional estructurada por PARSONS en Norteamérica, seguida por CALLIESS e introducida en Alemania por LUHMANN³⁴³. Este último, extrae de la observación y análisis de la realidad social un dato, ese dato básicamente consiste en la descripción de la relación que existe entre los diferentes problemas que se van gestando al interior de la sociedad y paralelamente a ello buscar *soluciones actuales y equivalentes funcionales* a cada uno de ellos³⁴⁴. Dicho de otro modo: todo cada componente del sistema social es como un engranaje que tiene una determinada función dentro de la misma sociedad, por tanto, de presentarse un problema nunca previsto, de inmediato, se aislaría –teóricamente– para ser analizado no sólo con el fin de encontrar una solución inmediata que acabe con el problema, sino considerando que esa solución obtenida sea funcional para casos semejantes en lo futuro.

Siguiendo esa idea, JAKOBS, señala que «la solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial y esto significa que tiene un lugar en la sociedad. Por lo tanto, es imposible desgajar al Derecho penal de la sociedad: el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación en la

³⁴³ MIR PUIG, *introducción al...* p. 26. Es conceptualizada por LUHMANN como “*estructuralismo funcional*” o “*constructivismo*”, con mayor detalle *Vid.* POLAINO NAVARRETE, *Op. cit.*, p. 24.

³⁴⁴ *Cfr.* POLAINO NAVARRETE, *Op. cit.*, p. 29 (cursivas en original).

sociedad altamente expresiva, al igual la base de otras partes de la sociedad cabe derivar conclusiones bastante fiables sobre el Derecho penal. Por ejemplo, que la pena máxima que se imponga por brujería, por contar chistes sobre el Führer o por asesinato, caracteriza a ambos, al Derecho penal y a la sociedad»³⁴⁵.

En cuando a la función de la pena es definida por este sistema sociológico, como prevención general positiva³⁴⁶ pues afirma que través de las leyes coercitivas se garantiza la paz social en un Estado. «La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir (mediante la pena) a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad social... En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que constituye ese mantenimiento mismo»³⁴⁷.

Acorde a lo anterior, se infiere que la función asignada a la pena es resultado de una yuxtaposición de los fines esbozados por el filósofo HEGEL³⁴⁸ y el sociólogo CALLIESS. Para el primero, los fines de la pena son consecuencia natural de un proceso dialéctico, como una posición –negación y negación de la negación. En donde el ordenamiento es un «querer general» (posición); el delito sería la negación del mismo, y la pena la negación, esto es: la reafirmación o restauración del orden jurídico, a través de la necesaria negación de la «voluntad especial» o particular del delincuente que, a su vez negó la «voluntad general». Por su parte, el segundo «aborda la cuestión de la estructura de la norma jurídico–penal no como problema en *sí mismo* del puro

³⁴⁵ En «*Moderna dogmática...* pp. 6–7 Sin embargo, hay que admitir que en la época de Adolfo Hitler la expresión de la sociedad a través del Derecho penal, era “normal” que se sancionará a todo aquél que atentada aún verbalmente en contra del Führer o se opusiera a los designios, esto como consecuencia de la reforma al Código penal en 1933, concretamente al parágrafo II, donde los nazis tuvieron como fundamento tanto la ley como el “sano sentimiento del pueblo”.

³⁴⁶ FEIJÓO, *Op. cit.*, p. 106, en el mismo sentido HIERSCH, en *Desarrollo de la dogmática penal» en Derecho penal, Op., cit.* p. 28. Es decir, «el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que aquella inflige, se elimina el riesgo de esa erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama «prevención general positiva». Vid., JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídica–penal* pp. 47 y ss.

³⁴⁷ JAKOBS, en *Moderna Dogmática...* p. 4. Términos muy semejante ha los vertidos por ROXIN, cuando plantea, que «la prevención general hay que entenderla no como tradicionalmente se le ha considerado como una prevención intimidatoria negativa, sino como una “prevención integradora” positiva. Esto significa que: la pena no debe retraer a través de su dureza a los autores de la perpetración de delitos, sino que ella debe restaurar la paz jurídica, en cuanto da al pueblo la confianza, que su seguridad y salvaguarda y que las reglas reconocidas de la convivencia humana pueden reafirmarse en contra de perturbaciones graves». En *Política criminal...* pp. 46.

³⁴⁸ GARCÍA PABLOS, *Op. cit.*, pp. 73–74.

análisis lógico desvinculado de consecuencias ulteriores, sino como *base* para la solución a la cuestión de la función de la pena, que cree hay que resolver sobre la base de la estructura del derecho penal *positivo* y no a partir de apriorismos metafísicos»³⁴⁹.

Así las cosas, el carácter imperativo que reviste la ley penal para el sistema que se estudia, se corresponde esencialmente a la *función* que la propia norma está destinada a cumplir, que no es otra, que la de motivar al ciudadano para que adecue su conducta conforme al sentido de la ley, bajo la amenaza que de no hacerlo, será sancionado con la imposición de la pena, de esta manera, se inclina con ello la decisión a favor del derecho y de la permanencia de las instituciones. En este tenor, la «función social de un elemento estructural (como lo es la norma) es su contribución al mandamiento del sistema. Disfuncional es, por el contrario, un fenómeno que amenaza al sistema»^{350 351}.

Por consiguiente, en este sistema, el injusto penal ya no será explicado como un ataque externo a bienes jurídicos, sino como la comunicación referida al derecho (contradicción de la contradicción), es decir, como la defraudación de expectativas normativas, por ejemplo; yo me comporto acorde a la norma, por lo que confío en que tú y aquél harán lo mismo, y si tú o aquél no se comportan conforme a la norma y a pesar de ello no reciben sanción alguna, es evidente que la validez de esa norma será severamente cuestionada. Por eso mismo, la interpretación del delito y de la pena que se imponga por la defraudación, ya no está en *la valoración de los sucesos del mundo*, sino en *la significación de éstos para la vigencia de la norma*³⁵².

³⁴⁹ Citado por MIR PUIG, en *Introducción a las...* p. 26 (cursivas en original).

³⁵⁰ MIR PUIG, en *Introducción a las...* p. 118.

³⁵¹ Las normas jurídicas –sostiene MIR PUIG–, son expresión formal de comportamientos sociales, aunque no sea en el plano del ser, sino en el deber ser; por tanto, analizar el contenido de la norma jurídica es hacerlo de las conductas sociales imaginadas por la misma, por ejemplo la fórmula “el que matare a otro” expresa una relación de comunicación de tres sujetos: autor, víctima y Estado. En *Introducción a las...* p. 273.

³⁵² Cfr., LESCH Keico H, *Op. cit.*, p. 38 (cursivas en original), La función de la imputación se deriva de la función de la pena, por tanto, ha de castigarse al sujeto que se ha comportado de manera culpable contrario a la norma, (pero) se le ha de castigar con el fin de que se establezca la norma. *La teoría de la imputación objetiva desarrolla los conceptos que se han empleado comportamiento del sujeto, infracción de la norma y culpabilidad.* JAKOBS, *Derecho penal...* /1 156 (cursivas en original).

De esta forma, para CALLIESS³⁵³ el hecho de que «la estructura de la proposición jurídica deja de responder al modelo condicional–hipotético (sí supuesto de hecho; entonces consecuencia jurídica), para pasar a concebirse como relación comunicativa interdependiente de los tres sujetos (ego, alter y el tercero = sujeto activo, pasivo y Estado), tal relación comunicativa se basa en las expectativas de cada uno respecto de los demás y esas expectativas habrán de ir variando según la conducta de los sujetos»³⁵⁴.

Todas las anteriores consideraciones que se acaba de reseñar, se pueden resumir en el siguiente ejemplo: La norma prohíbe robar y sanciona con una pena al que robe, así si Juan transita por la calle con su reloj, cadenas de oro y cartera, lo hace confiado en que no se los robarán, sin embargo, más adelante Paco que estaba esperado que pasará lo asalta y se queda con todos sus bienes. Como se puede observar, existe una conexión entre el sujeto que actúa ego=Paco), el receptor de ese comportamiento (alter=Juan) y el tercero (Estado), éste último obligado a reaccionar frente a ese comportamiento con una pena³⁵⁵ y de esta manera mantener la firmeza de la norma. Por lo que, siguiendo los argumentos de este sistema, a Paco se le impone la pena respectiva, no tanto como consecuencia del apoderamiento de los bienes de Juan, sino porque Paco con su comportamiento ha afirmado que la norma que prohíbe robar no tiene vigencia. Por esa razón mediante la pena se le refuta su “afirmación” y se le demuestra que la norma *sí* tiene vigencia y con ello se pondera, por una parte, que todo aquel que se comporte conforme a ella no tendrá problema alguno³⁵⁶. Pero, por la otra, se advierte que quién la defraude será sancionado.

Como una primera aproximación concluyente, diremos, que el sistema funcional sociológico o radical, al atribuir como función del Derecho penal el

³⁵³ Citado por MIR PUIG, en *Introducción a las...* p. 28 (cursivas en original).

³⁵⁴ Esto es, de la interrelación de las esferas de organización individual incrementa la posibilidad de que alguno de esos contactos redunden en la producción de consecuencias lesivas; a la vez, la creciente interdependencia da lugar a que, cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos dependa de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, José María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*. p. 23 (cursivas en original).

³⁵⁵ Resumido por MIR PUIG, en *Introducción a las...* p. 27.

³⁵⁶ Cfr., LESCH Keico H, *Op. cit.*, p. 38.

mantenimiento de la vigencia de la norma mediante la imposición efectiva de la pena, está en teoría cumple a su vez una función estabilizadora a las expectativas sociales que el delito defrauda. Pero siempre y cuando el sistema social en se aplique debe ser de tal forma que no existan diferencias sociales (o al menos el mínimo de ellas), es decir, que se trata de una sociedad en donde existe un consenso previo y la información adecuada sobre las consecuencias de la infracción de la norma.

Sin embargo, en mi opinión, este sistema es totalmente ajeno a nuestro medio político, pues la experiencia nos ha demostrado que el Derecho penal es utilizado por el partido en el poder, para controlar a los inconformes y a la pena para someter aún más a la clase dominada, sin que ese Derecho y esas sanciones alcancen a los grupos de personas con una situación económica superior a pesar de que con sus conductas causen mayor daño (delitos de cuello blanco, defraudación, especulación, tráfico de influencias, enriquecimiento inexplicable, etc.), que el causado por los estratos sociales marginados³⁵⁷, por tanto, este sistema deja al Gobierno, un amplio margen de acción “legal” para que con el pretexto de mantener la vigencia de la norma y el actual sistema social, amplíe constantemente el catálogo de delitos, se incrementen las penas y se aproveche para violentar los derechos humanos³⁵⁸.

Congruente, con el sistema expuesto JAKOBS –a diferencia de ROXIN³⁵⁹–, pretende replantear metodológicamente el Derecho penal vigente desde esa perspectiva sociológica funcional³⁶⁰, para lo cual propone una nueva renormativización y reorientación de los conceptos jurídicos penales tradicionales como; causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc., con la

³⁵⁷ Así por ejemplo, en 1995, se produjo una de las peores crisis económicas que halla padecido el país, quebrando con ella miles de medianas y pequeñas industrias, llevando a la ruina a otros tantos de mexicanos con créditos impagables, suicidios y la criminalidad como sucedáneo de la pobreza y de todo esto nadie, absolutamente nadie resultó responsable.

³⁵⁸ En la misma dirección cobran gran relevancia las críticas formuladas a este sistema por GARCÍA, Amando, en su obra *Ensayos de filosofía jurídica*, 241 y ss.

³⁵⁹ *Vid, supra* 2.2.1 pp. 61 y ss.

³⁶⁰ Por tanto, desde la perspectiva propuesta por JAKOBS, el Derecho penal debe cumplir una función social –de otro modo no se comprendería (ni se justificaría) su diferenciación dentro del sistema de sociedad– de ahí que las conclusiones a que se arribaron las teorías causalista y finalista sean incorrectas. *Cfr.* CANCIO/FERRANTE/SANCINETTI, *Op. cit.* pp. 84–85.

misión del Derecho penal³⁶¹ pues afirma que éstos se encuentran vacíos, al no tener ninguna referencia desde perspectiva de los fines de la pena, en los siguientes términos:

A) La acción

En la acción JAKOBS incorpora la evitabilidad y la culpabilidad. Es decir, para él desde el punto de vista del Derecho penal, la acción siempre y en todo caso es algo socialmente inadecuado³⁶². Por esta razón, señala las reglas de imputación son extraídas de la organización de una determinada sociedad. Sin que para ello tenga una finalidad específica en el sentido del concepto de acción propuesto por WELZEL quien «intentó demostrar con su punto de partida desde la finalidad del actuar humano, sino que en el ámbito del concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida que esté relacionada con el derecho penal...Por lo tanto, un concepto jurídico-penal de acción debe combinarse con sociedad y Derecho penal»³⁶³.

De esta forma; 1. el concepto de acción se halla determinado por la *evitabilidad* que se convierte en un criterio esencialmente delimitador de la propia acción –la medida de la evitabilidad representa el límite superior de la culpabilidad jurídica por el hecho cometido–. Todo comportamiento contrario a la norma sólo puede ser un comportamiento evitable. Por lo que la evitabilidad a juicio del maestro alemán, viene a ser un presupuesto de la culpabilidad. 2. por tanto, habrá acción siempre que el sujeto se haga, con su actuar, culpablemente responsable del menoscabo de la vigencia de la norma³⁶⁴.

³⁶¹ Cfr. PEÑA ARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, Manuel, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs» *Op. cit.* p. 17. En el prólogo de la segunda edición (1991), JAKOBS, insiste en que el universo de los conceptos jurídico-penales tienen que ajustarse a la función social del Derecho penal y no a fenómenos naturales o de otro modo ajenos a lo social. *Loc. Cit.*

³⁶² Cfr. JAKOBS, en *Estudios de...* pp. 124–125.

³⁶³ JAKOBS, *Moderna dogmática...* p. 46. Es decir, desde este punto de vista ya la culpabilidad no se define como un defecto volitivo o como un incumplimiento al derecho que deba de ubicarse en la mente del autor, sino como el *producto* de un ilícito; de esta manera el *ilícito* se convierte en el concepto rector de la culpabilidad y no a la inversa. Cfr. SANCINETTI, Marcelo A, *¿Relevancia del disvalor del resultado en la teoría de la imputación objetiva de Jakobs?*, en «De las penas homenaje al profesor Isidoro de Benedetti», p. 471. a mayor abundamiento Cfr. JAKOBS, *Moderna dogmática penal, Op. cit.*, pp. 79 a 115, HIRSCH, *Op. cit.*, pp. 149 a 172.

³⁶⁴ Cfr. POLAINO NAVARRETE, EN *Derecho penal...* p. 260.

La acción en este sentido, es la causación de un resultado evitable que debe ser interpretada a través de un esquema de comunicación socialmente relevante. Dicha evitabilidad define el contorno de la acción humana no sólo en el delito doloso sino también en el imprudente³⁶⁵.

B) El tipo

El tipo del injusto es el conjunto de elementos con los cuales se define un comportamiento que, si acaso, es tolerable en un concepto de justificación³⁶⁶.

C) La culpabilidad

Entendida siempre ésta como el poder de conducirse conforme a derecho, constituye para JAKOBS, una concepción simbólica³⁶⁷, puesto, que no importa si el sujeto «pudo» y «debió» comportarse de otro modo; la exigencia funcionalista de establecer la confianza en el Derecho mediante la contraposición simbólica de una pena será el criterio decisivo al respecto³⁶⁸.

La postura fijada por JAKOBS sobre la culpabilidad, ha sido objeto de las principales críticas a su sistema sociológico, así ROXIN³⁶⁹, en contra de esta criterio ha manifestado que el hecho de que la función limitadora de la

³⁶⁵ SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, p. 106 Con lo que se exagera así la concepción «normativista» de este sistema funcional que prescinde de todo contenido psicológico-cognoscitivo en el juicio de reproche. *Loc., cit.*

³⁶⁶ *Idem.*, p.107.

³⁶⁷ «En este sentido, hay que subrayar que la idea que ronda en la cabeza al común de los ciudadanos, y también al común de los juristas es que el Derecho Penal “sirve” para algo, es decir, que cualquiera que sea la teoría de la pena que se utilice, se parte de la base de que se satisface con la existencia del Derecho Pena un fin que se obtiene un resultado, aunque sólo sea –en caso de las teorías retributivas– la realización de la justicia... (de) modo que en realidad es incorrecto el discurso del “Derecho Penal simbólico” como fenómeno negativo, y que habría que referirse en todo caso, a normas con función meramente simbólica, es decir, dirigidas únicamente a “la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido” ». «Vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, estos tipos penales constituyen supuestos de “criminalización en el estadio previo” a lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, además, se encuentran establecidos en sanciones desproporcionadamente altas, sin conexión con el ámbito nuclear del Derecho Penal», CANCIO MELIÁ, Manuel, *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, pp. 125–126.

³⁶⁸ *Cfr.* GARCÍA-PABLOS, *Op. Cit.* p. 382. Por eso, a este sistema se le conoce también como funcionalismo sociológico “radical” o “cismático” pues para algunos autores el sustituir la base ontológica del finalismo, por fundamentos meramente normativos sepulta el concepto tradicional de culpabilidad en la prevención general, pues niega la capacidad de actuar de otro modo.

³⁶⁹ En *Política criminal...* p. 133.

punibilidad del principio de culpabilidad, sea sacrificado por la prevención general. Entonces, la punibilidad del individuo, ya no se rige por las circunstancias que residen en su persona, sino por aquellos que es necesario supuestamente para ejercitar al ciudadano en la fidelidad al derecho, para la estabilización de su confianza en el ordenamiento jurídico.

De esta manera el funcionalismo sociológico desarrollado por JAKOBS se puede resumir fundamentalmente en los siguientes puntos³⁷⁰:

a) No existen limitaciones ontológicas en la elaboración de las categorías del delito

b) La acción pasa a ser un concepto sociológico más que psicológico o final;

c) La culpabilidad es orientada con relación a los fines de la pena, entendida ésta como el concepto dialéctico de la pena de HEGEL, (el delito como negación del derecho y la pena como negación de la negación), lo que significa la reafirmación y restauración del orden jurídico como un medio de estabilizar la defraudación de una expectativa normativa hecha por el delincuente;

d) El núcleo del delito no es la lesión de bienes jurídicos, sino el rechazo del autor a las normas, por tanto, éstas más que constituir un imperativo, son un símbolo para la expectativa de su vigencia contra la acción fáctica de las mismas; y,

e) La relación entre delito y pena sigue una lógica de comunicación entre pregunta y respuesta;

De un superficial análisis de los anteriores puntos, se pone de relieve, el punto de divergencia específico entre el sistema funcional–teleológico, elaborado por ROXIN «que orienta las categorías del sistema del Derecho Penal a las finalidades de política criminal, que son varias y diversas entre sí y

³⁷⁰ Cfr. MARTÍNEZ BASTIDA, *Op. cit.*, pp. 104–105.

pueden limitarse recíprocamente», y el desarrollado por JAKOBS para quien sólo son decisivas las necesidades “sistémicas” orientadas al principio supremo de la «función del Derecho Penal» (la prevención–integración), Roxin da cabida a *valores y principios garantísticos* en el momento de configurarse el sistema del Derecho Penal y la dogmática jurídico penal que interprete sus categorías»³⁷¹.

3.2. La imputación objetiva (líneas básicas)

Tomando como marco de referencia el sistema funcional sociológico, JAKOBS propone, que sobre la base de esa organización social, su estructura y los límites señalados a los roles de cada integrante, se desarrolle la teoría de la imputación objetiva del resultado. De esta manera, si el comportamiento de una persona se encuentra dentro de la esfera de los límites asignados a su rol – riesgo permitido–, no defrauda ninguna expectativa social, aún cuando con ese comportamiento se hallan lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos, no se le puede imputar el resultado.

Con lo cual queda de manifiesto el papel tan importante que juegan los roles que la sociedad les ha asignado a cada persona. Sobre el concepto de persona, resulta interesante la definición que el maestro de Bonn le confiere a partir de la función que ésta tiene o representa en el interior de una sociedad. Es decir, los «actores y los intervinientes de un hecho no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversos, sino como aquellos que deben de ser desde el punto de vista del Derecho; como persona, pues es entre éstas en donde se determina (de acuerdo con la propia norma) a quién le compete un curso lesivo; a un autor, aun tercero o la víctima de haber infringido un deber de autoprotección o en su caso de accidente»³⁷². *V., gr.*, el abogado tiene el rol de defender dentro de los parámetros legales a su cliente, el mecánico de arreglar debidamente las fallas de los autos, el doctor de

³⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, citado por GARCÍA-PABLOS, *Op. cit.*, p. 381,

³⁷² JAKOBS, en *Moderna Dogmática...* p. 209, más a detalle *Vid.*, del mismo autor *Estudios de derecho penal, Op. cit.*, pp. 211–212.

procurar sanar al paciente, el vigilante de un estacionamiento de evitar los daños a los auto o robos de los mismos, etc³⁷³.

En el último supuesto, a la figura responsable de la custodia o vigilancia de un bien jurídico, se le llama “garante” precisamente porque él garantiza el buen estado y permanencia de esos bienes. De tal suerte, que si como consecuencia de su omisión se produce una lesión en los bienes jurídicos a su cargo, se configura los llamados delitos de comisión por omisión. Que se distinguen esencialmente de los demás ilícitos, por que en aquellos no todas las personas tienen el deber u obligación de impedir el resultado, sino sólo los que portan el rol de “garante” y por esta razón no atañe a todos el evitar el resultado³⁷⁴, sino únicamente a los portadores del rol de garante.

Por consiguiente, de «acuerdo con ello, el individuo ya no es tal, sino que es solamente el rol; por lo que dentro de ese rol modelo tiene que cumplir con el fin de la norma, con la validez de la norma. Entonces, lo que hay que mirar desde ese “*fin de la norma*” de la validez de la norma, es solamente si el rol se cumple o no se cumple»³⁷⁵.

Siguiendo la función asignada a esos roles sociales, ZAFFARONI³⁷⁶ ha dicho que la teoría de imputación desarrollada por JAKOBS, descansa en dos aspectos básicos 1 respecto de la finalidad propia del Derecho penal, que no es otro, que el de garantizar la seguridad de expectativas conforme a roles, de ahí que no se pueda imputar un comportamiento socialmente adecuado a pesar de los daños producidos y 2 relativo a los criterios de imputación objetiva que se emplean como especie de regularización predominante en el Derecho penal, en los delitos de resultado.

Partiendo de la anterior postura, para imputar objetivamente un resultado, se tendrán que verificar anticipadamente dos juicios: el primero,

³⁷³ Lo cual a su vez tiene íntima relación o se complementan con el principio de confianza esbozado precisamente por JAKOBS. *Vid., supra* .3.2.3 pp. 139 y ss.

³⁷⁴ JAKOBS, en *Estudios de derecho penal*, *Op. cit.*, p. 211.

³⁷⁵ BUSTOS RAMIREZ, *Op. cit.*, p. 391 (cursivas en original).

³⁷⁶ *Op. cit.*, p. 450.

relacionado con los acontecimientos materiales partiendo del principio de la causalidad (desvalor de la conducta). El segundo, referido a un juicio axiológico normativo sobre el acontecimiento llamado “resultado” en conexión o vinculado éste con un comportamiento previo denominado “conducta típica”³⁷⁷ (desvalor del resultado). De esta manera, MIR PUIG, subraya en el primer juicio afecta a la imputación de la conducta a la parte objetiva del tipo, mediante la creación del riesgo, que ha de verse como el primer presupuesto del *desvalor intersubjetivo de la conducta* (a decidir *ex ante*). El segundo, se refiere en consecuencia a la imputación del resultado, que al igual que la realización de causalidad, condicionan *el desvalor del resultado* (a decidir *ex post*)³⁷⁸, conforme al sentido de la norma.

Con relación al primer juicio, de la imputación objetiva del comportamiento, se encuentra conformado por cuatro líneas básicas; 1 riesgo permitido; 2 principio de confianza; 3 prohibición de regreso y, 4 actuación a riesgo propio de la víctima. Líneas que cada una forma un eslabón en la cadena de la imputación y que, por ese motivo, se tienen que verificar de manera sucesiva³⁷⁹.

En el segundo juicio, se propone la explicación (de la imputación) por el resultado lesivo producido. Esto es, con él, se pretende explicar cuándo un resultado es consecuencia de una conducta típica, la cual no reviste ningún problema si la acción (riesgo no permitido) desencadena directamente en el resultado. En cambio, la explicación adquiere mayor relevancia, cuando existe duda respecto del riesgo que determinó ese resultado, en virtud de la presencia de otro tipo de riesgos que como pueden ser indiferentes al resultado, también pueden ser, por el contrario, definitivos para el mismo. Como puede ser que el resultado se deba a un accidente o a la conducta de un tercero³⁸⁰.

³⁷⁷ CERLETTI, L- Marco, “Juicios de imputación y juicios causales” en *El funcionalismo en el Derecho penal*, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, p. 240, en el mismo sentido y de manera más detallada *Vid.*, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación...* pp. 66 y ss.

³⁷⁸ *Op. cit.*, 10/47 p. 232 (cursivas en original). Así también, *Vid.*, CANCIO MELIÁ, *Op. cit.* p. 49, en el mismo sentido LUZÓN PEÑA «hay que distinguir entre *adecuación de la acción* y *adecuación de resultado*» *Op. cit.* p. 379.

³⁷⁹ *Cfr.* CANCIO MELIÁ, *Op. cit.*, p. 98.

³⁸⁰ *Ibidem.*

3.2.1 La imputación del comportamiento

Tomando en cuenta que del Derecho penal prohíbe básicamente conductas que crean para el bien jurídico un riesgo mayor que al socialmente autorizado, resulta lógico que el primer nivel de imputación tenga que ver justamente con el comportamiento de la persona. De ahí que para desvalorar su conducta, se tenga que verificar si esa persona cumplió o no con las expectativas que de ella espera la sociedad, por tanto, su acción/omisión deberá ser analizada a la luz de los límites de los riesgos permitidos que la sociedad ha fijado mediante normas expresas producto de un proceso legislativo, o bien, de normas técnicas elaboradas por especialistas o trabajadores de las diferentes ramas industriales y que tienen como fin la administración de peligros en el ámbito normativo.

3.2.2. El riesgo permitido

El riesgo permitido (al igual que la teoría de la adecuación social³⁸¹) tiene también su origen en los riesgos inherentes a toda actividad científica, profesional, laboral, deportiva, etc., lo que la convierte en una sociedad de riesgos, pero como se dijo al analizar el apartado relativo al aumento del riesgo permitido³⁸², la comunidad ante la disyuntiva de permanecer inerte frente a los nuevos retos de la moderna tecnología, optó no por evitar esos riesgos, sino por tolerarlos mediante una regularización expresa o tácita, como *riesgos permitidos*³⁸³, para lo cual, el legislador y la propia sociedad tuvieron que ponderar *ex ante* los intereses que estaban en juego –costo–beneficio–, para sobre esa base fijar la frontera que delimita los riesgos permitidos de los prohibidos.

³⁸¹ Vid. *Supra* 2.1.3. pp. 51 y ss

³⁸² Vid. *Supra* 2.2.6. pp. 96 y ss

³⁸³ JAKOBS, en *Moderna dogmática...* p. 223, Sin embargo, MARTÍNEZ ESCAMILLA, se pronuncia por la «*inecesariedad del riesgo permitido como un instituto jurídico independiente. La exigencia de la creación de un riesgo, en el sentido de la peligrosidad que sobrepase las fronteras, está ya incluida en la lesión del deber de cuidado objetivamente debido*» *La imputación...* p. 139 (cursivas en original) En sentido similar KÜPPER, quien sostiene que «*existiendo el requisito de la infracción del deber de cuidado no era necesario añadir la creación del peligro desaprobado*» citado por FRISCH, *Op. cit.*, p. 43 a estos cuestionamientos FRISCH, los impugna señalando que es difícil imaginar un concepto más normativo e inseguro que el de la infracción del deber de cuidado, de ahí la imposibilidad de renunciar al requisito de la creación del riesgo desaprobado. *Idem*, pp. 44 y ss.

En ese tenor, los intereses en juego responderán, por un lado, a la utilidad social de la actividad que se desarrolla con la conducta y, por otro, a la amplitud y proximidad de la lesión del bien jurídico; grado de probabilidad de lesión y clase de bienes jurídicos amenazados³⁸⁴, y, para ello, se toma como punto de referencia, por una parte; el grupo de supuestos o casos en que la misma actividad generadora del riesgo es permitida en determinadas circunstancias que previamente han sido ponderadas³⁸⁵ o reguladas por un reglamento surgido como resultado de valorar los límites de ciertas libertades y las puestas en peligro de determinados bienes jurídicos; y por la otra, el grupo en el que los riesgos no se encuentran reglamentados específicamente como disposiciones de deber de cuidado, pero que provienen de una ponderación de bienes, es decir de un juicio en donde la sociedad al entrar en disputa ciertos bienes, no sólo calcula la gravedad del riesgo, sino también la utilidad o daño como ventaja o pérdida que de ese riesgo se pueda obtener según criterios jurídicos vinculantes y que por su trascendencia para la comunidad, resuelve aceptarlos como riesgos permitidos³⁸⁶.

Sobre esta idea, los riesgos permitidos que se desprende del primer grupo, están diseñados por la ley atendiendo a los peligros inherentes a la actividad que regula, en este sentido por ejemplo; los Reglamentos de Tránsito, que tienen como objetivo esencial regular el tráfico vehicular, imponiendo ciertos estándares de velocidad o reglas de comportamiento, sin que necesariamente implique con ello que ya la sociedad queda exenta de riesgos³⁸⁷, puestos que esos Reglamentos y las demás normas de cuidado tiene como objetivo –como se dijo en líneas precedentes–, cumplen con una función formal y otra material, la primera delimitar la frontera de los riesgos permitidos con los prohibidos; la material, en cambio, trata de disminuir esos riesgos creados por ejemplo por conducir con exceso de velocidad en una zona urbana, o por no respetar un señalamiento del semáforo, o finalmente, por

³⁸⁴ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Op. cit.*, p. 51.

³⁸⁵ «Esto como consecuencia de la ponderación de intereses se tolera socialmente determinadas actividades generadoras de riesgos, pero dicha afirmación sirve tan solo para explicar la existencia de la figura y no para señalar en cada caso concreto si un riesgo es permitido o desaprobado». REYES ALVARADO, *Op. cit.*, p. 108.

³⁸⁶ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Op. cit.*, p. 74, con mayor detalle, *Vid.* JAKOBS, en *Moderna dogmática...* p. 224. MARTÍNEZ ESCAMILLA, en *Imputación objetiva...* pp. 128 y ss.

³⁸⁷ JAKOBS, en *Estudios de derecho...* p. 213.

conducir una moto sin utilizar el casco, pero nunca el de evitarlos, pues ello sería absurdo dado el comportamiento natural del ser humano.

En el segundo grupo, se encuentran aquellos riesgos permitidos que han sido legitimados históricamente³⁸⁸ «La fundamentación del riesgo permitido está emparentada en esta medida con la ponderación de intereses en el estado de necesidad. Paralelamente, sólo podrán tener lugar cuando –a su vez, como en el estado de necesidad– no sólo es valuable la magnitud del riesgo, sino también la utilidad y el perjuicio, con arreglo a baremos jurídicos, es decir, si se pueden definir como intereses jurídicamente reconocidos o no reconocidos. Por eso el riesgo permitido tampoco se puede obtener de un padrón técnico; el padrón técnico determina lo que es usual o también lo preferible, pero no resuelve el problema de la valoración»³⁸⁹.

De ahí, que la comunidad acepta ciertas conductas generadoras de riesgos, como “normales”, así el establecimiento de industrias químicas, acopios de basura, etc., esto como consecuencia de que el Derecho penal no tiene que proteger un conjunto de bienes en reposo, sino, estabilizar expectativas en relación con determinados modos de comportamiento (roles). O como destacadamente sostiene ZEILINSKI, en estos caso se hablaría propiamente «de la *legitimación de ámbitos generales de acciones libres*, cuya aceptación está recibida históricamente, y que, por ello, no es puesta en cuestión, o que son redefinidos permanentemente de otra manera, por medio de un mecanismo social complejo, en forma de normas sociales»³⁹⁰.

³⁸⁸ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal...* I/36 p. 244, CANCIO MELIÁ, *Op. cit.*, p. 74, En estos casos, no es que la historia legitime determinados riesgos, sino que la ponderación necesaria para determinar si un riesgo debe o no ser permitido se ha realizado ya con anterioridad en función de la valoración que recibe de la sociedad y automáticamente se convierte en un riesgo socialmente adecuado Cfr. MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica” en *El funcionalismo...* *Op. cit.*, p. 234. O también estos riesgos son focos de peligro que el legislador en cierta forma tolera, como por ejemplo los fenómenos naturales cuando a consecuencia de los mismos pueden entrañar un peligro, así en el caso de que la carretera esté mojada por la intensa lluvia o existe niebla en la misma, etc. O se toleran también, porque su creación es impredecible para el mejor desarrollo de la sociedad, por ejemplo, los riesgos que implica la construcción de una torre de 20 pisos, o una planta nuclear, etc. Cfr. GIMBERNAT, Enrique, “*Estudios sobre el delito de...*” pp. 269–270.

³⁸⁹ JAKOBS, en *Derecho penal...* I/35 p. 243.

³⁹⁰ ZIELINSKI, Diethart, *Dolo e imprudencia, comentarios a los §§ 15 y 16 del Código penal alemán* p. 113/100.

Con lo cual, se constata que los riesgos permitidos, vistos desde las anteriores perspectivas, se constata que con ellos no se resuelve una colisión de bienes –por ejemplo, el determinar cuáles son de mayor valor, cuáles de menor o cuáles interesan más a la sociedad– sino por el contrario, con el riesgo permitido se afirma que esos bienes no pueden ser considerados como un conjunto de bienes intangibles e inmodificables, pues estos, cumplen una función que facilita la interacción social³⁹¹ ya que la sociedad –cuyo estado normal es el que interesa aquí–, no es un mecanismo para obtener la protección de bienes, sino un contexto de interacción.

Por consiguiente, el riesgo permitido opera ya como límite del tipo y, por ende, de la propia norma, pero ese riesgo permitido no puede ser tolerado de manera indiscriminada, sino que su autorización surge –como se ha dicho– del resultado de la valoración proporcional entre costos y beneficios (entre libertad de comportamiento y puesta en peligro de bienes) y de la utilidad o beneficio social que con ellos se obtiene, de ahí que, la sociedad para poder legitimar o permitir determinados riesgos en su vida cotidiana, tiene que valorar necesariamente³⁹²:

a) La utilidad social;

b) La inevitabilidad del riesgo y la necesidad de determinadas empresas;

y,

c) La necesidad de empresas peligrosas;

d) La habitualidad general del propio riesgo.

a) La utilidad social, está orientada a la exaltar los beneficios de ciertos bienes jurídicos que entran en conflicto, por ello, para su legitimación es ineludible que las personas cedan algunos ámbitos de su libertad, en aras de obtener una utilidad para la sociedad en común o para un sector de la misma

³⁹¹ Cfr. LÓPEZ DÍAZ, *Op., cit.*, p. 111. En este sentido la intercomunicación entre la persona, la norma y la sociedad, es determinante para este sistema funcional.

³⁹² Para todos los incisos *Vid.*, LÓPEZ DÍAZ, *Op., cit.*, pp. 108 y ss.

en específico. Por ejemplo; una planta nuclear representa un peligro latente para las personas que viven en su área de influencia radioactiva, sin embargo, siendo mayor la utilidad que representa esa planta para la comunidad en general, (v. gr. La posibilidad de nuevos tratamientos para la cura del cáncer) el peligro que encarna es tolerado por esas personas.

b) La inevitabilidad del riesgo, que significa la creación de determinadas empresas que a pesar de conllevar ciertos riesgos o peligros para bienes jurídicos, son inevitablemente necesarias, para el avance de la ciencia o para la reducción de costos económicos, para acortar distancias se crearon en principio el ferrocarril, posteriormente las carreteras y con ello los puentes; los barcos, aviones, etc., todo lo cual conllevó riesgos en los que no pocas personas murieron, pero no por ello se puede prohibir su construcción, pues, dentro de la organización social, esos riesgos son inevitables por ser altamente redituables para la propia comunidad.

c) La necesidad de empresas peligrosas, es otro de los factores que legitiman el riesgo, que son indispensables para garantizar las condiciones mínimas de una sociedad, y que por tanto, sin ellas sería imposible la sobrevivencia de la colectividad, siguiendo esa idea, para disminuir los costos de transporte del gas, se crearon los gasoductos, o para concentrar la basura se formaron los centros de acopio de basura, etc., lo que reporta un peligro constante para las personas que viven cerca y aún cuando la utilidad se mediana o mínima para toda la colectividad, no se puede soslayar su importancia en el desarrollo social.

d) La costumbre general del propio riesgo. En realidad no es tanto el riesgo que se tolera, sino la conducta que a pesar de ser prohibida, de una manera u otra es aceptada como "normal" por la sociedad. Así en época de navidad se tolera que se den regalos a los policías en navidad, o nadie se opone a que a un particular le dé propina a un empleado público por su eficiente labor (no cohecho), etc.

A los anteriores riesgos permitidos, les agregaría los riesgos permitidos dentro de las contiendas deportivas, pues nadie dudaría que las carreras de autos, las peleas de box, o las luchas libres, generan cierto grado de peligro para los contendientes, y en donde a pesar que dolosamente se produzca una lesión o incluso la muerte de uno ellos, lo cual es perfectamente subsumible por un tipo penal, no se sanciona, por que esos riesgos son tolerados socialmente.

Luego, a partir de la valoración de estos riesgos, la sociedad decide, cuáles va a permitir, aceptar o simplemente se resigna –en términos de GIMBERNAT–, a coexistir con esos focos de peligro, pero, sólo en la medida que éstos no rebasan el riesgo socialmente tolerable y para ello impone mediante las normas respectivas la regularización de la actividad peligrosa. Normas de manejo, operación, seguimiento, que tienen como fin el de controlar precisamente esas fuentes de riesgos, y que, justamente por eso, deben de ser obligatoriamente acatadas por las personas a que están destinadas. Por consiguiente, si éstas normas o manuales operativos, no son observadas por sus destinatarios (conductores de vehículos, operadores de industrias, etc.) el foco de peligro, deja en esos momentos de ser tolerado y, por tanto, el *responsable normativo* o a quién se le debe imputar el probable resultado que se derive de la omisión, será aquél que rebasó los límites permitidos por no haberlos controlado –por no observar el manual de operación cuando era su obligación hacerlo– dentro de los márgenes fijados por la norma respectiva³⁹³.

Conforme a las anteriores premisas, desde hace algún tiempo la sociedad se ha preocupado por regular expresamente casi todas esas actividades que *per se* representan riesgos para los bienes jurídicos, en ese sentido podremos citar principalmente las siguientes disposiciones; 1 jurídicas, 2 técnicas, y, 3 las llamadas *lex artis*³⁹⁴.

³⁹³ En *Estudios sobre...* p. 271, esto en los casos de los delitos impropios, en donde existe un deber de evitar el resultado.

³⁹⁴ Para el análisis de los tres tipos de normas *Vid* LÓPEZ DÍAZ, *Op. cit.*, pp. 112 y ss.

1. Las normas jurídicas tienen entre sus funciones la protección de bienes jurídicos, por tanto, son las indicadas para establecer las pautas de comportamientos que los ciudadanos deberán observar en determinadas situaciones tempo–espaciales, con el objeto de evitar la lesión o puesta en peligro de esos bienes. Así, por ejemplo; el Reglamento de Tránsito, prohíbe las altas velocidades en zonas urbanas, impone la observancia de los ciudadanos de acatar los señalamientos del semáforo, ponerse el cinturón de seguridad, llevar casco a los motociclistas, etc., ello con el fin de prevenir lesiones o daños a los propios conductores o de éstos a terceros; o el Reglamento Sanitario que específicamente señala los lugares en lo que se puede establecer y operar los centros de acopio de basura –principalmente fuera de las poblaciones–, y de esta manera, prevenir y evitar posibles focos de contaminación. Por consiguiente, todas esas normas no tienen otro fin que el de regular y administrar las fuentes de peligro.

2. Las normas técnicas, son entendidas como aquellas actividades relacionadas con la operación y mantenimiento de determinadas áreas de la industria –ingeniería, agricultura o minería, etc.–, que implican un riesgo para el trabajador y para la propia empresa, y por ello, esas actividades riesgosas son reguladas por sus propios gremios de trabajadores o profesionales especializados en una rama industrial; construcción, metalúrgica, minería; operación de maquinaria, control de fuentes de peligro que tiene una empresa, etc., mediante las cuales diseñan (acorde a su actividad) sus propios procedimientos, con el fin de prevenir y evitar accidentes, reglas que si bien es cierto, que no tienen la fuerza vinculante de una norma jurídica, también lo es que objetivamente cumplen con la función delimitadora de riesgos permitidos de los no–permitidos, y, por tanto, son indiciarios del deber de cuidado que debe observar el trabajador en una situación concreta, y que a su vez pueden en su caso legítimamente fundar la imputación objetiva del resultado por no prestar atención a las mismas. Como ejemplos de estas “normas” tenemos los manuales de operación, los lineamientos para el manejo de explosivos, las bases para la construcción de puentes, edificios, así como los materiales que se deben utilizar en la misma a fin de que no crear riesgos a terceros, etc.

3. La *lex artis*, son procedimientos de operación muy semejantes a las analizadas en el anterior punto. Las cuales se integran por principios éticos legales que regulan la práctica de la medicina, señalando cómo debe comportarse el médico actuante frente a ciertos síntomas o cuadros clínicos del paciente, por lo que en ellas se apoyan, para resolver conflictos derivados de actuaciones médicas. De tal suerte, que la inobservancia de la *lex artis*, puede generar un riesgo no permitido³⁹⁵.

La aplicación práctica de las anteriores pautas de control de riesgos, es eficiente cuando al valorar *ex ante*, la conducta del agente –como requisito positivo del injusto–, resulta ser adecuada al límite del riesgo permitido (reglamentado o socialmente aceptado). En este caso, el causante al mantenerse dentro del límite del riesgo permitido se excluye la tipicidad en el resultado, es decir, ni siquiera tienen que justificarse. Esto en razón, de que los comportamientos que sólo crean riesgos permitidos no son conductas que merezcan ser justificados, pues ante la ausencia de la creación del riesgo no permitido³⁹⁶ esa conducta es totalmente atípica y no merecedora de justificación³⁹⁷.

La diferencia entre una conducta atípica y una causa de justificación, se puede colegir del siguiente ejemplo; un automovilista conduce a una velocidad de 30 k/h en una zona urbana –en donde está permitido conducir a 40 K/h–, con lo que cumple con las expectativas que de él se espera acorde con la norma de tránsito. Más adelante, intempestivamente se le cruza un ciclista y lo lesiona con el auto. El mismo ejemplo, pero modificando los hechos, puede suceder que ese conductor circule en la zona urbana a una velocidad de 70 k/h, esto como consecuencia de que le han avisado que su casa en donde se

³⁹⁵ Por tal razón, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, para resolver las controversias sobre quejas por las actuaciones médicas se apoya en la *lex artis*. Vid. <http://www.facmed.unam.mx/publicaciones/revista/Un15-conamed.htm>

³⁹⁶ Cfr. JAKOBS, *Moderna Dogmática penal...* p. 226. La postura este autor es criticada por GIMBERNAT, al argumentar que «el tipo imprudente queda excluido, más bien y únicamente, por una razón tautológica; porque no ha habido imprudencia, elemento que, por ser requisito legal expreso, no tiene nada que ver con la imputación objetiva» GIMBERNAT, Enrique, “Qué es la imputación objetiva” en *Estudios de Derecho penal*, p. 214.

³⁹⁷ Es decir, la relación vinculatoria que existe ente una conducta con un peligro desaprobado es lo que fundamenta determinadas conducta en conductas típicas. Cfr. FRINSCH, *Op. cit.* p. 59.

encuentra su familia se está quemando y en el trayecto se le cruza un ciclista y lo lesiona.

De acuerdo con las conductas mostradas por los agentes en cada caso, se puede afirmar sin temor, que mientras al primero no se le imputa el resultado por ser derivado de una conducta atípica (la ausencia de riesgos excluye la tipicidad) ya que se puede constatar *ex ante* que el automovilista con su conducta no defrauda ninguna expectativa social esto con independencia de la finalidad que persiga; en cambio, la lesión producida por el segundo conductor se le debe imputar la misma, pero a pesar de que su comportamiento *per se* fue peligroso –al haber rebasado los límites del riesgo permitido–, opera en su favor una causa de justificación; es decir, el estado de necesidad apremiante que hace que rebase los límites normales de velocidad y que finalmente es valorado por el juez de la causa³⁹⁸.

Pese a la reseñada tendencia general de las anteriores normas de regular los riesgos permitidos, hay que señalar, que excepcionalmente existen casos en los que aun cuando no se hubiese acatado sus disposiciones, en el marco de la imputación objetiva, tal inobservancia no implica necesariamente *ipso jure* la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado³⁹⁹. Esto, tomando en cuenta, en que la regla técnica –reglamento, decretos, manuales, etc.–, y deber de cuidado, son totalmente distintos luego, la regla técnica tendrá una función indiciaria del contenido del deber de cuidado, pero su cumplimiento o incumplimiento de las reglas técnicas no asegura por si mismas sin más la irresponsabilidad⁴⁰⁰.

³⁹⁸ En consecuencia, al incluir el riesgo permitido dentro la tipicidad, evita la confusión entre justificación y tipicidad ya que cabe establecer diferencias entre la valoración (excepcional/normal) del permiso de una acción, por ejemplo, de legítima defensa no puede confundirse con una conducta llevada a cabo dentro de una actividad tan normal como conducir un automóvil. *Cfr* CANCIO MELIÁ, *Op. cit.*, pp. 76–77.

³⁹⁹ La “norma” puede ser deficiente, o que también que hubiera sido sobrepasada por los avances del desarrollo técnico o finalmente no poderse adecuar al caso en concreto; aún prescindiendo de ello, no se podrá suponer un riesgo desaprobado penalmente cuando un comportamiento se aparte por ejemplo del Reglamento de Tránsito, ciertamente la norma de tráfico es, por eso, un punto de apoyo para determinar la culpa, pero no por ello, el juez debe soslayar la comprobación del riesgo producido. *Cfr*. ROXIN, en *Política criminal...* p. 97.

⁴⁰⁰ CORCOY BIDASOLO, *Op., cit.* p. 41.

Las anteriores consideraciones encuentran su fundamento, en que suele suceder que la “norma” sea deficiente, o que, la misma ha sido ya rebasada por los avances del desarrollo técnico, lo que impide adecuarla al caso en concreto; aún prescindiendo de ello, no se podrá suponer un riesgo desaprobado penalmente cuando un comportamiento se aparte por ejemplo del Reglamento de Tránsito, ciertamente la norma de tráfico es, por ley, un punto de apoyo para determinar la culpa, pero no por ello, el juez debe soslayar la comprobación del riesgo producido por el causante. En tal caso, el riesgo residual subsistente no permitido a pesar de la observancia de todas las precauciones requeridas por la norma –ya obsoleta o deficiente–, por tanto tolerable a pesar de su inobservancia.

Por último, dentro del ámbito del riesgo permitido, también puede decaer la imputación del resultado, en ciertos casos específicos en que las personas gracias a sus conocimientos especiales –que no todas tienen–, pueden advertir un resultado próximo inevitable, y a pesar de ello –acuerde con JAKOBS–, no están obligados a evitar el mismo. Esto como consecuencia –sostiene el penalista– que no obstante sus conocimientos especializados en determinada ciencia o arte, el evitar el resultado no forma parte de su rol conforme la esfera de organización social a que pertenecen. Para lo cual, apoya su tesis en los ya clásicos dos ejemplos de conocimientos especiales⁴⁰¹:

En el primero: un ingeniero alquila un automóvil y descubre –gracias a sus especiales conocimientos técnicos en la materia–, que los frenos en breve irremediablemente van a fallar. A pesar de ello, devuelve el vehículo sin darle cuenta al arrendador de la falla mecánica. En el segundo supuesto; un estudiante de biología para ganar un dinero extra y seguir costeadando sus estudios, por las tardes trabaja como camarero en un afamado restaurante. Cierta día, se le encomienda servir una ensalada exótica a unos comensales, al momento de llevarla a la mesa descubre en ella cierto fruto la que gracias a sus estudios (especiales) está catalogada como venenosa. A pesar de esa observación de todos modos sirve la ensalada.

⁴⁰¹ Cfr. JAKOBS, en *Moderna dogmática...*, *Op. cit.*, p. 236.

En ambos casos es ineludible prever anticipadamente por el ingeniero y el estudiante su resultado, pero a pesar de ello, no se les puede responsabilizar por el mismo, ya que siguiendo la tesis de JAKOBS nadie espera que quien renta un automóvil o sirve en un restaurante deba tener conocimientos especializados en materias que nada tiene nada que ver con el rol que representan en su ámbito de organización (arrendador de autos, mesero). Y en todo caso, de fincarles una responsabilidad ésta se limitaría únicamente a la omisión de socorro⁴⁰².

Con los mismos parámetros se resolvería también la responsabilidad de quienes ha obtenido casualmente ciertos conocimientos específicos –no especializados– que les permiten saber de antemano un acontecer de realización futura. Sirve de modelo para ilustrar lo anterior, la obra de GARCÍA MÁRQUEZ, «*Crónica de una muerte anunciada*»⁴⁰³ en ella se habla que Santiago Nazar, regreso a su familia la noche de bodas a su esposa María Alejandrina; en este caso, todo el pueblo sabía que por esa humillación, Santiago iba a ser asesinado por los hermanos María Alejandrina. Sin embargo, nadie intervino para evitar su muerte la que finalmente se consumo. Y no por eso, sería valido enjuiciar a todo el pueblo por no haber evitado la muerte de Santiago, a pesar que con anticipación tuvieron conocimiento del probable resultado.

En torno a la forma que JAKOBS resuelve declinar la imputación acorde a rol que juega una persona con conocimientos especiales o causales, ha sido materia de severos cuestionamientos, en este sentido FEIJOÓ ha sostenido que «El criterio objetivo no puede ser un concepto sociológico –el rol social– (si no se quebranta el rol en el que uno se mueve, no se realiza el tipo penal) sino un

⁴⁰² En *Moderna dogmática... Op. cit.*, pp. 236–237, en el mismo sentido REYES ALVARADO, refiere que aún cuando parece ilógico principalmente en el caso del estudiante, éste en ningún momento su conducta se adecua al tipo descriptivo en la parte especial de la norma, puesto que no fue el que sirvió el platillo, tampoco le agrego la fruta venosa y no tenía la posición de garante respecto de los comensales, en una palabra no creó ningún riesgo no permitido. *Op. cit.*, pp. 132–133. Conforme a la teoría del deber de vigilancia del foco de peligro que conduce a la producción del resultado esbozada por GIMBERNAT, en la que surge la obligación de actuar, evitando con ello, el desbordamiento de un riesgo de peligro prohibido y de haberse desbordado éste reconducirlo al nivel del riesgo permitido. *Cfr.* GIMBERNAT en *Estudios sobre...* pp. 113 y ss. En ambos casos (evitación y reconducción) el núcleo esencial es el concepto de foco de peligro preexistente, por tanto, en el supuesto del mesero y del mecánico, los dos están conscientes del peligro existente, por lo que conforme a esta teoría a los dos se les imputaría el resultado.

⁴⁰³ GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel, *Crónica de una muerte anunciada*.

criterio recogido de forma expresa o tácita por una norma penal. De lo contrario, sería bastante complicada la delimitación de roles, más allá de los criterios que nos ofrece el tipo»⁴⁰⁴. De tal forma, la preeminencia de la objetivación que el maestro de Boon hace del tipo, denota en cierta forma un total desprecio por el aspecto subjetivo del hecho, al anteponer como punto de valoración en el resultado únicamente un criterio objetivo, y de esta manera fijar taxativamente los límites de los roles que juega cada persona en la sociedad.

Así, en el imaginario caso del camarero con conocimientos especiales, FEIJOÓ llega a concluir que «es absurdo considerar que el Derecho penal protege a todas las personas que le sirvan un plato envenenado, menos aquella a la que el camarero le iba a servir antes de darse cuenta de que lo que lleva entre manos. Si la conducta del camarero es atípica por que no reúne los requisitos objetivos de los tipos de homicidio o lesiones, lo será con relación a toda persona a la que le pueda servir un plato envenenado. Lo decisivo, en definitiva es que los sujetos no configuran desde su punto de vista lo que ha de ser desvalorado, sino que la norma penal decide cuáles son las capacidades y conocimientos individuales que adquieren relevancia social en un determinado contexto»⁴⁰⁵.

En la misma dirección REYES ALVARADO, cuestiona críticamente ¿cuáles serían los parámetros que sirvan de orientación para determinar, por un lado, qué es lo que debe saber cada individuo, por otro, qué sabe efectivamente una persona y finalmente qué debe hacer un sujeto con base a lo que ya sabe⁴⁰⁶. Tales reflexiones difícilmente pueden ser respondidas de forma unívoca, dado de que no existe una norma expresa que sirva de referencia en la valoración de los conocimientos que una persona tiene, los que pueda adquirir y lo que deba

⁴⁰⁴ *Op. cit.*, pp. 107–108, en el mismo sentido Armin KAUFMANN, al señalar la imposibilidad de realizar un juicio puramente objetivo de la creación de un peligro desaprobado se debe a la cuestión de la permisibilidad o prohibición de una determinada acción dependen también de los conocimientos del autor, sin tomar en cuenta el aspecto subjetivo del autor (los conocimientos previos) Citado por FRISCH, *Op. cit.*, p. 42.

⁴⁰⁵ FEIJOÓ. *Op. cit.* p. 110, el mismo autor más adelante (p.123) cuestiona precisamente la gran relevancia que le concede JAKOBS a las normas extrapenales y reglas de la técnica para la determinación de lo permitido en determinada sociedad.

⁴⁰⁶ *Op. cit.*, p. 129.

de hacer con ello, salvo en este último supuesto es factible que la norma regule los casos en que una persona asume una posición de garante⁴⁰⁷.

3.2.3 Principio de confianza

Con el principio de confianza se inicia el segundo eslabón del primer juicio. Con principio no se imputará objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiado en que otros se mantendrán dentro de los límites permitidos. Motivo por el cual este nivel de exclusión se encuentra íntimamente ligado al riesgo permitido –ya analizado en el punto anterior–, con la peculiaridad que a diferencia de éste, en el principio de confianza el desarrollo del acontecimiento no depende del actuar propio, sino del cuidado que pongan otras personas, esto es, se toma en cuenta que toda persona –en principio–, confía en que la otra persona se va a comportar de la misma manera que él se comporta, es decir, tiene confianza en que el actuar de otro u otras personas será el adecuado, conforme a las reglas existentes⁴⁰⁸.

Así, por ejemplo, en el tráfico de automóviles cada conductor confía en que el de enfrente o el del lado, se comportará de manera correcta, lo mismo sucede con el médico, que en una intervención quirúrgica confía en que su anestesiólogo o el responsable de proporcionarle los instrumentos para la operación, lo va hacer conforme a la *lex artis*, o, por último, en los casos en que no existe riesgo alguno una persona confía en que otra realizará con el mayor empeño el trabajo encomendado por aquél⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ En este sentido, puede ser que el autor sea garante de verificar que se respeten los estándares habituales de seguridad *con independencia de su comportamiento actual*, por ejemplo, el velador de una fábrica es garante de la seguridad de la misma y si tiene conocimiento –sin importar la forma que lo adquirió–, de que no se están respetando los estándares (que no causen daños, que no roben, etc.), obliga a actuar conforme a su ámbito de organización e impedir cualquier daño que le pueda ocurrir a la fábrica de la cual a asumido la posición de garante. Cfr. JAKOBS, en *Moderna Dogmática...* p. 238 (cursivas en original), a diferencia de ROXIN, que busca casos concretos para aplicar las soluciones *ad hoc*, JAKOBS, busca soluciones a problemas generales. Cfr. FEIJOÓ, *Op. cit.*, p. 112. «Así, el principio de confianza se interpreta en parte como delimitación de la imputación a través del ámbito de responsabilidad de otro» ROXIN, en *Política criminal...* p. 111.

⁴⁰⁸ Con mayor detalle *Vid.* JAKOBS, en *Estudios de derecho penal*, *Op. cit.*, p. 218, WELZEL, en *Derecho alemán...* pp. 159–160, CANCIO MELIÁ, *Op., cit.*, pp. 77–78, REYES ALVARADO, *Op. cit.*, pp. 141 y ss. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* pp. 137 y ss., CANCIO MELIÁ/FERRANTE/SANCINETTI, *Op. cit.* p. 89.

⁴⁰⁹ Esto es así –a decir de Ferrante–, porque el derecho, ya de por sí, manifiesta que el otro *debe* hacer honor a la confianza *normativa* que en él deposita, sin que quepan argumentos probabilísticos, pues las normas jurídicas se formulan de modo contrafáctico y su vigencia se desenvuelve en el plano del *deber ser*. *Vid.* CANCIO MELIÁ/FERRANTE/SANCINETTI, *Op. cit.* p. 90 (cursivas en original).

Hay que subrayar, que el principio de confianza en la actualidad es empleado con existo en determinadas áreas principalmente; 1 de tráfico de vehículos de motor terrestre; 2 en la realización de trabajo por equipo; y, 3 en la solución de los supuestos en que se facilita la comisión de un hecho doloso por parte de un tercero:

1. En el tráfico de vehículos de motor terrestre, el principio tiene su origen en la década de los treinta del siglo pasado y curiosamente nace como un *principio de desconfianza*, esto es, que por el simple hecho de participar en el trafico se podría tener un posible comportamiento antirreglamentario frente a los demás; de ahí que quien observaba a un peatón en la calzada, no obstante su derecho de prelación debiera disminuir inmediatamente su velocidad ya que era previsible que el peatón quebrantará ese derecho y cruzará la calzada y con ello pudiera ser lesionado por el automovilista.

Más adelante el tráfico ha sido regulado por las autoridades de tal manera, que con ello se puedan prevenir y evitar accidentes. Consecuente con lo anterior, ROXIN, ha dicho que este principio, es hoy reconocido sobre todo en el Derecho penal del tráfico, como un principio para el rechazo de un aumento de peligro inadmisibles. De tal suerte que el que tiene preferencia no necesita disminuir su velocidad en un cruce en consideración a posibles choques con otros conductores, sino por regla general puede partir del hecho que su preferencia será respetada. Si esto no sucede y se llega a un choque, entonces sólo hay culpa por parte del que no respetó la preferencia⁴¹⁰.

2. En la cooperación o realización de trabajo por equipo. Este principio ha respondido a los avances técnicos y manejo de computadores, sistemas satelitales, operación de maquinaria pesada que implican por sí mismo ciertos riesgos para terceros de no ser operados con eficiencia. Precisamente a través del principio de confianza, se estructura el ámbito organizacional de la división de trabajo que se desarrolla la sociedad, ámbito en el que cada uno de los sujetos asume o se compromete a desempeñar un rol o roles de cuyos actos u

⁴¹⁰ En *Política criminal...* pp. 98–99,

omisiones será responsable. Por tanto, se tiene la confianza en que sus operadores obren con eficacia y de esta manera, puedan ser reducidos a su mínima expresión o nulificados esos riesgos latentes.

En consecuencia, a decir de ZAFFARONI, el *principio de confianza* se basa en que, a pesar de la experiencia de que otras personas han cometido errores, se autoriza a confiar en el comportamiento correcto. Sin este principio no sería eficaz la división de trabajo, sea en grupos; equipos quirúrgicos, sociedades, fábricas, clínicas etc⁴¹¹. Por consiguiente, «No se trata únicamente de que las personas en acciones comunes o contactos anónimos puedan ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales impredecibles (en esta medida, riesgo permitido), sino también se trata de la responsabilidad de estas personas por sus fallos»⁴¹².

En sentido similar CANCIO MELIÁ señala, generalmente se espera que todas las personas “actúen en principio” como responsable de la situación de riesgo por ellos creada o que a ellos corresponde controlar ese actuar “responsable”. De este modo, es la conducta asumida por las personas, lo que genera la confianza de que todos los que conviven en una interacción social van hacer cuidadosos en sus comportamientos, puesto que, todos de una u otra manera somos o nos convertimos en una fuente de peligro para otros y por lo tanto, la administración de la fuente nos corresponde a todos⁴¹³.

Asimismo, en el ámbito laboral, el principio de confianza no sólo debe ser observado por los trabajadores operativos u obreros, sino que esa obligación abarca también a los mandos superiores o directivos de toda empresa, pues ellos tienen el deber no sólo de ordenar a los inferiores sino de supervisar o vigilar que se cumplan puntualmente sus indicaciones.

En ese tenor, en una intervención quirúrgica a una persona por un grupo de médicos, se puede afirmar, que gracias a la división de trabajo el principio

⁴¹¹ *Op. cit.* p. 451 (cursivas en original).

⁴¹² JAKOBS, *Derecho penal...*/51 pp. 253–254.

⁴¹³ *Op. cit.*, p. 78.

de confianza retrocede a los superiores o especialistas, es decir, cuando los intervinientes (*v.gr.* el médico que dirige la operación) poseen concretos deberes de vigilancia por estar más capacitados que el personal inexperto en la materia —el médico no debe de confiar en el asistente aún inexperto sino vigilar sus movimientos—, u otras misiones de control⁴¹⁴.

Con relación al deber de vigilancia como componente del principio de confianza, diremos que también se puede presentar en determinados supuestos una inversión de ese principio. Es decir, el principio de confianza como a quedado asentado en líneas precedentes, se fundamenta en que «cada persona puede confiar en la actuación correcta de los demás; su inversión —principio de desconfianza—, supone que los cargos directivos y los mandos intermedios no pueden confiar en la actuación correcta de los trabajadores, por el contrario, responderán por la posible actuación `incorrecta` de los mismos»⁴¹⁵.

Lo anterior se puede graficar en el siguiente ejemplo, Pedro chofer de una firma comercial, ha solicitado al jefe del taller, que repare los frenos y los ponga en optimas condiciones, el jefe del taller ordena a los mecánicos realizar el trabajo solicitado. Cuando Pedro va por el camión, es entregado por el jefe del taller, quien le asegura —sin haberlo verificado—, que el camión ha sido arreglado y que todo está ya en perfectas condiciones. Pedro recibe el camión y continúa entregando la mercancía conforme a la ruta indicada. Cierta día le cambian de ruta, por la que tiene necesariamente que pasar por una calle —cuya pendiente es prolongada—, llegado el momento, no le responden los frenos y el camión se proyecta por la pendiente lesionando unos infantes y

⁴¹⁴ *Cfr.* ROXIN en *Derecho penal* § 24/25 p. 1006, Partiendo de este principio se podría resolver el caso de la Discoteca Lobombo el cual sucedió en México Distrito Federal, en el que aproximadamente a las 4:00 de la mañana, inicio un corto circuito que provoco un incendio y cual muy pronto alcanzó grandes dimensiones gracias a los materiales inflamables (cortinar, plásticos, madera, etc.) al tal grado que los parroquianos no pudieron salir, o bien, porque la salida estuviera bloqueada por aparatos, bien, porque el personal de vigilancia les impedía salir, por lo que murieron varias personas. Lo trascendental de este asunto es que la Procuraduría del Distrito Federal únicamente inicia la averiguación penal en contra del dueño y no en contra de quienes conforme a su organización y división de trabajo tenía la responsabilidad de supervisar la instalación, las salidas del lugar, los medios contra el fuego, etc., puesto que conforme a la división de trabajo el dueño confía en que los demás cumplirán cabalmente con sus obligaciones. *Cfr.* DÍAZ-ARANDA, Enrique, ¿Se puede aplicar la dogmática penal alemana para resolver casos reales en México? En *Criminalia* Años LXX No. 3 sep–dic., 2004 pp. 84 y ss.

⁴¹⁵ CORCOY BIDASOLO, *Op., cit.* p. 45.

causando daños en las cosas. En este supuesto –en mi concepto– se le debe imputar el resultado al jefe del taller, pues tenía la obligación de supervisar que efectivamente los frenos habían sido arreglados, el no haberlo hecho, lo hace responsable del resultado⁴¹⁶.

En similar sentido se ha pronunciado la Primera Sala de la SCJ en la tesis bajo el rubro de:

«**CULPABILIDAD.** No puede formularse el juicio de reproche, como elemento normativo de la culpabilidad, imputando a una persona ser causa eficiente de un evento dañoso por manejar un vehículo del servicio público que se encontraba en malas condiciones de la dirección, si se demuestra que el trabajador hizo del conocimiento de la empresa de Transportes advirtiendo las consecuencias que podría ocasionar su manejo, y a pesar de ello, recibe órdenes para que lo guíe»⁴¹⁷.

3. Con relación a los delitos dolosos de otros⁴¹⁸. El principio opera también sobre la idea de que todo mundo confía en que otros no cometerán acciones dolosas en contra de sus bienes o de los bienes de terceros, derivadas de una conducta permitida. En concreto, en la actualidad las personas pueden adquirir sin permiso o autorización alguna: herramientas, cuchillos, tanques de gas, gasolina, etc., por tanto, los que los venden, confían en que no las van a destinar a un fin lícito.

En el marco de las anteriores consideraciones, vemos como el principio de confianza constituye de manera muy especial un presupuesto específico del riesgo permitido⁴¹⁹ y –a decir de JAKOBS–, opera como regla general en todos los casos, excepto en los siguientes supuestos, en los que se anula o decae:⁴²⁰

a') Cuando el sujeto en quien se confía o espera un específico comportamiento (interlocutor), le falta madurez suficiente o desconoce las

⁴¹⁶ En principio, si bien es cierto, que en la organización por división de trabajo cada uno de sus componentes sólo puede dominar el riesgo dentro de *su ámbito de responsabilidad*, no menos lo es que en estos casos, el director o jefe responde por los defectos de sus subordinados por ausencia o negligencia en la revisión y supervisión de aquellos (mandos superiores) de los trabajos o indicaciones ordenadas a éstos (empleados) *Cfr. ZIELINSKI, Op., cit.*, p. 116/103. (cursivas en original).

⁴¹⁷ Vista en el Boletín 1969 p. 308..

⁴¹⁸ Algunos autores como MARTÍNEZ ESCAMILLA, consideran que el principio de confianza solo aplica en los delitos imprudentes, en *La imputación objetiva...* p. 333

⁴¹⁹ *Cfr. CANCIO MELIÁ, Op. cit.* pp. 81–82.

⁴²⁰ *Cfr. JAKOBS, Derecho penal...* I/52 p. 254.

reglas o la posibilidad de seguirlas; cuando los niños (interlocutores) salen de una función de cine o de la escuela, en estos casos, el conductor de un automóvil no puede esperar ni confiar que los niños no cruzaran la calle y que de hacerlo lo harán adecuadamente, para que él siga su destino⁴²¹.

En esta muestra, si el conductor lesiona a un infante, no podrá invocar en su favor el principio de confianza, (no podría argumentar por ejemplo; “confíe en que no iban a cruzar la calle”) puesto, que existen suficientes elementos de juicio que permiten inferir a cualquier observador medio que la conducta del menor no está reglamentada y es impredecible, por tanto, el autor debe adoptar una conducta diferente para evitar causar una lesión o daño a los menores⁴²².

b') También decae, cuando la función (rol) de una persona participante o coparticipe consiste en compensar o contrarrestar un error del comportamiento de otro, este criterio se actualiza en los supuestos en los que, en quien se confía (interlocutor) se salta de su rol respectivo, así, los manifestantes que impiden el paso a los automovilistas en una vía pública (en este caso los manifestantes muestran un comportamiento defectuoso, antijurídico), sin embargo, ellos esperan que los conductores se detengan y no los lesionen⁴²³.

En esta hipótesis, se anula el principio de confianza, pero desde la perspectiva de los “terceros” (los manifestantes en este caso) y no del que se podría llamar “autor” (conductor), puesto que el conductor ya no espera o ha renunciado a la confianza de los “terceros” y a partir de ese momento el “autor” deberá contrarrestar ese hecho y no continuar, porque de continuar, el principio de confianza se anula como consecuencia de su conducta. Por lo que sí, el conductor lesiona a los manifestantes no podrá invocar el principio de confianza en su favor, (aduciendo que “ellos son los responsables pues al estar

⁴²¹ Vid. JAKOBS, *Derecho penal...* I/54 p. 255, CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 480, REYES ALVARADO, *Op. cit.*, p. 147, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Op. cit.* p. 451.

⁴²² Cfr. REYES ALVARADO, *Op. cit.*, p. 147.

⁴²³ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal...* pp. 256/54, CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 480, REYES ALVARADO, *Op. cit.*, p. 149.

obstruyendo una vía pública su conducta es antijurídica) y tendrá que responder penalmente del resultado⁴²⁴

Una variante al anterior ejemplo y es muy común que se presente, *V., gr.*, Luis conduce un automóvil por su carril derecho (como lo indica el Reglamento), de pronto observa como otro conductor viene dirección de él (Mario) con exceso de velocidad (no respeta el máximo de velocidad ni la vía para transita que señala el Reglamento). Aquí Luis, en un momento dado espera que Mario rectifique y se reubique en su respectivo carril, pero de no hacerlo, Luis debe dejar de confiar en él y reasumir su conducta a la nueva situación, es decir, debe frenar, o dirigir el automóvil más a su derecha para que pase Mario⁴²⁵.

Sin embargo, la cuestión en este caso no es tan sencilla, en atención a cuál sería la consecuencia jurídica, para Luis si este por esquivar a Mario se pega con un poste. En mi opinión, partiendo de que el principio de confianza es un presupuesto del riesgo permitido; y por ello, quien se comporta contrario a las expectativas de la sociedad, con su conducta puede crear un riesgo jurídicamente desaprobado, es obvio que el resultado que genere con ese riesgo se le debe imputar forzosamente a él. Por consiguiente, siendo el comportamiento de Luis adecuado a la norma de cuidado (riesgo permitido), y si con su acción reflejo causo un resultado dañoso, fue con el fin de evitar un probable (y tal vez inevitable) daño mayor a sus bienes jurídicos y el resultado se le debe atribuir a Mario.⁴²⁶

c') Tampoco es dable la imputación por defraudación al principio de confianza a quien no logra evitar daños subsecuentes (también llamados daños por las consecuencias)⁴²⁷. JAKOBS suele apoyar la ausencia de imputación con los siguientes ejemplos: «Tras un accidente, un conductor distraído choca con los restos del accidente esparcidos por la carretera. Tras un accidente un

⁴²⁴ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal...* I/55 p. 256.

⁴²⁵ Cfr. REYES ALVARADO, *Op. cit.* p. 149.

⁴²⁶ Cfr. "Causas excluyentes de incriminación" artículo 12 Cpmich.

⁴²⁷ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal...* I/54 p. 256.

médico realiza un diagnóstico erróneo; (también) debido a ello permanecen irreparables los daños de la víctima del accidente»⁴²⁸.

d') Por último, como característica general del principio de confianza se prevé –obviamente– que el comportamiento defraudador de la confianza deba ser ejecutado, es decir, no basta la mera expectativa de que se va a realizar próximamente, sino que se deben exteriorizar los actos conducentes a su ejecución, pues no es factible agravar al que confía en la solución del problema, por eso sólo cuando el que se comporta incorrectamente pierde el dominio de la situación, debe intervenir el otro. Para ello retomamos el ejemplo de Luis y Mario, si el primero observa que el segundo se dirige a él a exceso de velocidad *imaginándose* que lo va a impactar vira imprudentemente el volante y se proyecta con el poste. Sin embargo, Mario a una distancia prudente disminuye la velocidad y rectifica su carril. Luis no podrá aducir en su defensa que Mario defraudo el principio de confianza, puesto que sólo en su *imaginación* sucedió, ya que Mario con toda oportunidad aminoró la velocidad y retorno a su carril, por tanto, *nunca exteriorizó* actos tendientes o cercanos impactarse contra el auto de Luis, luego, el resultado es obra de éste último⁴²⁹.

Sobre las trascendencia del principio de confianza algunos autores discurren que es innecesario cuando se observa la norma del deber de cuidado (previsibilidad)⁴³⁰ Entre ellos MARTÍNEZ ESCAMILLA, refiere que los participantes en el tráfico no necesita amoldar su conducta (a la de terceros) para neutralizar la imprudencia ajena a no ser que exista un indicio de que haga aparecer dicha imprudencia como previsible,⁴³¹ como lo sería en el caso cuando una pelota sale de una casa y atraviesa la calle, la experiencia y la estadística indica que de tras de una pelota van por ella uno o varios niños, por lo que el conductor debe prever esa situación y hacer alto (seguridad en la conducción).

⁴²⁸ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal...* I/54 p. 256.

⁴²⁹ «Si bien el principio es correcto no deja de ser objetable que pretenda esperar la pérdida del dominio para intervenir, cuando en general es suficiente conque se perciba la falla» ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Op. cit.*, p. 451.

⁴³⁰ Incluso la jurisprudencia alemana en un momento consideró a la previsibilidad o experiencia de la vida como fundamento para el principio de confianza, (RGSt. 73, 242), Citada por REYES ALVARADO, p. 143.

⁴³¹ En *La imputación...* p. 138

Otros por el contrario, opinan que entre el principio de confianza y el deber de cuidado, existen marcadas diferencias, en esta vertiente se encuentra STRATENWERTH, quien de manera muy especial esboza la distinción entre el principio de confianza y el de deber de cuidado, al afirmar que «En aquellos casos de la vida social en los que entran en contacto los comportamientos de varias personas, por regla general cada uno de los implicados debe poder confiar en que los demás se comporte conforme al cuidado debido, ya que también éstos se hallan sometidos a la exigencia del ordenamiento jurídico. Esto no tiene nada que ver con probabilidades fundamentadas de manera estadística o con reglas de experiencia; por el contrario la experiencia nos demuestra que las infracciones de cuidado debido se producen con considerable frecuencia. Solamente el hecho de que el otro reviste el carácter de ser una persona responsable es lo que justifica la expectativa de que vaya a actuar conforme a su responsabilidad esto es, de que vaya a cumplir con sus deberes de cuidado»⁴³².

En mi opinión, ambas posturas son razonables validas, toda vez que no se contraponen entre sí, incluso ambas se complementan cuando en los casos en que una persona actúa correctamente espera la corresponsabilidad del comportamiento semejante de la otra, pero a su vez, no por ello deja de observar la norma de cuidado.

3.2.4 Prohibición de regreso

La moderna prohibición de regreso diseñada por JAKOBS ya no se formula acorde con BACIGALUPO, «como una negación de carácter causal de las “precondiciones de una condición”, dado que estos casos de causalidad es innegable. Ahora se trata de excluir la imputación en aquellos casos en los que la causa (o la precondición en el sentido de Frank) ha sido puesta por alguien

⁴³² Citado por JAKOBS, *Moderna dogmática penal*, *Op. cit.*, p. 363, REYES ALVARADO, acota, «con dicha afirmación se admitiría que la realización de conductas que se apartan de los patrones de conducta social que no son previsibles debido a su escasa ocurrencia *Op. cit.*, p. 143, por tanto, este principio trata de abordar una parte de los casos que nos ocupa desde el punto de vista de la imputación de las consecuencias; con arreglo a ella las consecuencias del delito doloso de un tercero no ha de imputarse a aquel que ha hecho posible por imprudencia este delito doloso. *Cfr.* FRISCH, *Comportamiento típico e...* pp. 252–253.

que no tiene por qué responder por el resultado que produce directamente un tercero o que es imputable a la propia víctima; dicho de otro modo la imputación alcanza a quien es *garante de la evitación del resultado*»⁴³³.

De esta forma, se delimita la irresponsabilidad penal de una persona por los hechos de terceros, y la exclusiva responsabilidad sobre hechos propios. Para tal efecto, se tendrá que distinguir necesariamente entre; los hechos en los que una persona participa únicamente acorde a su “rol” preestablecido con aquellos, en que la persona crea una situación, pero otros son los que la aprovechan para cometer el delito⁴³⁴. De este modo, para el maestro alemán con la “prohibición de regreso” decae la imputación objetiva a) a terceros⁴³⁵ que afectan el principio de confianza⁴³⁶ y b) *lo contrario de la imputación por accesoriedad es la prohibición de regreso*⁴³⁷ sobre base de la 1 participación *latu sensu*⁴³⁸ y el 2 ámbito de la prohibición de regreso en la participación *stricto sensu*.

a). La prohibición de regreso afecta al principio de confianza, cuando basados en una relación jurídica estereotipada de obligaciones y derechos, conforme a lo previsto por la norma, *V.,gr.* cuando el deudor paga su deuda al acreedor, tal acción, es totalmente normal e inofensiva para el Derecho penal,

⁴³³ *Op., cit.*, p. 277, Es por ello, que esta institución no tiene nada que ver con la prohibición de regreso esbozada por FRANK, como una forma de interrupción del curso causal (*Vid supra* 1.1.3. inciso a) pp. 16 y ss.), pues, no se trata de un problema de causalidad, sino de imputación, además de que no es un criterio de carácter absoluto y finalmente, porque puede ser aplicable tanto en acciones dolosas como en comportamientos imprudentes *Cfr.* LÓPEZ DÍAZ, *Op. cit.*, pp. 130–131.

⁴³⁴ *Cfr.* FEIJÓO SÁNCHEZ, *El comportamiento...*, pp. 57–58. Estas consideraciones encuentran su fundamento en las acciones que los integrantes de una sociedad realizan cotidianamente en su vida, no necesariamente se realizan de manera aislada, sino en ocasiones, esas acciones se intercalan o se suceden con las acciones de otros agentes, las que pueden generar un riesgo común, y en su caso desembocar en un resultado, del que muchas veces no todos los intervinientes suelen ser responsables.

⁴³⁵ «La responsabilidad por un delito de resultado mediante la comisión decae cuando una acción llega a ser causal de un resultado típico sólo porque un tercero desvía sin relación con el agente las consecuencias de la acción hacia el daño» JAKOBS, en *Derecho penal...* I/59 p. 259.

⁴³⁶ Con mayor detalle, *Vid.* JAKOBS, en *Estudios de derecho penal*, pp. 216–218, y ss. REYES ALVARADO, *Op. cit.*, pp. 318 y ss.

⁴³⁷ Sobre la accesoriedad del comportamiento JAKOBS la define como: *un comportamiento es accesorio cuando constituye una razón para imputar el acto de ejecución que otro ha realizado; lo contrario de la imputación por accesoriedad es la prohibición de regreso.* En *Moderna dogmática...* p. 255 (cursivas en original).

⁴³⁸ Es incuestionable que JAKOBS, desde la «prohibición de regreso» como marco de la imputación objetiva, ha encontrado su lugar de desarrollo y sea ha convertido en un principio metódico para la objetivación de la teoría de la autoría y participación. *Cfr.* FEIJÓO. *Op. cit.*, p. 124. La teoría de la prohibición de regreso de acuerdo con habitual comprensión, no tiende a otra cosa tratar de recortar ya en el tipo objetivo (de autoría) las ampliaciones que la teoría de la equivalencia de condiciones introdujo en el tipo objetivo de los delitos de resultado. *Cfr.* JAKOBS, Günther, en *La prohibición de regreso en el Derecho penal...* p. 102.

incluso, con ello el deudor no quebranta su rol como ciudadano, al contrario cumple cabalmente con la norma, no obstante, que más adelante el acreedor pueda aprovechar esa relación jurídica en una organización no permitida (a título de ejemplo; sí el acreedor con el dinero que le pagaron compra droga). En este caso, es cuando se actualiza la existencia de *una prohibición de regreso*⁴³⁹ a favor del que ha pagado su deuda, para el efecto que no se le quiera hacer también responsable por la compra de droga, esto es, que aún cuando se presenta un nexo de causalidad entre el dinero y la droga, no se le puede imputar al deudor como responsable del comportamiento de acreedor.

b). Respecto de la distinción entre la participación *latu sensu*, (en este sentido se toma en cuenta a todos los participantes en el hecho por igual, sin diferenciar la forma y calidad con la que intervinieron –autor, instigador, cómplice, inductor–, por lo que el delito es de todos), y, *stricto sensu* (la participación se reduce únicamente a la inducción y la complicidad) en el ámbito de la prohibición de regreso, tenemos:

En la participación (*latu sensu*), los principios de accesoriedad⁴⁴⁰ y de prohibición de regreso se encuentran íntimamente relacionados con los roles que desempeñan cada persona en el ámbito de su organización social, sin embargo, esa relación se viene a complicar cuando se tiene que determinar el rol que desempeña en una participación quien actúa en primer lugar. Para tal efecto, JAKOBS, clasifica a las formas de participación en cuatro grupos⁴⁴¹ tres grupos abarcan la participación *latu sensu*; de los cuales en dos de ellos A) y B) queda excluida la responsabilidad de quien actúa en primer lugar y en el restante C) la responsabilidad es concurrente⁴⁴². El cuarto grupo D) está

⁴³⁹ JAKOBS, en *Moderna dogmática...* p. 216 (cursivas en original). De ahí que ROXIN apunte que es en donde reside el núcleo correcto de la antigua teoría de la prohibición de regreso, conforme a la cual la actuación no dolosa en delitos dolosos es impune. Ciertamente no es, como antiguamente se suponía que el hecho doloso del ejecutante inmediato interrumpe el curso causal o que el tercero en razón de la impunidad de la complicidad culposa no puede jamás ser hecho responsable. Cfr. ROXIN, en *Política criminal...* pp. 102–103.

⁴⁴⁰ El principio de accesoriedad consiste en que sólo puede haber una participación si existe un hecho principal y con ello se dice que no existe responsabilidad autónoma para la participación, más bien se hace responsable al partícipe transfiriéndole la responsabilidad del autor principal. Por todos Vid., PEÑA RAMOS, Enrique, en su brillante monografía *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, p. 238.

⁴⁴¹ JAKOBS, en *Moderna dogmática...* p. 248.

⁴⁴² Para todos los ejemplos Vid. JAKOBS, en *Moderna dogmática...* pp. 248 y ss.

enfocado a la participación *stricto sensu*; siendo en este grupo en donde con mayor claridad se deduce la responsabilidad penal de los intervinientes.

De este modo, los dos primeros grupos en los que se excluye la responsabilidad se presentan, cuando:

A) Entre los intervinientes no tienen nada en común con el resultado, lo que se ilustra con el siguiente por ejemplo: Ana amenaza a su amante (Mario) con destruir una valiosa obra de arte propiedad de Carlos, si la abandona; luego, si efectivamente el amante la abandona, éste no responderá de los daños ocasionados por aquella. Esto en virtud de que Mario no tiene por qué consentir que se le impongan como definición de su comportamiento la realización de una condición *so pena* de ejecutar un hecho delictivo; además de que la conducta de Mario se ha mantenido dentro del marco de su rol inocuo para el Derecho penal. Lo que redundaría en que a Mario no se le podrá imputar la destrucción de la obra de arte ni siquiera a título de partícipe, simplemente porque la ejecución no le es propia.

B). Entre el primer actuante y el autor existe una relación comercial común, pero lo que hay en común, se limita únicamente a una prestación de un servicio –que se puede obtenerse en cualquier lado–, que no entraña por sí misma riesgo especial alguno. No obstante, el autor hace uso de la prestación para cometer un delito: Pedro acude a una ferretería a comprar herramienta –la que se puede conseguir en cualquier otra ferretería– y Ernesto se la vende. Pedro utiliza esa herramienta (prestación) para abrir el candado de un almacén y robarlo. Aquí, es indiscutible, que entre comprador y vendedor existe una relación de causalidad, la cual se refleja en el resultado –daño en las cosas y robo–, pero, en este caso, lo que hay de común –la relación de causalidad– carece de todo significado relevante para el Derecho penal, puesto que el primer actuante, es decir, Ernesto en ningún momento se apartó o quebrantó su rol de vendedor de herramientas, y en consecuencia no se le puede imputar el resultado.

Tal situación cambia, cuando del rol del vendedor se desprende una posesión de garante, respecto de los objetos o sustancias que puedan crear un riesgo o lesionar un bien jurídico, lo mismo sucede en los supuestos en que el primer actuante tiene resguardados o que se encuentran en su ámbito de protección determinados bienes jurídicos. En cuyos casos, decae la prohibición de regreso, esto en atención a que esa posición de garante constituyen *a su vez*, una de las razones principales que fundamentan su responsabilidad en la evitación de daños a terceros⁴⁴³.

Ejemplificando lo anterior; Pablo trabaja como contador de un centro comercial, motivo por el cual, le está prohibido informar a otra persona el *cuándo*, el *cómo* y en *dónde* se transporta dinero o los valores de la empresa, por tanto y aún cuando él no sea el responsable directo de transportarlos tiene –atendiendo justamente su relación laboral– la posición de garante respecto de la salvaguarda de esos valores y en caso de que en virtud de su información sean sustraídos existe un comportamiento vinculatorio con el resultado y por ello también se le imputa el mismo.⁴⁴⁴

C). El tercer grupo, en el que la que la responsabilidad se presenta cuando lo común –entre los intervinientes–, viene determinado por la configuración de una prestación que es por si misma peligrosa, y, por tanto, por regla general está prohibida por la norma, en cuanto encarna un peligro en abstracto. De ahí, que quien realiza esas conductas peligrosas no puede verse distanciado de las consecuencias delictivas que se deriven de su actuar; por el contrario, esas consecuencias también le son propias, así se deduce del siguiente ejemplo; Marcos vende a José sin receta, medicina controlada que por si misma es peligrosa, de ahí que para poder venderse se requiera receta del médico autorizado. De esta manera Marcos, con su comportamiento está quebrantado su rol y las consecuencias que de ese quebrantamiento se deriven le serán propias, por no haber actuado conforme a la norma.⁴⁴⁵

⁴⁴³ Cfr. JAKOBS, en *Moderna dogmática...* p. 251 (cursivas en original).

⁴⁴⁴ Lo mismo puede suceder en los casos de autoría mediata, cuando Luis aprovechándose de su jerarquía laboral le ordena a Juan extravíar unos informes confidenciales.

⁴⁴⁵ El maestro de Bonn, aclara más adelante que «Se impone la conclusión de que la razón expuesta para afirmar la participación no está vinculada a la comisión dolosa; al igual que los grupos de casos de la prohibición de regreso antes construidos tampoco están vinculados a la ausencia del dolo. Y es que la

D). Finalmente, el cuarto grupo referido a la prohibición de regreso en la participación *stricto sensu*, se caracteriza, porque, en ésta la participación sólo se reduce a la complicidad e inducción. En ella, los primeros –participantes– colaboran consciente y dolosamente en un hecho que no es su hecho propio –principio de accesoriedad– sino de otro (autor). Por tanto, el cómplice asume su rol en la organización delictiva consciente que está trabajando en la obra de otro, rol que puede consistir en escalar la barda, esperar en el auto, vigilar las salidas, etc. En tanto, el rol del inductor, se ciñe a influir psicológicamente en otra persona para que se decida –cuando tiene duda– a llevar a cabo un delito. De este modo, tanto al cómplice como al inductor se le atribuye el resultado como propio.⁴⁴⁶

En este último grupo, el riesgo no permitido proveniente de una participación delictiva, ya no reside, en la creación de una situación que otro pudiera interpretar como iniciación o favorecimiento de un delito⁴⁴⁷ sino que, en este estereotipo, quien realiza actos ejecutivos, no solo ejecuta el hecho propio, sino además el hecho de todos, lo cual redundaría en el principio de accesoriedad «quien participa en la fase previa no responde jurídicamente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio»⁴⁴⁸.

Por ejemplo; Pedro, es empleado de un centro comercial y convence a Pablo para que lo robe, para tal fin le entrega las llaves del negocio. Pablo a su vez, invita a participar en el robo a Juan y a Jesús, el primero para que vigile el acceso y el segundo para que espere en el auto. En este caso, a pesar de que Juan y Jesús Pedro, no sustrajeron directamente el dinero –ya que el único que entró al centro fue Pablo–, y Pedro no siquiera estuvo presente en el robo, no

imputación objetiva no depende de las circunstancias psíquicas de los intervinientes, sino del sentido social del comportamiento» JAKOBS, En *Moderna dogmática...* pp. 252–253.

⁴⁴⁶ Para ROXIN, la división de trabajo descansa en la idea del dominio del hecho funcional, esto es, la idea básica del dominio del hecho conjunto, de que todos sólo pueden actuar conjuntamente, porque cada uno necesita a los demás (conforme a la división de trabajo previa) Cfr. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, 1998 § 27/III–1 p. 303 y ss.

⁴⁴⁷ Cfr. JAKOBS, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito... en *Estudios de Derecho penal*. p. 218 En el ámbito del Derecho penal, la obra cuya realización es objeto de reparto constituye un delito. Cfr. JAKOBS, en *Moderna dogmática...* p. 243.

⁴⁴⁸ *Idem* pp. 244–245.

hay duda que él no fue el autor material, pero si fue el autor intelectual y por ello coautor del delito, en cambio Juan y Jesús son cómplices del hecho.

La constatación de todo lo anterior, nos conduce a considerar que el ámbito de aplicación de la prohibición de regreso, se distingue del *riesgo permitido* y del *principio de confianza* cuando se ha comprobado que la conducta anterior de la persona es socialmente adecuada –dentro del riesgo permitido– y que por ello confía en que el tercero actúe del mismo modo, por tanto, en caso de no ser así, y este último ejecute un delito, la conducta del primero queda desvinculada del posterior daño o lesión con toda independencia del conocimientos que pudiera tener esa persona⁴⁴⁹.

3.2.5 Ambito de responsabilidad de la víctima

Para el derecho penal el delincuente siempre fue el agresor, y la víctima inocente, es decir un maniqueísmo en donde no existían términos medios, claros–oscuros, cada cual eran perfectamente estereotipados, como sujeto(s) activo o autor(es) quién con su acción/omisión pone en peligro o lesiona un bien jurídico y sujeto pasivo(s) o víctima(s) que son las personas en las que se configura el delito. Evidentemente que, tal clasificación influyó para que hasta mediados del siglo pasado, la responsabilidad penal por el resultado lesivo de una acción –en principio– típica, infaliblemente le era imputada al sujeto activo o causante de la lesión inicial.

En apariencia se sancionaba al autor con justicia, pero, en mi opinión, sólo se podría hablar de justicia, en aquellos casos en los que en el proceso de causalidad entre la acción y el resultado no existía ninguna interrupción, es decir, no existía duda del nexo de causalidad entre la acción emprendida por el autor y el resultado. Sin embargo, la situación cambia, cuando el desarrollo del nexo de causalidad es interrumpido por otros factores de riesgo ajenos a la lesión del autor primario (factores naturales, intervención de terceros y de la propia víctima –esto último es lo que aquí especialmente interesa–), que como

⁴⁴⁹ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Op. cit.*, pp. 88 (cursivas en original).

se ha dicho⁴⁵⁰ pueden influir de manera determinante en la desviación del proceso causal. De este modo, al autor de la lesión inicial no le es dable –ni tampoco justo–, imputar el resultado como obra suya, cuando debido a la desviación causal el mismo puede ser atribuido a otro.

En este contexto, excepcionalmente se analizaba –en sede de la conducta o del resultado–, la participación de la víctima en el desarrollo del proceso causal, esto en virtud, de que –en un primer momento–, su conducta en el plano objetivo (tipicidad) era totalmente irrelevante para el Derecho penal; y sólo raramente se admitía –adoptando la perspectiva subjetiva del autor, que la conducta de la víctima, podría y sólo podría hacer desaparecer la previsibilidad de la lesión o del riesgo. En un segundo momento, en el marco de la causalidad se intenta deducir la influencia de su comportamiento (de la víctima) en el resultado, lográndose desde esta perspectiva el reconocimiento de la probable existencia de una concurrencia de culpas.

De esta forma, paulatinamente se ha estado reconociendo o revalorando –*lege ferenda*– la influencia o importancia que tiene la intervención conductual de la víctima en el proceso causal, desde dos vertientes que tiene estrecha relación; una como problema específico –como un elemento del deber objetivo de cuidado en el marco del delito imprudente–, y la otra de modo genérico como problema de imputación objetiva⁴⁵¹. Lo que significa, que ahora, el actual debate se centra en la necesidad de revalorar la intervención de la víctima y poner en su justo medio el comportamiento del victimario, lo cual se podrá lograr, cuando se acepte una cierta *corresponsabilidad* de la conducta de la víctima asumida antes (interacción entre el autor y ella) y después (neutralización del riesgo en ella creado) de que fue objeto de la lesión o de la puesta en peligro de un bien jurídico tutelado en su favor. Esto en virtud, de que la víctima no necesariamente actúa o se comporta como un sujeto pasivo o inerte sobre el que “causalmente recae el delito”⁴⁵².

⁴⁵⁰ Vid supra 2.2.7.pp. 90 y ss

⁴⁵¹ Cfr. CANCIO MELIA, en *Conducta de la...*p. 116.

⁴⁵² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús, Ma. en *Instituciones del Derecho penal*, p. 76, para una mayor referencia respecto del comportamiento de la víctima consultar CANCIO MELIÁ, Manuel, “*Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*.”

De esta manera y en concreto, se ha puesto sobre la mesa la necesidad de determinar (y en que medida) si es o no relevante para la tipicidad de la conducta del autor, el comportamiento de la víctima (antes, simultáneamente o con posterioridad) en el resultado. Aunque en apariencia tal planteamiento constituya una paradoja, pues nadie quiere o desea –en su sano juicio–, un daño mayor para sí, sin embargo, hay que reconocer que ¿hasta dónde puede ser responsabilidad de la víctima de la lesión o daño que inicialmente le fue ocasionado por otro u otros?⁴⁵³

Lo anterior se puede plasmas en los siguientes tres ejemplos:

1. Mario aborda un taxi, Juan que es su conductor le pide que se abroche el cinturón de seguridad, haciendo caso omiso a ello, Mario argumenta que la obligación de usarlo es del conductor y no de él. Más adelante al salir a la carretera en donde la velocidad permitida es de 90 k/h, intempestivamente se atraviesa un perro y Juan tiene que frenar para no matarlo, como consecuencia Mario del impacto se disloca el cuello y muere. De acuerdo al dictamen pericial Mario pudo haber salvado la vida si hubiera llevado el cinturón de seguridad.

2. Pablo conduce su moto sin protección en la cabeza (casco) e imprudentemente Luís lo golpea con su automóvil, por lo que Pablo pierde el control de la moto cae pegándose en la cabeza y muere, el parte médico afirma que si hubiera llevado casco no hubiese muerto.

3. Por último, Androide es herido dolosamente por Baldo, esa herida no es de gravedad, si embargo, al ser llevado al Hospital –incluso por el arrepentido autor de la lesión–, Baldo se niega a que le hagan los análisis respectivos para la transfusión de la sangre requerida, aduciendo que sus

⁴⁵³ Al respecto se plantea como cuestión central qué efectos tiene para el injusto una corresponsabilidad de la víctima en los hechos, y en especial si con ello se puede llevar a una exclusión del tipo o de la antijuricidad. *Vid.*, ROXIN, en *Política criminal y...* pp. 65 y ss, pues cabe pensar que, con la conducta de la víctima se contribuye a condicionar una consecuencia ya iniciada, o que la conducta de la víctima desencadena la producción de una consecuencia a la que no se habría llegado sin esa conducta inadecuada de la propia víctima, *Cfr.* FRISCH, en *Comportamiento típico e...* pp. 471 y ss.

creencias religiosas se lo prohíben –desviando con ello el curso causal de la lesión primaria– y como consecuencia de ello se desangra y pierde la vida.

Con los reseñados ejemplos, se pretende básicamente valorar la posición o actitud asumida por las víctimas en los tres casos, y la que sin lugar a dudas fue determinante para el resultado «muerte» y, por tanto, en principio en mi concepto, se puede afirmar que el resultado en los tres ejemplos, no es legal imputárselos objetivamente a Mario, Luis y Androide. Ello en virtud, de que Mario no creó con su comportamiento un riesgo no permitido, lo cual excluye al tipo; Pablo a pesar de que de manera imprudente creó un riesgo, el resultante se debe a la inobservancia del Reglamento de Tránsito por parte de la víctima (Pablo) cuya finalidad es evitar ese tipo de resultados; finalmente Androide, no obstante, que la lesión inferida a Baldo fue dolosa, la misma no era adecuada para producir su muerte, sino que ésta es consecuencia de su actitud omisiva de autoprotección.

A partir de la valoración de las conductas temerarias adoptadas por las víctimas en un proceso causal, a últimas fechas se ha comenzado a construir la incipiente teoría denominada “victimodogmática”⁴⁵⁴ la que nace casi simultáneamente con la victimología⁴⁵⁵, y cuyo objeto es el influir en la teoría del delito, a fin de que se revalore en su justa dimensión la partición de la víctima con relación al comportamiento del victimario, a través del principio de autorresponsabilidad y de los presupuestos que rigen al Derecho penal: es decir, la protección de bienes jurídicos fundamentales, fragmentación y *ultima*

⁴⁵⁴ Cfr. DÍAZ-ARANDA, *Op. cit.* p. 104. Esta teoría indiscutiblemente se encuentra en sus raíces en la obra *La victimología y la tendencia de la sociedad contemporánea*, escrita por MENDELSON, Benjamin, quien no sólo acuña el término victimología como ciencia dedicada al estudio de la víctima, como contraparte de la criminología que estudia al delincuente, en ella ha realizado la tipología o clasificación de la víctima más comentada y difundida y cuya tesis se fundamenta en la correlación entre la víctima y el infractor, citado por NEUMAN Elías, en *Victimología, El rol de las víctimas en los delitos convencionales y no convencionales*, pp. y 57 y ss. Las diferentes tipologías sobre las víctimas son también analizadas por RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, en *Victimología, estudios de la víctima*, pp. 81 y ss. Dicha clasificación ha servido de referencia para la incipiente victimodogmática.

⁴⁵⁵ El moderno concepto de “Victimología” nace en el Quinto Simposio celebrado en Zagreb, en la antigua Yugoslavia en agosto de 1985, donde surge el documento relacionado con las “víctimas del delito y del abuso del poder”, que posteriormente originó la declaración de los “Principios Fundamentales de Justicia relativos a la Víctimas de la Criminalidad y del Abuso del Poder” Principios que fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución 40/34 del 29 de enero de 1985. En torno a la victimología y victimodogmática, *Vid* ampliamente los artículos de reconocidos penalistas compilados en *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la víctima en el Derecho penal*, coordinador Luis Miguel Reyna Alfaro.

ratio entre otros⁴⁵⁶, a partir de los cuales se puede llegar a sostener que ciertos sujetos pasivos tienen la posibilidad fáctica de auto protección y, por tanto, no necesitan de una protección penal e inclusive puede quedar fuera el ámbito de la protección de la norma penal que le asiste a la mayoría de la sociedad⁴⁵⁷.

De acuerdo con CANCIO MELÍA, las aproximaciones victimodogmáticas tienen ciertos rasgos característicos que le son comunes⁴⁵⁸:

1. Se trata de construcciones elaboradas específicamente para el fenómeno de la valoración de posible incidencia del comportamiento de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal.

2. se trata de un fenómeno con amplitud excede por mucho el campo de la dogmática penal; esto es, en la actualidad se refiere a la Parte Especial del Derecho penal, a los planteamientos criminológicos y al proceso penal.

De lo que se deduce que la victimodogmática, no tiene como propósito construir un sistema de impunidad para los autores, sino que exclusivamente tiene como objetivo estudiar la posible o probable “corresponsabilidad” que le pudiera surgir o atribuir a la víctima en el resultado. Para tal efecto, se intenta determinar si, en su caso, el comportamiento de la víctima –previo, durante o con posterioridad– a la lesión primaria, influyó o no en el resultado, de tal manera que pudiera tener repercusiones sobre la valoración jurídica–penal de la conducta del autor⁴⁵⁹, y por ello, trata de examinar hasta qué punto –y de que manera– puede presentarse un comportamiento concausal de la víctima que en algunos supuestos delictivos, a fin de constatar si esa conducta pueda constituir una atenuante, incluso, como afirma una corriente sea motivo de una eximente, de responsabilidad del autor⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ Fundamento que es muy criticado por CANCIO MELÍA, en *Conducta de la víctima e...* pp. 281 y ss.

⁴⁵⁷ «También desde la perspectiva *normativa* resulta evidente que el merecimiento y la necesidad de la pena del autor halla correspondencia en el merecimiento y la necesidad de protección de la víctima» CANCIO MELIA, *Conducta de la...* p. 272.

⁴⁵⁸ Citado por ZAMORA GRANT, José, *La víctima en el sistema penal mexicano*, p. 57.

⁴⁵⁹ CANCIO MELIA, *Conducta de la...* p. 258.

⁴⁶⁰ *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, p. 78, Se parte del punto de vista de que en la vida en sociedad no se regula con base en la determinación de relaciones de causalidad; sino se conforme mediante la delimitación de ámbitos de responsabilidad, dentro de cada organización y de acuerdo con el rol asignado o asumido por la persona *Cfr.* LÓPEZ DÍAZ, *Op. cit.*, p. 1149, Para Joseph M. Tamarit, la pretensión de la

Lo anterior pone de manifiesto que en la actualidad, no sólo se estudia a la víctima exclusivamente como el “sujeto pasivo” del delito, sino –por qué no–, como un sujeto activo–pasivo cuyo comportamiento puede influir de manera determinante en el inicio, desarrollo y consecución del ilícito, al grado que, el resultado en algunos casos delictivos no sólo le es atribuible a la conducta del autor, sino que, también le es imputable a una corresponsabilidad de la víctima. El ejemplo de este caso por antonomasia lo es la estafa, en ella la víctima juega un papel determinante, puesto que con el fin de obtener una ganancia ilícita invierte en un “negocio” propuesto por un tercero y en el que a la postre resulta estafado y pierde todo lo invertido.

Por consiguiente, esta corresponsabilidad de cara a los fines político criminales a sido designada como “principio de autorresponsabilidad⁴⁶¹”, principio esencialmente práctico que nace de la función de comunicación que tienen las persona en sociedad y consiste básicamente en el reconocimiento de libertad de organización de esas personas y correlativamente acorde con su rol asignado, en la atribución de una autorresponsabilidad como fuente de responsabilidad que éstas tienen frente a los demás, respecto de sus bienes jurídicos; salud, vida, patrimonio, etc.⁴⁶². Por ejemplo; si Nabor para ir a un determinado lugar tiene forzosamente que atravesar un parque en donde predomina la oscuridad y debido a ello son constantes los asaltos y robos. Nabor a fin de proteger su patrimonio evitará pasar con prendas de valor (alhajas, reloj, dinero, tarjetas de credito, etc.), por ese lugar, y con ello cumple con la responsabilidad de autoprotección.

victodogmática consiste en examinar cómo la contribución de la víctima al delito afecta la punibilidad del comportamiento del autor. Citado. Por ZAMORA GRANT, p. 57. De ahí que se comience a cuestionar los términos de «víctima» y «autor», pues una vez analizados los anteriores casos, se tendrá que comprobar que halla en realidad “víctima” y “autor”. Por ello el término “víctima” se ha utilizado en el discurso dogmático en muchas ocasiones en sentido impropio, como “persona lesionada”, al igual que el término “autor” se usa en sentido de “persona que ha intervenido en la lesión”, sin embargo, en la actualidad, la determinación de “víctima” y “autor” no es una mera constatación fáctica, sino un proceso de valoración que requiere un análisis previo que tenga en cuenta la interdependencia existente entre la conducta de la víctima y autor. *Cfr.* CANCIO MELIÁ/FERRANTE/SANCINETTI, *Op. cit.*, pp. 21–22.

⁴⁶¹ Así *Vid.* CANCIO MELIÁ, *Op. cit.* pp. 90 y ss. FEIJÓO SÁNCHEZ, en *Comportamiento de...* pp. 195 y ss SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, p. 87, entre otros.

⁴⁶² *Cfr.* CANCIO MELIÁ, *Op. cit.* pp. 90–91–93, en realidad tales consideraciones no son de reciente creación, sino que ya también con anterioridad MENDELSON, quien sostiene que en la relación de la “pareja penal” es común encontrar que la posición del criminal y la víctima no se encuentran en polos opuestos sino en posiciones intermedias. Citado por NEUMAN, p.57.

Este punto de vista es perfectamente compatible, con ZACZYK, quien sostiene que sólo la referencia al suceso interpersonal incorporada a la norma –comunicación–, permite entender que la acción de una persona (víctima) influya en la determinación del carácter antijurídico o no de la acción de otra persona (autor). La fundamentación, entonces, ha de consistir en determinar los presupuestos bajo los cuales un suceso de lesión se ve privado de la cualidad de injusto por el hecho de ser entendido como resultado de un actuar autorreferencial. (En tal caso), no puede verse afectada la vigencia de la norma, ya que en cierta forma desaparece la base de ésta»⁴⁶³. Lo cual nos permite concluir que cuando mayor es la fuerza del dominio del curso causal de la víctima, mayores son las posibilidades para estimar que el comportamiento del otro sujeto no es constitutivo de ningún injusto penal⁴⁶⁴.

A partir del principio de autorresponsabilidad, los límites de la responsabilidad de la persona lesionada cobran para el Derecho penal, especial relevancia en la definición de su conducta como una especie de favorecimiento atípico de una autolesión o puesta en peligro o bien como una conducta típica (en este caso es preciso determinar cuándo una lesión en la que interviene la víctima es imputable a ésta o aun tercero).

Desde ese punto de vista el principio de autorresponsabilidad cobra vital importancia como un principio de Derecho, que en opinión de ZACZYK, habrá de constituir el fundamento para la solución de los casos en los que se da una intervención conjunta de la víctima y el autor en la producción de un resultado lesivo,⁴⁶⁵ esto en virtud, de que el alcance del tipo (privar de la vida a otro) depende en gran medida de la calificación que se haga al sujeto activo, es decir, determinar si éste únicamente puso la condición inicial –que no necesariamente produce el resultado– y posteriormente fue la víctima, la que a partir de que tuvo el dominio del suceso, contribuyó, permitió o consistió el

⁴⁶³ Citado por CANCIO MELIA, en *Conducta de la...*p. 307.

⁴⁶⁴ Citado por CANCIO MELIA, en *Conducta de la...*p. 307.

⁴⁶⁵ *Cfr.* CANCIO MELIA, en *Conducta de la...*p. 304.

resultado, o fue en realidad aquél –el autor de la lesión primaria– el responsable del resultado⁴⁶⁶.

Fundado en las anteriores consideraciones, no hay duda, que la naciente institución del principio de autorresponsabilidad «opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico (“víctima”) emprende conjuntamente con otro (“autor”) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferentemente de la víctima, sin que esto signifique, que, se trata de convertirla en autor, sino, en la medida en que –en primer lugar– la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por el autor y víctima –en segundo lugar– la conducta de la víctima no halla sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable y –finalmente, en tercer lugar– el autor no tenga un deber de protección frente a los bienes de la víctima»⁴⁶⁷.

Así en los citados ejemplos se advierte que las conductas asumidas por las víctimas denotan, por un lado, el dominio que tienen del hecho (antes y después del resultado), y por otro, son extraordinariamente relevantes en el ámbito de la imputación objetiva, en virtud de que siendo Mario Pablo y Androide los titulares de sus bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro

⁴⁶⁶ Cfr. FIEJÓO SÁNCHEZ, en *Comportamiento de...* pp. 195–196, por ejemplo en los delitos de fraude, la víctima debe tomar todas las precauciones que exige el deber de cuidado para no ser engañada y defraudada.

⁴⁶⁷ CANCIO MELIÁ, en *Conducta de* pp. 37–38 De acuerdo con la moderna teoría de la imputación tampoco se tendría que considerar como un riesgo desaprobado que fundamente la imputación del resultado cuando *ex post* se demuestra que éste se produce porque la víctima no obra autorresponsablemente, de forma que el suceso aparece como una autopuesta de peligro autorresponsable de la víctima. Cfr. FRISCH, *Op. cit.*, pp. 27–28, con mayor detalle *Vid.*, FIEJÓO SÁNCHEZ, «Criterio del alcance del tipo» en *Resultado lesivo e...* pp. 376 y ss. En la doctrina alemana Zacyk, concibe a este principio como un concepto prejurídico que tiene un doble significado; por un lado, se trata del uso de la libertad de uno (que es el que actúa) y asume en esa libertad determinado comportamiento (autopuesta en peligro), y por el otro, se valora la corrección jurídica a través de la libertad de otro, Walter, por su parte, lo acepta como el reverso de la moneda, una capacidad de responsabilidad persona. Esto es, cada uno es responsable por su actuación propia, mientras que no, o sólo excepcionalmente, se puede ser responsable por la responsabilidad de otro. Tamarit Sumalia, lo funda en la libre determinación de la persona a través de la delimitación de ámbitos de responsabilidad, operación que se desarrolla en la categoría dogmática de la imputación objetiva, lo que dota de contenido garantista a la parte objetiva del tipo injusto, del mismo modo análogo a lo que sucede con el principio de culpabilidad (o de imputación subjetiva) en la vertiente subjetiva. Citados por ROSO CAÑADILLAS, en *Autoría mediata...* pp.385 y ss. Estas consideraciones también son válidas aplicarlas en los casos de autopuestas de peligro o autopuesta de peligro de terceros consentida por la víctima:

(su salud), los convierte en cierta forma propio garante de la preservación de dichos bienes. De lo que se deduce, que al no haber realizado la conducta esperada por los titulares de los bienes jurídicos (Mario Pablo) indicada por la norma (Reglamento de Tránsito) de abrocharse el cinturón, conducir con casco⁴⁶⁸ y con ello, lejos de prevenir y evitar el resultado que en principio era previsible (que es precisamente el objeto de protección de ese Reglamento) contribuyeron de manera activa a la producción del mismo. Lo mismo sucedió con Androide que una vez lesionado su posterior intervención –por cierto de modo no muy frecuente–, con acciones gravemente imprudentes como el negarse acudir al médico para ser atendido, motivo un desangramiento –actitud asumida voluntariamente–, que a la postre determinó el resultado.

Por lo que, desde la perspectiva del desvalor de la conducta de las partes (autor–víctima) se podrá constatar si en la producción del resultado la intervención del autor no fue determinante, sino que ese resultante sin duda alguna fue consecuencia de la conducta concausal de las víctimas que tenían el deber ineludible de observar la norma de cuidado y con ello proteger sus bienes jurídicos y, por tanto, no es dable imputar objetivamente la muerte de las víctimas a los autores primarios de la lesión o puesta en peligro⁴⁶⁹, y en su caso sólo deberán de responder por el delito de lesiones imprudentes o dolosas, esto tomando en cuenta que para este principio, los hombres como titulares de los bienes jurídicos tutelados en su favor, son responsables de consentir el riesgo por ellos creados, y las consecuencias de los mismos (resultados lesivos) excluyen al tipo⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ Ambas situaciones caen en el ámbito del incremento del riesgo no permitido, pues dado el peligro que representa para la vida de los que viajan en auto sin cinturón, o en moto sin casco ha sido reglamentada su obligación así los artículos 78 fracción IX y 82 fracción VI del Reglamento de la Ley de Tránsito y Vialidad en el Estado de Michoacán, que en lo conducente obligan: Artículo 78. Sin perjuicio de las demás restricciones que imponga el presente Reglamento, los conductores deberán de respetar las disposiciones siguientes: IX. Colocarse y ajustar el cinturón de seguridad; por su parte el numeral 82 prevé: Los conductores de bicicletas, bicicletas adaptadas, triciclos, bicimotos, triciclos automotores, tetramotor, motonetas y motocicletas, tendrán las siguiente obligaciones; VI: Deban de usar casco y anteojos protectores, así como los acompañantes; por tanto, al no haberlos observado Mario y Pablo, con su omisión incrementaron el riesgo permitido o socialmente tolerado, lo que corrobora la tesis de que a los conductores de los anteriores ejemplos no se les puede imputar objetivamente el resultado de muerte, por que en todo caso fueron las propias víctimas las que al no observar las reglas de cuidado influyeron en el curso de causalidad que determinó el resultado.

⁴⁶⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, p. 82.

⁴⁷⁰ JAKOBS, *Derecho penal...Op. cit.* I/111 p. 293, «El consentimiento en lo que es en sí injusto, es decir, en el comportamiento y en su resultado, excluye la valoración negativa del resultado». *Idem*, p. 294, En este sentido muy en especial el artículo 12 del Cpmich., relativo a las “Causas excluyentes de incriminación” en su fracción II, prevé como causa de exclusión que “Se actué con consentimiento del

Sin embargo, no todo comportamiento de la víctima puede ser considerado como una actuación de propio riesgo, por tanto, para que la *acción/omisión* de la víctima *excluya* la imputación de terceros, se requiere que⁴⁷¹; a) La víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el *sí* y el *cómo* del desarrollo de la situación peligrosa; b) La víctima debe ser un sujeto autorresponsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. El peligro debe ser conocido o cognoscible; y, c) El tercero no debe tener una posición de garante respecto de la persona que se autopone en peligro⁴⁷².

a) La víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el *sí* y el *cómo* del desarrollo de la situación peligrosa, es decir:

1. Que el comportamiento de la víctima sea posterior a la acción de la lesión, es entendible que en esos casos, el dominio posterior del acontecer causal está en el ámbito organizativo de la víctima. De esta manera se puede – sin exceso alguno–, afirmar que quien se autopone en peligro tiene bajo su control (dominio del hecho) el desarrollo de la situación de riesgo, y por tanto, es jurídicamente factible atribuir el resultado a la esfera de responsabilidad de la víctima, porque es ella la que ha organizado, en su estructura competencial, su propia lesión.

2. Que el comportamiento de la víctima y del tercero sea simultáneo. En este supuesto se puede aceptar una acción a título de propio riesgo, si la víctima puede decidir conjuntamente con el tercero, sobre el *sí* y el *cómo* de la creación de riesgo.

A título de ejemplo un caso extraído de la jurisprudencia alemana⁴⁷³: Cicerón es portador de VIH–positivo, por lo que se niega a tener relaciones con

titular del bien jurídico afectado...». Por su parte ROXIN, sostiene que basta el consentimiento presunto para que opere la causa de justificación, en *Derecho penal...* § 18/10 pp. 786 y ss.

⁴⁷¹ *Vd.*, LÓPEZ DÍAZ, *Op. cit.*, pp. 151 y ss. (cursivas del autor).

⁴⁷² Tales presupuestos si no son iguales y son muy semejantes en la configuración de las participaciones en la autopuesta de peligro y el consentimiento en una autopuesta de peligro realizada por otros, que en la teoría de la imputación estructurada por Roxin, los ubica en la “esfera de la protección de la norma” *Vid. supra* 2.2.8. pp. 96 y ss.

⁴⁷³ Obviamente los nombres son ficticios.

su pareja Rosa, quien a pesar de estar consciente de esa enfermedad insiste en tener relaciones sexuales sin protección alguna. De este modo, si Rosa es contagiada no podrá responsabilizar a Hortensia, pues la pareja al tomar el acuerdo, actuaron de forma voluntaria y ambos dominaban conjuntamente el hecho, pues cada uno está en libertad y posibilidad de interrumpir en cualquier momento el contacto sexual.

En un caso lo resolvió absolviendo al inculpado (Cicerón) argumentando, que aquél que solamente promueve, hace lo posible o favorece la autopuesta en peligro decidida y llevada a cabo de manera autorresponsable, no puede ser sancionado regularmente por un delito de lesiones o de homicidio, aun cuando se realice el riesgo aportado conscientemente por éste (...) Aun cuando tenga que partirse del hecho de que el inculpado tuvo junto con la víctima, el co-dominio del hecho, (...) esto no se opone al hecho de que éste sólo ha cooperado en una autopuesta en peligro autorresponsable de la víctima⁴⁷⁴.

3. Que el comportamiento del tercero sea posterior al de la víctima. Lo cual es muy infrecuente, pero no por ello, imposible de realizarse, de esta manera, se actualiza cuando fácticamente el tercero actúa con posterioridad a la víctima, ésta al final tiene el dominio de la decisión, y por tanto, ella puede o no evitar el resultado. Por ejemplo; el médico que sabe que tiene pulmonía le pide a su ama de llaves que antes de retirarse deje abierta la ventana de su dormitorio, como consecuencia del intenso frío se agrava la enfermedad y el médico muere. Es claro que el ama de llaves actuó en último lugar. Sin embargo, dado su rol, la competencia para la evitación del riesgo recaía en el médico y no en ella.

b) La víctima debe ser un sujeto *autorresponsable*, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. Esto es, que el peligro le es conocido o cognoscible.

⁴⁷⁴ Citada por PUPPE, pp. 223-224.

Lo que significa que, quien se coloca por si misma consciente y voluntariamente en peligro debe tener capacidad, tanto para valorar el significado de su conducta, como de las consecuencias y dimensiones del riesgo asumido y especialmente estar en aptitud de valorar la importancia del bien jurídico que pone en peligro. De lo contrario el incitador o creador del peligro se le imputará el resultado que se deriva de su conducta. Sirva de ejemplo, cuando M menor insita a H mayor de edad para tener relaciones sexuales y después de tanto insistir de aquélla, H acepta. En este caso H, no podrá aducir en su favor que fue M, la que siempre insistió en tener relaciones sexuales, sin embargo, M, es menor y a H deberá responder por el delito de violación, pues es obvio que la menor no tiene la capacidad de comprensión de los alcances de su conducta voluntariosa.⁴⁷⁵

c) El tercero no debe tener una *posición de garante* respecto de la persona que se autopone en peligro.

En efecto, en estos casos la acción a propio riesgo de la víctima no excluye la imputación al tercero, siempre y cuando éste tenga deberes especiales de protección respecto de la persona que se autopone en peligro. Pensemos, en un Hospital psiquiátrico o en una guardería, la posición especial no es sólo de los médicos o enfermeras que atienden a los pacientes o a los menores sino de todo el personal que labora en esa institución de no dejar al alcance de los pacientes o menores objetos que por su naturaleza sean peligrosos (veneno, navajas, etc.), o que no intervengan en auxilio cuando aquellos ponen en riesgo su salud o su vida. Pues es evidente, que todo ese personal asume por virtud de la relación laboral la posesión de garante respecto de los internos.

Por otro lado, tradicionalmente existen también otros grupos en los que en la esfera del consentimiento —expreso o tácito—, de la víctima, opera el principio de autorresponsabilidad como excluyente de la tipicidad; cuando

⁴⁷⁵ Así el artículo 240 segundo párrafo del Cpmich., que equipará a la violación a la relación sexual que una persona tenga con una menor de doce años, en este caso la inocencia sustituye a la resistencia de la violencia física o moral.

existe 1 el acuerdo⁴⁷⁶; 2 consentimiento o 3 al menos la presunción de consentimiento⁴⁷⁷ del titular del bien jurídico puesto en peligro o lesionado (en este caso de la víctima).

1. En el primer grupo se presenta cuando existe previo acuerdo de la víctima con el autor para efectuar el resultado. En este sentido MIR PUIG, refiere que al no concurrir los elementos que fundamentan positivamente la tipicidad hay unanimidad de criterios que sostienen que en estos casos no sólo resulta **excluida la tipicidad** sino incluso, también resultaría excluida la antijuricidad (justificación)⁴⁷⁸. En este sentido: José acuerda con Pedro y Pablo que simulen que lo secuestran y con ello él gana notoriedad en las próximas elecciones y por tal acción les pagará un dinero. Con todo, no es posible dejar de obviar que la conducta de Pedro y Pablo, no sólo es atípica, pues aún cuando gramaticalmente el comportamiento de Pedro y Pablo, se subsume en la descripción del tipo –privativo de libertad–, sin embargo, siendo sólo un simulacro, nunca se puso en riesgo y mucho menos se lesiona el bien jurídico protegido de José es decir su *la libertad* con fines de obtener un rescate y como consecuencia de ello su conducta tampoco puede ser antijurídica⁴⁷⁹.

2. En cambio, en el segundo grupo la configuración del consentimiento se *discute* si puede resolverse de la misma manera los casos en donde existe acuerdo de la víctima, o, por el contrario, concurre sólo una **causa de justificación** que no excluye la tipicidad⁴⁸⁰. Para lo cual, debemos de partir, que las causas de justificación presuponen que el legislador ya ha valorado anticipadamente, los casos en que probablemente pueda surgir un conflicto de bienes jurídicos, y ha resuelto conceder a uno de ellos un valor preferencial

⁴⁷⁶ JAKOBS, *Derecho penal*, p. 289/104.

⁴⁷⁷ ROXIN, *Derecho penal...* § 18/10 pp. 769 «Dado que el consentimiento presunto sólo pretende sustituir la falta de un consentimiento real (y no facilitar ponderaciones de intereses independientes de ello), sólo se podrá plantear cuando sea imposible obtener un consentimiento real». *Loc. cit.* Sobre el consentimiento de la víctima con más profundidad, *Vid.* CANCIO MELIÁ, en *Conducta de la...* pp. 171 y ss.

⁴⁷⁸ MIR PUIG, *Op. cit.* 19/7 p. 518 (negritas en original).

⁴⁷⁹ Lo que la norma sanciona es la privación forzosa, esto es, contra la voluntad de la víctima y no una privación que es producto no sólo del consentimiento de la propia víctima sino fraguada por ésta.

⁴⁸⁰ Destacadamente *Vid.* MIR PUIG, *Op. cit.*, 19/7 p. 518 (cursivas y negritas en original), en cambio, ROXIN es de la opinión de que sólo en los casos en que el consentimiento sea presunto, constituye una causa de justificación, si el consentimiento es real, la libertad de acción de quien consiente fundamenta la exclusión del tipo. *Derecho penal*, §18/3 p. 765, JESCHEK, *Op. cit.*, §34/1 p. 529.

respecto del otro, de tal suerte, que puestos en disputa ambos, el de mayor valor preponderantemente en determinadas circunstancias sobre el de menor o de igual valor, por tanto, en caso de una lesión al bien jurídico menor o de igual valor, no se sanciona al autor por anteponerse una causa de justificación⁴⁸¹.

De esta manera según se advierte del derecho penal positivo, los legisladores mexicanos en vez de excluir la tipicidad a quién lesione un bien jurídico con acuerdo previo de su titular prefieren adoptar la figura de la causa de justificación para no sancionarlo penalmente.

Desde luego, son abundantes los ejemplos, sobre las causas de justificación pero por poner sólo uno; Pablo a sabiendas que Pedro se encuentra ebrio y que es un temerario conductor, le presta su automóvil para que traiga más vino –desoyendo los consejos de los demás amigos de que no lo mande porque puede chocar por estar tan ebrio–. En el trayecto Pedro pierde el control del auto y se impacta contra un árbol. En este caso puede –sin duda alguna – calificarse el consentimiento de Pablo, como factor indiscutible que sirvió para incrementar el riesgo en un bien de su propiedad, de tal manera que si ese riesgo se materializa (como sucedió) a Pedro no se le podrá imputar objetivamente el daño causado al automóvil⁴⁸².

3. Por último, en el tercer grupo se afecta al consentimiento presunto. Dicho consentimiento obviamente no es explícito, sino que el mismo se infiere, esto es, cuando el titular del bien jurídico no se encuentra presente o, bien, por estar inconsciente, no puede manifestar (*ex ante*) por mismo su anuencia. De este modo, en los casos en que una persona ha tenido un accidente y para evitar una lesión mayor o la muerte, es necesario intervenirle quirúrgicamente, para lo cual se requiere su consentimiento, pero como se encuentra

⁴⁸¹ Como resultado de la ponderación de esos bienes, en la mayoría de códigos penales, el legislador ha incluido determinados supuestos y circunstancias en los que un resultado a pesar de ser delito no es penalmente imputado a su autor por operar en su favor una causa de justificación, por ejemplo, cuando la víctima da su anuencia para ser flagelado. Así por ejemplo *Vid.* Cpdf y el Cpmich., en sus artículos 15, 29 y 12 respectivamente.

⁴⁸² *Vid.* Artículo 12 Cpmich. fracción II señala como causa excluyente de incriminación inciso b) Que el titular del bien jurídico tenga capacidad de disponer libremente del mismo.

inconsciente no puede manifestarlo, sin embargo, para evitar un posible daño mayor, se deduce que él daría su consentimiento si estuviera consciente⁴⁸³.

Existe otra constelación de casos en los que se desprende o deduce *ex post* un consentimiento presunto del titular de los bienes, así, Pablo dueño de una camioneta observa que Pedro le propicia un golpe dañando la defensa y no hace nada (no se querella) por tratarse de una hermano de un amigo, por lo que, resulta obvio que Pablo con su inactividad procesal –al no presentar querella–, consciente tácitamente el resultado⁴⁸⁴.

No obstante, lo anterior, no se debe confundir la configuración entre la participación en una autopuesta en peligro y el consentimiento en su estricto sentido, puesto que entre ambos existen claras diferencias, así⁴⁸⁵:

a) En la acción a propio riesgo la víctima se coloca con sus propias acciones frente a un peligro existente. Es por tanto, que la propia víctima quien de acuerdo con su rol social libremente desempeña, organiza la lesión que recibe. Lo que no acontece con el consentimiento, porque en él, la víctima consciente expresa o tácitamente o por medio de un tercero dejar en manos del autor el dominio del hecho (la decisión sobre el *sí* y el *cómo* de la lesión del bien jurídico).

b) En la acción a propio riesgo, la *competencia de la víctima* para cumplir con sus deberes de autoprotección –tendiente a evitar las conductas que la puedan lesionar o poner en peligro sus propios bienes jurídicos–, *surge con posterioridad a la del tercero*. A título de ejemplo vale citar cuando la víctima sufre una lesión mínima, pero si niega a ser atendido por los médicos, a pesar de ello no se puede con certeza afirmar que quiere el resultado, sin embargo, al

⁴⁸³ El citado artículo en la misma fracción prevé el consentimiento presunto como excluyente de incriminación al establecer (artículo 12 fracción II inciso c, última parte) «...o bien que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, este hubiera otorgado el mismo».

⁴⁸⁴ *Vid.* (Artículo 12 fracción II inciso c), primera parte Cpmich) «Que el consentimiento se expreso o tácito y sin que medie algún vicio de la voluntad» por su parte ROXIN, sostiene que excepcionalmente se efectúan juicios penales o casos de consentimiento presunto, pues en los mismo normalmente no se presenta denuncia o querella, *Derecho penal...* §18 p. 768 (nota 12).

⁴⁸⁵ Para todos los supuestos *Vid.* con mayor detalle a LÓPEZ DÍAZ, *Op. cit.*, pp. 164 y ss.

no hacer nada por evitarlo, por lo que tácitamente se infiere que lo está aceptando.

En cambio, en el consentimiento, la propia víctima acepta que un tercero grave la lesión en principio leve. Esto sucede cuando quien a sido lesionado levemente con un cuchillo y consiente que su esposa “lave” la herida con el trapo con el que lava los trastes, provocándole en este supuesto, un peligro mayor al anterior, sin embargo, la víctima voluntariamente conscientemente acepta ese un nuevo riesgo.

c) En la acción a propio riesgo, generalmente lo que se está aceptando es la puesta en peligro de un bien jurídico, porque siempre se tiene confianza en que ese peligro no se va a materializar. Por tanto, voluntariamente asume el riesgo. En cambio respecto del consentimiento, la víctima conciente, por un lado, que el riesgo a que se somete prevenga o evite otros mayores, y por otro, valora (*ex post*) el resultado creado por otro y lo conciente voluntariamente (se niega por ejemplo a querellarse).

Subrayando las anteriores distinciones resulta muy elocuente la siguiente jurisprudencia alemana BGHSt, 17, 359. En ella se resuelve el caso en donde un doctor después de pasar un tiempo en la India retorna a su país de origen, y a pesar de sentirse un poco cansado, reinicia la atención a sus pacientes en su consultorio. Pasado el tiempo, ese cansancio se manifiesta en una enfermedad (viruela). Por lo que varios compañeros de trabajo y pacientes resultaron contagiados. El sacerdote de la localidad a pesar del riesgo de contagiarse él también entra al pabellón a dar asistencia a los enfermos. El Tribunal resolvió imputar al médico las lesiones por su actuar imprudente (debió de haber acudido a un análisis previo de su estado físico antes de acudir a su consultorio). En cambio, no responde por la lesión al sacerdote, porque éste ha actuado a cuenta de su propio riesgo⁴⁸⁶.

⁴⁸⁶ Analizada por LÓPEZ DÍAZ, *Op. cit.*, p. 167

De este modo, advertimos que la situación del sacerdote no pudo haberse resuelto con base en la teoría del consentimiento, porque a) fue él quien con su conducta, organizó su propia lesión; b) no puede haber tampoco consentimiento con respecto a una conducta anterior, es decir, con relación con el momento en que el médico crea la situación peligrosa; y, c) La competencia de la víctima, surge con posterioridad a la conducta del tercero, es decir a la del médico⁴⁸⁷.

Finalmente, todos los supuestos analizados en los que intervienen la conducta de la víctima en el proceso causal iniciado por un tercero, se ha tratado de deducir cuándo el resultado debe ser imputado objetivamente al causante primario y por el contrario cuándo a la víctima o a ambos –en este último caso en donde se halla demostrado un concurso de culpas–.

Habrá que ponderar que en sede judicial muy tibiamente de manera paulatina se ha reconsiderado la actuación de ambas personas en resultados de tránsito, por ejemplo, la siguiente ejecutoria:

«CULPA EN EL DELITO, COMPROBACION DE LA. Existe culpa cuando se obra sin la voluntad de producir el resultado típico penal, el cual, no obstante, surge porque el agente omite las cautelas o precauciones que le incumben a pesar de la previsibilidad y evitabilidad del evento; comprobados estos extremos, puede válidamente condenársele, con independencia de que exista también imprudencia por parte de la víctima, en cuyo caso se estaría ante una concurrencia de culpas, ineficaz para eliminar la culpabilidad del acusado y sólo relevante para la cuantificación de la pena»⁴⁸⁸.

O más reciente por la jurisprudencia definida por integración pronunciada por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, bajo el rubro:

«IMPRUDENCIA, DELITOS POR. CONCURRENCIA DE CULPAS. COLISION DE VEHICULOS. La concurrencia de sendas imprudencias de los tripulantes de los vehículos colisionados no excluye la responsabilidad penal de ninguno de ellos, toda vez que en esta materia no existe compensación de culpas»⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Cfr. LÓPEZ DÍAZ, *Op. cit.*, pp. 167–168.

⁴⁸⁸ Vista en la Novena Época, (ius 2004) Registro No. 204,887.

⁴⁸⁹ Vid. Sexta Época, Primera Sala (ius 2004) No. Reg. 813,417.

Toca ahora, analizar –en sede de la consecuencia del delito–, la responsabilidad penal del autor desde la perspectiva del merecimiento y necesidad de la pena. En lo que aquí especialmente interesa –el merecimiento y necesidad de la pena al autor–, actualmente existen dos posturas que se ha pronunciado; una moderada (opinión mayoritaria) y la otra radical (opinión minoritaria).

La primera sostiene que cuando la víctima ha sido corresponsable del resultado delictivo, se debe atenuar la pena del autor⁴⁹⁰En cambio, la segunda, señala que conforme a la idea del enfoque victimodogmático (principio de autorresponsabilidad) la pena no sólo debe ser atenuada, sino se debe exentar de toda responsabilidad al autor. Para ello se apoyan o acuden a los principios generales inspiradores –y limitadores del *ius puniendi* –de subsidiariedad, fragmentación y última ratio del Derecho penal.

De acuerdo con SCHÜMENANN, –principal precursor de esta corriente–, la tesis propuesta consiste en que la imposición de la pena como *ultima ratio* del Estado no es apropiada en aquellos casos en los que la víctima “no merece protección y no necesita protección” de modo que han de ser eliminados del ámbito de lo punible, todas aquellas formas de comportamiento... frente a las cuales la víctima puede protegerse a sí misma de modo sencillo y exigible sin más, también desde la perspectiva *normativa* resulta evidente que el merecimiento y necesidad de la pena del autor hallan correspondencia en el merecimiento y en la necesidad de protección de la víctima... El derecho penal debe ser el medio adecuado para la protección de los bienes; especialmente, no debe producir consecuencias desproporcionadas⁴⁹¹.

Por el contrario, ROXIN ha sostenido que fundamentar la impunidad del autor desde la idea de la subsidiariedad y la última *ratio* del Derecho penal, no es legalmente válido, pues a pesar de que el Derecho penal sea la última *ratio* de la política social. Pero esta frase en sí, sólo dice que no debe castigarse en aquellos casos en que el estado tienen a su disposición medios menos graves

⁴⁹⁰ Corriente que prevalece en el Derecho alemán. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.* p. 82.

⁴⁹¹ Citado por Cancio Meliá, en CANCIO MELIÁ/FERRANTE/SANCINETTI, p. 53 (cursivas en original).

para la superación de conflictos sociales, pero no que tenga que renunciar a su intervención cuando el propio ciudadano se pudiera proteger. La extensión del principio de subsidiariedad a las posibilidades de protección del ciudadano desconocería que los ciudadanos entre otras cosas, justamente ha incorporado el poder penal, para descargarse de las tareas de protección⁴⁹².

3.3 La imputación del resultado

Es siguiente nivel de imputación objetiva trazada por JAKOBS, consiste en la explicación del resultado lesivo producido. Esto es, que una vez verificada la tipicidad de la conducta, resta demostrar cuándo esa conducta es consecuencia de la realización del riesgo no permitido y por ende, sí el resultado producido debe ser o imputado al autor de esa conducta como algo suyo⁴⁹³.

El explicar el por qué se debe o no imputar objetivamente un resultado lesivo, se fundamenta en los supuestos en lo que de manera previa, simultánea o posterior al comportamiento típico de autor puede coexistir un hecho natural (accidente) u otra conducta ajena al autor que influye de manera determinante en el curso causal final de la lesión inicial y por consiguiente, existe la presunción que el resultado) puede ser obra ya no del autor (inicial) sino de la naturaleza o de otro sujeto.

Obsérvese como la anterior estructura es muy similar al presupuesto de “la realización del riesgo penalmente relevante en el resultado” contenida en la teoría de imputación de ROXIN⁴⁹⁴, es decir, también en este nivel de imputación

⁴⁹² En *Política criminal...* pp. 68–69

⁴⁹³ Concretamente faltaría el segundo nivel de imputación si a pesar de estar frente a un riesgo desaprobado, el resultado producido nada tiene que ver con esa infracción de Derecho, es decir, no es su consecuencia específica, Cfr. FRISCH, *Op. cit.*, p. 49, así también Vid. MIR PUIG, *Op.*, cit 10/57, p. 235, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* pp. 178 y ss.

⁴⁹⁴ (Vid *supra* apartado 2.2.7, pp. 90 y ss), La actuación de la víctima y de terceros en el desarrollo causal, es abordado ampliamente por ROXIN, en *Problemas básicos...* en especial en el apartado Sobre el fin de la protección de la norma en delitos imprudentes, pp. 181 y ss., así como por MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* pp. 326 y ss, llegando todos a conclusiones semejantes respecto de la no imputación al autor inicial cuya lesión no fue determinante en el resultado, sino que éste es obra de; un accidente, la intervención de un tercero, o del actuar de la propia víctima. Para FRISCH, son tres los tipos básicos fenomenológicos de conductas que ponen en peligro bienes jurídicos; *directamente* por el autor –sin intervención de la víctima o de terceros– mediando la actuación de la víctima –cuando su comportamiento

JAKOBS, expone las hipótesis de las concausas o concurrencia de riesgos, en donde lo importante no es determinar el resultado, sino precisar cuál de todos los riesgos fue el que concretó finalmente ese resultante⁴⁹⁵.

Luego, para determinar objetivamente la imputación de resultado. Ante la presencia de un concurso de riesgos, es necesario, de acuerdo con el maestro de Bonn, descomponer el curso causal de manera retrospectiva en todas sus partes, y una vez hecho lo anterior, analizar todos y cada uno de los hechos o riesgos que antecedieron al ilícito con el propósito de aislar el riesgo que fue el determinante en el resultado⁴⁹⁶, sin olvidar que cada resultado tiene su propia historia, cuyos antecedentes son tan complejos que pueden provocar “desviaciones del curso causal”⁴⁹⁷, en los que ya el causante primario ya no tienen injerencia.

Lo anterior, plantea la difícil situación del operador jurídico para determinar cuál o cuáles de todas las concausas provocó el resultado, de tal manera que para no llegar a resoluciones equivocadas, el juez deberá de valorar detenidamente esas intervenciones –tiempo, lugar y modo en que se crearon los riesgos separando los relevantes de los no relevantes en el resultado–, y así, estar en condiciones de importar el mismo a quien realmente con su acción lo produjo. Sobre estas reflexiones CANCIO MELIÁ, establece ciertas líneas de investigación 1. determinar primero la identidad entre el agente afectado por el riesgo inicial y el objeto lesionado, es decir, identificar los casos en los que la conducta posterior incide de alguno modo en un riesgo –que también puede ser consecuencia de la lesión previa– creada por el autor⁴⁹⁸.

incide en el resultado– y por terceros que se conectan con las acciones iniciales. En *Comportamiento típico e...* pp. 101 y ss

⁴⁹⁵ Sin que ello signifique, que no pueda determinarse la imputación objetiva a varias personas que con su acción crearon colectivamente riesgos no permitidos y que en su conjunto produjeron el resultado. Por ejemplo, en los casos de coautoría. Así, en el supuesto que Luis maniate a Juan para que Pedro lo apuñale, no se trata de distintos riesgos sino de un mismo riesgo que desencadena el resultado. Cfr. JAKOBS, en *Moderna dogmática penal...* p. 447

⁴⁹⁶ «Un riesgo no permitido se realiza cuando para aclarar el daño se necesitan todos aquellos datos del suceso de los que se deriva lo no permitido del riesgo. Si no se necesitan de uno de estos datos no se ha realizado la relación no permitida» JAKOBS, *Derecho penal*, I/78 p. 273.

⁴⁹⁷ *Vid. supra* 2.2.7. pp. 90 y ss

⁴⁹⁸ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Op. cit.* p. 106.

En esta línea de investigación se presentan cuando por ejemplo Hugo lesiona de gravedad a Ricardo, como la lesión es mortal por necesidad, a pesar de las intervenciones quirúrgicas no es posible salvarlo. En este caso es obvio que entre el riesgo inicial y el objeto lesionado existe plena identidad, a pesar de la intervención posterior de los médicos.

2. La otra línea de investigación propuesta por MIR PUIG, tiene relación cuando la conducta de la víctima y la actuación de un tercero, no hay identidad entre el objeto afectado y el objeto lesionado, presentándose dos hipótesis:

A) En el primer grupo la conducta del autor crea un riesgo no permitido *ex ante* y dicho riesgo se convierte en el generador de otros riesgos subsecuentes de un tercero o de la propia víctima formando una cadena de riesgos, que unidos producen un resultado distinto al que inicialmente se puso en riesgo, por lo que raya en lo evidente, de que no existe identidad entre el riesgo inicial y el objeto de lesión.

No siendo muy comunes estos casos en nuestro país –en lo particular desconozco si existen antecedentes de ejecutorias y del cómo se resolvieron– sirva de referencia el siguiente bloque de sentencias emitidas por el Tribunal Supremo Español (TS) y el Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH) que de una u otra forma pueden servir –en el marco del Derecho comparado– de orientación de cómo fueron resueltas incluyendo algunos cuestionamientos o adhesiones a esos fallos por reconocidos penalistas⁴⁹⁹:

En el primer supuesto de hecho X conduce un vehículo y de manera imprudente se sube a una banqueta proyectándose directamente sobre tres personas, de los cuales dos de ellas eluden el golpe, no así el tercero quien es alcanzado por la defensa del automóvil y muere al instante. Una cuarta persona, al ver el impacto del auto sobre el peatón, llena de pánico atraviesa sin ningún cuidado la calle y prácticamente se mete bajo las llantas de otro automóvil, cuyo conductor no pudo evitar la colisión. El TS confirmó la

⁴⁹⁹ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Op. cit.* p. 116 y ss.

sentencia condenando a X por las lesiones producidas en el segundo atropello a la mujer que cruzó la calle, argumentando, que siendo X el que con su conducta imprudente provocó la reacción de pánico (con la muerte producida al peatón) de la segunda víctima⁵⁰⁰.

LUZÓN PEÑA, cuestiona la anterior sentencia, aduciendo que contra lo que hizo el TS y contra lo que sería la solución de la doctrina dominante de la imputación objetiva, no es dable condenar al conductor (X) puesto que su conducta no cae dentro del ámbito de la protección de la norma de cuidado en la circulación que no estriba en evitar reacciones de pánico⁵⁰¹ o bien tampoco cabría la imputación por los daños derivados de un “shock” por no estar amparados en el ámbito de la protección de la norma⁵⁰².

En el mismo sentido, la opinión mayoritaria coincide en sostener que, en los casos en donde una conducta posterior a la lesión, sea de la víctima o de terceros implica una clara indiferencia de aquélla y de éstos para tomar medidas esenciales y elementales de neutralización del riesgo inicial (como lavar la herida observando el máximo de higiene o acudir al médico en caso de lesiones por mínimas que éstas sean), no es factible imputar ese resultado al causante inicial por no existir identidad entre el riesgo creado por éste con el resultado (objeto lesionado)⁵⁰³.

El segundo hecho consiste en que: una joven X pide aventón al pie de la carretera, Z quien conduce un camión se para y la sube. Durante el trayecto Z le propone tener relaciones sexuales a X, quien se niega y le solicita que pare el camión para bajarse, calmado Z le pide disculpas, pero, más adelante, le sigue insistiendo y de nueva cuenta la joven le pide que detenga la marcha o de lo contrario de arrojará del camión. Z sin hacer caso de la advertencia continúa con sus proposiciones y le pone la mano en una pierna. La joven abre la puerta y se avienta fuera del camión. El TS mantuvo la condena dictada en primera instancia, afirmando que la conducta de la víctima, al poder prever

⁵⁰⁰ STS 27.1.1984 (RA 421) citada por CANCIO MELIÁ, p. 116 (nota 317).

⁵⁰¹ Citado por CUELLO CONTRERAS, p. 497.

⁵⁰² *Vid supra* 2.2.8. pp. 96 y ss.

⁵⁰³ *Cfr.* CANCIO MELIÁ, *Op. cit.* p. 108.

razonablemente que podrían ser objeto de un delito contra la libertad sexual, era “legítima” la determinación de lanzarse voluntariamente del camión y por ello las lesiones de A son imputables a Z⁵⁰⁴.

MAYOL, considera que los anteriores argumentos judiciales, tienen su fundamento, en que la acción emprendida por X, son *acciones defensivas de carácter autolesivo*, partiendo de que si el «agresor en la legítima defensa tiene el deber de tolerar la acción de salvaguarda del sujeto agredido, y a éste se le justifica esta conducta siempre que se mantenga dentro de los límites de la causa de justificación, se puede concluir *mutatis mutandis* que en los casos en que el agredido (víctima) reacciona a un ataque imputable plenamente al agresor mediante una acción de salvaguarda que recae sobre él mismo, tenga que ser el agresor. en principio, quien responda de las consecuencias lesivas que se deriven. Ello será así cuando la reacción de la víctima, de haber recaído frente al agresor, hubiera entrado dentro de los límites de lo permitido por la eximente de legítima defensa»⁵⁰⁵.

Finalmente en el tercer supuesto: X, provoca el fuego de una casa en la que se celebraba una fiesta, en la planta superior del inmueble duermen dos personas M de 12 años, hijo del matrimonio anfitrión y C uno de lo invitados. Al llegar el fuego a ese lugar B, que es hermano de X y que se encontraba en esos momentos en el patio, tomando bebidas alcohólicas al ver que las llamas alcanzaban ya el segundo piso, sube por unos pilares, con el objeto de proteger y salvar a su hermano. Sin embargo, con motivo de su estado de embriaguez pierde el control al llegar al pasillo y cae, muriendo a consecuencia de una intoxicación de monóxido de carbono que provenía del humo inhalado. El tribunal de instancia condenó a X por el delito de incendio, y, en lo concerniente a la muerte de B que intento salvar a su hermano M, lo condenó por homicidio imprudente. El BGH mantuvo la condena, argumentando que en

⁵⁰⁴ Cfr. STS 8.11. 1991(RA 8298) citada por CANCIO MELIÁ, p. 116 (nota 318). El punto de partida de la verificación de la imputación objetiva es claro; el resultado se debe imputar al autor siempre y cuando sea la realización de un peligro jurídicamente desaprobado, creado por su acción. Cfr. ROSO CAÑADILLAS, Raquel, *Autoría mediata, imputación objetiva y autopuesta de peligro* p. 358.

⁵⁰⁵ Citado por ROSO CAÑADILLAS, *Op. cit.*, p. 362

este supuesto no concurre una autopuesta en peligro responsable, ya que no queda excluido el fin de la protección de la norma⁵⁰⁶.

En contra del sentido de la sentencia en cuestión ROXIN, afirma, que: en ningún caso responderá el causante del incendio por las lesiones o muerte de aquellas personas que intervinieron en las labores de salvamento a que el incendio dio lugar, ni cuando exista deber de intervenir porque en este caso el autor no tiene porque soportar las consecuencias del heroísmo de nadie, ni siquiera cuando concorra dicha obligación, ya que si el legislador impone un deber de actuar no puede endosarle a terceras personas la responsabilidad por la eventuales consecuencias dañinas que de ello se deriven⁵⁰⁷

Sobren las acciones de salvamento, “provocación de acciones de salvamento arriesgadas⁵⁰⁸” o “*intervenciones arriesgadas de salvamento*”⁵⁰⁹. En lo aquí especialmente interesa, el debate se ha centrado, en determinar si se debe o no de imputar un resultado de acción de salvamento o autopuesta en peligro cuando viene impuesta por una obligación jurídica o es libre⁵¹⁰.

Por un lado, el Tribunal Superior Federal Alemán se ha pronunciado por imputar los daños o lesiones que se originen a quien a creado la situación de necesidad (al creador del peligro inicial), en tanto, el salvador que sufre las lesiones, su actuar debe ser consecuencia de la motivación voluntaria de emprender las acciones de salvación de otros bienes jurídicos⁵¹¹, Por el otro, especialista del Derecho penal, se inclinan por afirmar que no existe imputación alguna en contra, así retomando nuestro ejemplo: a X (causante del incendio) no se le debe sancionar por la muerte de B, pues, «de lo contrario habría que llegar a la conclusión de imputar por ejemplo; a quien se ha puesto por sí

⁵⁰⁶ Cfr. BGHSt 39, pp. 322 y ss. citada por CANCIO MELIÁ, p. 116 (nota 319). Cfr. FIEJÓO SÁNCHEZ, en *Comportamiento de...*p. 209.

⁵⁰⁷ En *Problemas...* p. 187.

⁵⁰⁸ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Op. cit.* p. 117.

⁵⁰⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* p. 358, (cursivas en original).

⁵¹⁰ La autopuesta en peligro de una persona por compromiso se deriva de la responsabilidad que asume por una relación laboral por ejemplo los bomberos o los paramédicos, en cambio una puesta en peligro libre es la que una persona asume con el objeto de salvar un bien jurídico.

⁵¹¹ Cfr. FIEJÓO SÁNCHEZ, en *Comportamiento de...*p. 213.

mismo en riesgo y provoca una acción de salvamento, la responsabilidad por los daños que pueda sufrir el sujeto que intenta salvarlo»⁵¹².

Todo lo anterior nos arriba a concluir que el objeto o bien jurídico, que en principio se puso en riesgo, es diferente al bien que al final se lesionó, así en el primer caso, originalmente el riesgo creado fue la muerte del primer peatón, en el segundo fue la libertad sexual de X y en el tercero la vida de M.

B) En el segundo grupo, en los que tampoco existe identidad entre el riesgo original creado con el objeto lesionado, se presenta cuando la creación del riesgo imputada –en principio al autor inicial– se ha transformado por otro sujeto en un riesgo que acaba afectando a un tercero, siguiendo lo anterior: p.ej., Luis tiene su terreno al pie de la carretera, cierto día aprovecha para quemar la hierba –que se localiza entre el sembradío y la carretera–, el humo es arrastrado por el viento atravesando perpendicularmente la carretera, aunado a lo anterior, comienza a obscurecer. Todo ello, impide la visibilidad sobre la carretera, en eso, Juan y Pedro, transitan por su respectivo carril y debido a la poca visibilidad que hay en el tramo por donde pasa el humo, Juan invade el carril de Pedro y le pega al auto de éste⁵¹³. No se puede negar Luis al quemar la hierba haciendo viento originó un riesgo, sin embargo, tampoco se puede negar que ese riesgo se identifique con el objeto lesionado.

Asimismo, con relación a las confluencias de riesgos que coexisten –con el riesgo inicial–, de manera concurrente como una cadena de imprudencias múltiples en los que se presenta varios responsables. Existen toda una gama de casos, que dada su extensión, no es posible abordarlos en su totalidad, por lo que únicamente citare tres grupos: el primero se origina de la conexión entre el riesgo inicial creado por el autor y el resultado, de tal forma, que, en puridad no existe víctima, sino dos responsables del resultado acaecido. Sirve de ejemplo, cuando Luis y Pedro conducen sus respectivos autos ninguno de los

⁵¹² Cfr. CANCIO MELIÁ, *Op. cit.* p. 117, en el mismo sentido MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...* pp. 362 y ss.

⁵¹³ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Op. cit.* p. 120, un caso semejante fue tratado en 1989 por el Tribunal Superior Español absolviendo al que provocó el fuego, argumentando que no hay previsibilidad ni imprudencia que existan un claro rompimiento de la relación causal y que tampoco cabe imputación objetiva. *Loc. cit.* (nota 331).

dos observa el máximo de velocidad previsto por el Reglamento de Tránsito y se produce una colisión. En este caso, concurren dos conductas imprudentes en la producción de un mismo resultado, por lo que trata de un supuesto de autoría accesoria, ambos son responsables, puesto que ambos al excederse del límite del riesgo permitido por la norma causaron un mismo resultado lesivo.

En tanto que el segundo –en donde tampoco se puede afirmar que hay una víctima–, se presenta cuando la producción del resultado obedece a una responsabilidad múltiple del autor de la lesión y del lesionado, tomando en cuenta para ello, que en la conducta de la víctima como la del autor existen deberes o funciones recíprocos, que de no observarse no están cubiertos por una causa de exclusión de la imputación. *V., gr.*, Luis va en su automóvil por el libramiento a una velocidad de 70 k/h cuando la permitida es de 50 k/h. En ese momento en donde termina una curva, Pedro –a sabiendas que esta prohibido hacerlo–, atraviesa el libramiento, ambas acciones desencadenan que Luis arrolle a Pedro. En este hipotético supuesto, en mi concepto no existe en estricto sentido una víctima, pues la acción imprudente de ambos produjo el resultado, lo cual nos lleva a concluir que el peatón y el conductor deben soportar una responsabilidad compartida⁵¹⁴, pues, la imprudencia de ambos

⁵¹⁴ CANCIO MELIÁ, *Op. cit.* p. 159 (nota 356) solución no compartida por MARTÍNEZ ESCAMILLA, quien sostiene que el responsable es el peatón y no el conductor «cabe deducir que, como regla general, los accidentes en lo que interviene el factor riesgo por imprudencia de los peatones no son objetivamente imputables al conductor en consideración a una velocidad no permitida» en *La imputación objetiva...* pp. 294–295, lo cual no es compartido por la SCJ de la Nación la que a través de diversos criterios ha sostenido que en los delitos culposos no hay compensación de culpas «RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA Y CONCURRENCIA DE CULPAS. DIFERENCIA. En delitos culposos, cuando intervienen en su comisión diversas personas, no puede decirse que exista responsabilidad correspectiva, puesto que esta figura sólo es aplicable a los ilícitos dolosos, ya que en los culposos lo que puede existir es concurrencia de culpas, la cual sólo incide en la individualización de la pena al ser valorada como una circunstancia de ejecución del delito, a efecto de calificar el grado de culpa, pero no da lugar a la aplicación de una sanción atenuada ni constituye una excluyente de responsabilidad, toda vez que en materia penal para efecto de fincar la responsabilidad no hay compensación de culpas». Consultable en *Lus 2004* en el Registro No. 199,375. En realidad, el criterio de la concurrencia de culpas, únicamente permite graduar la pena con relación al grado de culpa y la reparación del daño, así se desprende del siguiente criterio: «IMPRUDENCIA, DELITOS POR CONCURRENCIA DE CULPAS Y REPARACION DEL DAÑO. COLISION DE VEHICULOS. Cuando concurren las culpas en los delitos imprudenciales provocados por colisión de vehículos, y aun cuando en esos casos no hay compensación de aquéllas, no es lógico ni jurídico que sólo uno de los protagonistas de los hechos soporte el daño ocasionado al vehículo propiedad del otro, sino que en éste por su propia conducta imprudente debe también repercutir el daño; esto es, que cada conductor debe responder por la semisuma del total de los daños producidos por su acto imprudencial, independientemente que parte de los referidos daños hayan recaído en bienes de la propiedad de uno de ellos; así, la gravedad del daño de uno, en relación con las sanciones, no es determinante para la imposición de la pena pecuniaria en perjuicio del otro, sino que debe estarse al principio de que a igual culpa igual sanción, aun cuando ésta quede absorbida, sin llegar a hacerse efectiva por el propietario afectado, pues el hecho de ser dueño no puede eximirlo del pago del daño que el mismo propició». Véase Séptima Época. Primera Sala. No. Registro: 235,308.

produjo el resultado ya que si uno de los dos hubiere observado las normas de cuidado el resultado no se hubiera concretado.

Por último, en el tercero grupo se encuentran los denominados por JAKOBS “resultados sobrecondicionados⁵¹⁵” en donde la confluencia de comportamientos riesgosos no se presentan de manera simultánea como en los anteriores casos sino son de modo sucesivo, el maestro alemán, los ilustra con el siguiente ejemplo; al introducirse una carga en la cabina, el cable de una ascensor de rompe, desplomándose la cabina y lesionando a un hombre. El accidente tuvo los siguientes precedentes:

A) Algunos cabos del cable estaban defectuosos; de ahí que sólo soportare una carga inferior al máximo autorizado; y, B) La carga introducida era, sin embargo, muy superior a la carga máxima autorizada. Así pues, en ambos defectos, diferentes personas en momentos distintos dejaron de observar las reglas del cuidado debido en este caso, 1 el no haber realizado por quien tenía el deber de hacerlo un mantenimiento preventivo al cableado del ascensor, 2 el no haber tenido cuidado de respetar la carga máxima que podría soportar el ascensor. Consecuentemente del anterior ejemplo se pueden originar la concurrencia de dos cursos evitables o de dos cursos inevitablemente accidentales o de un curso evitable junto con uno accidental⁵¹⁶.

Es el propio maestro alemán, quien para tipo de resultados propone la siguiente solución: atender qué riesgo es el primero que se concreta perfectamente, es decir, cuál es el que primero ha salido del ámbito de organización de la persona a la que incumbe. Así, en el ejemplo citado, el responsable de la carga ha ordenado la sobrecarga antes de que al realizar las labores de mantenimiento incorrectamente se dañasen los cables, en la caída se realiza sólo el riesgo derivado de la sobrecarga, porque a partir del momento en que esto consta, la caída ya no depende de que el ascensor no excede de

Sobre la doctrina de la concurrencia de culpa, con mayor detalle *Vid.*, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima y responsabilidad...* pp. 118 y ss.

⁵¹⁵ *Idem.* p. 452.

⁵¹⁶ *Cfr.* JAKOBS, *Moderna dogmática penal*, pp. 451–452.

la carga máxima⁵¹⁷. Por tanto, quien introduce más carga de la debida en el ascensor que ya tenía el cable deteriorado, no ha propiciado la caída, por más que halla contribuido a la misma al haberla forzado fuera de los límites del peso autorizado, si, en cualquier caso, con el peso permitido el cable por su deterioro anterior, se habría roto de todas formas⁵¹⁸.

De tal forma que los resultados sobrecondicionados se distinguen de los riesgos con responsabilidad de varios sujetos en lo siguiente: El resultado está sobradamente condicionado cuando todos los participantes (portadores de riesgo) se comportan incorrectamente en ese supuesto todos son responsables. En cambio, cuando existe hipercondicionamiento defectuoso el resultado está suficientemente condicionado con el simple comportamiento de un solo de los participantes⁵¹⁹. Con lo que en cierta forma estaríamos entrando en los tópicos del delito de omisión impropia y de la posición de garante.

3.3.1 La imputación en los delitos de omisión impropia

La conducta negativa de la acción es la omisión, con la que el no actuar cuando lo ordena la norma o el no evitar un resultado cuando se porta el rol de garante, son causas de responsabilidad penal. En este apartado sólo muy superficialmente se analizarán las conductas omisivas, por se materia que será estudiada más a fondo en el siguiente capítulo, por tanto, únicamente se pondrá especial énfasis a la comisión por omisión en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva del resultado que se comenta.

Los delitos de omisión, al igual que los de imprudencia ha tenido en la dogmática penal un tratamiento reciente, esto debido a que en el siglo XIX, al delito de omisión, se le aplicaban las mismas reglas previstas para los delitos de acción. Es a partir de las primeras décadas del siglo XX, en que los delitos de omisión comienzan a tener importancia cuantitativa y cualitativamente, como

⁵¹⁷ JAKOBS, *Derecho penal, Op. cit.* I/83a p. 279.

⁵¹⁸ Cfr. CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.* pp. 481–482 (nota 356).

⁵¹⁹ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal, Op. cit.* I/84 p. 279.

consecuencia a los peligros que representaba la naciente industrialización, tráfico rodado, exploración de nuevas áreas técnicas y científicas, etc⁵²⁰.

A los comportamientos omisivos –negativos o pasivos–, tradicionalmente, se les clasificado en forma bipartida⁵²¹; omisión propia, pura o simple y en omisión impropia o comisión por omisión⁵²². Los primeros se distinguen principalmente por su correspondencia con los delitos de mera actividad, los cuales se configura por el hecho de que el omitente no acata una norma de mandato, cuya obligación de actuar, se encuentra expresamente descrita por el legislador en la Parte Especial. En cambio, los segundos su fundamentación radica en la no evitación del resultado de quién tiene un deber de garante respecto del bien jurídico lesionado.

Los delitos de omisión propia o comisión por omisión, a pesar de no estar regulados expresamente en la Parte Especial –como los de omisión propia–, la obligación de evitar el resultado deviene muy genéricamente de la Parte General. De lo que se deduce, que los delitos de omisión propia al estar regulados expresamente por la norma, el juzgador le bastará en cuadrar la omisión del obligado de actuar en la descripción del tipo para responsabilizarlo penalmente. En cambio, los delitos omisivos impropios, al estar muy generalizada la obligación de evitar un resultado, por quien tiene el deber

⁵²⁰ Cfr. BUSTOS/ HORMAZÁBAL, *Op. cit.*, p. 199, los delitos llamados de omisión impropia o de comisión por omisión, fueron analizados por primera vez en un artículo de v. Rohland, en 1908 y consolidado en 1922 por v. Overbek, sobre los aspectos y elementos que integran los delitos de omisión *Vid.*, ampliamente a GIMBERNAT, en *Estudios sobre el delito de...*p. 385.

⁵²¹ Los criterios bipartidistas se apoyan en diversos presupuestos entre ellos; infracción de mandatos o prohibiciones; la tipificación legal expresa o no del hecho; la infracción del deber de actividad o deberes de evitación del resultado; el paralelismo con los delitos de mera actividad y de resultado; la calidad de sujeto de una posición de garante o no; y, la equivalencia con la comisión o no Cfr. SILVA SÁNCHEZ, José María, *El delito de omisión, concepto y sistema*, p. 400, circunstancias que el propio autor critica más adelante *Idem*, pp. 401 y ss. Sin embargo, MUÑOZ/GARCÍA ARÁN, agregan *inexplicablemente* otra categoría más: los delitos de omisión con resultado, es decir, aquellos que no están previstos por la norma y tampoco se tiene el carácter de garante, esto es vinculados la omisión al resultado material ocasionado a consecuencia de la omisión, por ejemplo una persona que no es empleada permite que se extraiga documentos oficiales confidenciales *Op. cit.*, p. 254, de igual forma *Vid.*, PLACENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Teoría del delito*, p. 61. Es decir, inexplicablemente, porque nunca se podrá ocasionar un resultado mediante una omisión (¿no hacer=resultado?) y mucho menos cuando no se tiene la posición de garante.

⁵²² No obstante, para BUSTOS/ HORMAZÁBAL, no es acertado referirse a los delitos de omisión impropia como delitos de comisión por omisión, ya que conduce al equívoco de entender que se trata de una comisión y en consecuencia, de la vulneración de un precepto prohibitivo. *Op. cit.*, p. 202. En sentido contrario Mir Puig, sostiene que la terminología más adecuada es la de delitos de comisión por omisión. *Vid. Op. cit.*, 12/14 p. 300. En resumen las expresiones «comisión por omisión» no significan otra cosa que «omisión equivalente a comisión».

jurídico de hacerlo, lo cual lo hace un tipo abierto o necesitado de ser complementado mediante un concepto de referencia a una determinada fuente de obligación de hacer⁵²³.

En este contexto, el fundamento de los delitos de comisión por omisión y los de omisión propia, se encuentra en la relación que guarda –derivados del mandato de la norma–, el omitente frente al sujeto cuyo bien jurídico está en peligro. De esta manera en los primeros la norma ordena al garante evitar un resultado, en tanto, que en los segundos ordena a sus destinatarios realizar una conducta positiva. Esa relación es brillantemente ejemplificada por GIMBERNAT⁵²⁴ en los siguientes supuestos: en el primero la madre al no alimentar a su hijo consciente que éste muera de inanición, y por ello comete una omisión *impropia*. El segundo una persona *cualquiera* no auxilia a quien se halla desamparado y en peligro manifiesto de gravedad por haber tenido un infarto en plena calle, y el omitente pasa de largo sin ayudarlo, en este caso estaremos hablando de una omisión *propia*.

De tal forma –sostiene el maestro español–⁵²⁵, que los rasgos *diferenciadores* entre el primer caso de omisión impropia y el segundo de omisión propia serían: Si se produce la lesión del bien jurídico (el hijo fallece), a la madre se le imputa esa muerte igual que si lo hubiera causado mediante un hacer positivo. Mientras que en el segundo supuesto, en caso que muriera el infartado, a la persona que no lo auxilió nunca se le hará responsable de la eventual muerte de aquél.

Es importante señalar, que a pesar de que la no evitación del resultado puede ser equiparada a la producción positiva del mismo, su desarrollo y fines son totalmente diversos. Esto como consecuencia, que entre los delitos comisivos y los de omisión impropia se aprecia una diferencia sustancial en su ámbito situacional, es decir, mientras que en la acción su finalidad es actual; en

⁵²³ Cfr. BUSTOS/ HORMAZÁBAL, *Op. cit.* p. 200.

⁵²⁴ Cfr. GIMBERNAT, *Estudios sobre el delito de...* pp. 301–302 (cursivas en original).

⁵²⁵ *Ibidem.* (cursivas en original).

la omisión, se le considera una finalidad potencial, un haber podido⁵²⁶, dicho de otro modo, en los delitos de acción el agente con su actuar crea un riesgo no permitido (dolosa o imprudentemente) para el bien jurídico, en tanto, que los segundos su no actuar (omisión) facilitan la realización del riesgo o bien no neutraliza un riesgo que ya existía⁵²⁷.

Zanjada la anterior diferencia, no cabe duda que, en ambos casos se produce un resultado fáctico. Esta modificación al mundo exterior, es motivo que a los delitos de omisión impropia se les equipare a los de comisión; actuar y omitir equivalen expresamente⁵²⁸. Por tanto, las reglas de la imputación objetiva del resultado por comisión, pueden ser validamente aplicadas de manera análoga a los resultados de una omisión impropia⁵²⁹.

Sobre la equiparación de la acción/omisión, existe una corriente que la fundamenta en un criterio valorativo análogo a la teoría de la equivalencia de las condiciones «causalidad hipotética», ya que afirma, que una omisión impropia será causal –o (cuasi) causal– si, añadida *in mente* la acción omitida desaparece el resultado⁵³⁰. Otra por el contrario, determina su equivalencia en la teoría de las funciones, esto es, a las fuentes de obligación sobre la

⁵²⁶ Cfr. PLACENCIA VILLANUEVA, *Op. cit.*, p. 59. Es decir, mientras que en la omisión simple lo que se sanciona es la propia omisión (no prestar ayuda, por ejemplo al incapaz), en los de omisión impropia, se sanciona el resultado que legalmente el omitente tenía la obligación de impedir.

⁵²⁷ Cfr. BUSTOS/ HORMAZÁBAL, *Op. cit.* p. 202.

⁵²⁸ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal...* VI/10 p. 944 y VI/19 p. 961. Por lo que este autor, proponga que “en la construcción de un delito de comisión por omisión se deba de reunir fundamentalmente dos requisitos; a) la omisión del autor de un especial deber jurídico de evitar el resultado; y b) la equivalencia conforme el sentido textual de la ley de ambos comportamientos, condición que nacería de los deberes en virtud de responsabilidad de organización de una fuente formal o material de peligro o de los deberes en virtud de responsabilidad institucional”. Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 951 y ss.

⁵²⁹ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, VI/19 p. 961, por lo que, los delitos de comisión por omisión también pueden ser dolosos o culposos.

⁵³⁰ De manera muy en especial *Vid.*, GIMBERNAT, en *Estudios sobre el delito de...* pp. 341 y ss., en el mismo sentido ROMERO Gladis Nancy, «La comisión por omisión en el tipo penal de estafa» en *“Algunas cuestiones...”* p. 65, coinciden también en México, muy en especial *Vid.* PORTE PETIT, *Op., cit.* pp. 277 y ss. Este autor concluye que la relación causal debe hallarse en la omisión misma, *Idem.* p. 279, en el mismo sentido PAVON VASCONCELOS, «la omisión es causal respecto del resultado y es la propia omisión la que constituye la condición causal por ser *conditio sine qua non* del evento» en *Derecho penal...* p. 243. CASTELLANOS TENA, *Op. cit.*, p. 159, PLACENCIA VILLANUEVA, *Op. cit.*, p. 62, posturas, muy criticadas por JESCHEK, «La causalidad como categoría del ser, requiere de una fuente real de energía de sea capaz de conllevar un despliegue de fuerza, y ello falta precisamente en la omisión (*ex nihilo nihil fit*)» *Op. cit.*, p. §59/852, en el mismo sentido MUÑOZ/GARCÍA ARÁN, *Op. cit.*, pp. 256–257, entre otros. Por su parte JAKOBS, afirma que la formación de un sistema en el que también se puede designar como causal la omisión, sólo presenta confusión terminológica, ya que el problema no es la ausencia, en la omisión, de la causalidad que caracteriza la acción, sino la imputación (mediante hacer u omitir) de resultados evitables. Cfr. *Derecho penal...* VI/18 p. 961. En mi opinión no existe en los delitos de omisión estrictamente hablando la causalidad, puesto que ninguna conducta omisiva en sí produce un resultado.

protección o perseverancia del bien jurídico que el portador del rol de garante tiene a su cargo, o, también de las fuentes de peligro que con tal carácter está obligado a controlar⁵³¹.

Las teoría de las funciones fue iniciada por ARMIN KAUFMANN, y básicamente parte de que los deberes de garante deben determinarse con arreglo a criterios o funciones materiales⁵³² existentes entre el sujeto y el bien jurídico, para lo cual, distingue entre deberes de garante derivados de una 1º *función de protección de un determinado bien jurídico* (deberes de custodia) en forma de comportamientos institucionales; de aquellos en los que 2º el garante está obligado al *control de una fuente de peligro* (deberes de aseguramiento) con base al comportamiento por organización.

1º. Función de deberes de custodia. Para JAKOBS, estos deberes provienen del comportamiento institucional que se infiere de los roles que cada individuo asume por ley o por organización dentro de una sociedad, en los que surgen determinadas posesiones de garante basadas en la solidaridad, que generan la obligación de configurar un mundo en común. Por lo que, el deber de protección es tal que aún cuando el garante no halla creado el peligro para el bien jurídico tiene la obligación de impedir o evitar el resultado⁵³³.

2º. Función de deberes de aseguramiento. A diferencia de los anteriores deberes, estos –refiere el maestro alemán–, tienen su origen en el comportamiento por organización, es decir, se presentan cuando el hombre organiza libremente su sociedad y en ella se concede un margen de libertad de actuación, ese margen tiene como única limitante vigilar, que no se desprendan riesgos que excedan el nivel permitido en perjuicio de los demás, de esta manera; en atención a la posición de garante que tienen el dueño de una

⁵³¹ Entre otros Cfr. JESCHEK, *Op. cit.*, p. §59/855, MIR PUIG, *Op. cit.*, 12/36 p. 306, y JAKOBS, *Derecho penal...* VI/27 p. 969.

⁵³² Cfr. JESCHEK, *Op. cit.*, p. §59/855, (cursivas en original). Superando con ello la teoría formal del deber jurídico *Vid.*, BUSTOS/ HORMAZÁBAL, *Op. cit.* p. 214 y ss, Sin embargo, también la teoría de las funciones materiales ha sido criticada por la amplitud de sus fuentes de obligación, las que, incluso siendo tan extensas (por no estar reguladas específicamente) pueden ocasionar que se viole el principio de legalidad. En este sentido *Vid.*, BUSTOS/ HORMAZÁBAL, p. 216 y ss. SILVA SÁNCHEZ, «La comisión por omisión y el nuevo Código penal español (1997)» en *“Instituciones de Derecho penal” Op. cit.*, pp. 195 y ss.

⁵³³ Para mayor detalle *Vid.* JAKOBS, *Derecho penal...* VI/57 pp. 993 y ss, en el mismo sentido *Vid.*, FRISCH, *Comportamiento típico e...* pp. 377 y ss. MIR PUIG, *Op. cit.*, 12/45 p. 309 y ss.

empresa de fertilizantes, debe proporcionar todos los medios necesarios a sus empleados para que se protejan en el trabajo, a fin de que no se afecte su salud, o bien el dueño de un edificio debe reparar la escaleras para evitar un daño a sus inquilinos o también la autoridad vigilar que las carreteras estén en buenas condiciones a fin de evitar accidentes, etc⁵³⁴.

En las anteriores condiciones, para hacer responsable objetivamente a una persona por la no evitación del resultado, se requiere una valoración adicional, esto es, que el resultado no es ya considerado únicamente como la realización de una omisión típica (un no hacer), sino que, además, es necesario que esa concreción de la omisión en el bien jurídico sea aquél cuyo deber de garante específico tiene el omitente⁵³⁵ y que éste tenga la capacidad de evitarlo. En este sentido, por ejemplo, el artículo 13 del Código penal Alemán, establece:

§ 13. 1. Quien omita evitar la consumación de un tipo penal será penado, según este Código, sólo si jurídicamente tiene que responder que no se produzca la consumación, y cuando la omisión corresponda a la realización del tipo penal a través de un hacer.⁵³⁶

Por tanto, para imputar el resultado se deben valorar tres aspectos o categorías fundamentales:

1 Que el hecho coincida con el resultado concreto conocido y cuya evitación era exigida al sujeto (la acción exigida tiene que estar especialmente descrita y por ello coincidente con la que se omite), pues suele suceder (como en los delitos de comisión) que el resultado sea producido por otro motivo ajeno al ámbito de exigibilidad u obligación de evitabilidad del omitente sino como consecuencia de otros procesos de riesgos. *V., gr.*, el salvavidas en una playa

⁵³⁴ Por lo que, a diferencia de la competencia por institución que se basa en el deber de protección aunque el titular de la posición de que se trate (padre, esposo, etc.), no halla originado la situación de peligro. En cambio en la competencia por organización la persona con su omisión ha creado el peligro para los bienes jurídicos *Idem*, JAKOBS, *Derecho penal...* pp. 972 y ss, La competencia por organización que es duramente cuestionado por GIMBERNAT, en el artículo citado "*Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro*" pp. 318 y ss.

⁵³⁵ *Cfr.* BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Op. cit.* p. 231.

⁵³⁶ Código Penal Alemán StGB y Código Procesal Alemán, StPO, traducción Juan Ortiz de Noriega, Cristina Larios Sánchez, Juan Carlos Pegros y Ana Monreal Díaz.

no tiene el deber de atender a una persona que ha sufrido un síncope cardiaco⁵³⁷.

2. Poner atención en la capacidad de evitación del sujeto, esto es, el que no actúa positivamente, omite la acción a que estaba obligado y únicamente se le puede atribuir el resultado cuando el autor tiene la capacidad suficiente (capacidad en abstracto) para evitar el resultado por medio de una acción. Para lo cual es preciso que el agente conozca en primer término la situación típica (el bien jurídico en peligro); pero, además debe contar con el *conocimiento de su propia capacidad para ejecutar la acción* (estar consciente de que puede realizar la acción esperada y exigida, pues no se le puede imputar el resultado a quien hizo todo lo posible para evitar el hecho y no lo logro) y, finalmente, *la posibilidad material de llevar a cabo la acción a que estaba obligado a cumplir* (si no cuenta con los medios necesarios y adecuados no se le puede imputar el resultado)⁵³⁸.

En consecuencia quedan descartados los movimientos corporales que; a) no se pueden desencadenar voluntariamente; o bien, b) que físicamente no se pueden ejecutar, el sujeto no está en situación objetiva psicofísica para llevar a cabo la acción mandada⁵³⁹.

Por otro lado, la capacidad física de evitación, no se refiere en estricto sentido, sólo a la capacidad de realización de la acción de propia mano, sino, esa capacidad también se presenta cuando el sujeto influye, persuade o induce a otro a la no ejecución de la acción mandada⁵⁴⁰.

3. Por último, el sujeto debe tener la posición de garante (fundamentalmente al que le compete la obligación de impedir el resultado) derivada de una fuente de la obligación (el motivo por el que le compete) de evitación –ámbito situacional– y que conforme a la teoría de las funciones

⁵³⁷ Cfr. BUSTOS/ HORMAZÁBAL, *Op. cit.* p. 231. en el mismo sentido MIR PUIG, *Op., cit.*, p.305 en adelante.

⁵³⁸ SUÁREZ/MIRA RODRÍGUEZ, *Op. cit.* p. 354.

⁵³⁹ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal...* VI/10/11/12 pp. 956–957 (cursivas en original).

⁵⁴⁰ *Idem* I/VI 12 p. 967.

puede ser a) cuando le corresponde al sujeto un específica función de protección del bien puesto en peligro (deber de garante de protección, deber de garante de custodia); y, b) cuando corresponde al sujeto una función personal de control o vigilancia de una fuente de peligro de todos los bienes que potencialmente pueden resultar afectados (Deber de garante de vigilancia, deber de garante de aseguramiento)⁵⁴¹.

Por consiguiente, de acuerdo con JAKOBS, si un resultado se origina cuando una persona jurídicamente no tiene dentro de su ámbito de organización el rol de impedir la producción de ese resultado no puede ser penalmente responsable por el mismo. Así lo vimos en los ejemplos del maestro alemán, en el caso del ingeniero que alquila en automóvil y debido a sus conocimientos especiales nota que los frenos están a punto de fallar y no lo comunica al dueño, o bien, en el del estudiante que trabaja como mesero y debido a también a sus conocimientos en la materia colige que el componente de una ensalada es venenoso, y, por no tener el rol de garante no responde por el resultado lesivo si éste llegará a producirse sino únicamente por la omisión de socorro⁵⁴².

De igual forma, dentro del grupo de la fuente de los deberes de aseguramiento, se encuentran los *deberes de relación* y deberes por *injerencia*, los primeros tienen como finalidad el asegurar los peligros procedentes de objetos o actividades industriales, metalúrgicas, químicas, etc., en tanto, que los segundos, provienen de un hacer precedente del autor⁵⁴³. Dentro de este último grupo, se ha establecido una tercera categoría mixta que tiene su origen en una sucesión de comisión y omisión.

Vale recordar que la omisión se caracteriza por que el omitente no es al autor del riesgo creado, por tanto, ese riesgo ya existe y su obligación es precisamente la de neutralizarlo o disminuirlo para evitar el resultado; en cambio, en este grupo de una sucesión de acción y omisión, el riesgo inicial fue

⁵⁴¹ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal...* II/VI 27, pp. 969 y ss

⁵⁴² Vid. *supra* 3.2.2, pp. 127 y ss.

⁵⁴³ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal...* VI/29, p. 973.

creado por el propio autor (hacer precedente/injerencia) quien después omite el deber de evitar un resultado más grave sobre ese riesgo en principio creado por él mismo⁵⁴⁴. Lo cual puede ser ilustrado por el clásico ejemplo en donde un automovilista atropella a un peatón imprudentemente y después, lo abandona⁵⁴⁵.

Finalmente, respecto de la participación en los delitos de comisión por omisión FIEJÓO⁵⁴⁶, sostiene que se trata de casos en los que el favorecedor de la comisión de un delito tiene una *posición de garante de control* con respecto de un punto del hecho delictivo sea por: instrumento del delito, que el autor se encuentre en el lugar del hecho y no en otro (ausencia y presencia del autor) etc. Para ello, es importante que la posición de garante adquiera siempre un significado delictivo y al mismo tiempo es menester comprobar la participación omisiva, esto es, que se actualizaron todos sus elementos de la comisión por omisión (por ejemplo la posibilidad objetiva y subjetiva de evitar el resultado, que no se trate de un caso fortuito en donde a pesar de existir la posición de garante es atípico por no existir dolo ni culpa). Ello en virtud de que lo sobresaliente de la comisión por omisión es que se trata de un problema previo relacionado con el tipo objetivo, no con el tipo subjetivo, esto es lo que interesa es el ámbito de protección de las reglas a la participación criminal⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, "El delito de omisión..." pp. 342–343.

⁵⁴⁵ Vid. Artículo 296 del Cpmich.

⁵⁴⁶ Por todos los supuestos Cfr. FIEJÓO, en *Comportamiento de terceros...* pp. 79 y ss.

⁵⁴⁷ Sobre el particular en Alemania se emitió una jurisprudencia, ya antigua –que fue duramente criticada– por que establecían como garantes a los encargados de bares, restaurantes o cafeterías de lo que hicieran sus clientes por haberles tras haber consumido bebidas alcohólicas en su establecimiento, cuando cada ciudadano es responsable con absoluta exclusividad y particularidad de sus actos o faltas de observancia de sus deberes de cuidados o por no motivarse conforme a las normas jurídicas. Cfr., FIEJÓO, en *Comportamiento de terceros...*p. 82. Más adelante esta jurisprudencia cambió y declaró la impunidad de estos supuestos con base al principio de autorresponsabilidad del cliente *Loc. cit* (nota 174).

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE NUEVOS TOPICOS DE IMPUTACIÓN GENERAL Y OBJETIVA DEL RESULTADO EN EL CÓDIGO PENAL DE MICHOACÁN

SUMARIO. 4.1. Reglas Generales. 4.1.1 Primera regla 4.1.2 Segunda regla la acción/omisión. 4.1.3 La acción. 4.1.4 Toma de postura. 4.1.5 La omisión 4.1.6 La omisión propia e impropia. 4.1.7 Toma de postura. 4.2 Tercera regla la acción/omisión dolosa o culposa. 4.2.1 El dolo. 4.2.2 Dolo directo e indirecto. 4.2.3 Toma de postura. 4.2.4 La culpa. 4.2.5 Toma de postura. 4.3 Cuarta regla (un resultado) 4.3.1 Toma de postura. 4.3.2 Quinta regla (nexo de causalidad). 4.3.3 Toma de postura. 4.4 Sexta regla para los delitos de comisión por omisión. 4.4.1 Toma de postura. 4.5. Octava regla (las concausas). 4.5.1 Toma de postura. 4.6 Reglas específicas. 4.6.1 Homicidio por lesiones. 4.6.2 Toma de postura.

4.1. Reglas Generales

En el Derecho –por expresarlo de algún modo– penal primitivo sólo se aceptaba la responsabilidad por el resultado; posteriormente, surge la imputación con base a la ejecución material entre la que existe una relación de causalidad entre la acción y el resultado. Paulatinamente, de esa imputación se derivaron dos conceptos uno material (*imputativitas*) y el segundo de carácter valorativo (*imputatio*)⁵⁴⁸, como consecuencia de ello, los códigos penales prevén en su Parte General determinadas reglas de imputación al causante de esta manera el operador jurídico tendrá primero que acreditar:

(1) La existencia de una acción u omisión (aspectos objetivos); (2) que sea dolosa o imprudente (aspectos subjetivos) que se concrete en (3) un resultado, (4) lesionando (formal o materialmente) o bien, puesto peligro (abstracto o concreto) un bien jurídico protegido por el Derecho penal, (5) que entre esa acción y resultado medie una relación de causalidad (nexo causal causa–efecto) o en los delitos de comisión por omisión, que el omitente no

⁵⁴⁸ *Vid. supra* Capítulo II, pp. 40 y ss.

impida el resultado cuando tenía la obligación de hacerlo, y finalmente, (6) si entre la conducta y el resultado existe o no una causa de justificación para el autor⁵⁴⁹.

Por otro lado, –conforme a la postura asumida– el juzgador deberá adicionalmente complementar las anteriores reglas con determinados juicios valorativos–normativos (*imputatio*) deducidos, tanto de la Parte Especial como de la propia Parte General⁵⁵⁰, a fin de desvalorar desde la óptica jurídico–penal, la conducta y el resultado del causante del hecho.

De esta manera, desde la perspectiva de la tesis aquí defendida, se tratará de exponer, por una parte, que es factible estructurar nuevos tópicos de imputación general (acción/omisión, dolo/culpa, nexo de causalidad) y, por otra, demostrar que, a partir de una interpretación teleológica–sistemática de la Parte General como de la Especial, del Cpmich.⁵⁵¹, subyacen ciertos principios o criterios estándares –no susceptibles de separarse nítidamente– de la moderna teoría de la imputación objetiva como lo son: creación de un riesgo no permitido, la realización de ese riesgo en el resultado, el ámbito de protección de la norma, entre otros, principalmente en los delitos de homicidio causado por lesiones.

Para tal efecto y coherente con lo anterior, es este capítulo se estudiarán analíticamente los criterios de imputación general previstos en el Título Segundo Capítulo I, relativo a las reglas generales del delito⁵⁵².

⁵⁴⁹ Causas de justificación que *no* serán objeto de análisis en el presente Capítulo, pues desbordaría por mucho la materia de la investigación.

⁵⁵⁰ Lo que MIR PUIG, llama normas completas e incompletas *Vid. Introducción a las...* pp. 19 y ss.

⁵⁵¹ Que como la mayoría de los Códigos penales, sigue la tradición bipartita del Código de Napoleón que entrará en vigor en 1812, se dividía en dos partes: la primera contenía precisamente las reglas generales, en tanto, que la segunda, las reglas específicas o descripción de los tipos en especial.

⁵⁵² En el Cpf se encuentra en Título Primero Responsabilidad Penal Capítulo I, Reglas Generales sobre el delito y responsabilidad y en el Cpdf. Se encuentra en el Libro Primero Disposiciones generales Título Preliminar De los principios y garantías penales.

4.1.1 Primera regla

La primera regla general de imputación se desprende de lo previsto por el artículo 10 del Cpmich., que en lo conducente establece:

«ARTÍCULO 10.– Nadie podrá ser sancionado por una conducta o hecho, previsto en la ley como delito, si el resultado del que depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión»⁵⁵³

Con independencia de ulteriores cuestionamientos, de entrada, el anterior texto plantea dos cuestiones fundamentales, la primera –en mi opinión– el Cpmich., abandona –en principio– la relación de causalidad ponderada por la teoría de la equivalencia de las condiciones, como *ratio essendi* para imputar un resultado. La segunda, se deriva de la primera, como definición de una idea regulativa de que *no es requisito necesario o indispensable* acudir a la relación causal, como fundamento de la imputación, toda vez, que dicho artículo se refiere a «consecuencia» y no a «resultado» de la acción u omisión.

Por consiguiente, atendiendo la diversidad de acepciones semánticas del término «consecuencia»⁵⁵⁴ éste se puede interpretar desde varios puntos de vista y no necesariamente a partir del plano causal (conducta–nexo–causal–resultado). Sino también como una valoración normativa, por ejemplo, en aquellos casos en que la conducta dolosa emprendida y el riesgo que no se conjura (omisión propia). O entre la conducta dolosa o imprudente emprendida

⁵⁵³ Esta regla general de imputación no se encuentra regulada expresamente por el Cpf., en cambio el Cpdf, en su artículo 1º establece: «Artículo 1o. (Principio de legalidad). A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta». En mi opinión con las reglas como su propio encabezado lo indica, sólo establecen con claridad los principios de a) legalidad del delito y la pena o medidas de seguridad; b) de irretroactividad penal y c) de tipicidad, pero no criterios de imputación.

⁵⁵⁴ Así por ejemplo: Consecuencia. (Del lat. *consequentia*). f. Hecho o acontecimiento que se sigue o resulta de otro. || 2. Correspondencia lógica entre la conducta de una persona y los principios que profesa. || 3. *Fil.* Proposición que se deduce de otra o de otras, con enlace tan riguroso, que, admitidas o negadas las premisas, es ineludible el admitirla o negarla. || 4. *Fil.* Ilación o enlace del consiguiente con sus premisas. || a ~ de. loc. prepos. Por efecto, como resultado de. || en ~. loc. adv. U. para denotar que algo que se hace o ha de hacer es conforme a lo dicho, mandado o acordado anteriormente. || guardar ~. fr. Proceder con orden y conformidad en los dichos o hechos. || por ~. loc. adv. U. para dar a entender que algo se sigue o infiere de otra cosa. || ser de ~ algo. fr. Ser de importancia, consideración o monta. || tener algo. fr. Tener o traer resultas un hecho o suceso, o producir necesariamente otros. || traer a ~ algo. fr. Ponerlo en consideración para que aumente o disminuya la estimación o valor de lo que se trata. || traer algo. fr. tener consecuencias. || traer en ~ algo. fr. Traerlo o alegarlo por ejemplar de otra cosa. Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993–2004 Microsoft Corporation.

y el resultado producido (omisión impropia), en los que obviamente no se puede hablar en estricto sentido de una relación de causalidad, sino propiamente de una «consecuencia» y no de resultado. En el mismo sentido se debe valorar normativamente el término «resultado» en su aspecto físico y «resultado» en sentido jurídico.

De todo lo cual vemos como la regla contenida en el precepto que se comenta, como destacadamente señala GONZÁLEZ GÓMEZ sobre esta regla de imputación «Más que un tratamiento legal de la causalidad se trata de tímida enunciación del postulado básico de lo que hoy se le conoce como moderna teoría de la imputación objetiva (no basta la producción de un resultado lesivo, sino que es necesario que este sea objetivamente imputable al autor como *su* hecho)»⁵⁵⁵.

En efecto, la orientación que sigue la moderna la imputación objetiva del resultado, no es otra cosa, que ser una limitante a los excesos naturalísticos de la relación causal de la *conditio sine qua non*, pero sin pretender con ello sustituirla, por el contrario, dicha teoría constituye simplemente una alternativa al planteamiento causal, no sólo desde la perspectiva objetiva sino también desde la normativa. En este sentido, lo expresado no sólo es importante en el plano conceptual teórico, sino también lo es en el plano conceptual práctico y de consecuencias, de tal forma, que, acorde a lo dispuesto en la parte final del párrafo transcrito (“si el resultado del que depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión”), el juzgador tendrá que determinar, mediante un juicio empírico cuándo la conexión entre la acción y el resultado es «consecuencia» de la conducta del autor y cuándo puede ser producto de una acción posterior de terceros o accidental.

Para llegar a la anterior conclusión, el juez deberá no sólo de constatar el hecho en sí, sino además está obligado a realizar un juicio axiológico de carácter normativo sobre la relevancia jurídica de esa conducta con relación al sentido de la norma para con ello afirmar o no la imputación. Es decir, el juez al

⁵⁵⁵ En *Consideraciones básicas en torno...* (nota 11) p. 119.

efectuar una valoración no sólo debe contemplar retrospectivamente y de manera aislada el hecho pasado (aspecto natural), sino también, al momento de verificar si ese hecho es subsumible por el tipo, deberá de hacerlo a partir de una interpretación teleológica–sistemática del sentido de ese tipo y de la función del Derecho penal (juicio axiológico); pues no es lo mismo lesionar, que matar, o bien, aportar una condición –irrelevante– en el resultado que ser el factor decisivo en la producción de ese resultado

4.1.2 Toma de postura.

Como ha quedado de manifiesto con la anterior exposición, la regla general de imputación prevista por el artículo 10, señala únicamente los presupuestos que el juzgador debe constatar previamente antes de responsabilizar penalmente a una persona por un hecho como suyo, esto es, que ante la ausencia de uno o de todos esos supuestos (que el resultado sea consecuencia de una acción u omisión de un hecho considerado como delito), se debe de absolver al inculpado. De esta manera, esta regla general sancionadora se podría redefinir atendiendo su sentido teleológico en *prima facie* como: Nadie podrá ser sancionado por una conducta, acción u omisión, previsto en la ley como delito, si el resultado (riesgo de lesión del bien jurídico o lesión del mismo) del que depende la existencia de aquél, no es consecuencia (atribuible, imputable objetivamente, a su) acción u omisión.

4.1.3 Segunda regla (la acción/omisión)

4.1.4 La acción.

La acción como requisito prejurídico de la imputación no se encuentra conceptualizada de manera expresa por el Cpmich., ya que su artículo 7º, únicamente conjuntamente con la omisión las enuncia como la esencia del delito, al disponer:

«ARTÍCULO. 7º Delito es el acto u omisión que sanciona las leyes penales».

Esta redacción coincide con el clásico concepto unitario de delito,⁵⁵⁶ el cual se caracteriza por ser difuso a la vez muy amplio, puesto que se precisaba tampoco en qué consisten esas acciones u omisiones que el agente debe ejecutar u omitir para que puedan ser sancionadas por las leyes penales⁵⁵⁷.

Al no existir de *lege lata* una definición de “acción”, es necesario identificarla y procesarla teóricamente, puesto el concepto de acción, se ha ido modificando en concordancia con las teorías que en torno a ella se han elaborado. En efecto, los conceptos de “acción” configurados desde la perspectiva: (1) causalista–natural científico; (2) como criterio valorativo; (3) referida a la intención final de la propia acción; (4) como adecuación social, (5) como un concepto personal⁵⁵⁸, y, finalmente (6) como un concepto social⁵⁵⁹.

1. Conforme al sistema causalista, la acción/omisión era definida en 1920, por v. BELING⁵⁶⁰ como «todo comportamiento corporal (fase externa objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, voluntariedad⁵⁶¹, fase subjetiva de la acción) consistente en un hacer (acción positiva), esto es, en movimiento corporal, o en un no hacer (omisión), esto es, distensión de los músculos», que trae como resultado una modificación al mundo exterior. Conforme a esta postura la acción va unida al resultado mediante un nexo de causalidad (principio de casualidad⁵⁶²).

⁵⁵⁶ En contrapartida al concepto unitario de delito existen las teorías atomizadas que toman su nombre con base a los elementos que integran el ilícito, así la pentatónica, definía al delito como: la acción humana típica, antijurídica, culpable y punible, Entre ellos Cuello Calón, citado por CASTELLANOS TENA, *Op. cit.*, p. 129. Después se eliminó la punibilidad, por no ser elemento del delito sino consecuencia del mismo, para quedar como delito una acción, típica, antijurídica y culpable, en la actualidad, únicamente persiste la concepción triédrica del delito, considerado una (acción) típica (acción) antijurídica y (acción) culpable. En realidad, esta concepción no es actual, sino que data del siglo XIX con el positivismo de Lombroso, Ferri y Garofalo, *Cfr. MEDINA PEÑALOZA, Op. cit.*, p. 46, no obstante para ser honestos ninguna de estas definiciones se le puede reputar como concepto, formalmente hablando, sino como una descripción externa de las características del delito conforme el sentido de la escuela positiva naturalista de von Liszt. *Cfr. MIR PUIG, en Introducción a las...* p. 205.

⁵⁵⁷ En los mismos términos ha sido definida el delito por el Cpf, en su artículo 7º, sin embargo, tal conceptualización no es más que una tautología, puesto que una de las funciones que tiene la norma penal, es justamente la de sancionar “las conductas prohibidas”, en cambio el Cpdf., no lo define.

⁵⁵⁸ *Vid. supra.* 2.2.1 pp. 61 y ss.

⁵⁵⁹ *Vid. supra.* 3.1 .pp. 114 y ss.

⁵⁶⁰ Citado por PLACENCIA VILLANUEVA, p. 51.

⁵⁶¹ Para WELZEL «La “voluntariedad” significa un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidas a un acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería producir el autor» de ahí que, más adelante critique esta teoría de la acción causal, ya que «Desconoce que toda acción es una obra (más o menos lograda), mediante la cual la voluntad humana configura, es decir, dirige el suceso causal, en *El nuevo sistema del pp.* 45 y 51–52.

⁵⁶² *Vid, supra* 1.1 pp. 1 y ss., Sobre este concepto con mucho sentido crítico WELZEL, advierte «El sustrato de la regularización del derecho es desconocido completamente, si se considera “primero” a la

2. Como criterio valorativo, la acción/omisión, parte de los principios neokantianos, los cuales se basan en no sólo *observar y describir* los hechos, sino que exigía el *comprender* y el *valorar el sentido* de los mismos, por tanto, a la acción en su aspecto positivo como negativo se les reviste de un valor, es decir, por una parte, la acción deja de entenderse como un mero «movimiento corporal» en sentido naturalístico; para dotarla de un significado «social». De esta manera, en lo sucesivo no hablará de acción, sino de «comportamiento humano» o de «conducta», la que debería ser *susceptible de soportar los juicios de valor* (desvalor) que deberían hacerse en sede de la antijuricidad y culpabilidad⁵⁶³. Por otra, la omisión es separada de la acción, lo que se traduce, en que la omisión ya no significa simplemente “un no hacer” contrario al “hacer de la acción”, la omisión implica «un acción esperada», por lo que, para los neokantianos, la omisión debe de ser ya valorada desde el punto de vista de la obligación que le atribuye al omitente la ley⁵⁶⁴.

3. La acción referida como intención final del acontecer causal. Tiene su origen en la teoría finalista, para la que la acción deja de ser un concepto causal y opta por un criterio ontológico⁵⁶⁵. Definida ésta –ya desligada de la omisión–, como una actividad dirigida conscientemente en función de un fin, lo que la distingue del acontecer causal que no está dirigido en función de fin alguno, sino que es la resultante causal de la constelación de las causas existente en cada momento⁵⁶⁶. De ahí, que WELZEL sostenga que mientras la finalidad es “vidente” la causalidad “ciega”⁵⁶⁷.

4. El concepto social de la acción de corte subjetivo–finalista, vinculada ya a la imputación objetiva, es un concepto fundamentalmente normativo, pues

acción como un proceso causal ciego y se añade sólo *después* (en la culpabilidad) la *voluntad*, donde ésta puede ser sólo un fenómeno subjetivo acompañante, un ‘reflejo’ pero no puede ser ya un factor configurante de la acción» En *El nuevo sistema de...* pp. 33–35 (cursivas en original).

⁵⁶³ MIR PUIG, *Op., cit.* 7/12, p. 155 (cursivas en original).

⁵⁶⁴ Por todos *Vid.* GARCÍA-PABLOS, *Op. cit.*, p. 359.

⁵⁶⁵ En este sentido JIMÉNEZ HUERTA, señala que «La significación de una conducta típica no se revela sólo con el estricto dato naturalístico. La realidad social dentro de la cual se mueven los fines del hombre, adquiere al respecto una extraordinaria significación» *Op. cit.*, p. 113.

⁵⁶⁶ Con esta última acepción de acción concuerda BERCHELMANN, que señala que para delinear al concepto de acción «*que debe manejar el Derecho Penal para los efectos del delito, ha de vincularse a los datos de la realidad que informan a la acción en la medida que ella tenga sentido en el Derecho Penal vinculado con los ideales de un estado de derecho*», *Op. cit.*, p. 412 (cursivas en original).

⁵⁶⁷ En *El nuevo sistema del p. 41*.

remite como mínimo a las normas y usos sociales para delimitar lo que tiene trascendencia o relevancia social, de la que no la tiene. Por consiguiente, postula que sólo lo socialmente relevante tiene trascendencia en el campo del derecho y lo que carezca de esa cualidad de entrada se puede descartar⁵⁶⁸.

5 Como un concepto personal. La acción es definida por ROXIN⁵⁶⁹ como un *concepto personal*, atendiendo el supuesto en que un hombre habrá actuado en sentido penal, siempre y cuando los efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, es decir, la acción u omisión sería todo aquello que constituyese una *manifestación de su personalidad*.

6 De igual forma como un concepto social, también, la acción para JAKOBS⁵⁷⁰ no es otra cosa que la evitabilidad del resultado. Es decir, la persona de acuerdo a este concepto, siempre acorde con su rol puede evitar el resultado, y por ello, desde el punto de vista del Derecho penal, la acción siempre y en todo caso es algo socialmente inadecuado que contraviene las normas y que por ello se sanciona a su autor.

Por otro lado, la acción en el ámbito nacional, es definida por PAVÓN VASCONCELOS, dentro del marco teórico el sistema finalista, como la actividad voluntaria realizada por el sujeto y la integran los siguientes elementos: a) *Un actividad o movimiento corporal*; y b) *La voluntad o el querer realizar dicha actividad*; a su vez, este segundo elemento se integra por las siguientes fases: 1. *La concepción*; 2. *La deliberación*; 3. *La decisión* y 4. *La ejecución*⁵⁷¹.

4.1.5 Toma de postura.

La acción por si misma es inícuca para el Derecho penal, por tanto, sólo ciertos tipos de acciones son penalmente relevantes como; acciones de

⁵⁶⁸ Cfr. LUZÓN PEÑA, *Op. cit.*, pp. 257 y ss.

⁵⁶⁹ *Vid. supra*. 2.2.1 pp. 61 y ss.

⁵⁷⁰ Ya analizada a detalle en el capítulo III, *Vid. supra*. 3.1 pp. 114 y ss.

⁵⁷¹ En *Derecho penal...* pp. 212–213 (cursivas en original); los últimos elementos no son otra cosa que la descripción de las fases del *iter crimines*. Por su parte PORTE PETIT, establece que los elementos de la acción son a) La voluntad o el querer (acción finalista); b) la actividad; y c) deber jurídico de abstenerse, *Op. cit.*, p. 237

incremento de riesgos, de inobservancia de las normas de cuidado, las cuales producen objetivamente un resultado o ponen en peligro bienes jurídicos y que por ello merecen ser sancionadas, de esta manera se deduce que la acción, debe ser conceptualizada o interpretada en el marco de una necesaria armonía entre la teoría y la *praxis* judicial, como: aquel comportamiento relevante para el Derecho penal, que ha creado o incrementado un riesgo típicamente desaprobado o no permitido que se ha materializado en un resultado lesivo.

4.1.6 La omisión

Partiendo de la definición de delito conforme al texto del Cpmich., como toda acción u omisión que sanciona la ley penal, se infiere, que el delito se configura, por un lado, por un comportamiento activo –acción consistente en un hacer algo–y, por otro, con una conducta pasiva (omisiva), la cual se manifiesta como ha quedado asentado, de dos formas; cuando se deja de hacer algo que por ley tiene la obligación de hacer (omisión); y, cuando se tiene el deber no sólo de hacer, sino de evitar el resultado, como consecuencia de la posesión de garante que tiene una persona respecto de los bienes jurídicos puestos en peligro o lesionados.

De ahí que, el significado normativo del los delitos de acción y de omisión, tenga su fuente –los primeros– en la infracción de una norma *prohibitiva* de la intervención activa indeseable por su nocividad, en tanto, que los segundos, se fundan en la infracción una norma *preceptiva*, que obliga a una determinada persona la cooperación deseable⁵⁷².

4.1.6 La omisión propia

Por cuestiones metodológicas, con relación a los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, por una parte, los abordamos en el anterior capítulo desde la perspectiva de la imputación objetiva⁵⁷³, y por la otra, considerando que el segundo párrafo del artículo 10 del Cpmich., de manera

⁵⁷² Cf. MIR PUIG., *Op. cit.* 12/1 p. 296 (cursivas en original).

⁵⁷³ *Vid. supra.* 3.3.1 pp. 180 y ss.

especifica señala una regla general para la imputación de estos delitos, la misma será estudiada más adelante⁵⁷⁴, por tanto, en el presente apartado, me referiré únicamente a la omisión impropia.

La omisión al igual que la acción no está definida o conceptualizada de *lege lata* por los Códigos penales de Michoacán, federal⁵⁷⁵ ni del Distrito Federal⁵⁷⁶. Sin embargo, la omisión se puede inferir o deducir de ciertas normas de carácter prescriptivas o imperativas que ordenan la realización de determinadas acciones y por tanto, su omisión puede ser sancionada penalmente⁵⁷⁷. En ese sentido, MIR PUIG, ha dicho «en el Derecho penal la presencia de una omisión no depende del carácter físico–naturalístico de una conducta como activa o pasiva, sino de la estructura el *tipo* y de su significado como base de la infracción de una norma *penal* preceptiva, no podrá decidirse la existencia de una omisión en el sentido del Derecho penal *antes* de contemplar *el tipo legal*⁵⁷⁸.

La omisión propia, se le ha definido como «el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva o imperativa –de mandato–⁵⁷⁹ y produciendo un resultado típico (no material) dando lugar a un “tipo de mandamiento” o “imposición”»⁵⁸⁰.

De la anterior estructura, se desprenden los siguientes elementos a) Voluntad o involuntad; b) de no hacer; c) lo que ordena la norma preceptiva o imperativa; y. d) un resultado típico. Sin tomar en consideración, la capacidad

⁵⁷⁴ Vid *infra* 4.4. pp. 274 y ss

⁵⁷⁵ Únicamente hace alusión a que las acciones y omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente (art. 8º).

⁵⁷⁶ En su artículo 15 habla del que el delito sólo puede realizarse por acción u omisión.

⁵⁷⁷ En este sentido, la opinión mayoritaria es coincidente al afirmar que la omisión no es sólo la falta de movimiento, sino también forma parte de la idea, de que ese movimiento pudo ser ejecutado por quién debía de realizarlo y no lo ejecutó. Cfr. REYES CALDERÓN, José Rodolfo, *Tratado de la teoría del delito*, p. 148.

⁵⁷⁸ *Op., cit.*, 12/3 p. 296.

⁵⁷⁹ Las normas de mandato son aquellas que obligan a su destinatario a un hacer algo en determinadas circunstancias, por ejemplo el funcionario a evitar que el dinero del erario sea sustraído, o en los casos en que se deba de prestar ayuda o socorro a una persona, se distinguen de las normas de prohibiciones, por que en ésta el tipo penal, al contrario de las que prohíben la realización de una conducta, describen delitos cuya acción típica consiste en abstenerse de actuar, por ejemplo el que un médico se abstenga de suministrar o recetar determinados medicamentos para los cuales no cuenta con la autorización correspondiente. Cfr. NOVOA MONREAL, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de omisión*, pp. 36 y ss.

⁵⁸⁰ Por los autores nacionales Vid., PORTE PETIT, *Op. cit.*, pp. 239 y ss.

del omitente para ejecutar la acción ordenada. Para WELZEL, este tipo de delitos, abordados desde la perspectiva del poder final del hecho para el cumplimiento del mandato, el que no actúa omite la acción ordenada por el mandato sólo cuando tenía el poder para la ejecución. Para ello –añade–, es necesario a) El conocimiento de la situación típica; es suficiente el contar con la existencia, el mero tener que conocer no basta; b) es necesario el conocimiento (conciencia) del omitente de su poder de hecho para la ejecución de la acción omitida; y c) la posibilidad real–física de llevar a efecto la acción mandada. Esto es, el que no ha actuado tiene que poder efectivamente el camino, que le es reconocible, para alcanzar el fin fijado por la norma, en resumen el plan de acción proyectada tiene que ser *realizable*⁵⁸¹.

4.1.7 Toma de postura

La omisión propia es la no realización de una acción positiva prescrita por el tipo penal por quien está obligado a actuar, y quien además posee la capacidad cognoscitiva y física de actuar conforme a la norma. Dicho de otro modo: sólo se podrá imputar penalmente una omisión, cuando el obligado por la norma a pesar de tener los conocimientos y la capacidad incumple el mandato legal.

⁵⁸¹ En *Derecho Alemán...* pp. 242–243, (cursivas en original) así también *Vid.*, MIR PUIG, *Op. cit.*, 12/27 p. 303 a) que todo delito de omisión pura se describe en una *situación típica*, en la que se *omite una determinada acción*, pese a que *el sujeto podía haberla realizado*. Su estructura consta de tres elementos: **la situación típica**; b) **la ausencia de una acción determinada** y c) **la capacidad de realizar esa acción**, (cursivas y negritas en original) SUÁREZ/MIRA RODRÍGUEZ, quien sostiene que la estructura del tipo de omisión o propia consta de tres elementos: la situación típica, la inejecución de la acción esperada y la capacidad del ejecutante de la acción, *Op. cit.*, p. 349, CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCA Y RIVAS Raúl, *Derecho penal mexicano*. Parte general, pp. 200; CASTELLANOS, quien además considera como elementos de la omisión: a) La voluntad (también en los delitos de olvido; y, b) la inactividad, la voluntad encaminada a no afectar la acción ordenada por el derecho. CASTELLANOS Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, p. 155; PAVÓN VASCONCELOS, le agrega un tercer elemento el *deber jurídico de obrar*. “*Derecho penal...* p. 215. Así por ejemplo. *Vid.* el Cpmich., en sus artículos; 293 «Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma atendiendo la obligación de cuidarla se le impondrá...»; 294 «al que omite prestar el auxilio que sea necesario según las circunstancias a una persona que se encuentra amenazada de un peligro, cuando pudiera hacerlo sin riesgo alguno, o dejare de dar aviso inmediato a la autoridad, se le impondrá...». O bien la omisión es sancionada cuando los omitentes tienen una cualidad específica, en este sentido el artículo 295 Cpmich., «Los médicos, cirujanos, parteros, enfermeros y demás profesionistas similares auxiliares, así como los dueños, directores, administradores o encargados de cualquier institución de salud, que injustificadamente nieguen o condiciones la prestación de servicios médicos a quienes tengan notoria urgencia de ellos por esta en peligro su vida o salud serán...»

4.2 Tercera regla (la acción/omisión dolosa o culposa)

Continuando con las reglas de imputación general, a nivel del desvalor de la conducta en su aspecto subjetivo, diremos que no basta que el autor halla realizado una acción u omitido la misma cuando tenía del deber de impedir el resultado, sino que además se requiere como presupuesto de la culpabilidad (y limite al *ius puniendi*) que esa acción/omisión sea dolosa o culposa.

4.2.1 El dolo

Tanto el dolo como la culpa, deambularon sistemáticamente por muchos años en la culpabilidad, considerada ésta como un simple aspecto subjetivo del delito (una mera referencia de la conexión entre el hecho y la psique), es decir, que una vez comprobada la conducta del autor en el hecho (elemento objetivo), el dolo o la culpa se remitía a la culpabilidad (elemento subjetivo)⁵⁸². Fue WELZEL, el que al darle un contenido final a la acción, ubica al dolo y la culpa como elementos subjetivos del tipo penal⁵⁸³ por consiguiente «el dolo y la imprudencia no son conceptos ontológicos psicológicos, sino conceptos normativos que están determinados por las normas»⁵⁸⁴ y, por tanto, el tipo ya no contiene sólo elementos objetivos (el hecho en sí) sino también elementos subjetivos (el dolo–intención y la culpa–imprudencia).

⁵⁸² Acorde a la teoría psicológica de la culpabilidad, es la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de precisar cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado con relación al resultado delictuoso (dolo o culpa) Cfr. VELA TREVIÑO, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad*, p. 179 más adelante este mismo autor sostiene, que «La acción o conducta, en cuanto se refiere a su propio contenido de voluntad únicamente puede manifestarse, para los efectos de la culpabilidad, en dos formas: intencional o dolosa o culposa» *Idem*, p. 210. Es decir, a la relación (objetiva) de causalidad debía añadirse la relación psicológica *quasi causal* del dolo o la culpa. –por tanto–, coherente con el pensamiento causal naturalístico se identificaba la culpabilidad con el dolo o la culpa que no se limitaban a ser parte de la culpabilidad, sino que eran la culpabilidad. Este era el sentido de la designación de dolo y culpa como las “especies” de la culpabilidad, y no sólo como “formas” de culpabilidad. Cfr., MIR PUIG, en *Introducción a las...* p. 209. El criterio de la culpabilidad psicológica se puede observar en la siguiente tesis de la Sexta Época, (1957–1968) tesis bajo el rubro CULPA, MODALIDADES DE LA. La culpabilidad, como elemento esencial del delito, puede presentarse bajo dos especies, que son el dolo y la culpa, y ésta a su vez se subdivide en culpa consciente con representación o culpa inconsciente sin representación; la primera consiste en que el sujeto activo ha considerado como posible la producción del resultado, pero ha confiado en que no se producirá; y la segunda se presenta cuando el sujeto activo no ha previsto el resultado que hubiera podido prever, aplicando el cuidado que su deber le imponía. Sexta Época Primera Sala. No. Registro: 258,867.

⁵⁸³ El dolo se nos representa aquí necesariamente como un momento constitutivo del tipo, por lo que el dolo no es un elemento de la culpabilidad, sino que es ya un elemento constitutivo del tipo Cfr. WELZEL, en *Derecho penal alemán penal alemán*, pp. 73–74.

⁵⁸⁴ FIEJOÓ, *Resultado lesivo e imprudencia...* p. 261.

Sobre el dolo el segundo párrafo del citado artículo 7º señala que son los delitos dolosos:

«Cuando el agente quiere o acepta el resultado, o cuando éste es consecuencia de la conducta realizada»

En principio, habrá de señalar que esta definición resulta muy cuestionable a estas alturas del Derecho penal, principalmente porque soslaya uno de los elementos estructurales más importante que históricamente ha formado parte del dolo, como lo es, el conocimiento del hecho (típico).

Por lo que, en mi concepto, lo subrayó el no incluir al conocimiento como requisito para que se configure el dolo, tiene su origen en el hecho de que en el sistema clásico del delito⁵⁸⁵ la acción era concebida como todo movimiento corporal producido por la *voluntad*, esa voluntad consistía únicamente en un acto psíquico en el que mediante la enervación de los músculos determinaba la realización del movimiento corporal que producía un cambio (resultado) en el mundo exterior; en tal virtud que con base a esa voluntad avalorada en el tipo, existía la presunción de que todos los actos ilícitos eran cometidos intencionalmente, es decir, se origina la presunción de dolo que es recogida por muchos códigos, así en el Cpmich., de 1936, en su artículo 7º establecía la presunción del dolo en los siguientes términos:

«Artículo 7 La intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruye aunque el inculpado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

- I. Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general la intención de causar daño;
- II. Que no se propuso causar el daño que resultó si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito;
- III. Que el inculpado previó o pudo prever esa consecuencia por ser el efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado;
- IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso;
- V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito;
- VI. Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso previsto por el Artículo 103».

⁵⁸⁵ Vid. *supra* 4.1.3. pp. 193 y ss.

De lo que se infiere, que la simple presunción *–juris tantum–* de la intención delictuosa, si no era desvirtuada por del inculpado – *v.gr.* demostrar que no tenía conocimiento de que el hecho estaba tipificado como delito– era suficiente para imputar el resultado a título de dolo. Esta presunción fue derogada con el Código de 1962, sin embargo, el sentido teleológico de la presunción persiste en la nueva redacción, pues al no exigir al juzgador que demuestre que el inculpado tenía conocimiento de que el hecho ejecutado era delito, corresponde a éste la carga de la prueba, es decir, demostrar que no tenía conocimiento que el hecho ejecutado era una conducta prohibida por la norma penal.

De este modo la actual redacción del dolo, se opuesta a los elementos estructurales que históricamente han sido parte fundamental en las diversas teorías que en torno al dolo se han estructurado, como lo son el conocimiento y la voluntad. En efecto, cualquier punto de partida sobre el análisis del concepto del dolo, lleva en él implícito el conocimiento del hecho por parte de su autor.

Así se deduce de las siguientes teorías;

- a) de la voluntad;
- b) de la representación;
- c) del consentimiento o asentamiento⁵⁸⁶; y
- d) la finalista (el dolo como parte del injusto no de la culpabilidad).

a). La teoría de la voluntad, se remonta a la época del emperador romano ADRIANO, que sostenía que el mal causado por un crimen, no está en el hacer del hombre, sino en querer hacerlo. Sin embargo, fue CARRARA el que ofrece una definición del dolo más estructurada como «la intención más o menos perfecta un acto que se *conoce* contrario a la ley»⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ Vid. FERREIRA D. Francisco José, *Teoría general del delito*, pp. 344 y ss.

⁵⁸⁷ *Idem.* p. 345. (cursivas mías con las que se resalta el requisito del conocimiento)

De ahí que esta teoría se le reconozca como de la voluntad, pues, sostiene que ésta *per se* constituye el único elemento configurativo del dolo. Tal afirmación, desató en su tiempo, toda una serie de críticas, la mayor inflexión se deriva de que la simple manifestación de voluntad, no satisface la imputación a título de dolo de una acción. Esto es, que a pesar de que en el autor existe la voluntad de actuar, –v. gr.– disparar un arma de fuego, para que esta acción sea considerada como dolosa, se requiere también, la intención del autor de cometer el ilícito. En este caso no basta disparar voluntariamente un arma de fuego; sino es necesario además, que al manifestar esa forma la voluntad, se tenga la intención de producir cierto resultado que cree un peligro o lesiones un bien jurídico determinado. De esta manera aparece desvinculada la voluntad de la intención, pues un cosa es el acto de disparar voluntariamente y la otra es la intención de lesionar o poner en peligro un bien⁵⁸⁸.

b) La teoría de la representación, expuesta por v. LISZT, afirma que el dolo es el conocimiento, que sigue a la manifestación de la voluntad de todas las circunstancias de hecho que acompañan al supuesto previsto por la ley. De lo que se sigue, que el dolo para esta teoría, consiste en⁵⁸⁹:

1. La representación del hecho, como la de un acontecimiento de la vida sensible, o el acontecimiento de las «circunstancias del hecho»

2. El conocimiento de la significación antisocial del hecho; Dicho de otro modo: al autor se le representa el hecho, con indiferencia de que quiera o no el resultado⁵⁹⁰.

Con objeto de clarificar lo anterior, imaginemos, a una enfermera que tiene el deber de inyectar a un paciente a su cargo cada hora, pues de no hacerlo las probabilidades de que fallezca son altas. Consciente de ello, la enfermera se va de paseo, y obviamente al no suministrar la medicina el

⁵⁸⁸ Cfr. VELA TREVIÑO, *Op. cit.* pp. 213–214.

⁵⁸⁹ Vid. VON LISZT Franz, *Tratado de derecho penal*, § 39/1 p. 409.

⁵⁹⁰ La representación como elemento esencial del dolo conforme a esta teoría, se caracteriza por el proceso interno que realiza el agente en su mente y por el cual se representa el resultado que casualmente habrá de producir su conducta y a pesar de ello ejecuta u omite, según sea el caso, esa conducta que finaliza produciendo el resultado representado. Cfr. VELA TREVIÑO, *Op. cit.* p. 214.

paciente muere. En este caso, de acuerdo con esta teoría, el resultado – muerte–, se le imputa a la enfermera, puesto que quiso la acción por ella emprendida (ir de paseo) y se le representó el resultado (muerte del paciente), aunque jamás hubiese querido o deseado esa muerte.

Sobre esta teoría, son muy elocuentes las críticas formuladas en su contra por JIMÉNEZ DE ASÚA al afirmar –ubicando al dolo como parte de la culpabilidad–, que «quienes desean desplazar totalmente a la voluntad por la representación, desposeen al dolo de todo elemento afectivo (volutivo), puesto que la representación es un elemento intelectual, con lo que el concepto de la primera especie de la culpabilidad queda no sólo mutilado en uno de sus requisitos, sino extendido desmesurada y peligrosamente, hasta el punto de que la noción del dolo desaparece»⁵⁹¹.

c) La teoría del consentimiento o asentamiento, de acuerdo con v. BELING⁵⁹², parte de la conformación ecléctica de los componentes del dolo relacionados, por un lado, en advertir su ilicitud (*conocimiento–conciencia*)⁵⁹³ y por otro, en un asentir en la acción (voluntad–querer)⁵⁹⁴, de tal forma, que el autor con base al conocimiento del hecho (circunstancias descritas en el tipo y la representación del resultado) quiere y dirige voluntariamente su acción a la consecución de ese resultado.

Postura similar adopta, JIMÉNEZ DE ASÚA, al reconocer que el «dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), con el *conocimiento* de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la

⁵⁹¹ Citado por VELA TREVIÑO, p. 215.

⁵⁹² Citado por FERREIRA, p. 346.

⁵⁹³ Para el maestro REYES ECHANDÍA, el conocimiento del autor debe comprender los siguientes aspectos: a) conocimiento del hecho típico; b) conocimiento de la significación de los elementos del tipo; c) conocimiento de las circunstancias típicas; y d) conocimiento del resultado de su conducta y de la cadena causal, para mayor detalle *Vid.*, REYES ECHANDÍA, Alfonso, *La culpabilidad*, pp. 44 y ss. De igual forma para «los efectos de la integración del dolo y del juicio de tipicidad es suficiente que el conocimiento del sujeto abarque las circunstancias del hecho típico y la significación en la esfera del profano del que daña a un bien jurídico o de que lo pone en peligro y, en su caso, la comprensión profana del carácter normativo específico de los elementos de tal clase que prevea el tipo penal y, en su caso, de sus modalidades» *Cfr.* BERCHELMANN, *Op. cit.*, p. 619.

⁵⁹⁴ «El asentir surge en la mente como una fuerza que mueve a la acción, fuerza esta que nace de los motivos que tiene el autor. La motivación es integrada al dolo, puesto que es la determinante que impulsa a la voluntad de actuar». FERREIRA, pp. 346–347.

manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no mutación) con conciencia de que se quebrante un deber, con voluntad de realizar (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia de no hacer) que se quiere o consiente»⁵⁹⁵.

e) Por último, para la teoría finalista el dolo al igual que la culpa, no pueden sistemáticamente estar ubicados en la esfera de la culpabilidad. Esto en virtud de que, si bien es cierto, que el dolo es un fenómeno psicológico, no menos lo es, que en la mente del autor existe la intención voluntaria de ejecutar un hecho que sabe que es ilícito, por tanto, es el tipo penal el que prescribe la conducta prohibida y sus consecuencias jurídicas, por tanto, el autor al momento de ejecutar el hecho obra con pleno conocimiento de su ilicitud. Ante lo cual WELZEL los extrae de la culpabilidad y los traslada al tipo penal «el dolo es un elemento esencial de lo injusto. Por lo que, sólo el concepto de la acción finalista y no el concepto de la acción causal pueden suministrar la base óptica de la doctrina del injusto. El dolo, cuyo carácter de elemento configurador objetivo de la acción puso de manifiesto la doctrina de la acción finalista, es un elemento esencial del concepto del injusto»⁵⁹⁶.

Por lo que desde la perspectiva de la acción final el conocimiento y la voluntad son esenciales en la configuración del dolo. Así WELZEL, ha puesto énfasis en que «Toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere –el momento intelectual– y por la decisión al respecto de querer realizarlo –el momento volutivo–. Ambos momentos, conjuntamente como factores configuradores de una acción típica real, forma el dolo ("dolo de tipo").... (por tanto) se emplee el dolo como concepto jurídico penal (como dolo del tipo) su objeto es la realización del tipo

⁵⁹⁵ Cfr. VELA TREVIÑO, p. 216.

⁵⁹⁶ En *Derecho penal alemán...* p. 74. Sobre esta base, Maurach sostiene que actúa dolosamente quien quiere el resultado típico. Pero tal querer no está exento de presupuestos, ni tampoco es un proceso en si mismo, un querer carente de presupuestos constituye no dolo sino instinto. El querer presupone en cierta medida un saber. Si el autor quiere cometer perjurio debe conocer la verdad de los hechos; el querer suerte entonces del saber... Quien roba debe saber que lo que sustrae es una cosa ajena, Por ello, el dolo implica una cierta medida de saber objetivo por parte del autor. MAURACH//ZIPF, *Op. cit.*, § 22, II/24 p. 380.

objetivo de un delito. Dolo en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito»⁵⁹⁷.

De este modo, el *dolo* para esta teoría radica en la concreción de una voluntad consciente dirigida a alcanzar una finalidad ya propuesta desde antes de iniciar la acción, lo que significa, que en el autor existe ya –con toda anticipación–, la idea de ejecutar la conducta penada por la ley; esa idea se va fraguando en su mente y posteriormente toma la decisión y los medios preparativos para su ejecución.

Como consecuencia de lo anterior, la acción entendida como la voluntad final de un acontecer en los delitos dolosos, es explicable, pues, no hay que pasar por desapercibido que para el Derecho penal el núcleo de lo que prohíbe (y sanciona) se centra justamente en las conductas y no sólo en los resultados. Por lo que, sí las normas no pueden prohibir o mandar resultados, sino sólo acciones humanas, entonces el injusto doloso se integra exclusivamente por la ejecución de acciones prohibidas o por la omisión de acciones mandadas, de ahí que si la acción no está dirigida voluntariamente a la consumación de un resultado, éste es indiferente y causal⁵⁹⁸. En consecuencia, se excluyen como factor de imputación objetiva los movimientos reflejos que no son voluntarios, los que se derivan de una fuerza física exterior (*vis-absoluta vis- compulsiva*), estados de inconciencia, como tampoco los pensamientos o ideas⁵⁹⁹.

De las teorías analizadas, se advierte que todas tienen como rasgo distintivo considerar aún de manera muy discreta –como la teoría de la voluntad– como elementos básicos estructurales del dolo al 1 conocimiento (aspecto cognoscitivo) y 2 la voluntad (aspecto volutivo), tal como se desprende de las propias teorías que a continuación analizaremos:

⁵⁹⁷ WELZEL, en *Derecho penal alemán...* p. 80. Lo único que distingue el *dolo* de la *finalidad*, es la tipificación del resultado a que atiende; *intrínsecamente dolo y finalidad coinciden*. DÍAZ-ARANDA, en *dolo...* p.51 (cursivas en original).

⁵⁹⁸ Vid. ROXIN, en *Política criminal y...* p. 49. Sobre esta base se elaboró la teoría del desvalor de la acción como la conducta que merece ser o no sancionada penalmente. Sobre el particular con mayor detalle Vid. ROXIN, *Derecho penal...* § 10/88 pp. 319 y ss.

⁵⁹⁹ Cfr. PLACENCIA VILLANUEVA, *Op. cit.*, p. 56.

1. El conocimiento del hecho o aspecto cognoscitivo, es el elemento intelectual del dolo. Esto es, que el dolo para su integración requiere que el autor de la conducta tenga conocimiento de los hechos y de las circunstancias fácticas relevantes para el tipo legal, de lo decisivo de ellos en el proceso causal y la significación jurídica de los propios hechos, en orden a su tipicidad y a ser quebrantadores de un deber, o sea en orden a su antijuricidad⁶⁰⁰.

2. El elemento volitivo, consiste en la voluntad de realizar la conducta (u omitir la acción esperada) y con representación del resultado (o de la consecuencia de no hacer) que se quiere o consiente⁶⁰¹. Cabe destacar que los vocablos; voluntad y querer, a pesar de que se prestan a confusión, tienen una significación distinta; el “querer” tiene un mayor contenido por que se refiere a todo aquello que se trata de obtener, se desea o se ama; en cambio “voluntad” es una potencia del alma que nos lleva a ser o no una cosa, acto por el que se admite algo, aceptándolo o aborreciéndolo. Lo que significa que en los casos del dolo directo se puede hablar con propiedad de “querer”; sin embargo, se prefiere el término voluntad, por que con éste caben todas las formas del dolo, al asociarse voluntad con representación⁶⁰².

En otras palabras «es la *voluntad con sentido de fin típico* del sujeto activo; es decir, que decida realizar el hecho tal como se contemple objetivamente en el tipo penal. Con independencia de que supiera de su existencia en la ley»⁶⁰³.

Sin embargo, conviene precisar que acorde al esquema de la voluntad para su perfeccionamiento es necesario remitirse al elemento cognoscitivo como un conocimiento actual efectivo⁶⁰⁴ y que obviamente recaiga en el objeto sobre el que se dirige la actividad consciente de un sujeto (como por ejemplo, estar consciente que el objeto que se pretende apropiarse no es suyo). Vistas así las cosas, se concluye una inminente e indisoluble conexión entre el elemento

⁶⁰⁰ Cfr., VELA TREVIÑO, *Op. cit.* p. 217.

⁶⁰¹ *Idem*, pp. 220–221.

⁶⁰² *Idem*, pp. 221–222.

⁶⁰³ BERCHELMANN, *Op. cit.*, p. 623.

⁶⁰⁴ Cfr. MALO CAMACHO, *Op. cit.*, p. 359.

volutivo y el cognoscitivo, de lo contrario no se puede configurar estrictamente hablando el dolo, pues, no se explica como podría de manera aislada reproducirse en la mente la determinación fáctica del hecho por parte del sujeto sin apoyarse en los conocimientos que se tenga del mismo..

El elemento cognoscitivo contiene a su vez dos aspectos fundamentales:

a) el conocimiento real o actual de la realización de los elementos descriptivos y normativos del tipo; y b) conocimiento del curso causal en condiciones de imputación objetiva del resultado⁶⁰⁵.

Los anteriores aspectos, son de lege lata previsto por los artículos 9º primer párrafo del Cpf y 18 segundo párrafo del Cpdf⁶⁰⁶.

« Artículo 9o. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y...»⁶⁰⁷

« Artículo 18....

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización».

Luego, el conocimiento de los elementos del tipo como requisito para imputar el delito a título de dolo, no es producto de un capricho, sino producto de un análisis una conducta –en el sentido de la teoría finalista de la acción–, con determinados conocimientos es orientada a la consecución de una meta previamente trazada por el sujeto, lo que la distingue de la *conditio sine qua non*; que como vimos para imputar un resultado, no importaba si el autor tenía o no conocimiento de la ilicitud del hecho, ya que el tipo era neutro, sin valor

⁶⁰⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, citado por DAZA GÓMEZ, Carlos Juan Manuel, *Teoría general del delito* p. 103, «El dolo en cuanto elemento de la conducta típica no implica el conocimiento de la antijuricidad, sino sólo el conocimiento que corresponde a la parte objetiva y normativa del tipo». MALO CAMACHO, *Op. cit.*, p. 360.

⁶⁰⁶ Presupuestos que no son como vimos incluidos en el Cpmich.

⁶⁰⁷ Sin embargo, de acuerdo con el texto del artículo 9º del Cpf., no se requiere tener el conocimiento del carácter prohibido de la conducta (antijuricidad) pues para el maestro Alvaro Bunster, «El dolo pasa el tipo, no como dolo malo sino como dolo bueno, es decir, como dolo que en el plano del saber o conocer, refiere este saber o conocer, sólo a que la acción se den los elementos que el tipo recoge y no su carácter prohibido. Si leemos la definición del dolo que brinda el artículo 9 del código penal, percibiremos que la definición del dolo allí ofrecida exige el conocimiento de los elementos del tipo, más no el carácter antijurídico o prohibido del hecho» Citado por JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *La estructura del delito en el derecho penal mexicano*, pp. 340–341.

alguno, en cambio, con la teoría de la acción final, al ubicarse tanto al dolo como la culpa en el tipo, para poderle imputar el resultado a título de dolo, se deba analizar si la acción emprendida por el autor tiene como finalidad previa la comisión de un hecho ilícito, y por tanto, para la consumación de esa finalidad, debe de conocer anticipadamente los elementos del tipo (no necesariamente en sentido técnico).

Así las cosas, es palmario que por su propia naturaleza ese conocimiento tiene que ser referido a la descripción del tipo –consecuencias principales no accesorias– por ejemplo; el tipo de homicidio basta que el autor sepa que del peligro de muerte que implica su comportamiento (prohibido por la norma) para la vida de otro, o bien, que tenga conocimiento de que una cosa mueble no le pertenece y a pesar de ello quiera sustraerla. Todo lo cual, en sede judicial ha sido considerado, por el Tribunal Colegiado en Material Penal del Segundo Circuito en el siguiente criterio.

DELINCUENCIA ORGANIZADA, NATURALEZA DEL DELITO DE. Conforme al artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la hipótesis delictiva se actualiza cuando: tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que en diversas fracciones se precisan de manera limitativa en el propio numeral. De lo anterior se obtiene que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica penal, el aludido delito puede clasificarse como de naturaleza plurisubjetiva, puesto que se requiere de un número mínimo de activos, que es de tres personas; de comisión alternativa, pues puede actualizarse mediante la hipótesis conductual de "organizarse, o bien, por el hecho de acordar hacerlo"; ello con la finalidad de realizar conductas que por sí mismas o unidas a otras, que regula a su vez el fin o resultado de cometer alguno o algunos de los delitos que limitativamente se precisan; por tanto, requiere de un elemento subjetivo específico (distinto del dolo), que se traduce en esa particular finalidad; además, puede clasificarse como de aquellos que la doctrina denomina "de resultado anticipado o cortado" puesto que para su configuración es irrelevante el que se logre o no la consumación, materialización, o simplemente exteriorización de las conductas que pudieran integrar a los diversos delitos que conformaren en abstracto la finalidad perseguida por la organización. Además, es sin duda un delito doloso, en donde el dolo debe abarcar el conocimiento de los aspectos objetivos y la voluntad del autor o aceptar tal integración, esto es, el saber y querer de esa pertenencia al grupo que deliberadamente se organiza o acuerda organizarse⁶⁰⁸.

⁶⁰⁸ Consultable en la Novena Época. No. Registro: 183,307. subrayado del autor.

Tomando como base esta ejecutoria, el tipo de la *delincuencia organizada* sólo se perfecciona cuando sus integrantes tienen el conocimiento de los aspectos objetivos y la voluntad del autor (representación de los probables resultados) y a pesar de ello aceptan o quieren su permanencia en esa organización delictiva, por lo que, si no se acredita el conocimiento del hecho típico y la voluntad de pertenecer a la organización no se podrá configurar el delito de delincuencia organizada⁶⁰⁹.

De todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que ambos elementos conocimiento/voluntad como referentes en la función integradora del dolo, no pueden existir uno sin el otro, es decir, no habrá dolo si no se tiene conocimiento del hecho típico y sin el conocimiento tampoco se puede manifestar la voluntad de hacer o no hacer.

Sin embargo, de los dos elementos antes estudiados, en cuanto integradores del dolo –en mi opinión– tiene mayor relevancia el conocimiento –elemento no requerido por el Cpmich., para la configuración del dolo–, que la voluntad, y en ese sentido me adhiero a la postura adoptada por SILVA SÁNCHEZ⁶¹⁰, que entre otras cosas ha dicho que en lo relativo al contenido del, debe optarse por un contenido cognoscitivo. Esto tomando en consideración que la voluntad no es un elemento en estricto sentido del dolo, sino un elemento de la acción, de la conducta humana, lo que la hace común tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes. En cambio mediante el conocimiento del sujeto, permite distinguir el uno del otro, pues en los primeros el sujeto que actúa *conoce* el significado típico de su conducta que

⁶⁰⁹ De ahí que una acción es dolosa cuando el autor al actuar se le representan las circunstancias que integran el tipo objetivo de una ley penal, esto es, si se representan los elementos constitutivos de una conducta definida como prohibida por el Derecho. En este sentido se debe ser entendido aquí lo “objetivo” y así también su primacía en el juicio de imputación. Cfr., CANCIO MELIÁ/FERRANTE/SANCINETTI, *Op. cit.*, p. 79.

⁶¹⁰ En *Aproximación...* p. 401. Desde el punto de vista jurídico-penal, sin la voluntad del sujeto no puede existir la culpabilidad; de ahí, que tanto en el delito culposo como en el doloso exista siempre la voluntad, pero, a diferencia de que en el primero esa voluntad es indirecta del resultado (no se quiere), en cambio en la voluntad dolosa, la voluntad es directa con resultado (se quiere el mismo) Cfr. VELA TREVIÑO, *Op. cit.* p. 236. Es claro, que el primer límite de la valoración normativa radica justamente en que la motivación del Derecho penal, sólo puede influir en la voluntad de sus destinatarios a través de sus acciones. Es decir, sólo puede prohibir conductas voluntarias en la medida en que su realización es guiada por esa voluntad. No puede prohibir que dichas conductas consigan efectivamente producir un resultado posterior al despliegue de la voluntad, en ese sentido es obvio que la motivación normativa sólo puede ser *ex ante* y nunca *ex post*. Cfr. MIR PUIG, en *Valoraciones, normas y...* p. 13.

voluntariamente realiza, en cambio el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado. De tal forma, que ese conocimiento permite al sujeto actuar con la voluntad consciente de resultado que se produzca con su comportamiento.

Argumentos que son reforzados, de *lege lata* por otras legislaciones⁶¹¹, al prever el error de tipo como una excluyente de responsabilidad penal. De este modo, si no se tienen conocimiento de la ilicitud de evento o de presentarse un error en los elementos del tipo. En este tenor, tratándose de hechos dolosos no es aplicable el principio de que «la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad», puesto que el conocimiento no sólo constituye un elemento *sine qua non* que, sino que es una exigencia para que se pueda perfeccionar la conducta descrita en el tipo de que se trata a título de dolo.

Lo cual, pone de evidencia, que es precisamente en el tipo y no en la culpabilidad, en donde se ubican los elementos subjetivos que aparecen descritos como parte de la conducta típica (dolo/culpa) que a su vez hacen referencia a los elementos objetivo y normativos de la misma exigiendo su atribuibilidad completa con los respectivos elementos subjetivos, objetivos y normativo del propio tipo penal. Así, en el delito de robo previsto por el artículo 299 de Cpmich., dispone:

«ARTÍCULO 299. Comete el delito de robo quien se apodera de una cosa mueble, ajena y sin consentimiento de quien legítimamente pueda disponer de ella».

⁶¹¹ Vid los artículos 29 fracción VIII del Cpdf «29. (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando... VIII (Error de tipo error de prohibición) Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de: a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta. En cambio en el Cpmich., no se prevé el error de tipo ni el de prohibición, como excluyente de responsabilidad, sino que en su artículo 12 (causas excluyentes de incriminación) fracción IX se habla de un error de hecho, esencial e invisible, que no derive de culpa, Lo cual no significa lo mismo ya que el error de tipo por contener tantos elementos, es decir, el error puede ser sobre los sujetos; activos-pasivos; el objeto jurídico o material y la conducta, con su verbo rector (matar, robar, lesionar, etc.), por ejemplo el error en el golpe (*aberratio ictus*), en la persona (*aberratio in personam*) o en el objeto (*aberratio in objetum*), así como las circunstancias que lo limiten o cualifiquen, (subjetivos, objetivos, normativos, etc.), y el error de todos ellos merecen el mismo tratamiento, con independencia si son de hecho o de Derecho. Para mayor comprensión Vid. REYES ECHANDÍA, *Op. cit.*, pp. 181 y ss. MALO CAMACHO, *Op., cit.* p. 362 y ss. MIR PUIG, *Op., cit.* p. 254.

De una primera lectura, constatamos, que el tipo exige a) que el autor tenga conocimiento de que la cosa mueble (elemento normativo) no es de él (elemento cognoscitivo); b) y a pesar de saber que no es su propietario, guía su voluntad–querer para apropiarse de esa cosa (elemento volutivo), y, c) que esa apropiación sea sin consentimiento de quien legalmente puede disponer de ella.

Todo de lo cual, demuestra que el tipo penal de robo, contiene elementos subjetivos (voluntada/intención), objetivos (apoderamiento) y normativos (cosa mueble), y una vez, comprobados estos, se tendrá como resultado la ejecución del delito de robo doloso –este tipo de delito no admite la culpa–.

En cambio, si el autor por desconocimiento incurre en un error en los elementos del tipo o de todos ellos, trae como consecuencia precisamente la exclusión del dolo (error de tipo)⁶¹² en la conducta, criterio que a su vez es sustentado por la Primera Sala, en su Séptima Época, que en lo conducente establece:

«ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION INDIRECTO O ERROR DE PERMISSION. El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad, tanto el "error de tipo" como el llamado "error de prohibición indirecto" o "error de permisión", hipótesis que requieren en el error el carácter de invencible o insuperable, pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad. En ambos errores, el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo verse sobre el carácter ilícito del propio hecho, pues en el error de prohibición indirecto o error de permisión, el sujeto cree no quedar comprendido en la infracción punible, al calificar subjetivamente como lícito su propio actuar, no obstante que su proceder es objetivamente contrario a la ley, generando el vencible error el reproche al autor por su conducta típica y antijurídica»⁶¹³.

⁶¹² Por tanto, se debe extraer la exigencia de que el dolo sólo está presente en un pronóstico sobre el curso causal suficientemente sustanciado por el conocimiento de las circunstancias que aceptación de la causalidad; si él falta, el autor actúa en desconocimiento de circunstancias semejantes; en consecuencia, él se encuentra en un error de tipo. *Cfr.* CANCIO MELIÁ/FERANTE/SANCINETTI, *Op. cit.*, p. 81 Con relación al error de tipo por los autores nacionales *Vid.* MALO CAMACHO, *Op. cit.*, pp.644 y ss

⁶¹³ Consultable en el Ius 2004 con el Registro No.: 234042 (subrayado del autor).

Muy semejante, con relación al error de tipo y error de prohibición, está la siguiente ejecutoria:

«**ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION.** En el error, el agente está impedido para conocer la relación existente entre el hecho ejecutado y el normativamente recogido, en forma abstracta, en el tipo penal, ya porque tal error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por el tipo, o bien sobre el carácter ilícito del propio hecho. En el error de prohibición, el sujeto ignora la existencia de la norma o bien cree no quedar inmerso en ella, calificando subjetivamente como lícito su actuar, no obstante su carácter antijurídico»⁶¹⁴.

Conforme a estos criterios, en el ejemplo del delito de robo, si Pedro acude a una reunión de ejecutivos al momento de retirarse de ella, se lleva un portafolio que creé que es suyo por tratarse del mismo modelo y color. No hay duda alguna, que en este supuesto se actualiza el tipo descrito por el artículo 299, sin embargo, el desconocimiento de que ese no es su maletín (ajenidad de la cosas) y la no intención de apropiarse de un bien ajeno, configuran un error (interpretación falsa de la realidad) en el tipo y por tanto no se puede perfeccionar el mismo.

En cambio, atendiendo el contenido del segundo párrafo del artículo 7º del Cpmich. (basado en la teoría de la voluntad), para imputar un resultado a título doloso basta la *simple voluntad del autor de querer o aceptar el resultado*, sin que para ello sea exigible que el juez compruebe que el autor tenía conocimiento de la ilicitud del hecho, lo cual en la actualidad es totalmente insostenible⁶¹⁵, pues, como atinadamente refiere PAVÓN VASCONCELOS, «La voluntad, por sí misma no puede agotar el contenido del dolo: hácese imprescindible igualmente el conocimiento *de las circunstancias del hecho y de su significación*»⁶¹⁶.

⁶¹⁴ Vid. Séptima Época. Primera Sala. No. Registro: 234,732. Ius 2004.

⁶¹⁵ En México sólo diez Estados entre ellos; Colima, artículo 13, Durango, artículo 7º, Guanajuato, artículo 13, Jalisco, artículo 6º, Morelos, artículo 15, Nayarit, artículo 6º, Nuevo León, artículo 27, Puebla, artículo 13, etc., prevén en la estructura del dolo únicamente el aspecto volutivo, el resto de los Códigos, establecen que para imputar un hecho delictivo a título de dolo, es necesario que el autor tenga conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal de que se trate.

⁶¹⁶ PAVÓN VASCONCELOS, *Derecho penal...* p. 426 (cursivas en original).

4.2.2 Dolo directo e indirecto

La voluntad como elemento integrante del dolo, tiene mayor trascendencia para establecer la frontera entre lo que se conoce como dolo directo, indirecto y eventual, ya que, según la intensidad de la voluntad aumente o disminuya se puede dar lugar al “dolo directo” en el que el sujeto se encamina su acción en relación al fin propuesto; al dolo indirecto el sujeto acepta las consecuencia no deseadas o al “dolo eventual” en el que el sujeto no quiere el resultado, sin embargo, no trata de evitarlo⁶¹⁷.

En este sentido, conforme a la definición de dolo prevista por el segundo párrafo del artículo 7º, con la expresión «quiera o acepte el resultado o cuando este es necesaria de la conducta realizada» se constata la existencia de dos tipos de dolo; a) directo y b) indirecto⁶¹⁸.

a) Dolo directo o de intención. Es aquél en que se persigue la realización del delito, es decir, se manifiesta cuando la voluntad está encaminada “directamente” al resultado previsto, existiendo identidad entre el acontecimiento real y el representado; *v. gr.* si una persona apuñala a otra y la mata, obrando con *animus occidendi* o *necanti* (propósito de matar), esto es, con voluntad de causar ese resultado típico, comete homicidio con dolo directo⁶¹⁹.

b) Dolo indirecto llamado también de segundo grado o de consecuencia necesaria. En este tipo de dolo, el autor busca la realización de un delito, pero sabe y puede advertir que es casi seguro o tal vez seguro –dadas las condiciones del delito planeado–, que se puede producir otros delitos –daños colaterales–. Dicho de otro modo: El dolo de consecuencias como su nombre lo indica, es la producción de consecuencias no aleatorias, sino ligadas o producto irremediable de la acción ejecutada por el autor, quien a su vez tiene

⁶¹⁷ Cfr. MEDINA PEÑALOZA, *Op. cit.*, p. 136.

⁶¹⁸ La diferencia entre el dolo directo y el indirecto deriva en ocasiones del propio texto de la norma como es el caso del artículo 7º en comento haciendo consistir al dolo indirecto en que el resultado producido no se desea pero se tiene la certeza de que se va a producir. Cfr. MALO CAMACHO, *Op. cit.*, p. 267.

⁶¹⁹ PAVÓN VASCONCELOS, *Derecho penal...* p. 430 (cursivas en original),

conocimiento de las mismas, es decir, el resultado secundario es consecuencia necesaria de la acción principal⁶²⁰.

Sirva para ilustrar lo anterior el siguiente ejemplo; Pedro quiere matar a Pablo, y la única oportunidad que tiene de hacerlo es cuando va en su automóvil, el cual siempre es conducido por su chofer. En este supuesto, Pedro tiene conocimiento que Pablo siempre se hace acompañar de su chofer Paco, sin embargo, no es su intención matar al chofer, pero, está conciente que irremediamente al poner la bomba en el auto para matar a Pablo, la capacidad explosiva de ésta puede producir una lesión o la muerte al chofer, y a pesar de ello, detona la bomba y naturalmente que a Pedro se le imputa el resultado del doble homicidio.

Una variante del dolo indirecto, lo es el dolo eventual⁶²¹ –figura que no se encuentra prevista por el Cpmich.–, atendiendo el significado semántico de eventual, vemos que proviene de “evento”: adjetivo que puede ser interpretado como «No seguro, no fijo o no regular; que puede haberlo o no»⁶²². De tal manera este tipo de dolo –no intencional– se manifiesta, cuando en la representación mental del autor se da como posible un determinado resultado, y a pesar de ello lo acepta, es decir no renuncia a la ejecución de la conducta, y con ello acepta las consecuencias que se deriven de su accionar: también se manifiesta, cuando el autor aunque no dirige su conducta en busca del resultado, pero éste lo representa mentalmente como posible, como contingente y a pesar de que no lo quiere directamente como producto de su acción o de su omisión, aún así acepta. En conclusión el autor «prevé» y «acepta» las consecuencias de su conducta.

⁶²⁰ PAVÓN VASCONCELOS, *Derecho penal...* p. 431,

⁶²¹ *Idem*, p. 430. Con relación al dolo eventual *Vid* muy especialmente FIEJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, *El dolo eventual* Universidad Externado de Colombia, 2002, en cuanto a las especies de dolo de manera muy sintetizada se podrían mencionas al dolo genérico aquel que contempla un resultado que no era previsto ni querido por el autor; el dolo específico, es el contemplado en el tipo penal; el dolo determinado es aquel cuya voluntad se dirige a un sólo resultado; el dolo indeterminado se presenta al contrario, esto es, cuando la voluntad va encaminada a la obtención de varios resultados posibles; dolo *indirectus*, que se produce cuando la conducta no se realiza para infringir la ley, pero en la acción hay muchas posibilidades de que resulte un delito. *Cfr.* QUIJADA, Rodrigo, *Nuevo código penal para el Distrito Federal comentado*, p. 107

⁶²² MOLINER, *Op. cit.* primer tomo p. 1242

De este modo, con relación a los elementos del dolo eventual previsto en el Cpdf, el Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito ha establecido el siguiente criterio:

DOLO EVENTUAL. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS (CÓDIGOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, ABROGADO Y VIGENTE).

El párrafo primero del artículo 9o. del Código Penal para el Distrito Federal, ahora abrogado, que continúa siendo aplicable a los ilícitos perpetrados durante su vigencia, y cuyo contenido normativo esencial se ve reiterado en el párrafo segundo del dispositivo 18 del nuevo ordenamiento punitivo distrital, atribuye una estructura de conformación cognoscitivo-volitiva al modo comisivo de concreción delictual, de tipo doloso, tradicionalmente conocido en la doctrina como dolo eventual, puesto que previene como elementos requeribles para su integración, los siguientes: a) En el enunciado: "Obra dolosamente el que ... previniendo como posible el resultado típico", contempla el elemento de orden cognoscitivo consistente en la previsión o representación del posible resultado típico; y b) *En la expresión: "acepta la realización del hecho descrito por la ley", incluye el elemento de carácter volitivo, configurado por el asentimiento de voluntad del infractor penal con respecto a la causación del resultado típico, lo cual entraña evidentemente la aceptación del resultado previsto como posible o probable, ya que implica, psicológicamente, una forma indirecta de concurrencia de la voluntad.* Este último aspecto constituye, ciertamente, el más relevante para el efecto de distinguir la culpa con representación del dolo eventual, en virtud de que en esta forma de concreción dolosa del tipo penal el activo quiere y realiza voluntariamente una conducta activa u omisiva, en la que conscientemente prevé como posible el resultado típico sancionado por la norma penal, y aunque el activo no pretenda ni desee ese posible resultado, como finalidad de su conducta, no obstante, lo acepta o asume conscientemente, conformando el elemento volitivo precitado, ya que consiente el probable resultado eventual de su actuar u omitir voluntario, máxime cuando le es del todo indiferente si se produce o no la causación de ese resultado típico contingente, como puede acontecer si el activo despliega, de manera voluntaria y consciente, una actividad altamente peligrosa, en condiciones y circunstancias por las que entiende necesariamente, como inminente, un riesgo de causación de un grave daño a la integridad o existencia de las personas, en que evidentemente, sin necesidad de prueba directa alguna, podría denotarse una deshumanizada indiferencia o desprecio por la vida humana⁶²³.

De la anterior tesis observamos como el órgano de control constitucional al interpretar tanto el abrogado Código del Distrito Federal como el actual, es enfático al señalar como elemento *sine qua non* la aceptación del resultado por parte del activo, toda vez que si bien es cierto, él no lo pretende o desea, también lo es que no hace nada por evitarlo a pesar de que en su mente se le representa como un posible acontecimiento.

⁶²³ Vista en la Novena Época. No. Registro: 183,552 (cursivas mías).

En consecuencia, observamos que no es posible darles el mismo tratamiento al dolo de consecuencias que al eventual –aún cuando en ambos casos el autor no desee el resultado– ya que cada uno tiene sus propias características que permiten diferenciarlo del otro, en este sentido, son muy elocuentes la diferencias precisadas por Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito en la siguiente tesis:

DOLO EVENTUAL Y DOLO DE CONSECUENCIAS NECESARIAS. SUS DIFERENCIAS. *Mientras que en el dolo eventual en la representación del autor se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no renuncia a la ejecución de la conducta aceptando sus consecuencias, en el dolo de consecuencias necesarias el agente tiene el propósito de un resultado determinado, pero en este caso la representación es que al desarrollar su conducta surgirán de manera irremediable otros resultados típicos de los que pretendía el sujeto realizar. Así, si en el caso el procesado tenía en mente como posible que al poner en marcha su vehículo, la ofendida que se encontraba sujeta al volante, sería proyectada y lesionada, a pesar de lo cual no renunció a la ejecución de su conducta aceptando su resultado, deben estimarse las lesiones sufridas por el sujeto pasivo ocasionadas mediante dolo eventual y no por dolo de consecuencias necesarias, porque al poner el inculpado en movimiento el vehículo, el resultado que podía surgir por su conducta era el de lesionar, como aconteció, pero de ninguna manera en forma irremediable se producirían otros resultados típicos⁶²⁴.*

De esta ejecutoria se infiere que mientras en el dolo eventual el resultado esta latente en la mente del causante –pero no querido–, y, sin embargo, no renuncia a la ejecución. En cambio, en el dolo de consecuencias necesarias el agente tiene el propósito de un resultado determinado y además está consciente de que derivado de su ejecución es muy probable que se produzcan daños colaterales y a pesar de ello persiste en su acción.

4.2.3 Toma de postura

De lo anteriormente analizado y argumentado, se deduce que la actual definición y estructura del dolo prevista en el Cpmich., al exigir como único requisito de su procedencia, la voluntad del autor, esto es, el simple querer ese resultado sin necesidad de que se tenga de comprobar el elemento más

⁶²⁴ Vista en la Séptima Época. No. Registro: 248,874 (cursivas mías)

importante de la configuración dolosa como es el *conocimiento* de las circunstancias *del hecho típico y la significación* de lesionar o crear un peligro a un bien jurídico tutelado, es inconsistente y deja al juzgador un amplio margen para que pueda, sin problema alguno, subsumir cualquier conducta a título de dolo.

Aunado a que, como hemos visto el dolo –acorde con la teoría finalista–, lo ubica en el tipo y no en la culpabilidad, resulta lógico que en el contenido del mismo exija para su configuración, al mínimo el conocimiento del autor de que el hecho pretendido es ilícito –y no sólo la voluntad como elemento único fundatorio del dolo exige el segundo párrafo del artículo 7º que se comenta–, ello en razón de que una de las funciones que tienen el tipo, es precisamente la de comunicación–motivación, esto es, que acorde a los fines del Derecho penal, de prevenir lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos, constituye una motivación para aquellos a que está destinada. Por tanto, las normas penales son normas de motivación que debe conocerse –sino cómo podrán motivar a las personas para que adecuen su conducta conforme a la norma–, es por eso, que quien contraría la norma (delito), sufre la consecuencia jurídica de la misma, es decir, la pena o medidas de seguridad, de este modo, es indispensable su conocimiento.

Dentro del marco de las anteriores consideraciones, para imputar un resultado a título de dolo. Es necesario por un lado que el autor tenga capacidad concreta del conocimiento de que la acción que pretende ejecutar es típica (conocimiento de los elementos del tipo no necesariamente en sentido técnico) y antijurídica y a pesar de ello dirige su voluntad a perseguir el resultado deseado; o, cuando previendo un resultado el agente quiere o acepte su consecución, adicionalmente se tendrá que verificar *ex ante* que con su conducta creó un riesgo lesionando o al menos puso en peligro el bien penalmente protegido.

Desde ésta última perspectiva aquí adoptada, es claro que la conducta asumida *ex ante* por el autor debe de contener una cierta peligrosidad concreta y típicamente relevante para el Derecho penal, que lleve implícita una carga de

riesgo real para el bien jurídico protegido, de lo contrario no se puede configurar el dolo. En esa dirección podremos citar los supuestos de los delitos imposibles, en los que no obstante de que el sujeto tenga conocimiento de la ilicitud del hecho y aún así mantiene la voluntad de conseguirlo, los medios por él empleados son totalmente inadecuados o no idóneos para su ejecución. Ilustra lo anterior el siguiente ejemplo: Juan odia a su padrastro y por eso quiere matarlo, sabe que matar es andelito, pero no le importa sigue con el plan trazado, en un vaso de licuadora vierte, jabón, aceite de comer, salsa, champú, leche y se lo da al padrastro y como consecuencia de ello, éste se enferma del estomago –nada grave–, en este supuesto no se le puede atribuir a Juan el delito *doloso* de homicidio en grado de tentativa, a pesar de configurarse los elementos constitutivos del dolo –conocimiento–querer) pues los medios empleados no son idóneos para matar a una persona.

En consecuencia, el juez al momento de desvalorar la conducta, deberá de constatar *ex ante* –partiendo de los antecedentes de la ejecución o tentativa del suceso–. si el inculpado tenía o no conocimiento del hecho típico y de su antijuricidad, y no obstante ello, voluntariamente persiguió el resultado. Sólo así, se podrá en un Estado de Derecho Democrático cumplir cabalmente con el principio de responsabilidad subjetiva como limite del *ius puniendi* (no puede haber pena sin dolo ni imprudencia)

En Conclusión, se afirma que no basta para la configuración del dolo la constatación única y exclusiva del elemento voluntario, como lo exige el segundo párrafo del comentado artículo 7º, ya que la voluntad se puede manifestar también –como veremos en el siguiente apartado– en la imprudencia⁶²⁵ presupone un comportamiento humano, sino que es indispensable que de *lege lata* se tome en consideración el elemento cognoscitivo, como parte fundamental en la estructura el dolo.

Finalmente en la misma dirección se deberá de incluir en el artículo que comenta, el concepto de dolo eventual, pues en la práctica judicial es invocado

⁶²⁵ Vid., *infra* 4.2.4. p. 220 y ss.

como fundamentador para imputar un resultado con ese carácter, como: cuando el autor se le presenta mentalmente el probable resultado y aún cuando no lo quiere con su actitud indiferente acepta las consecuencias que se deriven de su accionar.

4.2.4 La culpa

Al ser ubicados sistemáticamente tanto el dolo como la culpa o imprudencia en el tipo penal, el concepto psicológico de la culpabilidad quedó sin materia, esto en virtud, que la culpa a diferencia de dolo en el que existe una intención (elemento psicológico) de perseguir el resultado; la imprudencia es un fenómeno normativo⁶²⁶.

Ese carácter normativo de la imprudencia, en parte dificulta al juzgador la atribuibilidad del resultado, por un lado, porque a diferencia del dolo en la imprudencia no existe la intención, es decir, el causante no desea ni quiere el resultado, por otro, considerando la estructura –abierta o necesitada⁶²⁷– del tipo culposo prevista por el párrafo tercero del citado artículo 7º, que para imputar el resultado se basa principalmente en la previsibilidad y evitabilidad de aquellos actos que lesionan los bienes jurídicos de terceros con la causación de ese resultado, el cual a su vez tiene que constituirse objetivamente con el tipo descrito para los delitos dolosos⁶²⁸.

⁶²⁶ Estos fueron uno de los cuestionamientos que dieron origen a la teoría normativa de la culpabilidad en la que la esencia de ésta, no es la simple conexión psicológica entre el hecho objetivo y la mente el autor, sino ahora la culpabilidad se conceptúa como un juicio de reproche por la infracción o inobservancia de una norma. Cfr. MIR PUIG, *Op., cit.* 11/16 p. 272.

⁶²⁷ En los delitos culposos o de imprudencia al igual que en los delitos de comisión por omisión, el tipo no describe suficientemente la conducta prohibida, de ahí que el juzgador para “cerrarlo” tenga que remitirse a otro tipo penal o normas no penales. En este caso a la interpretación de los elementos normativos de la propia descripción (cuándo habiéndose previsto el resultado, se confió en que no se produciría, cuando no se previó siendo previsible, o cuando se causó por impericia o ineptitud) y de las normas de deber de cuidado, En sentido contrario ROXIN, sostiene que no existen tipos abiertos, que todos son cerrados, ya que de otra forma no podría realizarse la función preventivo–general que la tipicidad cumple en la teoría del delito, en ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elemento del deber jurídico*, pp. 139 y ss. En realidad lo que se entiende como abierto es el no–dolo, debido a que en el tipo doloso la voluntad (final) del autor determina el hecho, por tanto, desde una concepción objetiva normativa en el plano de la norma penal el delito imprudente es tan abierto o cerrado como el delito doloso, así en este último caso, por ejemplo el delito de homicidio puede verificarse de muchas maneras y no por ello se puede afirmar que se trata de un tipo abierto el que se tiene que regular el comportamiento acorde a cada forma de homicidio. Cfr., FIEJOÓ, *Resultado lesivo e imprudencia...* pp. 270 y ss.

⁶²⁸ Dado que el Cpmich., a la fecha sigue el sistema de *numerus apertus* en el que no existe específicamente una clasificación de los delitos que pueden ser cometidos tanto dolosa como culposamente, la mayoría atendiendo a su redacción en la Parte Especial, pueden ser cometidos de ambas formas, de hecho el segundo párrafo del artículo 6º del Cpmich., de 1936 establecía; «artículo 6o.,

Basado en la anterior problemática y tomando en consideración que la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado, se ha desarrollado y tiene preferentemente –por decirlo de alguna forma– mayor aplicabilidad en el ámbito de los delitos imprudentes, el presente apartado será estudiado más a fondo que las anteriores reglas.

Dicho lo anterior, y sin pretender hacer en este lugar hacer todo un análisis sistemático de la evolución historia legislativa de los delitos culposos en el Cpmich., sólo me limitare a la actual redacción comparativamente con las previstas por los Códigos de 1936 y 1962 (los anteriores de 1881 –*Vid.* párrafo anterior nota 528–, 1896 y 1924 estos últimos además de ser muy casuísticos preveían en sus artículos 9º y 12 respectivamente, hipótesis muy alejadas al concepto tradicional de la culpa y de sus elementos)⁶²⁹ en cuyos requisitos configurativos para su perfeccionamiento se exigía además de la previsibilidad y prevención la violación del deber de cuidado, así el de 1936 establecía:

Artículo 6º Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales
- II. De imprudencia.

fracción II–, dando una acertada definición de lo que es imprudencia: "como toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, que causa igual daño que un delito intencional», sistema que actualmente ha sido superado por otros códigos, en los que se determina expresamente cuáles delitos pueden ser cometidos a título de dolo y cuáles a título de culpa.

⁶²⁹ Así el de 1896, preveía una sería de hipótesis por la cuales se podría cometer un delito culposo y a pesar de que se introduce la negligencia e impericia, como formas comisivas, también incluyen otras figuras que no necesariamente tienen que ver con la imprudencia, sino con la calidad de la víctima, así por ejemplo la fracción III consignaba «Cuando se trata de un hecho que es punible únicamente por las circunstancias en que se ejecuta, o por alguna personal del ofendido, si el culpable las ignora por no haber practicado previamente las investigaciones que el deber de su profesión o la importancia del caso exigen al consignar» o también por el exceso de legítima defensa en este sentido la fracción V. Cuando hay exceso en la defensa legítima, en el ejercicio de una facultad o en el cumplimiento de un deber». Con una técnica legislativa muy similar al anterior el código de 1924 en su artículo 12 amplía las hipótesis, incluyendo como delitos culposos a conductas de comisión por omisión (II.– Los que no procuran por los medios lícitos que estén a su alcance, impedir lo consumación de los delitos que saben que van a cometerse o que se están cometiendo, si son de aquellos que para su persecución no se necesita queja de parte; exceptuando los casos en que no puedan cumplir tal obligación sin peligro de su persona o intereses, o de la persona o intereses de algún pariente en línea recta o en la colateral dentro del cuarto grado); desacato a la autoridad (III.– Los que, requeridos por la autoridad o sus agentes, no den auxilio para la averiguación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; salvo la excepción consignada en la fracción anterior y cuando se trate del cónyuge o de parientes del requerido, o de personas a quienes éste deba respeto, ó gratitud o amistad); obstrucción de la administración de justicia (IV.– Los que hacen algo que impide o dificulta la averiguación de los delitos o el castigo de los culpables, siempre que tales actos no los constituyan en partícipes del delito intencional) entre otros, así como los casos en que la culpa no es punible (segundo párrafo La impericia no es punible, cuando el que ejecuta el hecho no profesa el arte o ciencia que es necesario saber, y obra apremiado por la gravedad y urgencia del caso) *Vid. Revista Michoacana de Derecho...*

Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional⁶³⁰.

Como se desprende apreciar literalmente en su redacción, no se deduce explícitamente la observancia de una norma de cuidado, sino que, ese requisito resulta del deber de cuidado que justamente el agente tiene la obligación de observar, en este sentido en 1958 se pronunció la Primera Sala de la SCJ:

«IMPRUDENCIA (LEGISLACION DE MICHOACAN). Los vehículos que transitan por calles secundarias tienen la obligación de aminorar su velocidad al llegar a las vías que tienen preferencia de paso, y si el reo no lo hizo, aparte de que la velocidad a la que conducía su vehículo superaba el límite permitido en la calle en que iba, ello pone de manifiesto que infringió un deber jurídico de cuidado al desacatar una prohibición establecida por el Reglamento de Tránsito aplicable, de donde se sigue que son infundados los conceptos de violación aducidos por él, en cuanto pretende que el Tribunal de alzada, al fincar su responsabilidad en grado de imprudencia punible, como autor del delito de homicidio que resultó de la colisión, implique violación de las reglas que rigen la apreciación de las pruebas, ya que la imprudencia, como modalidad del delito, se caracteriza por la falta de previsión de un acto previsible o bien, como la define la ley substantiva penal del Estado de Michoacán –artículo 6o., fracción II–, dando una acertada definición de lo que es imprudencia: "como toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, que causa igual daño que un delito intencional"⁶³¹.

En el supuesto de hecho resuelto por esta ejecutoria, el autor infringió una norma de cuidado –Reglamento de Tránsito–, de ahí, el por qué, esta Sala niegue al quejoso la protección de la Justicia federal, al no haberse conculcado sus garantías individuales, toda vez que «la ley substantiva penal del Estado de Michoacán –artículo 6o., fracción II–, da una acertada definición de lo que es imprudencia: "como toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, que causa igual daño que un delito intencional».

En cuanto al Código de 1962, omite el presupuesto de la previsibilidad, pero, mantiene los requisitos de la negligencia, imprudencia o impericia, o falta de cuidado, así se infiere del texto de su tercer párrafo del artículo 7°;

⁶³⁰ Vid. *Revista Michoacana de Derecho...* Redacción muy similar a la del Cpf de 1931, que en su artículo 8°, establecía: «Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales Los delitos pueden ser: Intencionales No intencionales o de imprudencia. Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional Reformado el según publicación del 13 de enero de 1984.

⁶³¹ Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época. Volumen XVI, Segunda Parte. Pág. 148.

ARTÍCULO 7º.– Los delitos pueden ser:

I

Es culposo cuando se causa un resultado punible por negligencia, imprudencia o impericia, o falta de cuidado.

Finalmente la actual redacción corresponde al Código publicado el 7 de julio de 1980 y en su párrafo tercero establece:

«El delito es culposo cuando habiéndose previsto el resultado, se confió en que no se produciría, cuando no se previó siendo previsible, o cuando se causó por impericia o ineptitud».

De una primera lectura al anterior párrafo, se puede constatar que a la inversa del anterior Código, en éste se omite el deber de cuidado y se pone especial énfasis en el principio de previsibilidad y probabilidad.

Por lo que acorde con su actual estructura es necesario identificarla y procesarla teóricamente a partir de que de ella: 1º. No se deduce un concepto de culpa; y, 2º. Se prevé tres formas comisivas de la culpa; a) culpa consciente (con representación); b) culpa inconsciente (sin representación)⁶³² y c) culpa por impericia o ineptitud (elementos descriptivos).

A manera de antecedente CARRARA, definía a la culpa como: la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. De esta definición se desprenden tres los elementos; a) voluntad del acto, b) falta de previsión del efecto nocivo y c) posibilidad de prever⁶³³.

a) La voluntad; del latín *voluntas –atis*, que tiene entre otros significados, la «Capacidad mayor o menor de dirigir uno sus propias acciones con independencia de influencia extrañas»⁶³⁴. Lo que entraña que el causante «voluntariamente» opta por no eludir un posible resultado, el cual tuvo la oportunidad de preverlo –de ahí que la imprudencia no sea un vicio de la

⁶³² Para SOLER, la terminología (culpa con y sin representación) no es afortunada, al preguntarse que cómo posible una culpabilidad inconsciente, *Op. cit.*, p. 171. Sobre las teorías de la culpa de manera muy especial entre los autores nacionales *Vid.*, MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho penal parte general*, pp. 295 y ss.

⁶³³ Citado por VELA TREVIÑO, p. 234.

⁶³⁴ MOLINER, *Op. cit* segundo tomo p. 1421.

inteligencia–, y a pesar de ello «voluntariamente» su acción no se detiene a pesar de que no quiera la materialización del resultado. De tal suerte, que no obstante, que con anticipación tuvo la oportunidad de reflexionar sobre las consecuencias de su conducta, sin embargo, no lo hizo, y al omitir voluntariamente ese deber de atención o de cuidado, el autor se está colocando conscientemente en una situación culposa.

b) La previsibilidad, del latín *praevenire*, prever, prevenir, es decir, conocer por anticipado la proximidad de un daño, percatarse por anticipado de alguna cosa que va ocurrir⁶³⁵. Por tanto, la previsibilidad, no es otra cosa que advertir anticipadamente un probable resultado, lo cual constituye a decir de CARRARA⁶³⁶ la esencia de la culpa, pues el reproche se hace a quien puede prever y no prevé y a quien habiendo previsto actúa con la esperanza de evitar la consecuencia. De tal manera –sostiene el maestro italiano–, es aquí en donde radica el campo delimitativo de lo doloso, lo culposo y lo fortuito. Es decir, si se actúa con el fin previsto de causar daño, hay dolo; si la actuación se debe a la omisión de previsión o a la esperanza de que no se produzca el resultado, habrá culpa; en cambio si se produce un resultado imprevisible, estaremos ante un caso fortuito, porque no hay omisión de previsión justamente por no ser previsible el resultado acaecido⁶³⁷.

c) Finalmente, para que se puede imputar un resultado a título de culpa, se requiere además que dentro el poder del sujeto esté la previsión de lo que iba a ocurrir. Este requisito, obedece que como no hay una regla general o universal que determine cuándo algo es previsible para todos y cuándo no, y de ella deducir los elementos de la culpa; corresponde, al juzgador valorar

⁶³⁵ MOLINER, *Op. cit* segundo tomo p. 771.

⁶³⁶ Citado por VELA TREVIÑO, p. 235.

⁶³⁷ De esta manera el Cpmich., de 1881 establecía: en su artículo 18 dividía a la culpa en grave y no grave, por su parte el artículo 20 consignaba: «ARTÍCULO 20. La calificación de si es leve ó grave la que se comete en los demás casos, pueda al prudente arbitrio de los jueces; y para hacerla tomarán en consideración: la mayor ó menor facilidad de prever y evitar el daño: si bastaba para esto una reflexión ó atención ordinarias y conocimientos comunes en algún arte ó ciencia: el sexo, edad, educación, instrucción y posición social de los culpables: si éstos habían delinquido anteriormente en circunstancias semejantes; y si tuvieron tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios» Como se puede observar ya aparecen como elementos constitutivos de la culpa; la previsibilidad y la reflexión o atención – muy semejante al concepto de previsibilidad aquí esbozado por Carrara–, mostrada por el agente con base a sus conocimientos y circunstancias personales del mismo (sexo, edad, educación, instrucción y posición social). *Vid. Revista Michoacana de Derecho Penal* 2000 (Cd).

entonces, cuándo un sujeto pudo o no prever el resultado dada las circunstancias que lo podían hacer a éste previsible, para lo cual el juzgador deberá situarse en el lugar del sujeto que actúa, es decir, en el mismo escenario y con iguales circunstancias, pues, como atinadamente sostiene CARRARA “previsibilidad sin poder prever, equivale a la no previsibilidad”⁶³⁸. Dicho de otro modo: si el resultado acaecido no era no era previsible no puede entenderse jurídicamente hablando que la conducta del causante halla creado o incrementado un riesgo para la producción el resultado aún cuando éste sea consecuencia de aquél.

Partiendo de las anteriores consideraciones y sumando la visión plural de reconocidos penalistas nacionales trataremos de definir: 1 la culpa 2 la culpa consciente, y 3 la culpa sin representación, así como sus elementos descriptivos de la 4 impericia e 5 ineptitud, todo esto acorde con lo previsto por la actual redacción del tercer párrafo del artículo que se comenta.

1. Para PAVÓN VASCONCELOS, la culpa, es *aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitables si se hubiera observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejable por los usos y costumbres*⁶³⁹.

De acuerdo con este concepto se desprenden los siguientes elementos⁶⁴⁰;

1. *Una conducta voluntaria (acción/omisión);*
2. *Un resultado típico y antijurídico;*
3. *Nexo de causalidad entre la conducta y el resultado*⁶⁴¹;

⁶³⁸ Citado por VELA TREVIÑO, p. 234.

⁶³⁹ En *Derecho penal...* p. 445 (cursivas en original). Definición muy semejante al concepto expuesto por Francois Gény e Emilio Brusa, que ya en 1884, sostenían, que la conducta negligente o imprudente aparece cuando el autor a despreciado las enseñanzas recogidas por la cultura de sus ancestros que le indican los valores de las cosas y de sus propias acciones. Citados por FERREIRA, pp. 371–372, en sentido similar CASTELLANOS, afirma que «existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas legalmente exigidas». *Op. cit.* p. 246

⁶⁴⁰ PAVÓN VASCONCELOS, *Derecho penal...* pp. 445–446 (cursivas en original).

4. *Naturaleza previsible y evitable del evento;*
5. *Ausencia de voluntad del resultado; y,*
6. *Violación de los deberes de cuidado*⁶⁴².

Los anteriores elementos han sido ponderados por la Primera Sala de la SCJ en la siguiente tesis:

«**DELITO CULPOSO. SUS ELEMENTOS.** Los elementos del delito culposo son: a) existencia de un daño con tipicidad penal; b) existencia de un estado subjetivo de culpabilidad consistente en imprevisión, falta de reflexión, negligencia, falta de cuidado e imprudencia, manifestada por medio de actos u omisiones; relación de causalidad física, directa o indirecta, entre los actos u omisiones y el daño resultante, y d) imputación legal del daño sobre quien, por su estado subjetivo de culpabilidad, produjo el acto u omisión causales. Por tanto, es imprescindible en los delitos culposos demostrar la existencia de un estado subjetivo en el que el agente incurre en falta de previsión de lo que humanamente es previsible»⁶⁴³

En lo que aquí interesa, de esta ejecutoria, se rescatan dos aspectos muy importantes que tienen que ver con la moderna imputación objetiva en los delitos imprudentes, como lo es el elemento objetivo que tiene que ver con la violación del deber de cuidado, el daño resultante y el elemento subjetivo relacionado éste con los conocimientos que el autor tenía previamente con lo cuales tuvo la oportunidad de reflexionar, y por ende, eludir el probable resultado que se le representó con anticipación (culpa consciente), o bien, que no previó lo que humanamente era previsible atendiendo la naturaleza de las circunstancias (culpa inconsciente).

2. La culpa consciente se presenta «cuándo habiéndose previsto el resultado, se confió en que no se produciría», por lo que también es denominada “culpa con representación”, toda vez que al sujeto se le *ha*

⁶⁴¹ A diferencia del nexo de causalidad en los delitos dolosos, en los que los actos del autor se encadenan sucesivamente uno a uno, en la culpa ese nexo, se debe valorar en dos planos distintos; el primero consistente en el resultado querido llevado hasta el terreno de lo negligente (culpa consciente o con representación) o imprudente (culpa inconsciente o con representación); y el segundo no querido, pero evitable y previsible, llevado hasta el resultado final, *Cfr. FERREIRA, Op. cit., pp. 381/382.*

⁶⁴² Ya Mezger afirmaba que «actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición de un resultado» citado por VELA TREVIÑO, p. 239 a pesar de que con ello el autor alemán no pone énfasis en la observación de la norma de cuidado sino en la previsibilidad del resultado.

⁶⁴³ Primera Sala de la SCJ, Séptima Época, (1969) *Vid. No. Registro: 237,002 Ius 2004.* No aparece el inciso c) en el Cd. De acuerdo con esta ejecutoria todavía la culpa es parte del concepto psicológico de la culpabilidad y no como un concepto normativo como actualmente se le considera.

*representado la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas, a virtud de su acción u omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan*⁶⁴⁴.

Por lo que el primer requisito es que el causante tenga conciencia. Justamente porque la expresión «consciente» del latín *consiēs, –entis*: significa tener conciencia, y se aplica; a la persona que obra conciencia o sabe lo que hace y el valor y significado de ello; «estar conciente», se aplica a la persona que está en estado normal, con capacidad de percibir el mundo exterior y pensar; «ser consciente», se aplica a la persona que obra con sensatez y sentido de responsabilidad⁶⁴⁵.

Lo anterior se puede ejemplificar de la siguiente manera; Pedro recorre en su automóvil una avenida a 80 k/h, a cierta distancia observa un disco que seña “ZONA ESCOLAR PRÓXIMA REDUZCA SU VELOCIDAD”. Por la mente de Pedro pasa la probabilidad de un resultado ilícito, sin embargo, como sabe que los alumnos salen de clase a las 13:00 horas y a penas son las 12:00, se *confía* en que no hay ningún riesgo y sigue su camino sin desminuir la velocidad. No obstante ese día los alumnos salieron antes, y al atravesar la calle Pedro lesiona a dos de ellos.

Subsumiendo la conducta del Pedro, en la primera hipótesis del párrafo tercero del artículo 7º, «*cuándo habiéndose previsto el resultado, se confió en que no se produciría*». A Pedro se le imputa el resultado como una acción de culpa consciente, como secuencia de su comportamiento voluntario causal, pues no obstante de que se le representó la probabilidad de la producción del resultado, no lo tomo en serio, confiado en que éste no se produciría, por las horas en que transitaba por esa zona, no desminuye la velocidad.

Ese exceso de confianza, el que fundamenta el reproche penal a Pedro, ya que como consecuencia de ella, omite observar el señalamiento de reducir la velocidad (norma de cuidado) que tiene como finalidad, justamente el de

⁶⁴⁴ PAVÓN VASCONCELOS, *Derecho penal...* p. 446 (cursivas en original).

⁶⁴⁵ Vid. MOLINER, *Op., cit.*, primer tomo p. 731.

prevenir y evitar ese tipo de resultados. Por tanto, constatado el conocimiento objetivo que con oportunidad tuvo (probabilidad de lesión), aunado al conocimiento subjetivo (señalamiento de zona escolar) podría haber eludido el resultado no querido pero por su confianza producido. Ello en virtud de que la previsibilidad requiere una posibilidad abstracta, que a su vez debe referirse a un criterio medio; y la previsión se refiere a una situación concreta de la conciencia del agente, en el momento del delito⁶⁴⁶.

Pero, además, esa falsa expectativa o confianza de que el resultado no se va a producir, también fundamenta, por un lado, la negligencia de un concreto deber que se tiene de observar las normas de cuidado⁶⁴⁷, y por el otro la delimita con el dolo eventual⁶⁴⁸. En efecto, de acuerdo con ROXIN, la diferencia entre culpa consciente y dolo eventual, reside en que el autor doloso ha reconocido y tomado en serio la posibilidad de la producción del resultado y a pesar de ello se ha mantenido en la ejecución del plan. Con ello se ha decidido conscientemente, aunque sea sólo para el caso eventual contra el bien jurídico protegido. En cambio, quien a pesar de la posibilidad reconocida de la producción del resultado confía imprudentemente en que ese resultado no se producirá, no se ha decidido contra el bien jurídico protegido, sino que actúa en la suposición de la exclusión de una lesión del derecho.

Desde esa perspectiva, la previsión como componente de la intención, hace que el legislador sancione con mayor severidad la culpa con representación que la sin representación, puesto que el causante tiene la

⁶⁴⁶ Cfr. ALTAVILLA, *Op. cit.* p. 2.

⁶⁴⁷ Cfr. MÁRQUEZ PIÑERO, *Op. cit.* p. 301. Ese deber de cuidado consiste en el deber de comportarse externamente conforme a la norma de cuidado (externo) previamente advertida (en este caso el señalamiento de zona escolar), por tanto, el resultado se le imputa subjetivamente en la culpa consciente. Cfr. SUÁREZ/MIRA RODRÍGUEZ, *Op. cit.* p. 335.

⁶⁴⁸ ROXIN, en *Política Criminal y...* p. 44. No obstante lo anterior, es innegable que la diferencia entre culpa consciente y dolo eventual, en la práctica la línea que separa a estas dos instituciones resulta un poco difusa, esa confusión se debe a que ambos casos al autor se le representa un evento dañoso como posible y, sin embargo, no toma las medidas necesarias para prevenirlo –la previsión como un elemento de la intención–, no obstante la diferencia se puede apreciar en que en el dolo eventual el autor ratifica, lo quiere, lo acepta, en cambio en la culpa consciente el autor no lo hace abrigando la esperanza de que no ocurra. Cfr. MÁRQUEZ PIÑERO, *Op. cit.* p. 301. En la culpa consciente el autor se comporta con ligereza y en el dolo eventual con egoísmo. Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO/CARRANCA Y RIVAS, *Op. cit.*, p. 461. Sobre las teorías que fijan las diferencias entre culpa consciente y dolo eventual, destacan principalmente la teoría del consentimiento; de posibilidad y de la probabilidad; sentimiento o de la indiferencia, para mayor detalle *Vid.* LUZÓN PEÑA, *op. cit.*, pp. 418 y ss.

oportunidad de reflexionar sobre las probables implicaciones de su conducta y a pesar de ello se confía en que no se va a producir el resultado.

3. La culpa inconsciente⁶⁴⁹ se presenta «*cuando no se previó siendo previsible*» de ahí que también se le designe como “culpa sin representación” y es aquella que surge *cuando el sujeto no previó el resultado, teniendo la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible*⁶⁵⁰ y que obviamente, se debe configurar un nexo de causalidad entre la falta de previsión con el resultado.

El término inconsciente (no tener conciencia) se aplica a los actos realizados sin tener conciencia de ello, particularmente no deliberado sino realizado sin la intervención de la voluntad (involuntaria) movimiento mecánico inconsciente; «estar inconsciente» se dice de la persona que no se da cuenta de las trascendencia de sus actos o de las cosas que le atañen o que obra sin reflexión o prudencia⁶⁵¹.

Por lo que, en este tipo de culpa, se encuentra una relación muy estrecha con los principios ponderados por la teoría de la adecuación⁶⁵² es decir la probabilidad y previsibilidad del resultado, cuyos parámetros para determinar la naturaleza previsible del resultado son; la regularidad estadística que se presenta atendiendo determinadas circunstancias, como una relación constante entre el antecedente y el subsecuente. En otras palabras: una vez manifestadas esas circunstancias (antecedente) en una persona normal (hombre medio) puede en virtud de sus conocimientos prever (con base a las estadísticas) un probable resultado (consecuente) y, por tanto, evitar el mismo.

⁶⁴⁹ Vid. PAVÓN VASCONCELOS, *Derecho penal...* pp. 446–447 (cursivas en original); en el mismo sentido JIMÉNEZ de ASÚA, *Principios de derecho...* p. 378, SOLER, *Op. cit.*, p. 171. *Cfr. Loc. cit.*

⁶⁵⁰ Vid. PAVÓN VASCONCELOS, *Derecho penal...* p. 447 (cursivas en original).

⁶⁵¹ MOLINER, *Op., cit.*, segundo tomo, p. 38. Tal distinción es –en mi opinión– importante, pues a partir de ahí, el juzgador puede valorar la conducta de una persona cuando la misma se ha realizado consciente o inconscientemente, frente a determinadas circunstancias que pueden desencadenar un resultado típico y de esta manera encuadrarlo en una de las hipótesis de culpa que prevé el párrafo tercero del artículo que se comenta.

⁶⁵² Vid. *supra* 1.2.pp. 20 y ss.

Para ilustrar lo anterior; Pablo para impresionar a sus amigos, corre en su auto nuevo, a gran velocidad sin importar que la carretera esté mojada, por lo que más adelante en una curva pierde el control y cae el auto a una barranca resultado todos lesionados. En este caso, Pablo es responsable de las lesiones a título de culpa inconsciente, porque, de acuerdo a las circunstancias previas en que se dieron los hechos (antecedente) pudo advertir que estadísticamente se ha demostrado que conduciendo un auto en alta velocidad en una carretera mojada, son muy grandes las probabilidades que el auto se derrape y el conductor pierda el control del mismo.

Por consiguiente, mientras la culpa consciente es un defecto de querer; el autor actúa pese a haber previsto la posibilidad de configurarse el tipo, en cambio en la culpa inconsciente es un defecto en de la configuración de la representación y la voluntad; el autor actúa porque no previó la realización del tipo⁶⁵³.

4. La impericia generalmente se le ha asimilado, como falta de pericia o torpeza en el manejo de una actividad. La expresión *pericia* proviene del latín *peritia* y se puede traducir como cualidad de la persona que puede hacer bien cierta clase de trabajo⁶⁵⁴. Desde este punto de vista, en el campo del Derecho penal, se puede traducir como la necesidad de que el agente cuando actúa en situaciones que impliquen un riesgo para los bienes jurídicos de terceros, se le exige tener, experiencia y habilidad en su profesión, arte, o trabajo, de ahí que, la pericia se encuentre estrechamente conectada a los deberes de cuidado u observancia de las normas y ordenamientos especializados. Por consiguiente la impericia es la ausencia de capacidad o conocimientos principalmente manuales o prácticos que supone el ejercicio de una profesión u arte y que el sujeto no los tiene.

⁶⁵³ Cfr. , MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Op. cit.*, § 43. V/119, p. 180, en cambio, para Jeschek, no existe tal diferencia entre una y otra culpa (consciente con la inconsciente), pues a su juicio no tiene caso tal distinción, ya que en ambos casos lo que importa es la falta o ausencia de cuidado, o de la inobservancia de la norma de cuidado con que el autor realiza sus actos. Citado por FERREIRA, p. 389, objeción que en mi opinión es totalmente válida, pues, cuando se ha observado la norma de cuidado lo cual se traduce en una ausencia de riesgo para el bien jurídico de terceros, y a pesar de ello el resultado se produce, la conducta no puede catalogarse como antijurídica sin importar si lo previó o pudo evitarlo.

⁶⁵⁴ MOLINER, *Op., cit.*, segundo tomo p. 642.

Por eso, es que el agente sea sancionado penalmente como delito culposo, cuando con su acción u omisión ha producido un resultado – obviamente no querido–, como consecuencia de sólo de su ignorancia, error o la inhabilidad para realizar o ejecutar cierta empresa, sino por el hecho de estar consciente de esas deficiencias asume la responsabilidad.

Coherente con lo anterior, la impericia como elemento de los delitos culposos, presupone a su vez, por parte del agente: a) *ignorancia*, b) *error*, o c) *inhabilidad*⁶⁵⁵.

a) La *ignorancia* implica la falta de conocimiento de un objeto o de un fenómeno;

b) El *error* consiste en un juicio inexacto de la realidad como consecuencia de un fenómeno ilusorio, de una falsa apreciación, de falsas premisas, etc., y,

c) La *inhabilidad* revela defectos prácticos, no en la formación de los juicios, sino la traducción de esos juicios en actos concretos, de este modo por carecer principalmente de experiencia se cometen errores, no al juzgar lo que es preciso hacer, sino al momento de ejecutar esa decisión.

La *impericia* a su vez se puede clasificar en; *impericia absoluta* y *relativa*. La primera se presenta cuando se obra fuera del campo en que una persona se encuentra autorizada para el ejercicio de su profesión, en este sentido; un veterinario, que diagnostica a una persona o bien un topógrafo que diseña la estructura de un puente colgante, etc.; la impericia relativa, se presenta cuando el médico ejerce la profesión autorizada, pero revela escasa competencia técnica⁶⁵⁶.

5. Por último a la *ineptitud*; del latín *ineptus* adjetivo que se aplica a la persona que no sirve o no tiene habilidad para nada, o bien, que no sirve para

⁶⁵⁵ Cfr. ALTAVILLA, *Op. cit.* p. 7 (cursivas en original).

⁶⁵⁶ *Idem*, p 9.

el trabajo a que se dedica⁶⁵⁷. Dicho de otro modo: es la *incapacidad para ejercer una profesión determinada como consecuencia de factores especiales fisiológicos del agente* (incapacidad aguda, visiva, auditiva, sensitiva, nerviosa, etc.); por ello, la persona inepta carece del conjunto de condiciones que le permite a una persona “normal” dar mayor o menor vivacidad y prontitud a la actividad síquica, entendida ésta, como una reacción para determinadas situaciones (lentitud en el entendimiento, en la reacción, en la atención, etc.), por lo que esa ineptitud se convierte en una *inhabilidad* sicofisiológica⁶⁵⁸.

Por otro lado, también esa incapacidad o *inhabilidad* suele ser innata o adquirida. La primera constituye un obstáculo para el ejercicio de determinadas profesiones; una persona que es daltónica no podría ser pintor; la segunda como su nombre lo indica la inhabilidad se adquiere y eliminan la habilidad que en principio incluso tuvo un profesionista para cierta ciencia u arte. Dos son las causas por las cuales puede perder esa habilidad: la primera se deriva de una enfermedad psíquica o física (crisis nerviosa o un tendón de la mano atrofiado, etc.), adquirida con posterioridad y debido a ello no puede ejercer su profesión médica; la otra, se presenta *V., gr.* una persona que se ha graduado con honores, descuida el ejercicio de su profesión debido a su adicción a las drogas o al alcohol, o simplemente por no actualizar sus conocimientos en aquellos casos en los que no se puede ejercer sin contar con cierta especialización en una rama de la rama⁶⁵⁹.

Adicionalmente a los anteriores elementos exigidos por el párrafo tercero del artículo 7º del Cpmich., doctrinalmente y en algunos casos el Derecho penal positivo, se incluye como presupuestos de los delitos culposos: 1. La imprudencia –en sentido estricto–; 2. Negligencia; y, 3. Inobservancia de los deberes de cuidado por los que ha producido un resultado involuntario⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ MOLINE, María, *Op. cit.*, segundo tomo p. 51.

⁶⁵⁸ *Cfr.* ALTAVILLA, *Op. cit.* pp. 332–333 (cursivas en original).

⁶⁵⁹ *Idem*, p. 333 En ese sentido, la impericia se diferencia de la ineptitud, por que aquélla se refiere a la cultura y a la práctica y ésta se deriva a menudo de alguna deficiencia orgánica (cursivas en original). *Idem*, p 415.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, en el mismo sentido *Vid.* PAVÓN VASCONCELOS/VARGAS LÓPEZ, *Op. cit.*, pp. 28–29. Consultable en la Sexta Época. Primera Sala, No. Registro: 262,648 Ius 2004 (subrayado del autor).

1. La *imprudencia*, del latín *imprudens*, –ignorancia, inconsideración, falta de prudencia. En el campo del Derecho penal la imprudencia denota una conducta positiva, consistente en una acción, de la cual debería de abstenerse para no ocasionar determinado resultado de daño o de peligro o bien de una omisión del deber de cuidado que se transforma en una lesión al bien jurídico de un tercero (dejar veneno en la mesa, sabiendo que hay menores de edad). De igual forma se manifiesta, cuando se ha realizado de manera inadecuada y temeraria una acción que pone en peligro un bien ajeno⁶⁶¹. También se le ha reverenciado como un comportamiento sin cautela, el que de acuerdo con la experiencia general debemos de emplear en todas aquellas actividades de las que se puede derivar una lesión o daño.

Resumiendo; la imprudencia es un comportamiento inadecuado que lleva al sujeto a obrar sin precauciones debidas y que suele originarse en total ausencia de discernimiento, desatención y, en general en el predominio de las pulsiones instintivas sobre la ponderada reflexión⁶⁶². De ahí que precisamente a los delitos culposos también se les denomine delitos de imprudencia o imprudentes.

Sin embargo, no hay que confundir la imprudencia con la impericia, pues aún cuando ambos guardan cierta similitud, no es factible considerarlas como sinónimos, como afirma JIMÉNEZ DE ASÚA: «Impericia e imprudencia, presentan interesantes similitudes y diferencias; en efecto, en ambas se viola el deber de cuidado a que estaba obligado el actor para evitar la producción de un hecho antijurídico, pero en la primera el sujeto es inhábil o no apto, a tiempo que en la segunda puede ser muy hábil y apto y no obstante ocasionar lesiones jurídicamente reprochables; es posible, además, que la impericia vaya acompañada de imprudencia (lo que ocurre con no poca frecuencia) cuando en razón de conocimientos insuficientes se actúa precipitadamente, como en el caso del profesor de cirugía que para deslumbrar a sus discípulos realiza una

⁶⁶¹ Cfr. ALTAVILLA, *Op. cit.* p. 2.

⁶⁶² Cfr. REYES ECHANDÍA, *Op. cit.* p. 96.

intervención quirúrgica mediante una técnica tan novedosa que aún no ha sido debidamente experimentada, a consecuencia de la cual muere el paciente»⁶⁶³,

2. La *negligencia*, del latín *neglegentia* significa olvido, descuido. También se puede traducir como falta de atención (inercia física), o como una actitud omisiva contraria a las normas que imponen determinada conducta, en otras palabras, el autor asume una actitud—pasiva—indiferente a lo ordenado⁶⁶⁴. La negligencia es penalmente relevante en los delitos culposos, cuando los mismos se producen por una desatención, descuido o abandono, del agente, es decir, cuando la persona demuestra una actitud en la que está ausente la inteligencia (omisión/acción) que le era exigible para garantizar que su comportamiento no genere consecuencias antijurídicas⁶⁶⁵.

De ahí, que, también, que a la negligencia, no se le defina únicamente como un dejar de hacer algo, sino también como parte del *modus operandi*, en el ejercicio de cierta profesión o arte en cuanto se obra de manera distinta a como se ya lo venía haciendo comúnmente.

Entre el actuar imprudente y el negligente existen campos perfectamente delimitados respecto de la posición que asume el autor de la conducta imprudente o negligente⁶⁶⁶. Esto es, mientras el imprudente se coloca en una situación mental de ignorancia, ligereza, precipitación y exceso que lo conduce a no tener en cuenta la preexistencia de riesgos en su actuar precipitado⁶⁶⁷. El negligente se sitúa en una posición mental de olvido, abulia, pereza, apatía

⁶⁶³ Citado por JIMÉNEZ MARTÍNEZ, en *La estructura del delito...* p. 402.

⁶⁶⁴ Precisamente es por ello que HIPPEL y MEZGER, la llamaron culpa inconsciente y RICARDO NÚÑEZ "*culpa in omitendo*" Vid, FERREIRA, *Op. cit.*, pp. 386–387.

⁶⁶⁵ Cfr. REYES ECHANDÍA, *Op. cit.* p. 97.

⁶⁶⁶ Vid. FERREIRA, *Op. cit.*, p. 386.

⁶⁶⁷ REYES ECHANDÍA, algunos autores consideran que la expresión *temeridad* resulta más adecuada que la de imprudencia, en cuanto muestra con mayor claridad el hecho de que quien así actúa lo hace sin razón ni fundamento, esto es, sin examinar los riesgos ni consultar la capacidad personal que le permitía evitarlos. Sin embargo, a decir de REYES ECHANDÍA la temeridad es un grado mayor que la imprudencia, respeto de aquellas situaciones en las que el sujeto se enfrenta innecesaria y arriesgadamente a un peligro (o lo crea) que podría evitar con un comportamiento más cauteloso, *Op. cit.* p. 96, esto es, el temerario se coloca en una posición intelectual de desprecio a los derechos de los demás. Cfr. FERREIRA, *Op. cit.*, p. 386.

frente a los deberes de diligencia que le impone su actividad con riesgos a los demás⁶⁶⁸.

3. La *inobservancia de los deberes de cuidado*, entendido el deber de cuidado de que se trata como el cumplimiento de las medidas de seguridad necesarias, que tienen como finalidad la reducción al mínimo de los riesgos, inherentes a determinadas actividades –lo que se conoce en la teoría de la imputación objetiva del resultado como riesgo permitido–⁶⁶⁹. El cual se presenta, cuando el agente con su conducta deja de observar un deber de cuidado que directamente o indirectamente protege determinado bien jurídico –por consiguiente el juzgador sólo puede atender a una norma de cuidado protectora del bien jurídico que aparece dañado, cuando esa norma tienda a prevenir y evitar el daño causado⁶⁷⁰– y el cual resulta dañado en el caso concreto, porque así y sólo así la infracción del deber puede ser estimada como posible motivo del resultado.

En este sentido, el deber de cuidado como parte del delito culposo debe ser traducido en dos aspectos; como un deber de cuidado externo consistente en la necesidad de comportarse conforme al ordenamiento jurídico general⁶⁷¹ que, como tal, impone categóricamente a los individuos la observación de determinadas obligaciones (deberes de los sujetos); el segundo, como un deber de cuidado interno obliga al agente a advertir la probable existencia o presencia de un peligro inminente como presupuesto de la acción prudente partiendo del conocimiento que tenga el sujeto de su obligación⁶⁷².

⁶⁶⁸ Muchas veces el negligente deja de hacer aquello que la prudencia le impondría hacer, en cambio el imprudente ejecuta algo con esa misma imprudencia que debiera hacer para evitar impulsarlo a no realizarlo, en síntesis; el negligente no toma las precauciones que tendientes a evitar el resultado lesivo originado por su propia conducta, y el imprudente actúa en forma desahumada y temeraria; el negligente es indolente, perezoso, lento y el imprudente se muestra por o general irreflexivo, audaz e impulsivo, *Cfr. REYES ECHANDÍA, Op. cit.* pp. 97–98.

⁶⁶⁹ *Cfr. CORCOY BIDADOLO, Op. cit.* p. 40.

⁶⁷⁰ *Cfr. BERCHELMANN, Op. cit.* pp. 695–696.

⁶⁷¹ Cuando se habla de normas u ordenamientos jurídicos se refiere al un concepto de ley en sentido sustancial y no sólo formal; por consiguiente, son leyes para los efectos de la comprobación de la violación de deber de cuidado, no solo las que emanan del Congreso, sino también los decretos, reglamentos administrativos y disciplinarios, manuales de operación públicos y privados, acuerdos municipales, etc.

⁶⁷² *Cfr. VELA TREVIÑO, Op. cit.*, p. 240.

De estos deberes de cuidado externo, se desprenden principalmente tres importantes rubros que el agente debe de evitar:

1º Relacionado, como el **deber de omitir acciones peligrosas**⁶⁷³, para las cuales no está preparado, o no tiene la experiencia necesaria para realizar ese tipo de acciones, por falta de preparación técnica. De este modo, dichas acciones sólo pueden ser ejecutadas o llevadas a cabo por personas capacitadas para ello. En este sentido, una persona que por primera vez va a conducir en carretera deberá de ser precavido en las curvas y no tomarlas a velocidades, o bien, cuando se no se tiene pericia en una rama industrial, eléctrica, etc., evitar la realización de acciones de peligro.

Un caso especial de vulneración del deber de omisión lo es el llamado *imprudencia por asunción*⁶⁷⁴. Este ámbito de *imprudencia por asunción o asunción imprudente de actividad* tiene gran relevancia en los casos de imprudencia profesional, en la que se requiere ciertos conocimientos, aptitudes o experiencias que ciertas normas extrapenales les exigen como mínimo para desempeñar ciertas actividades. De ahí, que, si carecen de ellos, el profesionista debe omitir la actividad y si deciden de todas formas realizarlas, se comportan de forma descuidada y los resultados que sean consecuencia de la ausencia de esos conocimientos serán imputables al que asumió esa decisión contraria al deber, de este modo, no se le imputa al cirujano la lesión por no haber estudiado suficiente en su carrera de medicina, sino que, en todo caso, se le reprocha el que teniendo conciencia de su falta de cualidades y del límite de sus posibilidades practique la intervención quirúrgica⁶⁷⁵.

2º Este grupo, se manifiesta en palabras de MIR PUIG, en el **deber de preparación e información** y consiste en que antes de tomar la decisión de emprender un comportamiento del cual puedan resultar acciones peligrosas, se

⁶⁷³ Cfr. MIR PUIG, *Op. cit.* 11/33 p. 275. (negritas en original) Así también JESCHECK, *Op. cit.* p. § 55/800.

⁶⁷⁴ Cfr. ZIELINSKI, *Op. cit.* pp. 104–105, (cursivas en original) así también JESCHECK *Op., cit.*, p. 799 y ss. Asunción, acción de asumir. Asumir, *del latín assumere*, que se puede interpretar como: tomar para sí algo que supone responsabilidad o trabajo; como funciones de cuidado. MOLINER, *Op. cit.* primer tomo p. 280.

⁶⁷⁵ Cfr. FIEJOÓ, *Resultado lesivo e imprudencia...*p.315.

debe de tomar las medidas externas de preparación y de información⁶⁷⁶. Esto es que antes de emprender una acción, se debe de contar con la información correspondiente, es decir, cuando la actividad se realice se debe de contar con todos los instrumentos adecuados a la función a ejecutar, o lo antecedentes clínicos del paciente (análisis o radiografías previas, si es o no alérgico a un medicamento, etc.) pues de lo contrario el agente incurre en responsabilidad, por ejemplo; si Mario a pesar de que es un excelente cirujano, no tuvo la precaución de verificar el historial clínico del paciente y por consecuencia se le aplica un medicamento al que es alérgico complicándose con ello la enfermedad, es obvio que Mario antes de operar no se allegó de la información adecuado y por tanto se le imputa el resultante.

3º. El último bloque, lo constituye el deber de actuar prudentemente en toda situación peligrosa. En este grupo contrario a los anteriores no rige el deber de omitir acciones peligrosas, sino el deber de realizarlas con la máxima atención, con la finalidad de que evitar precisamente que ese peligro se convierta en lesión⁶⁷⁷.

Sin embargo, la realización de los juicios de valoración, tanto de la previsibilidad objetiva como subjetiva, que el juzgador deberá de ponderar de manera independiente antes de imputar un resultado⁶⁷⁸, constituye –a mi modo de ver–, *uno de los problemas* más graves, en la *praxis* judicial Michoacán, radica en que no existe un criterio definido que determine de una manera razonable el *cómo* deberán de efectuarse esos juicios axiológicos, puesto que generalmente se parte fórmula sacramental empleada mayoritariamente por los juzgadores como parte de la liturgia al procesado a quién van a condenar: “El activo es responsable del daño en las cosas o de homicidio, por que produjo un resultado típico que no previó siendo previsible, o bien se confió en que no se produciría por no haber observado el deber de cuidado. O ese resultado es producto de la impericia o ineptitud del autor”. Lo cual conduce

⁶⁷⁶ *Op. cit.*, 11/35 p. 276 (negritas en original). En el mismo sentido JESCHECK, *Op. cit.* p. § 55/800.

⁶⁷⁷ Es por eso, que las reglas y manuales que regulan la operación y procedimiento de una profesión o arte deben de estar siempre actualizados, pues constituyen la base y fundamento para que el juzgador pueda determinar si el autor observó o no diligentemente las normas de cuidado, para en su caso estar en condiciones de imputar objetivamente el resultado.

⁶⁷⁸ *Vid. supra* 1.2. pp. 20 y ss.

irremediablemente a resultados no sólo dispares, sino ambiguos y contradictorias entre si.

Ilustra lo anterior la siguiente resolución, en segunda instancia de un delito culposo de daños en las cosas derivado de un colisión de dos vehículos, en el operador jurídico para imputar el resultado a título culposo argumenta:

«el comportamiento de X, es integrador de la conducta de daño en las cosas a título de culpa, principalmente, porque aquél cuando opero su automóvil, produjo un resultado típico, *que no previó siendo previsible o se confió en que no se produciría*, en virtud de *la violación de un deber de cuidado* que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales. Lo anterior es así, pues el activo no actuó en forma precavida al conducir su unidad, ya que no observó las formalidades que se requieren para la conducción de vehículos, pues, se manifiesta con toda claridad su imprudencia, lo cual propició que el carro que conducía X, propiedad de la paciente (sic) del delito, se impactara contra la parte trasera de la “troca” que operaba el reo, resultando la unidad vehicular de la afectada con diversas averías. (...) En tal virtud, se tiene por acreditada la figura delictiva de daño en las cosas a título de culpa, perpetrada en perjuicio de M (...) –cuando– dio vuelta a la izquierda, sin poner el señalamiento de tránsito para verificar esa maniobra y no observo que detrás de él, viajaba M (...) Esto es así, porque X, *cuando opero su unidad automotora, lo hizo con impericia, negligencia e imprudencia, produciendo un resultado típicamente antijurídico, pues si hubiera actuado en otros términos, lo habría prevenido*. O sea, su reproche consiste en que tenía la obligación de conducirse con *prudencia y previsión*, a fin de no afectar bienes jurídicos tutelados por la normal penal. Por tal virtud, su actuar es imputable a título de culpa»⁶⁷⁹.

Tales argumentos, a mi juicio, no son del todo justos; ya que de ellos se observa; 1º a pesar que el juzgador indica una violación de un deber de cuidado, no precisa cuál fue ese deber de cuidado que no observó el activo. 2º. De igual forma, se deduce que el juzgador en una misma conducta aplica todas las hipótesis configurativas de los delitos culposos, al establecer por un lado, que el activo no *previó siendo previsible*, lo que significa que se trata de una culpa inconsciente; y, por otro, también señala que el activo *se confió en que no se produciría*, es decir, que el autor no sólo obró con culpa inconsciente, sino también lo hizo con culpa consciente, lo que es jurídicamente imposible,

⁶⁷⁹ Caso resuelto por la Quinta Sala de lo Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán (cursivas mías)

tomando en cuenta que entre lo consciente y lo inconsciente, existe una frontera que los delimita a partir de su propia finalidad. Así ha sido sustentado por la SCJ en los siguientes términos:

CULPA, MODALIDADES DE LA. La culpabilidad, como elemento esencial del delito, puede presentarse bajo dos especies, que son el dolo y la culpa, y ésta a su vez se subdivide en culpa consciente con representación o culpa inconsciente sin representación; la primera consiste en que el sujeto activo ha considerado como posible la producción del resultado, pero ha confiado en que no se producirá; y la segunda se presenta cuando el sujeto activo no ha previsto el resultado que hubiera podido prever, aplicando el cuidado que su deber le imponía»⁶⁸⁰..

Por lo que, en cuanto a la culpa inconsciente, es indiscutible que en ella sobresale, precisamente la ausencia de todo vínculo psicológico con el resultado. En cambio, en la culpa consciente se deja entrever un nexo psicológico entre la previsibilidad –de la violación de la norma de cuidado– y el resultando, de tal forma, que la diferencia entre ambas, no radica exclusivamente en la previsión del peligro, sino en el actuar contrario a lo ordenado por la norma de cuidado⁶⁸¹. Es decir, la situación de hecho por el autor imprudente no pertenece al peligro mismo o su reconocibilidad por parte del activo. Sino que éste constituye el criterio definido normativamente, como una prohibición –en la forma de una norma de cuidado– que motiva al autor a omitir esa acción⁶⁸²,

Para finalizar el análisis de la resolución que se comenta, observamos como el mismo juzgador concluye que con esa misma conducta (culpa inconsciente–consiente) el activo «*opero su unidad automotora, lo hizo con impericia, negligencia e imprudencia*» sin que haga alusión en qué consistió esa impericia, negligencia e imprudencia, pues como hemos visto en párrafos anteriores, estas formas comisivas tienen diversos conceptos semánticos independientes entres si puesto que cada una tiene sus propios rasgos que las distingue de las otras, por lo que no es valido englobarlos a todos como si se tratará de una misma conducta.

⁶⁸⁰ Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca. Volumen CXX, Segunda Parte. p. 24.

⁶⁸¹ Cfr. MIR PUIG, *Op. cit.*, 11/16 p. 272.

⁶⁸² Cfr. ZIELINSKI, *Op. cit.* p. 106/93.

En todo caso, el juzgador en el *marco* del texto del párrafo tercero del artículo 7º, *debió* –en mi opinión–, *debió* al menos apoyarse en ciertos parámetros orientadores de los juicios valorativos de previsibilidad y probabilidad del delito culposo, esto con el fin de determinar previamente la imputación del resultado por impudencia del autor, por ejemplo⁶⁸³:

a) Un juicio (*ex ante*) sobre la previsibilidad objetiva, consistente en indagar, si de las circunstancias *conocidas* por el agente en el momento del hecho, se puede deducir que el resultado se consideraba factible de producirse, dadas las reiteradas repeticiones del suceso estadísticamente y aún así incremento el riesgo⁶⁸⁴ (culpa consciente)⁶⁸⁵;

b) Un juicio (*ex post*) sobre la previsibilidad subjetiva, con la finalidad de determinar si el causante tuvo la posibilidad de conocer los factores de riesgo que podría producir un resultado (culpa inconsciente) a partir no sólo de los datos *cognoscibles*⁶⁸⁶ él, sino también los que hubiera podido conocer un hombre normal –puesto en esas circunstancias–, y con ello estar en condiciones de evitar el resultado previsto^{687 688}.

⁶⁸³ Cfr. ALTAVILLA, *Op. cit.* pp. 96–97.

⁶⁸⁴ De hecho el texto del párrafo tercero del artículo 7º, requiere la peligrosidad de la conducta para que se pueda considerar disvaliosa y fundamentar en ella la responsabilidad por el resultado producido; peligrosidad que se entiende como previsibilidad, esto es el juicio de desvalor que se debe hacer a la conducta desde el punto de vista *ex ante*. Cfr., MARTÍNEZ ESCAMILLA, en “*Principales reglas de imputación...*” p. 72.

⁶⁸⁵ Así, al analizar los acontecimientos mediante la descomposición y estudio de cada uno de los hechos que integran en su conjunto las circunstancias, le será fácil al juzgador llegar a la conclusión de los factores que iniciaron el curso del proceso causal desencadenado hasta el resultado final del mismo, Esto con el objeto de que si en el *inter* de los acontecimientos pudo darse la aparición de una concausa, que alterara el proceso normal, o bien, la verificación de que éste curso causal fue normal desde la acción inicial hasta el resultado final. Cfr. VELA TREVIÑO, p. 257. De igual forma, también se podría hacer un juicio valorativo respecto de la conducta de la madre que imprudentemente deja que su hijo atraviese el libramiento en zona indebida pensando que no viene a esa hora ningún auto, atropellan al menor. En este caso, la madre sería la responsable de las lesiones de su hijo máximo que tenía el deber de cuidado del menor.

⁶⁸⁶ *Vid. supra* 1.2 pp. 20 y ss.

⁶⁸⁷ En este sentido, es claro que nadie, puede decir validamente que está obligado a evitar lo inevitable y la determinación de lo que es evitable o inevitable tiene que ser hecha teniendo en consideración las características intrínsecas del acontecimiento, las especiales del sujeto actuante y las concurrentes al momento de la conducta típica. Cfr. VELA TREVIÑO, *Op. cit.* p. 356.

⁶⁸⁸ Esto es, se debe atender las especiales condiciones y características del sujeto actuante, ya que de la calidad misma de la persona se puede obtener la posibilidad de evitar el resultado. Ello en virtud, que la naturaleza del deber de cuidado que ha violado con su conducta obliga a tal consideración, en otras palabras, la exigibilidad de ciertas cautelas o cuidados varía de una persona a otra según su calidad y conocimientos. Cfr. VELA TREVIÑO, *Op. cit.* p. 357.

c) Establecer si el autor tenía o no pericia en la conducción de vehículos lo que desencadenó el resultado imprudente (culpa por falta de pericia);

d) Determinar si tenía aptitudes para ejercer o desempeñar la conducción de un vehículo, del cual se originó la falta de cuidado (culpa por ineptitud),⁶⁸⁹ y,

e) Valorar la participación de en este caso tuvo la víctima; si mantuvo la distancia que manda el Reglamento entre un vehículo y otro; la velocidad en que aquél iba, etc.

Otro de los problemas se manifiesta en la dificultad que entraña la demostración de la previsibilidad y evitabilidad de resultado, puesto que no obstante, que las sentencias o resoluciones estén legalmente fundadas, los argumentos del juzgador para imputar el resultado son puramente formales⁶⁹⁰ desprovistos de todo valor normativo –cuando la esencia de la culpa es la infracción de la norma–, ya que como se infiere de la citada resolución, el juzgador la funda y motiva únicamente sobre la base de los juicios hipotéticos de la previsibilidad del autor en suceso acaecido. Esto es, a partir de meras conjeturas concluye que el resultado es perfectamente subsumible por la hipótesis que para tales casos prevé la norma (párrafo tercero del artículo 7º), es decir, únicamente valora sí X al momento de producir el resultado, podía preverlo y por consecuencia evitarlo, sin tomar en cuenta el sentido social de la norma..

En efecto – aquí abro un paréntesis–, el Derecho penal, al igual que la religión, el arte, la economía, a diferencia de las ciencias exactas no pueden emplear como método la experimentación –desprovisto de todo valor–, ajustada a las leyes ya establecidas para la comprobación de un enunciado o

⁶⁸⁹ No se debe de confundir con los criterios para calificar la gravedad de la culpa que prevé el artículo 58 del Cpmich., pues estos, se valoran para fijar la sanción cuando ya el autor ha sido declarado culpable y no antes.

⁶⁹⁰ Sobre el aspecto de los razonamientos “formales” «hay que considerar ante todo, el desentendimiento del jurista de lo social y de lo valorativo. La actividad científica agota su cometido en la norma... el formalismo es siempre un positivismo normativo o normativista, asociado a un conceptualismo» *Vid.*, MIR PUIG, en *Introducción a las...* p. 189, (nota 87).

resultado, puesto que por su propia naturaleza no son tangibles, y por tanto, se les ha ubicado en las llamadas ciencias “*del espíritu o culturales*”⁶⁹¹, por estar revestidas precisamente de ciertos valores culturales, de ahí que, el juzgador al desvalorar tanto la conducta como el resultado, no lo debe hacerlo interpretando dogmáticamente el sentido literal de la norma, sino de acuerdo a una interpretación histórica teleológica –conforme al contenido social⁶⁹²– y sistemática entre sus partes, para con ello desentrañar y actualizar el sentido que persigue con la misma. Todo esto, en consideración de –como expresa RECÁSENS SICHERS–, en la norma jurídica va inserto, implícito o imbibito un valor o bien cultural del hombre; de tal manera que el Derecho al cumplirse en una sentencia judicial se convierte también en una forma de vida humana⁶⁹³.

Como resultado de lo anterior, las sentencias o resoluciones, deben estas provistas no sólo de un contenido formal (interpretación gramatical) de la norma, sino, también de su sentido material/social (interpretación histórica–teleológica⁶⁹⁴), ello atención a que, al Derecho penal no le interesan exclusivamente los resultados, sino aquellas conductas que implican determinados riesgos (juicio sobre el desvalor de la conducta *ex ante*) que cobran relevancia en la producción de un resultado (juicio de desvalor del resultado *ex post*), lesionando o poniendo en peligro ciertos bienes protegidos (misión del Derecho) en función de criterios normativos y no sólo en función a juicios sustentados en la previsibilidad que tuvo el agente de materializarse ese resultado y o en la mayor o menor probabilidad de aquél para evitarlo –con esto cierro el paréntesis–.

⁶⁹¹ Para mayor detalle *Vid.* MIR PUIG, en *Introducción a las bases...* pp. 211 y ss.

⁶⁹² *Vid. supra* .2.1 3 pp. 51 y ss.

⁶⁹³ RECÁSENS SICHERS, Luís, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, p. 140 y ss.

⁶⁹⁴ La valoración de la norma tiene dos aspectos: primero, en cuanto que valora un determinado bien como digno de protección jurídica y, segundo, en cuanto que desvalora en consecuencia la conducta que en determinadas circunstancias ataca al bien jurídicamente protegido y con ello también al orden jurídico; y se desvalora no sólo la producción de una situación jurídicamente indexable (desvalor del resultado, o en su caso en los delitos de mera conducta desvalor del hecho), sino también el modo de comportarse y la existencia o no del conocimiento o voluntad en esa producción del hecho ilícito. (desvalor–objetivo–subjetivo–de la acción). *Cfr.* LUZÓN PEÑA, *Op. cit.*, p. 67. Pero ese juicio axiológico, se deberá realizar, no ya como un problema de causalidad de la previsibilidad o de la infracción del deber, sino de acuerdo con una interpretación teleológica de los tipos penales, *Cfr.*, FIEJOÓ, *Resultado lesivo e imprudencia...*pp. 176–177. Es decir, aunque la prohibición de los comportamientos sancionados penalmente no esté explícita ni implicada en la literalidad de los tipos un interpretación teleológica permite distinguir el sentido de la finalidad del legislador respecto de la conducta prohibida, pues, por ejemplo; en el delito de homicidio, se debe analizar cuáles son las conductas imprudentes o dolosas que adquieren el significado típico de matar, más allá de la simple constatación de la relación causal, pues no es lo mismo matar que causar la muerte.

Lo expresado no sólo es importante en el plano teórico, sino también lo es en el plano práctico y de las consecuencias, es por ello, que, conforme a la postura aquí adoptada, se trata de hallar en el marco de los criterios de imputación objetiva, la armonía entre la teoría y la *praxis* judicial. Pues una cosa es la teoría del sistema estructurado de la imputación en el Derecho de los delitos culposos, y otra su puesta en práctica y es, justamente en la práctica, en donde las reglas de imputación son y deben ser ante todo la técnica de justificación de las decisiones del juzgador, para atribuir penalmente un resultado a una persona.

Sobre las anteriores consideraciones, no sólo en el Derecho comparado, se ha estado aplicando las reglas de imputación objetiva del resultado, sino también, en sede judicial de Michoacán, algunos operadores jurídicos ya no comparten o siguen como forma de imputar un resultado culposo, exclusivamente el juicio de previsibilidad y evitabilidad del resultado. De ahí, la importancia de subrayar la significación para la *praxis* judicial de sentencias o resoluciones cuyos juicios valorativos dejan al margen los criterios de previsibilidad y evitabilidad como referentes fundatorios en los delitos culposos. Pero además, es de llamar la atención que –en mi opinión– combinan sin ningún problema la teoría con el sentido de la norma, lo cual se constata en la siguiente resolución cuyo resultado es imputado al causante a título de imprudencia, argumentando para ello que;

«hubo por parte de X, una falta de deber de cuidado, toda vez que el artículo 66 del reglamento de la ley de tránsito y vialidad en el estado, dispone:...*Queda prohibido circular en sentido contrario al de la circulación, así como sobre la banquetas, camellones, andadores, isletas, marcas de aproximación y carriles de contra flujo e invadir el carril contrario así como las rayas longitudinales (...)* En tal tesitura, al acreditarse que X no observó el cuidado debido en su proceder, el resultado existente, que es un daño material al vehículo propiedad de M, le es objetivamente imputable, al constituir la plasmación de una falta de cuidado típica (...)⁶⁹⁵»

Esta resolución a diferencia de la anterior, llama la atención en que no se funda específicamente en los juicios de previsibilidad y probabilidad a que

⁶⁹⁵ Caso resuelto por la Quinta Sala de lo Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán (cursivas en original).

se refiere el tercer párrafo del artículo 7º del Cpmich., como elementos que justifica el reproche que se hace al causante, sino que, estos subyacen en el juicio valorativo de la conducta desde la perspectiva normativa de la culpa, esto es, que al causante se le reprocha, el que obstante de haber tenido los conocimientos objetivos y subjetivos requeridos, así como la capacidad de evitar la producción de desenlace lesivo⁶⁹⁶ no lo hizo, es decir, se reprocha al autor haber infringido una norma extrapenal de cuidado⁶⁹⁷ (*Vid.*, normas de cuidado⁶⁹⁸), como lo es el Reglamento de Tránsito cuya función es precisamente el tratar de evitar la producción de ese tipo resultados y que además en el ámbito penal son subsumible por el delito de daños en las cosas (artículo 322 Cpmich.), como consecuencia de su la falta del deber de cuidado.

En este caso afirma JESCHECK, «en la imprudencia no basta que la acción descuidada constituya la causa del resultado. Por el contrario, éste únicamente puede imputarse objetivamente al autor cuando la infracción del deber de cuidado se halla constituido precisamente su supuesto específico, ya que, a diferencia del hecho doloso, lo injusto de la acción del delincuente imprudente radica únicamente en dicha infracción del deber de cuidado)»

Por otro lado, en la resolución que se comenta asumo o visualizo dos cuestiones fundamentales para la moderna *praxis* judicial: la primera se deriva de el carácter normativo –por decirlo de alguna manera– del delito culposo o imprudente, pues como quedó asentado el juzgador la imputación no se fundamenta en sobre la base de; si era o no previsible o si el causante obró con impericia o ineptitud, sino únicamente se limitó a constatar el desvalor de la acción mediante la violación a la norma (artículo 66 del Reglamento) y el desvalor del resultado con los daños causados producto de su conducta descuidada al circular en sentido contrario⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ *Op. cit. p.* § 55/800.

⁶⁹⁷ Las reglas extrapenales son en general *sucedáneo, funcionalmente equivalente*, de las correspondientes regulaciones estatales –sin perjuicio de que falte el carácter normativo– y por tanto de relevancia comparable a las regulaciones jurídicas. *Cfr.* FRISCH., en *Comportamiento e imputación...* p.124 (cursivas en original).

⁶⁹⁸ *Vid. supra* 3.2.2 p. 130 y ss.

⁶⁹⁹ Estructura que en cierta forma coincide con la formulada por MIR PUIG, que refiere que todo «delito imprudente ofrece la siguiente estructura: 1) La **parte objetiva** del tipo supone la *infracción del deber de cuidado (desvalor de la acción)* y una determinada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal (**desvalor del resultado**) 2) La **parte subjetiva** del tipo requiere el elemento *positivo* de haber querido la

En tanto, la segunda, radica en que se abandona el aspecto psicológico que conecta al hecho con el resultado únicamente mediante la previsibilidad o evitabilidad del mismo; por tanto, *la falta de cuidado*, ya no es interpretada en su sentido tradicional como «la ausencia de previsión de lo previsible que origina un actuar diverso al exigido por la ley. En efecto si el sujeto se hubiera previsto lo previsible, su actuación tendería a evitar el resultado dañoso, coincidiendo con la exigencia e la ley, de manera que desde ese punto de vista dicha actuación o falta de previsión de lo previsible acarrea una falta de cuidado en la actividad realizada y generadora, en nexo causal, del resultado tipificado en la ley como delictuoso»⁷⁰⁰.

Acorde con los argumentos que anteceden, el deber de cuidado, se funda en la inobservación de la norma encargada de regular de limitar los riesgos permitido de los no permitidos en el tráfico rodado, esto es, como destacadamente ha dicho MIR PUIG, «Lo esencial del delito culposo no es *nunca* la relación psicológica que pueda concurrir, en forma de representación de peligro, sino el momento *normativo* de infracción de la norma de cuidado. La “imprudencia” es siempre, pues un concepto normativo, cuya esencia no era capaz de aprehender una teoría naturalista de la culpabilidad anclada únicamente en el nexo psicológico cuasi-causal”⁷⁰¹.

Conforme a esa dirección ya hace tiempo la tendencia de la doctrina mayoritaria, ha sostenido que la «imprudencia» no es un concepto psicológico dependiente de la previsibilidad, sino una cuestión eminentemente normativamente –infracción de la norma de cuidado–, por lo que en este contexto, la imprudencia de una acción no exige necesariamente la previsibilidad del resultado lesivo. Por mucho que dicho resultado fuese previsible, la acción no será imprudente si no se infringe la norma de cuidado⁷⁰².

conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente), y el elemento *negativo* de no haber querido el autor cometer el hecho resultante), en *Op. cit.*, 11/26–27 p. 274 (negritas y cursivas en original).

⁷⁰⁰ Cfr. PAVÓN VASCONCELOS/VARGAS LÓPEZ, *Op. cit.*, p. 29.

⁷⁰¹ En *Introducción a las...* p. 210. (cursivas en original).

⁷⁰² Cfr. MIR PUIG, en *Introducción a las...* p. 137.

Sobre esta última consideración, se a centrado la discusión, desde dos perspectivas diferentes, por otro lado, en determinar si la simple inobservancia de la norma es o no suficiente para imputar el hecho a título culposo. Algunos se inclinan en sostener que además de la inobservancia de la norma se requiere que el sujeto lo halla hecho por cualquiera de los otros generados de culpa (imprudencia, negligencia, impericia, ineptitud).

Otros por el contrario, afirman que el sólo hecho de no haber observado la norma es más suficiente para generar la responsabilidad culposa⁷⁰³, precisamente, porque la culpa inconsciente a decir de CORCOY BIDASOLO, «representa la forma básica de imprudencia, pues una exacta representación del hecho y sus consecuencias no pertenece a la esencia de la imprudencia. La imprudencia inconsciente que no tenía espacio en la culpabilidad psicológica, para con la concepción normativa de la culpabilidad y, más aún, con el encuadramiento de dolo y la imprudencia en el injusto, a constituir la forma típica de imprudencia. Se llega, incluso, a mantener que la división de culpa consciente–culpa inconsciente debe ser rechazada en base a que toda imprudencia es inconsciente. Esta afirmación surge de la comprensión de la imprudencia como no “conformidad entre representación del sujeto y la objetiva realización”: se realiza el tipo imprudente cuando el autor actúa infringiendo el cuidado bajo esa falsa representación»⁷⁰⁴. En este sentido JESCHEK, partiendo que entre la culpa (consciente con la inconsciente), no existe diferencia alguna, pues, a su juicio no tiene caso tal distinción, ya que en ambos casos lo que importa es la falta o ausencia de cuidado, o de la inobservancia de la norma de cuidado con que el autor realiza sus actos⁷⁰⁵

En esta dirección, se comprende la importancia de observar las normas de cuidado, pues con base a ellas se puede principalmente en las grandes urbes en donde se tienen que cruzar calles, libramientos, autopistas, etc., sin que, esto signifique que se pretenda, evitar el estar en un determinado lugar,

⁷⁰³ Cfr. REYES ECHANDÍA, *Op. cit.* p. 100.

⁷⁰⁴ *Op. cit.* p. 47.

⁷⁰⁵ Citado por FERREIRA, p. 389, lo que en mi opinión es totalmente acertado, pues, cuando se ha observado la norma de cuidado y a pesar de ello el resultado se produce, importa si lo previó o no pudo evitarlo.

sino en el sentido de un movimiento en ese lugar⁷⁰⁶, por ejemplo; la dirección por de circulación de las calles, la velocidad máxima, el trafico lento –escuelas, hospitales, etc.–, la preferencia de ciertas calles, pero, tales disposiciones normativas o históricas que limitan los riesgos no son de observancia únicamente de los conductores, sino, esa obligación se complementa con el deber o función (de ahí que sean recíprocas) a cargo del peatón; los pasos peatonales que se pintan al finalizar o comenzar una calle, los semáforos, los puentes peatonales, etc⁷⁰⁷., por tanto si ambos fallan en sus obligaciones recíprocas, ambos son responsables del resultado.

En ese orden de ideas, la teoría de la imputación objetiva en los delitos además imprudentes exige: A desvalor de la acción, consistente en la 1 creación de un riesgo no permitido penalmente relevante, –⁷⁰⁸ se funda en 2 la infracción del deber de cuidado a) deber objetivo y b) deber subjetivo (*ratio essendi* de los delitos imprudentes) como generadores de ese riesgo socialmente no tolerado; B desvalor del resultado⁷⁰⁹ referido a verificar 1 si ese riesgo se realizó en el resultado y 2 si este se encontraba en el ámbito de protección de la norma.

A. Juicios de desvalor de la conducta, consistente en verificar si con ella se a creado 1 un riesgo no permitido; 2 la infracción de un deber de cuidado a) deber objetivo y b) deber subjetivo:

⁷⁰⁶ Cfr. JAKOBS, en *Moderna dogmática penal...* p. 457, Ciertamente con la modernidad postindustrial, se incrementan los delitos no intencionales (imprudentes, doloso–eventuales) debido a la incidencia de las nuevas técnicas originadas en el seno de la «sociedad de riesgo». En efecto las consecuencias lesivas ocasionadas por los «fallos técnicos» aparecen como un problema central de este modelo. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* p. 22.

⁷⁰⁷ Así el artículo 43 fracción II, del Reglamento de tránsito y vialidad de Michoacán, que establece «Las señales restrictivas, tienen por objeto indicar determinadas limitaciones o prohibiciones que regulen el tránsito y la vialidad. Los conductores y peatones deberán obedecer las restricciones que pueden estar indicadas en textos, en símbolos o en ambos...».

⁷⁰⁸ Pensemos, por ejemplo; el límite de velocidad en zona urbana oscila entre los 40 y 50 Km/h., sin embargo, se pude transitar sin crear riesgo a 80 km/h a las 2:00 a.m. en este caso a pesar de violar una norma de cuidado no se crea riesgo, lo contrario se sucediera a las 3:00 p.m.

⁷⁰⁹ «Tampoco se puede –sostiene ROXIN–, como a menudo sucede, separar la lesión del deber de cuidado de la imputación del resultado, porque los presupuestos de la imputación son idénticos aquellos de la lesión del deber de cuidado». Semejante resultado pasa con las características como previsibilidad (o bien, reconocibilidad) y evitabilidad. Cuando un resultado no era previsible falta o bien ya la producción de un peligro relevante jurídicamente, como por ejemplo como cuando el lesionado muere no a consecuencia de las lesiones sino en el incendio del hospital. Lo correspondiente vale para la evitabilidad. Si alguien conduce a una velocidad excesiva, y un transeúnte corre contra el coche, de modo que el resultado lesionado también en el caso de mantenimiento del tiempo prescrito no habría sido posible evitar, entonces la culpa se excluye por falta de realización del peligro. En *Política criminal* y... p. 93.

1. Creación de un riesgo no permitido típicamente relevante como presupuesto del desvalor de la conducta. Como se deduce de los Capítulos Segundo y Tercero, para responsabilizar penalmente el resultado a un causante, es necesario primero constatar –como presupuesto de la imputación objetiva–, que con su conducta se creó o incremento un riesgo típicamente relevante a través de la infracción de una norma de cuidado, es decir que el causante infringió un deber de cuidado. Para lo cual, tendrá que apoyarse en los criterios que restringen o excluyen el tipo la tipicidad de la conducta, *V., gr.* cuando el causante ha actuado dentro⁷¹⁰ del riesgo permitido⁷¹¹ o el principio de confianza⁷¹².

En el marco de dichos principios, el juzgador deberá, por tanto, excluir:

1º. Los resultados imprevisibles, como el que se pueden deducir del siguiente ejemplo: Pablo conduce su auto dentro del límite permitido y de pronto al cruzar la calle una “pipa de gas” baja a exceso de velocidad de una pendiente, lo cual obliga a Pablo en una acción reflejo a virar el volante y con ello lesiona a una persona. Es obvio, que a Pablo no se le puede imputar objetivamente el resultado de la lesión de un tercero.

Un caso similar se infiere de la siguiente ejecutoria:

«**CASO FORTUITO.** En el caso fortuito es indudable que la conducta nada tiene de culpable; se trata de un problema de metaculpabilidad, en virtud de que el resultado no es previsible; por ello se ha dicho que marca el límite o la frontera con la culpabilidad. En el caso fortuito el resultado adviene por el concurso de fuerzas diversas; la conducta del agente (por hipótesis precavida, lícita), y una fuerza a él extraña; de una parte ese actuar voluntario y de otra una concausa que se une a la conducta, y de la amalgama surge el evento. En consecuencia, el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad, porque si una actuación es cautelosa y absolutamente lícita, pero se une a ella una concausa extraña y por ello se produce el resultado que coincide con la descripción legal de un delito, no puede atribuírsele al sujeto, porque no quiso ese resultado, ni

⁷¹⁰ *Cfr.* CORCOY BIDASOLO, *op., cit.*, p. 49.

⁷¹¹ *Vid. supra* 2.2.4 pp. 82 y ss. . y 3.2.2. pp. 127 y ss Lo característico del injusto de la acción de los delitos culposos es en definitiva la creación de un *peligro ya no tolerado* con respecto al bien jurídico o – con más precisión– una acción a cuya ejecución, sobre la base de un juicio *ex ante*, está vinculado a un peligro determinado no tolerado, *Cfr.* FRISCH., en *Comportamiento e imputación...* p.48 (cursivas en original).

⁷¹² *Vid. supra* 3. 2. 3 pp. 139 y ss.

omitió deber alguno de cuidado o diligencia; en una palabra, está ausente el elemento moral del delito»⁷¹³.

Vemos aquí, como el actuar del causante fue precavido y lícito (riesgo permitido), por tanto, se excluye la tipicidad de su acción y, en consecuencia, si a pesar de ello se configura un resultado éste nunca podrá ser imputable al autor de la conducta.

2º. En el mismo tenor, se deberán también excluir las acciones deportivas peligrosas⁷¹⁴ (aún siendo dolosas) cubiertas por el riesgo permitido, pues el hecho de realizar algo, que la propia norma tolera o promueve, no puede considerarse como infracción del deber de cuidado, incluso si el autor obra con dolo, pensemos en el caso del fútbol (juego de confrontación peligrosa pero no dirigida a agredir al contrincante) o bien, en el box (deporte de confrontación directamente agresiva).

En el caso del fútbol cuando el balón no está en disputa el sujeto dolosamente le propina una patada al rival –fracturándole el tobillo–, o cuando en el box uno de los peleadores tira los golpes con toda la finalidad de matarlo. De lograrlo, en ninguno de los casos el resultado se les imputa a los autores de la acción como delitos dolosos o imprudentes, ya que se encuentran cubiertos por el riesgo permitido, puesto que sus reglamentaciones –del fútbol y box–, sólo regulan la actividad de su deporte (no tomar el balón con la mano, no tirar golpes debajo del cinturón del boxeador, etc.)

No hay que confundir los actos riesgosos que se presentan como parte del juego, con los que se manifiestan fuera de la cancha o cuando uno de los jugadores fue expulsado. En este sentido vemos EL criterio sustentado por la SCJ en la siguiente tesis:

⁷¹³ Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época. Volumen III, Segunda Parte. Pág. 40.

⁷¹⁴ Sobre las teorías que sustentan el deporte como no delito *Vid.* Ampliamente ALBOR SALCEDO, *Op. cit.*, pp. 296 y ss., y GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, en «Violencias típicas penales en los deportes» *Revista del Derecho del Deporte*, año I, 1975, número 1.

«**LESIONES, DELITO DE, TRATÁNDOSE DE EVENTOS DEPORTIVOS.** Si bien es cierto que la práctica del deporte es una actividad autorizada por el Estado, cuyo ejercicio, en sus distintas disciplinas, requiere de acciones que pueden originar choques violentos entre los participantes, ocasionando a los mismos daños físicos, también es verdad que la causación de tales daños no debe quedar siempre impune, ya que para que ello acontezca es necesario que los contendientes cumplan con las reglas del juego respectivo, lo cual constituye la base para determinar la licitud o ilicitud de la conducta del autor de los daños aludidos y, en consecuencia, para establecer su culpabilidad o inculpabilidad; admitir lo contrario daría lugar a que los jugadores, infringiendo intencionalmente los ordenamientos que rigen las ramas del deporte, pudieran desvirtuar los objetivos propios del mismo; por tanto, el tipo penal del delito de lesiones se satisface cuando se acredita que se causaron con motivo de una acción ejecutada en un encuentro deportivo en la cual no se acató el reglamento del juego, máxime si tal acción produjo, además, la expulsión del jugador por su conducta notoriamente contraria a las reglas de la disciplina respectiva»⁷¹⁵.

3º. Finalmente, se deberán excluir a quienes a pesar de seguir puntualmente las normas de cuidado se produce un resultado fatal que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. Para ello, es importante distinguir la *impericia* con el *error profesional*, toda vez que «el culpable de impericia, no sólo es el que causa daños al ejercer una profesión que no conoce, sino también el que, al obrar dentro de los límites del ejercicio normal de su actividad, muestra que no posee el conjunto de conocimientos científicos que normalmente son indispensables en el ejercicio de su profesión. Cuando no se puede hablar de ignorancia, no habrá propiamente impericia, sino más bien de error profesional, que no es causa de responsabilidad pues se trata de un error excusable»⁷¹⁶.

⁷¹⁵ Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito. No. Registro: 197,092, Ius 2004. En este caso el juzgador el muy claro y tajante al precisar que la acción se presentó después de que jugador fue expulsado y no dentro de la cancha. A pesar de ello, difícilmente se podrá olvidar la permisividad legal existente, pues, por un lado futbolista lesionado nunca recurrirán a la justicia ordinaria, y sí así lo hiciera, existen muchas probabilidades de que ante la falta de regularización expresa se entienda que el resultado fue fortuito, porque de hecho está demostrado estadísticamente que «entradas escalofriantes» no producen resultados. Y sin embargo, «choques» al cabecear producen a menudo la muerte o mínimo lesiones cerebrales. En el ámbito de las lesiones del Box, siempre se alegrará que normalmente los boxeadores continúan lanzando golpes después de que suena la campana y de que han sido separados por el referí, pero, no por ello implica que violen el reglamento de box. Caso contrario se presenta, por ejemplo en la película Million Dollar Baby, ganadora del Oscar en su versión 2005 traducida como "Golpes del destino" (Director Clint Eastwood); la protagonista Maggie Fitzgerald, al pelear por el campeonato mundial de box, una vez que sonó la campana dando por terminado el "round" es golpeada en la nuca por su contrincante con el banquillo donde se sientan las boxeadoras al termino de un "round") en este supuesto filmico, la rival responderá por las lesiones, toda vez que al momento en que concluye el "round" ya no estaban reglamentariamente peleando y además fue con un banquillo lo que no está tampoco permitido.

⁷¹⁶ Cfr. ALTAVILLA, *Op. cit.* p. 8.

Sobre el error excusable GIMBERNAT⁷¹⁷, ha dicho, que no se le puede sancionar a un médico cirujano principiante, quien a pesar de seguir puntualmente las reglas de las ciencias pudo cometer un fallo técnico que tenga como consecuencia un resultado. Sin embargo, ello no significa que hubiera violado el deber de buen cuidado y por tanto no se le puede atribuir ese resultado a título de culpa. Pues al autor no se le reprochan todos los errores del diagnóstico, ni aún la falta de extraordinaria de pericia en el desarrollo de las intervenciones quirúrgicas, al no ser exigible en éste ni en ningún aspecto de la vida social la infalibilidad, sino que la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias y medios, de ahí que la imprudencia punible es un error insoportable para el ordenamiento no porque se equivocó el autor sino porque mostró un desinterés o indiferencia frente a los bienes jurídicos de terceros⁷¹⁸.

En otras palabras; error sin más; no equivale a imprudencia, y, por tanto, no es dable equiparar el fallo en el tratamiento médico o fallo técnico con la infracción de deber de cuidado. Ello en virtud, que el fallo técnico no supone una valoración jurídica, por tratarse de un concepto científico, sino únicamente procura la comprobación fáctica de un determinado acto clínico o quirúrgico que no es correcto desde el punto de vista técnico. Por lo que, una vez comprobada la existencia del fallo técnico y que éste efectivamente ha producido un resultado (daño al paciente) hay que averiguar si también con él se infringió el cuidado debido (la norma o manual que regula el procedimiento quirúrgico), para poder imputarle ese resultado al autor de la conducta omisiva

⁷¹⁷ En *Delitos cualificados*, pp. 101 y ss.

⁷¹⁸ Resulta muy elocuente para este caso la sentencia por el Tribunal Supremo de España, al resolver sobre la responsabilidad médica en el marco del deber de cuidado objetivo, partiendo del principio de que la ciencia médica no puede dominar todas las enfermedades y por ende toda complicación que se pueda presentar o derivar de ellas y admite que el «conocimiento médico no permite diagnosticar con inequívoca certeza toda enfermedad por la que se darán –sin duda– errores de diagnóstico que serán consecuencia –en definitiva– del mantenimiento de opiniones divergentes, resultando unas acertadas y otras no. Esto no significa que aquellas que no lo sean carezcan de fundamento, puesto que en la medida en que estén basadas en los conocimientos médicos medios, no pueden generar por su desacierto responsabilidad criminal, ya que lo que da origen a ésta “no son errores de diagnóstico, ni aún falta de extraordinaria pericia en el desarrollo de las actividades quirúrgicas, al no ser exigible en éste ni en ningún aspecto de la vida social, la infalibilidad, sino que la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias ordinarias» *Vid.* FIEJOÓ, pp. 282 (nota 55) y 283.

del deber de cuidado a título de culpa, por tratarse ya éste de un concepto jurídico.⁷¹⁹

2. En torno al deber de cuidado, mucho se ha hablado en este trabajo de su importancia en la actualidad para determinar los delitos imprudentes, como la infracción del deber de cuidado, o como el deber objetivo de cuidado última acepción que ha sido reconocida por la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado como elemento del tipo⁷²⁰ (Si tomamos como referencia la expresión “deber”, que tiene entre otras acepciones el de una «obligación particularizada en un caso concreto, en algo que se debe hacer en virtud de ciertos principios naturales o establecidos»⁷²¹ de “cuidado”, participio adjetivo de cuidar, esto es, revela esmero con lo que se hace⁷²²). Por tanto, de la posibilidad de advertir el peligro, se sigue el deber de realizar un comportamiento externo correcto conforme al sentido de la norma a efecto de evitar la producción del resultado⁷²³.

Toca en este punto –sin profundizar demasiado–, analizar el origen y desarrollo del deber de cuidado y su trascendencia en la teoría de la imputación objetiva.

Fue ENGISCH, quien en su monografía sobre la causalidad (1931), por primera por primera vez hace alusión a –lo que él llamó *cuidado necesario en el tráfico en el ámbito del tipo*–, como elemento adicional del tipo de los delitos

⁷¹⁹ Vid. FIEJOÓ, en *Resultado lesivo e imprudencia*, pp. 282 (nota 55), De tal manera que si el médico no siendo especialista en cardiología pero actúa acorde a lo ordenado por la *lex artis* realizando los pasos adecuados y a pesar de ello se presenta una complicación del paciente, es lógico que no se puede afirmar mucho menos sostener que el médico actuó con culpa típicamente relevante con relación a dicha agravación, sólo porque practicó la operación sin la especialidad o la «pericia necesaria», pues en el caso en concreto su conducta profesional se pego a la cánones médicos. Por el contrario el médico que cuenta con especialidad y conocimientos suficientes en la materia actúa de manera relevante para el Derecho, cuando no sigue los pasos que regulan ese tipo de operaciones y a consecuencia de ello se agrava el paciente. Cfr. BERCHELMANN, *Op. cit.*, p. 701.

⁷²⁰ Así CORCOY BIDASOLO, *Op. cit.*, p. 40 y ss. Por su parte WELZEL (en *Derecho alemán*, p. 158) y JESCHECK, (*Op. cit.* p. § 55/799 y ss) sostienen que las acciones ajustadas al deber de cuidado son atípicas. En cambio para otros, afirman que tanto el deber de cuidado objetivo como subjetivo pertenecen al ámbito de la culpabilidad, así Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomas S., *Derecho penal parte general*, p. 641.

⁷²¹ MOLINER, *Op. cit.* primer tomo, p. 839.

⁷²² *Idem*, p. 864.

⁷²³ Cfr. JESCHECK, *Op. cit.* p. § 55/799. «El deber objetivo de cuidado atiende fundamentalmente, a la acción y hace referencia, y hace referencia a la cautela externa que cabe exigir generalmente en el tráfico para ejecutarla, atendidas sus peculiaridades y peligros». COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Op. cit.* p. 640 (cursivas en original).

imprudentes. Para ello, parte de la teoría de la causalidad adecuada la «Desatención del cuidado necesario significa siempre; conducta adecuada (para producir el resultado); el elemento de la adecuación se compatibiliza aquí con el elemento de la desatención del cuidado necesario»⁷²⁴. Más adelante, el mismo autor, precisa que «El cuidado necesario en el tráfico es, en este sentido, la omisión de aquellas acciones que ocasionan un resultado de forma no improbable, o bien, el llevar a cabo aquellas acciones que, en una situación en la que hay que esperar el resultado con una probabilidad segura son apropiadas para evitarlo»⁷²⁵.

De esta manera, vemos como ya no se trata sólo de constatar el aspecto fáctico del resultado para imputar el mismo a una persona, sino que ahora, es indispensable acudir a un criterio de valoración normativa, respecto del cuidado necesario o deber de cuidado que dejó de observar el autor de la conducta –en primera instancia típica– para atribuirle o no el resultado producido. El haber incluido el cuidado necesario del causante como criterio normativo, pero además de la evitación de aquellas acciones que por sus características y estadísticas es muy probable que se produzcan resultados lesivos, como presupuestos de la imputación en los delitos imprudentes, sin duda ha sido una contribución muy importante para el Derecho penal y por consecuencia para la aplicación de justicia.

Más adelante, WELZEL, en un nuevo intento de explicar la imputación de los delitos culposos en el ámbito de la teoría finalista⁷²⁶ sostiene que «el tipo

⁷²⁴ Cfr., FIEJOÓ, *Resultado lesivo e imprudencia...*p. 59, (cursivas en original). ENGISCH, consideró a «la adecuación como un elemento especial del tipo al lado de la causalidad porque, como parte integrante de la “desatención del cuidado necesario”, está ensamblado con el riesgo permitido y momento similares que afectan el deber de cuidado» *Loc. cit.*

⁷²⁵ Cfr., FIEJOÓ, *Resultado lesivo e imprudencia...*p. 60.

⁷²⁶ En un primer intento, WELZEL fracasó al tratar establecer desde la perspectiva de la teoría final un concepto de acción en el que se abarcará tanto la conducta dolosa como la imprudente, señalando que «El tipo doloso comprende “tipos de injustos finales”, y el imprudente “tipos de injustos causales evitables, el dolo es el “dominio final del hecho” y la imprudencia “causación evitable”». Por tanto, deducía que en el delito imprudente no se desvalora la finalidad del sujeto, sino las consecuencias de la acción: los delitos imprudentes se entendían así como meros delitos de causación. No exigen más que el hombre halla causado un resultado no querido (y que esa causación fuera evitable). Postura que fue muy criticado, pues se presumía no una finalidad real, sino una finalidad potencial, y esa finalidad potencial no estaba en la acción misma, sino en la constatación de que el autor no se había comportado conforme a lo prescrito por la norma, de ahí que NIESE, sostenía que el concepto de acción en el ámbito del delito imprudente no estuviera determinado antológicamente sino normativamente. Citados por FIEJOÓ, en *Resultado lesivo e imprudencia...*pp. 81 y ss.

del injusto imprudente se fundamenta en la no prestación de un cuidado necesario en el tráfico para preservar bienes jurídicos, cuidado que el autor podría haber prestado con una orientación de la finalidad»⁷²⁷. Y por ello, agrega, que el criterio intelectual de la “previsibilidad objetiva”, es un criterio normativo para determinar el cuidado objetivamente debido. El deber de cuidado adquiere entonces sus contornos definitivos, ya no es sólo la posibilidad de conocer la causación del resultado, sino que precisa además de una valoración normativa. En consecuencia la previsibilidad de acuerdo a la experiencia sólo es típica cuando va ligada a la infracción de la norma de cuidado⁷²⁸.

Conforme a las anteriores consideraciones, el deber de cuidado debe ser valorado en dos rubros diferentes: a) como deber objetivo y b) como deber subjetivo.

a) El deber objetivo, se va configurando atendiendo en principio las diversas fuentes que regulan las actividades que por si mismas son generadoras de peligro, sean: jurídicas, técnicas, o finalmente las llamadas *lex artis*⁷²⁹ o producto de la experiencia humana que estadísticamente ha demostrado que en determinadas circunstancias existen grandes posibilidades de la producción de un resultado⁷³⁰. Y sobre las cuales el juez deberá de realizar un juicio valorativo respecto del sentido de las mismas en cuanto su finalidad en la previsibilidad y evitación de lesiones o puestas en peligro de ciertos bienes jurídicos⁷³¹.

⁷²⁷ Citado por FIEJOÓ, en *Resultado lesivo e imprudencia...*p. 93.

⁷²⁸ Cfr. FIEJOÓ, en *Resultado lesivo e imprudencia...*p. 93.

⁷²⁹ Vid. *supra* 3.2.2 p. 130 y ss

⁷³⁰ En este sentido es importante, señalar que no todas las conductas se encuentra reguladas por una norma de deber de cuidado, sino que otras surgen de la propia experiencia del hombre, así por ejemplo, el limpiar una arma aún cuando la norma no lo prevé se debe hacer de cerciorar que no se encuentra cargada, pues la experiencia ha demostrado que es posible que pueda lesionar o poner en peligro un bien jurídico (la salud, la vida, la propiedad, etc.) De ahí que la previsibilidad se haga descansar en la capacidad promedio y común de las gentes para anticipar, que, con una determinada conducta y en ciertas circunstancias, se genera un riesgo con el que probablemente se ponga en peligro o lesione un bien jurídico con motivo de la falta de observancia de el deber de cuidado.

⁷³¹ «Por consiguiente el tipo objetivo del hecho punible culposo incluye una acción descuidada referida al bien jurídico perjudicado» Vid., MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Op. cit.*, § 43. III/19, p. 139. De lo que se desprende también una estrecha vinculación entre el deber y la evitabilidad del resultado, ya que estando normativamente determinado el mínimo de atención y cuidado que se exige a los sujetos, la reprochabilidad de la culpa para efectos de fundar el juicio relativo a la culpabilidad se deriva de las especiales condiciones del sujeto actuante y las características que concurren con el hecho típico desde el punto de vista de su objetividad. Cfr. VELA TREVIÑO, p. 259.

En este contexto, según la doctrina mayoritaria, el deber objetivo de cuidado se ve infringido cuando el resultado típico es previsible, esto es como criterio normativo no meramente causal, como lo preveía la teoría de la causalidad adecuada, que se equivocó al utilizar criterios empíricos y avalorativos, como el de la probabilidad o el de la experiencia general que era nutrida con los conocimientos del autor. En este sentido todo podría resultar previsible⁷³².

En cambio, la previsibilidad objetiva propuesta por WELZEL, se funda en que el agente al actuar dentro de los límites socialmente tolerables, realiza una conducta lícita, y si a pesar de haber creado “riesgo permitido” no rebasa las expectativas de los límites de una acción socialmente adecuada, esa conducta será atípica, puesto que el hecho se debe hacer referencia a un riesgo jurídicamente penalmente desaprobado, esto es, en palabras de WELZEL, «la previsibilidad de acuerdo a la experiencia sólo es típica cuando va ligada a la infracción de la norma de cuidado. A diferencia de otros autores que se ocuparon del tema, WELZEL no entremezcla el riesgo permitido con el problema de la adecuación de la causalidad (no le previó siendo previsible...), sino que lo tiene en cuenta como segundo momento en su método de determinación del deber de cuidado. En consecuencia, “sólo infringe el deber de cuidado aquel peligro que supera la medida “normal en el tráfico” o “adecuada socialmente”»⁷³³.

Lo que significa, que para el Derecho penal la creación de un riesgo, sólo se puede entender intersubjetivamente como desaprobado o típico cuando se encuentra vinculado a la infracción de una norma de conducta (prohibición, mandato, de cuidado, etc.),⁷³⁴ cuya infracción está sancionada con una pena⁷³⁵. Así por ejemplo en la siguiente ejecutoria:

⁷³² Cfr., FIEJOÓ, *Resultado lesivo e imprudencia...* p. 71.

⁷³³ Citado por FEIJÓO, en *Resultado lesivo e imprudencia...* p. 99.

⁷³⁴ De ahí, que en el delito imprudente no se castiga el matar sino el haber infringido ciertas reglas de cuidado que pueden lesionar bienes jurídicos de terceros, en consecuencia, en términos de WELZEL, las lesiones a terceros sólo se producen por no observar cualquiera de los siguientes grupos de normas: a) Un grupo de normas que prohíben conductas que tienen como finalidad la producción de lesiones o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos por la propia norma. Esas conductas son delitos dolosos comisivos. El autor infringe ese tipo de normas cuando con su conducta persiguen por ejemplo, lesionar o matar a una persona, robar un bien, falsificar un sello, etc.; b) Un segundo grupo de normas desvalora los medios utilizados al momento de realizar la acción, siendo en este caso indiferente el fin que persigue el

CONDUCCION DE VEHICULOS, IMPRUDENCIA EN LA. Guiar un vehículo implica realizar una actividad lícita, pues, en materia de transportes, el riesgo que engendra dicho manejo es conocido, tolerado y aceptado por el Estado, y sólo puede atribuirse responsabilidad culposa cuando se han abandonado las precauciones normalmente tomadas en relación con esta actividad y, como consecuencia de ello, se causa daño, toda vez que el reconocimiento del delito culposo se funda en la consideración de que todo hombre tiene el deber de obrar con la adecuada diligencia o cuidado, para que, con su conducta, no se originen consecuencias dañosas para los demás. Por tanto, si el inculpaado abandona esas precauciones, es evidente que incurre en el delito que se le atribuye⁷³⁶.

Por otro lado, en la práctica demostrar el deber objetivo de cuidado que debería observar el causante, no es tan fácil deducirlo, pues al igual que en la teoría de la causalidad adecuada, se presenta el problema de determinar cuáles son los parámetros que se deberán de tomar como punto de partida para determinar cuándo una persona al dejar de observar el deber objetivo y con ello rebasando los límites del riesgo permitido.

Para tal efecto, WELZEL⁷³⁷ propone tomar como medida a una persona razonable y cuidadosa en una situación concreta. Es decir, «Se ha de entender como cuidado objetivo y conforme al tráfico aquella conducta que una persona prudente y razonable en la situación del autor habría adoptado en la situación concreta». Sin embargo, ese hombre prudente, no necesariamente tiene que ser una persona precavida, atenta, juicioso, con bastos conocimientos que le permitan reflexionar o ser cuidadoso o diligente. Sino que el “hombre medio” de acuerdo con la definición de ARMIN KAUFMANN aceptada mayoritariamente, se trata de «la representación del punto de vista del derecho; la personificación del ordenamiento jurídico que valora la situación concreta»⁷³⁸.

autor. Estas normas obligan a hacer uso del “cuidado exigido en el tráfico” o, lo que es lo mismo, a realizar una prestación en beneficio de bienes jurídicos ajenos propia de un hombre prudente y razonable en esa misma situación. Las conductas que infringen esas normas son delitos imprudentes, pues el autor al no observar esas normas rebasa incrementa el riesgo de lesión de terceros aún cuando no tenga en mente lesionarlos; y c) el último grupo de los delitos omisivos que se perfeccionan cuando el autor no cumple con la obligación que le impone la norma. Citado por FIEJÓO, en *Resultado lesivo e imprudencia...* p. 95..

⁷³⁵ Cfr. FIEJÓO, en *Resultado lesivo e imprudencia...* p. 265–266..

⁷³⁶ Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época. Volumen LXXIII, Segunda Parte. Pág. 12.

⁷³⁷ Citado por FIEJÓO, en *Resultado lesivo e imprudencia...* pp. 100–101.

⁷³⁸ Citado por FIEJÓO, en *Resultado lesivo e imprudencia...* p. 102.

En consecuencia, con el nuevo criterio del hombre prudente, se funda en el comportamiento aceptable de un ciudadano dispuesto a respetar la norma de cuidado o de no hacerlo, se entenderá que le es indiferente su comportamiento descuidado. En resumen la idea del riesgo permitido como criterio para determinar o fundamentar el tipo imprudente tiene como consecuencia que una persona se comporte de forma cuidadosa y razonable en con ciertos riesgos⁷³⁹.

b). El deber subjetivo de cuidado, consiste en la capacidad del causante para reconocer y respetar el deber de cuidado, atiendo sus características o peculiaridades, por las cuales se le puede exigir la evitación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico amenazante. Y consiste en palabras de JESCHECK «en la observación de las condiciones bajo las cuales tiene lugar una acción, en el cálculo del curso que va a seguir y de las eventuales modificaciones de las circunstancias que lo rodean, así como en la reflexión acerca de cómo puede desarrollarse y qué consecuencias se pueden derivar de un peligro advertido. Para el grado de atención que para ello se requiere son determinantes en especial, la proximidad del peligro y el valor del bien jurídico a que el mismo afecta»⁷⁴⁰.

De lo que se deduce que para la realización del juicio valorativo del deber subjetivo de cuidado, el juzgador, deberá atender las circunstancias personales del autor partiendo de; a) Los conocimientos, capacidades instrumentales y experiencias que el autor ha adquirido a lo largo de su vida o antes del hecho; y b) Los datos objetivos de la situación concreta que esa persona había llegado a conocer o que tenía a su disposición. Esto con la finalidad de que el juzgador no descontextualice –quitando o añadiendo circunstancias o datos– ya que la imputación pasaría a ser ficticia y transformaría la conducta en una completamente distinta a la efectivamente acaecida en la realidad⁷⁴¹.

⁷³⁹ Citado por FEIJÓO, en *Resultado lesivo e imprudencia...* p. 103.

⁷⁴⁰ Cfr. JESCHECK, *Op. cit.* p. § 55/797. En sentido similar Vid CORCOY VIDASOLO, *Op. cit.* pp. 45 y ss.

⁷⁴¹ Cfr. FIEJOÓ, *Resultado lesivo e imprudencia...* pp. 265–266.

A manera de conclusión, es tan importante el conocimiento de los factores del riesgo que entraña una conducta para el juicio de desvalor, que con base a ellos se puede inferir si el causante desconocía los riesgos y por ello se excluye el tipo; si éste es producto de la falta de atención de una adecuada valoración de esos riesgos (delito imprudente) o si por el contrario hubo intención de producir el daño (delitos dolosos). Tal como se desprende del siguiente supuesto reseñado por tanto de los delitos imprudentes como de los dolosos, lo cuales son perfecta y adecuadamente contados por CORCOY BIDASOLO:

«Caso de la madre que da de comer a su hijo un alimento que había sido previamente envenenado por su amigo que odiaba al niño:

1) No habría infracción de la norma de cuidado, ni por tanto injusto imprudente, si la madre no podía conocer que el alimento estaba envenenado por no tener ningún indicio que debiera hacerle sospechar el odio de su amigo hacia el niño, o de la posesión de veneno por éste, o de las manipulaciones efectuadas en la comida. Al faltar la posibilidad de conocer el factor riesgo de su conducta –el envenenamiento de la comida– falta ya el deber subjetivo y no cabrá calificar su conducta como realización típica imprudente.

2. Si por el contrario, la madre conocía alguno/s de los indicios que apuntábamos (odio del amigo, posesión del veneno, manipulación de la comida u otros), la valoración del hecho cambia. El caso así planteado exige un examen sobre la cognoscibilidad, es decir, sobre si, en base a esos datos, la madre debía haber previsto el riesgo creado por su conducta y, por tanto, ésta puede calificarse como realización típica imprudente.

3) Más aún, si la madre conoce todos los datos anteriores y, pese a todo, da de comer al niño el alimento, del que sospecha en base a dichos indicios, que está envenenado, lo que se plantea ya es la posibilidad de castigar esa conducta como realización típica dolosa»⁷⁴².

C. Un juicio de desvalor del resultado, referido a verificar 1 si ese riesgo se realizó en el resultado y 2 si este se encontraba en el ámbito de protección de la norma:

1. La realización del riesgo en el resultado. Este elemento como excluyente de la tipicidad como hemos visto puede ser infrecuente, pues generalmente cuando el resultado es causa inmediata de la conducta: la bala penetra en el corazón o en el cerebro causando una muerte instantánea, no

⁷⁴² *Op. cit.* p. 48.

existe problema alguno para imputar el resultado al autor del disparo. El problema se presenta, cuando a pesar de haber creado un riesgo no permitido, la consumación del resultado producido, no es obra del que creó el riesgo, sino, al haber intervenido otro tipo de riesgos (de la naturaleza, de un tercero o de la propia víctima), que pueden desviar o determinar el proceso causal originado por el primer coacusante.

Sobre el particular, CORCOY BIDASOLO, sostiene «Para la existencia de relación de riesgo no es suficiente con que se cree un riesgo no permitido, sino que además este riesgo no permitido tienen que realizar *efectivamente* la lesión al bien jurídico; ello no sucederá cuando el peligro específico del riesgo no permitido no sea efectivo, porque su posible eficacia sea sobrepasada o desplazada a través del efecto real de otro curso concurrente peligroso»⁷⁴³.

Sobre la realización del riesgo en el resultado, sirva de ejemplo el criterio sostenido en la siguiente ejecutoria:

«CULPA SIN REPRESENTACIÓN Y CAUSALIDAD. NO EXISTE RESPONSABILIDAD PENAL DEL QUEJOSO EN DELITOS CON MOTIVO DE TRÁNSITO DE VEHÍCULOS CUANDO EL RESULTADO SE PRODUCE POR LA ACCIÓN CULPOSA DE UN TERCERO. La culpa sin representación se conforma de una acción que se caracteriza por la violación a un deber de cuidado que el activo debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales; un resultado típico que no se previó siendo previsible y un nexo causal que vincula ambos extremos. Cabe precisar que la causalidad que se exige es de naturaleza normativa por derivar de una descripción legal, lo que implica que para tener por acreditada la responsabilidad penal, no basta equipararla a un mero proceso de causa y efecto, sino comprobar la estricta y necesaria relación entre la violación del deber objetivo de cuidado que impone la ley y el resultado típico que se produjo. Consecuentemente, en delitos con motivo de tránsito de vehículos, es violatoria de garantías la sentencia que acredita la autoría material en la responsabilidad penal y condena al inculpaado por el delito de homicidio, cuando este resultado no es la consecuencia causal de su acción culposa que cesó y, por ende, consumó el delito de lesiones, cuando golpeó con el vehículo que conducía en una pierna al ofendido y lo esquivó, para, en forma autónoma, con motivo de diversa conducta culposa de un tercero a quien también se le atribuye autoría material, que conducía diverso vehículo automotor, ocasionó la muerte por atropellamiento»

Obsérvese como el supuesto de hecho el primer coacusante lesiona virtud de un atropellamiento a la víctima causándoles lesiones, empero, más

⁷⁴³ COCOY BIDASOLO, *Op. cit.* pp. 56–57

adelante una tercera persona (segundo cocausante) es el que finalmente determina el resultado muerte. Resolviendo, que no es jurídicamente dable imputar al primer cocausante el resultado de muerte, sino el de lesiones y al segundo el de homicidio.

2. Por último, que ese resultado se encuentre dentro del ámbito de protección de la norma. Al esbozar la teoría de la imputación objetiva estructurada por ROXIN, abordamos el tema de la pertenencia de la norma⁷⁴⁴ como una forma de exclusión del tipo penal. Recordemos que fue GIMBERNAT, quién en la doctrina española en 1962, la función del fin de protección de la norma como «Los deberes de diligencia cuya infracción es lo que hace que una acción sea imprudente, persigue impedir resultados, Si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que quería evitar por el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad»⁷⁴⁵.

Por ejemplo; Pepe quien por su trabajo de mecánico desde niño ha conducido autos –sin contar para ello con la respectiva licencia de manejar–, y por ello en caso de que se presentará una colisión no se le puede fincar responsabilidad a título culposo por el simple hecho de no haber observado una norma de cuidado prevista en el Reglamento de Tránsito, como lo es la obligación de contar con la licencia para poder conducir, pues su ausencia no es señal inequívoca de que Pepe no tenga pericia en el manejo de autos, pues en este caso el tipo exige impericia no un trámite administrativo. En este sentido se ha pronunciado la SCJ, en la siguiente ejecutoria:

«**VEHICULOS. IMPRUDENCIA.** Aunque la falta de licencia para manejar constituye en principio una presunción desfavorable al reo, por colocar su actividad inicial en contravención a lo dispuesto en el Reglamento de Tránsito del Estado, no resulta suficiente, sin embargo, para deducir que el resultado de privación de la vida del menor ofendido le sea imputable a título de imprudencia o culpa»⁷⁴⁶

De esta forma, el juicio *ex post* que se realice sobre la existencia de la creación del riesgo no permitido y su relación con el resultado, según CORCOY BIDASOLO «sólo se podrá verificar por medio del criterio del fin de la norma;

⁷⁴⁴ Vid., *supra* 2.2.8. pp. 96 y ss.

⁷⁴⁵ Citado por CORCOY BIDASOLO, *Op., cit.* 60.

⁷⁴⁶ No. Registro: 261,722, Ius 2004.

ambos criterios no sólo son contrapuestos, sino que, por el contrario, son complementarios y como tales han de ser aplicados, de forma coetánea o sucesiva, para la imputación del resultado a la conducta que infringe la norma de cuidado»⁷⁴⁷.

De lo que se sigue, que la norma infringida, cuya protección es la pauta para determinar que un resultado que a pesar de haberse producido por el incremento de un riesgo no permitido, no es imputable a su autor; no es la norma penal, sino que es inconcuso que se tratan de las normas de cuidado, en las cuales se puede encontrar los fines y objetos para lo que fueron creadas y por ende, lo que con ellas se pretende proteger. (así las normas jurídicas, técnicas, *lex artis*, etc⁷⁴⁸.), tal como se infiere de la siguiente ejecutoria:

CULPA Y DOLO, VIOLACION DE NORMA PRINCIPAL Y DE OTROS DEBERES. En tanto que el delito doloso importa siempre la violación de la norma principal, el delito culposo, en cambio, implica la violación de otros deberes distintos que están antes de la norma principal, deberes por los cuales se regulan otras acciones en virtud del peligro que ellas entrañan genéricamente para el bien tutelado; tales deberes constituyen reglas técnicas y de prudencia contenidas generalmente en los reglamentos de policía y en otros ordenamientos que rigen la vida en común. Como en materia de transportes, el riesgo que engendra el manejo de camiones es conocido, tolerado y aceptado por el Estado, no puede atribuirse responsabilidad culposa sino cuando se han transgredido esos deberes y abandonado las precauciones normalmente tomadas en relación con esta actividad, pues el reconocimiento del delito culposo se funda en la consideración de que todo hombre tiene el deber de obrar con la adecuada diligencia o cuidado, para que de su conducta no se originen consecuencias dañosas para los demás⁷⁴⁹.

Una teoría que no surte efectos en la *praxis* no es teoría, a fin de demostrar esta aseveración, a continuación veremos como se puede aplicar en la práctica judicial los anteriores criterios de imputación objetiva. Para lo cual tomaremos de ejemplo la última resolución comentada y tendremos:

⁷⁴⁷ *Op. cit.* p. 58. Postura que no es compartida por Feijóo, que este autor, afirma, que «Los principios del “incremento del riesgo” y del “ámbito de protección de la norma” son incompatibles, ya que parten de premisas opuestas. Aquí reside en nuestra opinión, una de las cuestiones centrales de la moderna teoría del tipo imprudente de resultado: o se admite la idea de que se puede delimitar ex post los riesgos permitidos de lo no permitidos, o no se admite; pero no caben caminos intermedios, como aceptados los dos principios». FIEJOÓ, en *Resultado lesivo e imprudencia...*p. 188.

⁷⁴⁸ *Vid., supra* 3.2.2 pp. 130 y ss.

⁷⁴⁹ Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca. Volumen XLIV, Segunda Parte. Pág. 55.

1) La conducta de X al circular en sentido contrario, creo un riesgo no permitido por el Reglamento de tránsito.

a) Para lo cual X, estaba consciente de que estaba violando una norma de cuidado que tiene entre sus fines la de evitar colisiones, al estar visible el señalamiento de un solo sentido de la calle. (deber objetivo de cuidado):

b) Además que tuvo la capacidad de conocer objetivamente y dada su experiencia que estaba violando la norma al reconocer que conducía en sentido contrario al señalamiento. (deber subjetivo de cuidado)

2). El riesgo creado por el autor se realizó en el resultado (daño en las cosas)

3). Finalmente, el riesgo creado por el autor es uno de aquellos que la norma de cuidado (Reglamento) prohíbe, justamente para evitar ese tipo de resultantes.

4.2.5 Toma de postura

El delito imprudente acorde a la actual redacción del párrafo tercero el artículo 7º, al exigir la previsibilidad y evitabilidad como elemento fundatorios para imputar el resultado a título de culpa. Soslaya por un lado el juicio sobre la valoración de la norma, no obstante, que este tipo de delitos son por excelencia normativos, y por el otro, la capacidad que tuvo el sujeto para evitar el resultado.

De tal forma que al soslayar ambos juicios axiológicos, se deja al juzgador un amplio margen para resolver con base a criterios meramente subjetivos como lo son: A “cuando habiéndose previsto el resultado, se confió en que no se produciría (culpa conciente); cuando no se previó siendo previsible (culpa inconsciente)”. Confirma la posición aquí defendida, el hecho de que no se establecen al menos los parámetros sobre los cuales el juez pueda determinar: 1 a partir de cuándo tuvo la oportunidad el causante de

prever el resultado y cómo; 2 a partir de qué momento tuvo la oportunidad de advertir el resultado y sobre lo anterior se confió el causante; y 3 cuál serán los lineamientos para valorar la capacidad de evitar el hecho. B, atendiendo los elementos adicionales de impericia o ineptitud, vale cuestionar, también, cuándo, cómo se demuestra que el causante demostró impericia o negligencia con su conducta, máximo que incluso como vimos en líneas precedentes la dificultad que entraña el distinguir con precisión la impericia de la ineptitud.

Por tanto, si los delitos imprudentes son esencialmente de carácter normativo, luego, únicamente puede imputarse objetivamente al autor cuando el causante ha infringido una norma de cuidado, como consecuencia de la inobservancia de un deber objetivo de cuidado, por tanto, obra imprudentemente quién conforme a su capacidad y conocimientos de un hombre medio, crea un riesgo no permitido por la norma respectiva y ese riesgo se realiza en el resultado el cual estaba amparado por el fin de protección de esa norma o que conforme a la experiencia ese riesgo es adecuado para producir un resultado lesivo.

En resumen, los delitos culposos, se podría sintetizar de la siguiente manera: El delito culposo se actualiza cuando se produce un resultado típico como consecuencia de una infracción a la norma o al deber objetivo de cuidado, que se realiza en el resultante y cual no esta protegido por el ámbito de la norma, habiendo tenidos los conocimientos –objetivos y subjetivos– y la capacidad para evitarlo.

El deber de cuidado, conforme la postura aquí asumida, es explicado como: de la evitación de aquellas acciones que por sus características y estadísticas es muy probable que se produzcan resultados lesivos, y que, no obstante de que el causante tuvo con oportunidad de prevenirlos objetiva y subjetivamente no lo hizo.

Lo anterior, como consecuencia, de que no todas las fuentes que producen riesgos están perfectamente reguladas, sino que, existen otros tipos de riesgos que a pesar de no estar regulados, conforme la experiencia del

hombre y las estadísticas se ha demostrado la tendencia a presentarse estos fenómenos cuando no se toman las medidas precautorias para su evitación, por ejemplo; no se debe limpiar un arma cuando se tenga una persona enfrente, o bien, no se deben dejar objetos que por si mismos son peligrosos en donde hay niños o personas con minusvalidos mentalmente.

De esta manera, la hipótesis del deber de cuidado, abarca no sólo la inobservancia de la norma, sino de cualquier tipo de cuidado que aún sin estar reglamentado o regulado pueda poner en riesgo un bien jurídico, para lo cual el juzgador al realizar los juicios de desvalor de la conducta y del resultado, tendrá irremediamente que aplicar los criterios de imputación objetiva del resultado, esto es: constatar la creación de un riesgo no permitido infringiendo con ello una norma de cuidado (cuya función es la de evitar precisamente la creación de ese tipo de riesgos) mediante los parámetros de deber objetivo y subjetivo de cuidado; constatar la realización de ese riesgo en el resultado y, finalmente, que no se encuentra por el fin de la protección de la norma.

Por último, el legislador debe delimitar los delitos que se pueden cometer dolosamente de los que se pueden realizar culposamente, mediante el sistema de *numerus clausus*, esto en razón de que el actual sistema de *numeros apertus* (incriminación abierta) es contrario al *principio de taxatividad*, violando con ello la garantía de seguridad jurídica y fragmentación del Derecho penal. En efecto, mientras que en el sistema de *numerus apertus* lo importante es el resultado (incluso si el mismo es producto del azar), en el de *numerus clausus* lo relevante es la conducta imprudente del agente. De igual forma, en el *apertus* el delito imprudente y el doloso el hecho es el mismo. En cambio en el *clausus* se reduce sustancialmente los tipos imprudentes⁷⁵⁰, especificando expresamente los delitos que deberán ser sancionados a título culposo y así evitar que las sanciones sean desproporcionadas⁷⁵¹.

⁷⁵⁰ Vid., con mayor detalle y precisión a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Valoración político-criminal del sistema *numerus clausus*, para la punibilidad de los delitos culposos, en *Comentarios en torno al nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, pp. 207 y ss.

⁷⁵¹ Así por ejemplo en los artículos 60 del Cpf, 9, 76 y 77 del Cpdf la sanción de los delitos culposos es bajo la modalidad de *numerus clausus*, En cambio en el Cpmich., En sus artículos 56, 57 y 59 establece ciertos criterios para fijar las sanciones a los delitos culposos pero únicamente a los relacionados con el

4.3 Cuarta regla (un resultado)

Dos son los requisitos que el artículo 10 del Cpmich., exige para sancionar penalmente un resultado: uno que ese resultante sea considerado como delito por la Ley; y el otro, que sea *consecuencia* de una acción u omisión del causante. De lo que se deduce que no cualquier resultado puede ser penalmente sancionado, sólo aquellos que lesionan o ponen en peligro a un bien jurídico penalmente tutelado⁷⁵².

Ahora bien, como vimos al desglosar los conceptos de la construcción dogmática de la imputación objetiva del resultado⁷⁵³ por resultado dadas sus prolíficos significados semánticos se entiende entre otros como: alcanzar, obtener, tocar. Cosa que resulta de otra. O también puede traducirse en amplio sentido como todo cambio en el mundo físico, derivado de una acción anterior.

Sobre la acepción de «resultado» como la modificación del mundo exterior, en el marco del Derecho penal, puede ser aplicable en dos sentidos; uno referido al resultado formal integrado por los delitos de mera actividad; otro al resultado material, previstos en los delitos llamados justamente de “resultado”. Los delitos de mera actividad son aquellos en los que el tipo requiere como único “resultado” una determinada conducta activa o pasiva, que al ser subsumida por el tipo este se realiza sin necesidad de un posterior resultante material o distinto a la conducta, *V. gr.* el delito de robo, basta el simple apoderamiento de la cosa mueble ajena con la intención de sustraerlo para que se perfeccione el tipo⁷⁵⁴ independientemente de que el bien mueble salga o no del patrimonio de su dueño.

tráfico de vehículos de motor terrestre, lo cual deja, que el juzgador aplique discrecionalmente las sanciones cuando se trate de otro tipo de delitos imprudentes, por ejemplo el disparo de arma de fuego.

⁷⁵² Por su parte los Cpf y Cpdf son expresamente de esta regla, pero la misma se puede deducir de sus artículos 9º y 18 respectivamente.

⁷⁵³ *Vid., supra* 2.1 pp. 40 y ss.

⁷⁵⁴ GIMBERNAT, señala que erróneamente se creó que son llamados de mera actividad por no producir ningún resultado, lo cual es incorrecto, ya que, si bien es cierto, el tipo se agota en el mismo instante de su comisión, es decir, su resultado se produce simultáneamente con la actividad, pero dicha actividad también produce un cambio en el mundo exterior, supongamos en el delito de violación en el pasivo hubo un cambio exterior (en su aspecto físico y psíquico) por tanto hubo un resultado, en *Estudios sobre el delito de...* p. 309, sin embargo, el resultado es atendiendo los requerimientos o exigencias del tipo, no a las consecuencias materiales que de hecho sufre la víctima de la violación.

Así por ejemplo; en la Contradicción de tesis 97/2002–PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Octavo, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 7 de mayo de 2003. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Jaime Salomón Hariz Piña. Véase Novena Época, Primera Sala. No. Registro: 183,703, que a la letra dispone:

“ROBO COMETIDO EN TIENDA DE AUTOSERVICIO. PARA TENERLO POR CONSUMADO BASTA CON LA JUSTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA DE APODERAMIENTO. El delito de robo es considerado por la jurisprudencia y la doctrina como de consumación instantánea, pues se configura en el momento en que el sujeto lleva a cabo la acción de apoderamiento, con independencia de que obtenga o no el dominio final de la cosa, de conformidad con el artículo 369 del Código Penal para el Distrito Federal que establece que, para la aplicación de la sanción, se tendrá por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aun cuando después la abandone o lo desapoderen de ella; estimar lo contrario, es decir, subordinar la consumación del robo a que el agente tenga ocasión de usar, gozar o vender la cosa, es condicionar el perfeccionamiento del delito, o pretender hacerlo, a una posibilidad futura innecesaria para su integración. En consecuencia, es suficiente para tener por consumado el delito de robo cometido en tienda de autoservicio, la justificación de la conducta típica de apoderamiento al traspasar el área de cajas del establecimiento relativo, pues el hecho de que el imputado no salga del almacén comercial de donde tomó los objetos motivo del apoderamiento, o de que sea desapoderado de ellos por personal de la empresa en la puerta de salida, no es obstáculo para la justificación del ilícito; lo que, en su caso, puede repercutir en el juicio del juzgador, sólo respecto de la obligación de reparar el daño proveniente del delito, mas de modo alguno es apta para justificar una declaratoria de existencia de un delito tentado”. Como se puede observar, en este caso no hace falta que el bien sea extraído de la espera del patrimonio de su dueño, basta simplemente de que el activo traspase el área de cajas para que se tenga por consumado el delito

En cambio, los delitos de resultado material el tipo exige para su perfeccionamiento, como requisito *sine que non* la producción de un resultado separado, resultado, que generalmente puede manifestarse inmediatamente de la acción u omisión (comisión por omisión) o posterior a ella⁷⁵⁵ como por ejemplo; el delito de homicidio. En este delito el tipo exige que fallezca la víctima para reprocharlo a su autor como homicidio, de tal manera, que si no fallece, nunca podrá ser sancionado como tal⁷⁵⁶. Todo lo cual, en una primera aproximación se podría decir que la imputación objetiva tiene únicamente

⁷⁵⁵ Por todos Vid. LUZÓN PEÑA, *Op. cit.*, pp. 306–307.

⁷⁵⁶ Siempre que tenga el deber de evitar el resultado (calidad de garante).

aplicación en problemas relacionado con los delitos de resultado⁷⁵⁷, sin embargo, a últimas fechas algunos autores comienzan a considerar seriamente la posibilidad de que se abarque también a los delitos de mera actividad⁷⁵⁸.

Sin embargo, el Derecho penal también sanciona las formas imperfectas de ejecución, esto es, cuando el agente tiene como finalidad específica la consecución de un resultado ilícito, pero, por algún motivo –ajeno a su voluntad– no fue posible ejecutarlo o consumarlo –tentativa acabada o inacabada–, o simplemente a pesar de haber ejecutado todas las etapas preliminares para su consecución, en un momento inmediato a la misma el agente se desiste de su cometido.

En consecuencia ya no se hablaría propiamente de un resultado sino de una tentativa – la que por su complejidad no es factible este punto analizarla o esquematizar detalladamente–, así el artículo del Cpmich., dispone:

Artículo 11. La tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si la ejecución se interrumpe o el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 54, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito⁷⁵⁹.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste

⁷⁵⁷ ROXIN sostiene que la teoría de la imputación objetiva está dirigida a los delitos de resultado, en los cuales el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separando en el tiempo y en el espacio de la acción del autor, por ello no es dable incluir los tipos de mera actividad, toda vez que en éstos el tipo objetivo se agota en los elementos del tipo respectivo (falso testimonio por ejemplo). En cambio en los delitos de resultado material hay que decidir conforme a las reglas generales si la lección del objeto de la acción (matar, lesionar, etc.), se le puede imputar como obra suya al inculpado y si no es así no habrá matado, lesionado, etc., en *Derecho penal*,, §11/1 p. 325.

⁷⁵⁸ En esta dirección MIR PUIG, considera que no hay motivo para no extender la exigencia de la imputación objetiva en los delitos de mera actividad. Tomando en cuenta, que en éstos casos el tipo exige un resultado lesivo, puesto a pesar de que es cierto que los delitos de mera conducta se caracterizan porque se agota en el mismo acto en que se realiza la acción sin esperar resultado alguno, también es cierto que, es esa conducta típica la que se manifiesta como resultado para que se realice el tipo. En este sentido, la conducta tendrá que ser analizada *ex post*, como el resultado separado en los delitos de resultado, así por ejemplo; en el caso del delito de violación de domicilio con sólo verificar *ex post* la entrada al domicilio de un sujeto sin el permiso de la persona autorizada indiscutiblemente que existiría una acción–resultado típico, sin embargo, formulando un juicio de desvalor de la conducta *ex ante*, podría suceder que la persona entró con el permiso de quién pensó era el autorizado para concedérselo. en *Significado y alcance de la...*p. 16.

⁷⁵⁹ Por su parte los Cpf y Cpdf, a la tentativa punible y desistimiento se encuentran comprendidas en los artículos 12 del primero; 20 y 21 del segundo.

se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

De la anterior reacción, se desprende la sanción al agente como principio de ejecución exterior del delito⁷⁶⁰, esto es, con independencia de que si lo ejecuta o no⁷⁶¹. En la tentativa se puede manifestar de tres formas, acabada, inacabada y mediante el desistimiento; en la primera el autor realizó todos los actos ejecutivos para la comisión del hecho delictivo y, sin embargo, el resultado no se concreto; por ejemplo; el que con la intención de matar a otro le dispara quemarropa y gracias a la intervención de los médicos no fallece. En tanto, que en la segunda: el agente sólo realiza parte de los actos tendientes a impedir el resultado, pero por causas ajenas a su voluntad son interrumpidos; pensemos en el ladrón que entra a una casa a robar, al momento de que toma el dinero es atrapado; dentro de la estructura de la tentativa; finalmente en el desistimiento a diferencia de los dos supuestos anteriores, en este, la resolución de producir el resultado es interrumpido voluntariamente, de ahí, el por qué es menor la sanción.

Por último, la codificación penal prevé sanciones a ciertas conductas que de manera específica no ponen en riesgo ningún bien jurídico, pero que sin embargo, a diferencia de las especies de tentativa arriba expuesta, son considerados como delitos tentados, así tenemos por ejemplo; el delito de conspiración previsto por el artículo 117 de Cpmich.

«Artículo.117. Hay conspiración siempre que dos o más personas resuelvan de concierto, cometer algunos de los delitos de que se trata en lo capítulos anteriores, acordando los medios de llevar a efecto su determinación (...)»⁷⁶².

Delito que por su estructura, bien puede ser ubicado, en los llamados “delitos formales o de mera actividad”.

⁷⁶⁰ Situación que se contradice por lo dispuesto en la fracción I, del artículo 17 del Cpmich., en el que se dice: «Artículo 17.– Son responsables de la comisión de un delito: I. Los que intervienen en el acuerdo, preparación o ejecución del mismo», es decir, en este supuesto se sanciona el simple acuerdo aún cuando el mismo no se hubiese exteriorizado.

⁷⁶¹ *Vid.*, ampliamente a JESCHECK, p. §49/703 y ss.

⁷⁶² Se refiere a los Delitos contra la Seguridad del Estado. El delito de conspiración se encuentra tipificado idénticamente por el artículo 141 del Cpf., pero, ya no es considerado por el Cpdf.

4.3.1 Toma de postura.

Para la teoría de la imputación objetiva, el resultado típico producido por una acción o no evitado cuando se tiene el deber de hacerlo (comisión por omisión) dolosa/culposa, no es suficiente para imputar el mismo, sino que se requiere un “plus” sobre el desvalor de la acción (riesgo no permitido, penalmente relevante) y del resultado (realización del riesgo en el resultado y la protección del ámbito de la norma) para que el juez en el caso concreto, pueda decidir sobre la imputación o no de un resultado.

De esta manera, ha dicho ROXIN: «si el desvalor del resultado en un delito de lesión se efectúa, el será sancionado por el mismo, si de lo contrario, no se realiza el desvalor del resultado de un delito de lesión y en cambio ocurre el desvalor de la acción, se da una tentativa. Si por el contrario ocurre el desvalor del resultado de un delito de lesión, pero no se puede constatar un desvalor de la acción, faltará el injusto y se producirá la impunidad... Según la concepción actual, la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado»⁷⁶³.

4.3.2 Quinta regla (nexo de causalidad).

Al analizar la regla genérica prevista en el citado artículo 10, vimos como presupuesto de la imputación, que el resultado sea «consecuencia» de una acción u omisión. Esta «consecuencia», ha sido interpretada doctrinal y judicialmente como el nexo causal que debe existir entre la acción y el resultado, sin duda alguna, basado en el principio de la relación de causalidad⁷⁶⁴ ponderado por la teoría de la equivalencia de las condiciones⁷⁶⁵,

⁷⁶³ Vid. de manera muy detallada ROXIN, en *Derecho parte...* §10/18 pp. 319 y ss.

⁷⁶⁴ Según la «antigua dogmática partía de la base de que con la causalidad de la conducta del autor respecto del resultado se cumple el tipo objetivo» ROXIN, *Derecho penal* § 11/36 p. 362.

⁷⁶⁵ De ahí, que JIMÉNEZ de ASÚA, ya desde 1946 hubiese ponderado que la codificación mexicana se adapta a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Citado por PORTE PETIT, *Op. cit.*, p. 282, en el mismo sentido PAVÓN VASCONCELOS/VARGAS LÓPEZ, «La interpretación del precepto pudiera igualmente a reconocer en él la aceptación de la teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*), limitada por el correctivo de la culpabilidad». PAVÓN VASCONCELOS Francisco y VARGAS LÓPEZ, Gilberto, *Código penal de Michoacán comentado*, p. 48. En cuando a los Cpf y Cpdf, en su parte general no contienen ninguna regla específica al nexo de causalidad, sino que ésta se infiere o deduce de la parte especial en particular en los delitos de homicidio por lesiones, *Vid., infra* 4.6.1 pp. 298 y ss.

concretamente en el aforismo latino de que la causa de la causa, es causa de lo causado (*causa causa est causa causati*) así se desprende del criterio sostenido por la Primera Sala de la SCJ, emitido en 1959 y que a la letra dice:

«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 qué 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»⁷⁶⁶

Observemos, como en la anterior ejecutoria es palmaria la eliminación hipotética *in mente* del resultado, valorando únicamente al aspecto objetivo de la relación de causalidad— excluyendo los correctivos a los alcances naturalísticos que posteriormente se fueron estructurando—, pero además, se mantiene todavía los aspectos subjetivos (dolo—culpa) en la culpabilidad. En el mismo sentido es prácticamente interpretado el nexo de causalidad por la SCJ en 1995, pero, en el ámbito de los delitos de omisión propia (¿?) e impropia;

«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* o 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

⁷⁶⁶ Consultable en la Octava Época. No. Registro: 262,463 Ius 2004.

se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sentenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad»⁷⁶⁷.

De esta ejecutoria, constatamos con toda claridad que la SCJ no sólo mantiene como criterio vigente puesto en marcha en Alemania 1910, (a casi un siglo) por la teoría de equivalencia de las condiciones, como único elemento fundatorio de la imputación del resultado. Pero además, basado en la *conditio sine qua non* incurre en el error de considerar a los delitos de omisión propia como adecuados para producir resultados, lo que ha estas alturas es inconcebible, pues esos resultados, sólo pueden producirse en los delitos de comisión por omisión; por la no evitación del mismos, cuando se tiene el deber de hacerlo y no por la omisión propia, la que por definición observa el principio: de la nada, nada sale (*ex nihilo nihil fit*)⁷⁶⁸.

Es decir, conforme al texto de las anteriores ejecutorias, para imputar el resultado, sólo basta constatar que la acción del autor –objetivamente– aparece vinculada o unida a ese resultado mediante un *nexo causal* – causalidad fáctica–, sin entrar en consideración de cualquier otro aspecto que hubiese presentado con posterioridad y que halla influido en el resultado, o bien, si el mismo es producto de una acción socialmente adecuada, pues acorde con sus argumentos:

«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»

Sin duda alguna, la permanencia de la teoría de la equivalencia en el ámbito nacional, se debe a la idea imperante de que “el nexo causal no puede ser estudiado desde un punto de vista jurídico”, de que la controversia sobre si existe o no relación de causalidad, no puede ser resuelta mediante criterios

⁷⁶⁷ Registro No. 262,463 Ius 2004.

⁷⁶⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Op., cit.*, p. 259.

normativos sino científicos–naturales⁷⁶⁹ –así en la primera tesis transcrita se argumenta:«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», idea que es en principio correcta, pero siempre y cuando, se limite a la constatación de relación de causalidad únicamente⁷⁷⁰, pues «Los criterios naturalísticos son necesarios para determinar sus primigenios elementos, pero son muchas veces insuficientes para ofrecernos el concepto unitario y total de la conducta típica»⁷⁷¹.

Retomando el hilo de la regla que se comenta, podemos comprobar que el sentido teleológico de la expresión «consecuencia» a que se refiere el primer párrafo del artículo 10 del Cpmich., se puede interpretar, como: la acción puesta por una persona, que a pesar de ser en principio típica, el resultado no es *consecuencia* de esa acción, por tanto, no es dable imputárselo penalmente. Lo cual, es corroborado con una interpretación sistemáticamente entre el contenido del primer párrafo con el sentido del tercero, el que establece como excluyente del tipo, determinadas circunstancias (concausas) ajenas a la lesión inicial y que en todo caso pudieron desviar el curso causal y determinar el resultado. Con lo cual –en mi opinión–, se desliga del nexo de causalidad como elemento único fundamentador de la imputación. Pues tal consideración resulta insuficiente porque en muchos casos a la acción del agente se le unen o concurren otros riesgos, que siendo ajenos a la voluntad de causante primario, colaboran o determinan por si mismas el resultado lesivo.

Estos riesgos o circunstancias adicionales extraños al autor inicial son las llamadas concausas. Concausas que al encontrarse reguladas por el párrafo tercero, significa que para el Cpmich., no todas las condiciones tiene el

⁷⁶⁹ Se le llama *natural*, porque pretende aplicar las leyes de las ciencias naturales al derecho penal y considerar la realización del tipo como una mera consecuencia científico–natural del acontecer causal previo. MAURACH/GÖSSEL/ZIPFF, *Op. cit.*, § 16II/33 p. 253. Recordemos que la relación causal tuvo su mayor esplendor con la Escuela Positivista, la que acepta el principio de causalidad (causa–efecto) proveniente de las leyes físicas y naturales, como dogma de fe.

⁷⁷⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, en «Principales reglas de imputación del resultado en el Código Penal del Estado de Michoacán y en el Código Penal Federal, y un acercamiento a la imputación objetiva» p. 70.

⁷⁷¹ JIMÉNEZ HUERTA, *Op. cit.*, p. 113.

mismo valor causal equivalente (base de la teoría de la equivalencia de las condiciones), y, por tanto, la imputación no puede fundarse exclusivamente en el simple nexo de causalidad.

Por consiguiente, adicionalmente a la constatación empírica del nexo de causalidad, el operado jurídico, con la finalidad de demostrar que el resultado fue consecuencia de la acción emprendida por el autor inicial, deberá efectuar otro tipo de juicios axiológicos normativos (el Derecho es en sí un valor) es decir, «según la teoría de la imputación objetiva es imprescindible la relación de causalidad, pero ésta no puede decidir por sí misma la cuestión de la imputación del resultado a la lesión, pues la imputación es un juicio eminentemente normativo a decidir, lógicamente mediante criterios normativos, como lo es el criterio de la realización del riesgo en el resultado»⁷⁷². Dicho de otro modo: la acción o riesgo creado no pueden ni remotamente considerarse en su dimensión fáctica como condición (conforme a la ley causal) de la producción del resultado (que puede realizarse por la intervención de sucesos naturales, terceros o de la propia víctima). De tal forma, que ese resultado, no sirve como fundamentados para poner de manifiesto el carácter desvalioso de la acción.

4.3.3 Toma de postura.

Sobre las anteriores consideraciones, el nexo causal es un simple indicio nunca suficiente para imputar el resultado, para lo cual debe acudir a un juicio normativo con criterios estándares que establezcan una relación de atribución del resultado al autor de una conducta, que en principio coincide con la recogida en un tipo penal doloso o imprudente, de acción u omisión.

Efectivamente, no hay que perder de vista que, la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado, no pretende sustituir el nexo de causalidad, ni a solucionar los problemas de la teoría de la equivalencia de las condiciones,

⁷⁷² MARTÍNEZ ESCAMILLA, en «Principales reglas de imputación... p. 70, La determinación del concepto de la conducta típica no puede siempre fijarse sólo en el auxilio de criterios naturalísticos, esto es, con la vista puesta únicamente en la estricta y externa realidad natural. JIMÉNEZ HUERTA, *Op. cit.*, p. 113.

sino simplemente tratar limitar los alcances causales de la misma respondiendo con ello a las exigencias de un sistema teleológico funcional y de un Estado democrático de Derecho. Es decir, si el Derecho penal tiene como misión la prevención y evicción de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos, es obvio, que las normas, deben ser normas de motivación–valorativa para sus destinatarios y con base a esto imputar al actor de una acción un resultado como suyo y no como obra de otro.

4.4 Sexta regla (para los delitos de comisión por omisión).

El párrafo segundo del artículo 10 prevé la sexta regla en el sentido de que sólo se podrá imputar el resultado por:

«No impedir el resultado cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, genera responsabilidad al agente»⁷⁷³.

Conforme al requisito previsto por el anterior párrafo, como lo es la “obligación jurídica”, tendremos que precisar ¿qué se entiende por «obligación jurídica»? o deber jurídico⁷⁷⁴. Por obligación, se percibe a la acción de obligar; del latín *obligare*, cuyo significado entre otros es; hacer que alguien realice cierta cosa o actividad usando para ello la fuerza o la autoridad o haciendo en cualquier forma que no tenga otro remedio que hacerla⁷⁷⁵. Por su parte la expresión jurídica en su connotación tradicional se aplica a los actos y hechos que se derivan derechos y obligaciones legales, realizados con arreglo a las

⁷⁷³ En el mismo sentido los Códigos de Chihuahua (artículo 7º), Colima (artículo 9º), Veracruz (artículo 19), Nuevo León (artículo 13), entre otros. Lo cual no sucede –a manera de derecho comparado–, en los Códigos penales de Alemania, expresamente en sus artículos 13 establece: § 13. 1. Quien omita evitar la consumación de un tipo penal será penado, según este Código, sólo si jurídicamente tiene que responder de que no se produzca la consumación, y cuando la omisión corresponda a la realización del tipo penal a través de un hacer. Y el español el 12 se desprende «Artículo 12. Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado, sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el contenido del texto de la Ley, a su causación».

⁷⁷⁴ Así por ejemplo; el Código penal de Coahuila establece « ARTÍCULO 36. FUNDAMENTOS DEL DEBER JURÍDICO. No se admitirá la omisión en tipos penales de simple conducta o resultado que refieran sólo acciones, o en los que la omisión se deduzca con forzamiento...En las figuras típicas de simple conducta que contemplen una omisión, el deber de actuar se fundará en la orden de hacer implícita en ellas y en la posibilidad objetiva del sujeto en el caso concreto, de realizar la acción debida...Para los efectos del artículo 34 y respecto de cualquier forma de intervención que admita la omisión, el deber de actuar en el caso concreto sólo se fundará en ley, reglamento, resolución administrativa o judicial; contrato o convenio; hacer precedente que determinó el riesgo; o en principios de comunidad de vida o convivencia social. En éste ultimo caso, la omisión sólo será penalmente relevante si el resultado es inminente y seguro, el sujeto lo advierte y puede evitarlo sin riesgo para él u otros».

⁷⁷⁵ MOLINER, *Op., cit.*, segundo tomo p.477.

normas vigentes⁷⁷⁶. Las anteriores connotaciones son en términos casi similares deducidos de la siguiente ejecutoria

DEBER JURÍDICO. RESPONSABILIDAD DE QUIEN, TENIÉNDOLO, NO IMPIDE EL HECHO CRIMINOSO, HABIENDO PODIDO HACERLO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). El artículo 23 del Código de Defensa Social de esa entidad federativa dispone que cuando se sancione el hecho en razón del resultado producido, responderá también de él quien, teniendo el deber jurídico de evitarlo, no lo impidió habiendo podido hacerlo. Ahora bien, el "deber" se manifiesta en el contenido de un mandato, como es el caso de cumplir una promesa, o de una prohibición, por ello, "deber" denota una restricción impuesta a alguien, y el "deber jurídico" es el comportamiento requerido por el derecho, de donde se sigue que todo aquello que es jurídicamente obligatorio constituye un deber jurídico. Sin embargo, no todo "deber" tiene la connotación jurídica, pues ésta se encuentra estrechamente relacionada con el hecho ilícito y con la sanción, y aun cuando es cierto que basta que una norma determine un hecho ilícito (por ejemplo; realizar la cópula a través de la violencia física o moral), para establecer *ipso facto* el deber jurídico respectivo y saber qué es jurídicamente debido, ello no impone obligación para el que no tiene deber jurídico para evitarlo, pudiendo hacerlo. Por tanto, si alguien presencia, sin previo acuerdo, la comisión de un delito, pese a que tenga el "deber" moral de ayudar a la víctima, debiéndose entender "deber" como necesidad y no como obligación, de no hacerlo, omitiendo la ayuda a pesar de la súplica de la víctima, no puede ser sancionado como partícipe, en términos del dispositivo mencionado, si, verbigracia, no tenía la custodia de la ofendida con motivo de tener a su cargo el cuidado de su integridad física, derivado de la ley o de un contrato⁷⁷⁷.

Son dos las hipótesis que se desprenden de esta ejecutoria, la primera tiene que ver con "el deber jurídico" de las personas que se encuentran en posesión de garante de evitar el resultado, por virtud de un mandato; y, la segunda, con el "deber moral" de evitar un resultado, referidas aquellas personas que no son portadoras del rol de garante, y que, por ello, la no-evitación de ninguna forma implica un delito de omisión impropia. Lo cual, sirve de orientación para normar un criterio, respecto del "deber jurídico" que exige el párrafo segundo del artículo 10, cuyas reglas de imputación se analizan.

La omisión impropia, se le ha conceptualizado como aquella omisión que por no actuar quien que está obligado ha hacerlo, se produce un resultado típico material⁷⁷⁸. Ese tener que hacer, esa obligación de impedir, es para

⁷⁷⁶ MOLINER, *Op., cit.*, segundo tomo p.129.

⁷⁷⁷ Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo VII, Abril de 1998. Pág. 739.

⁷⁷⁸ En nuestro país, *Vid.*, entre otros a JIMÉNEZ HUERTA, *Op., cit.*, I Tomo, pp. 127 y ss. MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, pp. 455 y ss., PAVÓN VASCONCELOS, *Derecho penal...*

PAVÓN VASCONCELOS⁷⁷⁹ el *quid* de la comisión por omisión, pues «se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material» siendo sus elementos: a) *Voluntad* (no conciente en los delitos de olvido⁷⁸⁰) b) *Inactividad o no hacer* cuya relevancia jurídica se encuentra en la acción esperada; y c) *Un deber de obrar y un deber de abstenerse*.

El mismo autor señala algunas diferencias fundamentales entre la omisión simple y la comisión por omisión y consisten⁷⁸¹:

a) En la *omisión simple* se viola una norma preceptiva penal, en tanto que en los delitos de *comisión por omisión*, se viola una *norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva de naturaleza penal*;

b) En los delitos de omisión simple sólo se da un *resultado jurídico*⁷⁸²; en los de *comisión por omisión*, se produce un resultado tanto jurídico como material; y

pp. 214 y ss. CARRANCA Y TRUJILLO/ CARRANCA Y RIVAS, *Op. cit.*, pp. 279 y ss. PORTE PETIT, «1º Para saber si un delito de acción puede ser cometido por una omisión, dando lugar a un delito de resultado material por omisión, éste debe estar en naturaleza del precepto prohibitivo; 2º Los ordenamientos penales por excepción hace referencia a los delitos de comisión por omisión, por lo que para cerrarlos se tiene que remitir a otras fuentes de obligación de evitar el resultado». *Op. cit.*, pp. 245 y ss.

⁷⁷⁹ *Vid.*, PAVÓN VASCONCELOS, *Derecho penal...* 99. 216 y ss.

⁷⁸⁰ Así por ejemplo; cuando la cocinera se retira dejando escapar el gas de la estufa que olvida pagar, o quien se olvida de cerrar las puertas del corral y se escapa el ganado, etc.

⁷⁸¹ *Cfr.* PAVÓN VASCONCELOS, *Derecho penal...* p. 219 (cursivas en original); para mayor detalle *Vid.*, cuadro sinóptico comparativo que presenta REYES CALDERÓN, *Op. cit.*, p. 274.

⁷⁸² Son delitos de mera actividad, en los que se ordena categóricamente “solo un hacer” con independencia de si del mismo se sigue un resultado o no, esto en virtud, de que dada su propia naturaleza ésta consiste sólo en un *non facere quod debetur*, es decir, en el no cumplimiento por parte del obligado de una determinada acción que es de esperarse con base en el mandato que le impone una norma penal. Así por ejemplo; los delitos de desobediencia «Al que sin causa justificada rehusare prestar un servicio público a que la ley le obligue...» (artículos 146 Cpmich, artículo 178, del Cpf y 281 Cpdf) Al que sin causa justificada desobedeciere un mandato de la autoridad o se negare a comparecer ante la misma a rendir su declaración, cuando legalmente se le exija...» (artículos 147 Cpmich 178 párrafo segundo Cpf y 282 Cpdf)) responsabilidad de abogados. «Por abandonar la defensa de un cliente o negocio sin motivo justificado» (artículos 188 frac. II Cpmich, 232 fracción II Cpf y 319 fracción I Cpdf) «Los defensores de oficio que injustamente omitan ofrecer las penas conducentes a la defensa de las personas que los designen....» (artículos 189 del Cpmih.233 Cpf y 319 último párrafo Cpdf) entre otros.

c) En la omisión simple es la omisión la que integra el delito, mientras que en la *comisión por omisión*, es el resultado material lo que configura el tipo penal.

Las distinciones tanto, de los delitos comisivos con los omisivos y estos entre sí (omisión propia y comisión por omisión) se pueden graficar en el siguiente cuadro sinóptico

Principales diferencias entre los delitos de acción y omisión propia e impropia o comisión por omisión⁷⁸³

conducta	típica	Norma de:	Contenido	efecto	Finalidad	sujeto
Comisivos	Realizar la conducta	prohibición	No hacer	No alterar una situación existente	Protección de bienes jurídicos	Cualquier persona
Omisión Propia	No realizarla	Mandato	hacer	Imponer un obrar para lograr un cambio	Exigir deberes impuestos	Los sujetos que indique el tipo
Comisión por omisión	(no es descrita por el tipo)	Prohibición en lo básico y una obligación de actuar de segundo grado	Impedir un resultado		Hacer efectiva obligación de garantía, para la protección de bienes jurídicos	Sólo los que están en posesión de garantías

En este contexto, atendiendo la redacción del segundo párrafo del artículo que se analiza, vemos como estos tipos por su estructura, son de los denominados “tipos abiertos” o “necesitados de complementación”, pues a diferencia de los delitos de omisión propia cuya obligación o deber de hacer, se

⁷⁸³ Vid NOVOA MONREAL, *Op., cit.*, p. 215.

encuentran expresa y específicamente regulados por los correspondientes tipos, en los de comisión por omisión, deben ser estructurados por el Ministerio Público o juez, según el caso y deducirlos a partir de la interpretación que hagan estos del hecho en concreto, sobre la base de los reenvíos a los tipos de comisión, mediante la llamada cláusula de correspondencia⁷⁸⁴

Tales discordancias se pueden ejemplificar de la siguiente manera: la omisión (propia) de auxilio, está expresamente tipificada por el artículo 294 del Cpmich., en cambio en la omisión impropia existe una vinculación especial consistente en la posición de garante que obliga al omitente al cuidar el bien jurídico puesto en peligro –los padres deben de velar por la vida de sus hijos–.

Sin embargo, “el deber jurídico” como «cláusula de correspondencia» que prevé el párrafo que se comenta, es muy abierta, al no señalar o deducir, cómo o hacía dónde se tiene que remitir el operador jurídico para cerrarla, o cuál o cuáles son o deben ser los parámetros legales que permitan complementar el tipo.⁷⁸⁵ Este problema no es nuevo ni privativo de nuestro derecho vigente, sino que, por tratarse de un tipo abierto, doctrinalmente se han estructurado una serie de principios doctrinales que pueden servir de pautas para complementarlo o cerrarlo, todo ello con el objeto de que el delito no quede impune.

De esta forma, las fuentes del deber de actuar en el derecho positivo mexicano tradicionalmente se han fundamentado (*lege ferenda*) en: a) un *precepto jurídico*; b) en una *especial aceptación*; y c) en un *hacer precedente*⁷⁸⁶.

⁷⁸⁴ Cfr. BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Op. cit.*, p. 202.

⁷⁸⁵ Así por ejemplo; en el Código penal de Oaxaca Artículo en su artículo «7o. Quien omita evitar un resultado material descrito en un tipo de acción, será considerado autor del mismo, sólo si: de acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, era garante del bien jurídico y su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. Es garante del bien jurídico el que: a) acepto efectivamente su custodia; b) voluntariamente formaba parte de una concreta comunidad que afronta peligros de la naturaleza; c) con una culposa o fortuita actividad precedente generó el peligro para el bien jurídico; o d) se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, salud o integridad corporal de algún miembro de su familia» y con el mismo texto el de Tabasco artículo. 9º.

⁷⁸⁶ En especial *Vid.* JIMÉNEZ HUERTA, *Op. cit.*, pp. 134 y ss (cursivas en original). PORTE PETIT, *Op. cit.*, p. 246 y ss. PAVÓN VASCONCELOS, *Derecho penal...*pp. 217–218, MALO CAMACHO, *Op. cit.*, p. pp. 458 y ss. Observe que estos elementos corresponden a la teoría formal de las fuentes de obligación. Sobre las base de estos elementos, se encuentran estructurados los delitos de comisión por omisión en los Códigos del Estado de México: «Artículo 7o. Los delitos pueden ser realizados por acción y por

a) El precepto jurídico como fuente de obligación de hacer, se puede encontrar tanto; en la ley penal (artículos 296 del Cpmich abandono de atropellados) como en la normas extrapenales, por ejemplo; la obligación de dar alimentos a los hijos (artículo 261 Código Civil de Michoacán) o en la Ley de Servidores Públicos, etc.

Aplicando por analogía la legislación federal, tenemos la siguiente contradicción de tesis en donde la SCJ deduce la obligación o deber de actuar para evitar el resultado a su servidor público:

«SERVIDORES PÚBLICOS. LOS MANUALES DE ORGANIZACIÓN, DE PROCEDIMIENTOS O DE SERVICIOS AL PÚBLICO LES OBLIGAN Y SIRVEN DE APOYO PARA ESTABLECER LA CAUSA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN QUE INCURRAN, SIEMPRE Y CUANDO LA ACCIÓN U OMISIÓN PREVISTA EN EL CASO CONCRETO ESTÉ PRECISADA COMO CONDUCTA DE ALGUNO DE ELLOS. El artículo 47, fracción XXII, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, prevé que éstos tienen, entre otras obligaciones, la de abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición jurídica relacionada con el servicio público, por lo que aun cuando los manuales de organización, de procedimientos o de servicios al público no tienen la calidad de leyes o reglamentos, en virtud de que en términos de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal deben contener información sobre la estructura orgánica de la dependencia a fin de optimizar el funcionamiento de sus unidades administrativas, constituyen normas obligatorias y sirven de base para determinar una causa de responsabilidad administrativa, siempre y cuando la acción u omisión prevista en el caso concreto esté claramente precisada como conducta de determinado servidor público. Lo anterior es así, ya que la mencionada ley federal establece que las obligaciones de los servidores públicos para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, y cuyo incumplimiento da lugar al procedimiento y a las sanciones que correspondan, son las señaladas en el referido artículo 47»⁷⁸⁷.

b) Un deber de actuar basado en una especial aceptación, surge cuando el agente asume en virtud de un acto jurídico determinado, la función de evitar

omisión. En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se estimará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se acredite que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de la ley, de un contrato o de su actuar precedente» Guanajuato, artículo 9º y Yucatán artículo 6º.

⁷⁸⁷ Tesis de jurisprudencia 6/2004. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del treinta de enero de dos mil cuatro. Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XIX, Febrero de 2004. Pág. 230. Tesis de Jurisprudencia.

la producción de un resultado típico. En este rubro tenemos al vigilante, a la niñera⁷⁸⁸, etc.

c) La justificación, de un hacer precedente como deber de actuar, se origina cuando el agente ha provocado a través de una conducta precedente una situación de riesgo para un bien jurídico, estando por ello, obligado a evitar que ese riesgo se concrete en una lesión y al no hacerlo esa lesión se le atribuye como si la hubiese causado por la vía de acción. En otras palabras, el deber de obrar deriva de una precedente actividad propia –que no debe ser obviamente dolosa–, y que se puede manifestar en la creación de un riesgo o de una lesión a un bien jurídico de terceros⁷⁸⁹. Por ejemplo; Pablo para arreglar la salida del agua de su casa abre una zanga en la calle, pero no pone ningún señalamiento previniendo la existencia de esa zanga y a consecuencia de ello se lesiona una persona o se daña la suspensión de un automóvil.

Por tanto, en los delitos omisivos por injerencia o actuar precedente⁷⁹⁰, para su perfeccionamiento el tipo penal requiere la configuración de dos momentos diferentes; consistentes en una acción seguida de una omisión en la producción del evento⁷⁹¹, así por ejemplo; el delito de abandono de atropellados que prevé el artículo 296 del Cpmich., el tipo expresamente precisa una acción consistente en atropellar a una persona y una omisión: dejarla después en estado de abandono, sin prestarle o facilitarle asistencia.

⁷⁸⁸ Para JIMÉNEZ HUERTA, este tipo de fuente se encuentra íntimamente conectada con el anterior grupo, ya que, la especial aceptación no es otra cosa que el hecho táctico que origina la aplicación del precepto civil, administrativo, laboral, etc., que inviste la fuerza obligatoria a la aceptación que otorga el sujeto activo y que por ende, lo erige en posición de garante. *Op. cit.*, p. 135. Por lo que, a este grupo también se le conozca como fuentes de obligaciones aceptada en virtud de un negocio jurídico, especialmente un contrato. *Vid. Cfr. BUSTOS/ HORMAZÁBAL, Op. cit.*, p. 135. Muy semejante a esta clasificación el Cpf, que en su artículo 7º segundo párrafo con relación a los delitos de comisión por omisión establece «En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita 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».

⁷⁸⁹ Sobre esta fuente de obligación JIMÉNEZ HUERTA, sostiene que ha sido muy controvertida, puesto que no existe en realidad en el Derecho positivo un mínimo de obligación que fundamente tal deber, y mucho menos con atributos típicos que son insoslayables para establecer una responsabilidad penal. *Op. cit.*, p. 139.

⁷⁹⁰ *Vid. supra* 3.3. 1 pp. 180 y ss.

⁷⁹¹ *Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Derecho penal...* p. 219.

El citado Cpmich., así como el Federal⁷⁹², contemplan como delitos de comisión por omisión en su modalidad de injerencia o precedente, formulación del citado tipo penal, es muy casuístico y limitado únicamente a los casos de abandono de atropellados.

En cambio el artículo 157 del Cppdf., contempla de una manera más genérica el caso de la omisión de ayuda a quien previamente a lesionado culposa o fortuitamente.

«Artículo. 157. Al que después de lesionar a una persona culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que se requiere pudiendo hacerlo... »

Conforme a esta redacción, se pueden abarcar los casos descuido con resultado, cuando por ejemplo; Luis que por no poner atención a la receta, entrega un medicamento equivocado que en vez de mejorar al paciente le puede producir un shock o la muerte, y si momentos después se percata de su error, tiene la obligación por el precedente de recoger ese medicamento y entregar el diagnosticado y a pesar de ello no lo hace. O cuando Pedro por asustar a Luis, le tira una piedra al momento que éste se agacha, por lo que, la piedra le pega en la cabeza y se desangra, al verlo Pedro en esas condiciones huye dejando a Luis con la posibilidad real de que muera desagrado. Sin duda alguna en los anteriores supuestos, es obvio que, existe una acción primaria del agente (culposa) seguida de una omisión (indiscutiblemente que ya será dolosa).

Por otro lado, para resolver esta sucesión de hechos de acción–omisión en los casos en que la acción precedente es imprudente y a ella se asocia una omisión dolosa la opinión generalizada se inclina por aplicar la tesis concursal⁷⁹³. En la que concluyen que este tipo de omisiones como consecuencia del actuar precedente imprudente se transforma en una omisión de garante, y por tanto, da a lugar –por injerencia– a responsabilidad en

⁷⁹² En su artículo 341.

⁷⁹³ El artículo 14 del Cpmich., prevé las reglas para resolver el concurso de delitos.

comisión por omisión⁷⁹⁴. Ello en razón de que los efectos potenciales del comportamiento concluido (omisión) determinan entonces el alcance de la responsabilidad por la organización, por los deberes de injerencia con el actuar precedente⁷⁹⁵. De tal manera que si en los tres supuestos reseñados como consecuencia de la omisión posterior fallece la víctima, el omitente deberá de responder por el delito de homicidio culposo.

Sobre el particular la Primera Sala de la SCJ de la Nación en su Séptima Época, ha integrado la siguiente jurisprudencia definida se ha inclinado por imputar a esta conducta como un delito doloso, en los siguientes términos:

ABANDONO DE PERSONA ES DELITO DOLOSO Y NO IMPRUDENCIAL. Si al inculpado de abandono de personas como delito imprudencial se le atribuye el que después de haber atropellado a las personas que resultaron lesionadas se dio a la fuga y quedaron privadas de auxilio inmediato, debe decirse que este ilícito sólo puede ser consecuencia de una conducta dolosa; es decir que se requiere en el sujeto activo la intención de dejar abandonadas a las personas atropelladas en lugar y hora determinados en que no puedan recibir el auxilio necesario. Lo anterior se expresa, no para señalar que el inculpado no halla incurrido en el delito, sino para hacer notar que la condena al respecto, como consecuencia de delito imprudencial, es ilegal; y otra parte, porque el Ministerio Público no formuló acusación por el delito a estudio como figura autónoma, o sea, cometido en forma intencional⁷⁹⁶.

Pero además, sobre los delitos de comisión por omisión el Cpdf., establece ciertas hipótesis o criterios como fuentes a las que el juzgador deberá de recurrir para complementar o cerrar el tipo de omisión impropia, así:

Artículo 16. (*Omisión impropia o comisión por omisión*). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido 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:

⁷⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, "El delito de omisión... pp. 344–345.

⁷⁹⁵ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal...* VI/29, p. 973.

⁷⁹⁶ Vid. Legislación Penal y su interpretación por el Poder Judicial 2003 (cd).

- 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, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo⁷⁹⁷.

En este contexto, el juzgador previamente a resolver sobre la imputación de un resultado por comisión por omisión, deberá por ejemplo; razonar o valorar ese resultante comparativamente con los delitos comisivos, se esta manera se tendrá que cuestionar⁷⁹⁸:

- 1) ¿Se ha producido el *menoscabo al bien jurídico* descrito en el tipo?
- 2) ¿Se basa el resultado en la *lesión* de un deber de evitación por parte del omitente?
 - a) ¿disponía el omitente de la *posibilidad* de evitar el resultado?
 - b) *Fundamento de la imputación*:
 - aa) Delito de comisión: ¿Ha creado o incrementado el activo un peligro (socialmente inadecuado) para el bien jurídico tutelado?
 - bb) Delito de omisión: ¿Hay posición de garante del omitente?
 - c) *Relación de imputación*:
 - aa) Delito de comisión: ¿se ha realizado, en el menoscabo al bien jurídico, el peligro creado o incrementado por el activo, que dependía de su conductibilidad, u otro peligro distinto?
 - bb) Delito de omisión: ¿Se ha realizado la lesión del bien jurídico, aquel peligro que el omitente estaba obligado a evitar en virtud de su posición de garante?
 - d) ¿Concurren *elementos delimitadores del deber* (causas de justificación)?

⁷⁹⁷ Observemos como este texto, se aleja de las fuentes tradicionales (norma, contrato, actuar precedente) y se aproxima a la teoría de las fuentes materiales elaborada por Armin Kaufmann. *Vid., infra*, 3.3.1 pp. 183 y ss.

⁷⁹⁸ *Cfr.* OTTO, *Diagnosis causal e imputación del...*, en NAUCKE/OTTO/JAKOBS/ROXIN *La prohibición de regreso. Op. cit.*, p. 92 (cursivas en original).

e) ¿Hay conocimiento o cognoscibilidad de la situación de deber?

3) Culpabilidad

a) Imputabilidad

b) Lesión subjetiva al deber de cuidado, las llamadas causas de inculpabilidad.

Sin embargo, como ha quedado demostrado, el segundo párrafo del artículo 10 Cpmich., es omiso respecto de la cláusula de remisión, y con ello, no se precisan o establecen criterios estándares de las fuentes legales a las cuales se debe remitir el operador jurídico para determinar la calidad de garante del omitente y, por ende, de la obligación o deber de evitar el resultado en concreto. Por tanto, al no existir esa remisión, el juzgador, está imposibilitado legalmente para complementar el tipo de comisión por omisión. Lo que, irremediamente nos arriba a cuestionar seriamente la constitucionalidad de ese párrafo, pues, al no existir por lo menos el mínimo de referencia de la equivalencia respecto del sentido de la ley –su equivalencia con los tipos comisivos–,⁷⁹⁹ como tampoco de las fuentes de obligación del deber de actuar, se deja al juez un amplio margen discrecional para que pueda cerrar o complementar los tipos de comisión por omisión.

En consecuencia, ante esa inconsistencia legislativa, se pueden presentar dos escenarios: el primero, que al no existir parámetros normativos para cerrar o complementar este tipo de delitos se estaría integrando ley⁸⁰⁰. El otro, se refiere a una obligación jurídica, esto es, a una obligación derivada de una norma, pero, si no hay norma que cierre el tipo, cómo se va a establecer

⁷⁹⁹ En otros Estados, si se especifica la equivalencia de los delitos de acción en el sentido de que: «El resultado de omisión o de peligro se entenderá cometido por comisión, cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del inculpado equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a una causación. A tal efecto, se equiparará la acción a la omisión: A) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; B) Cuando el omitente halla creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido por el particular tipo penal, mediante una acción u omisión precedente», así el Código Penal de Aguascalientes (artículo 8º) en semejante sentido los Códigos penales Federal (artículo 7º) de Chiapas (artículo 3º) Distrito Federal (artículo 16) Estado de México (artículo 7º) Guanajuato (artículo 9º) Morelos (artículo 14) entre otros.

⁸⁰⁰ Sobre la inconstitucionalidad de los delitos de comisión por omisión abiertos *Vid.* ZAFFARONI/ALAGIA, *Op. cit.*, pp. 548 y ss. En este sentido el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución federal impone: «En los juicios criminales queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata».

la relación de correspondencia de la omisión con lo ordenado por la norma. Además, que no todas las fuentes de obligación de hacer se encuentran reguladas por las normas: Reglamento, Manual, etc., todo ello podría propiciar la impunidad del autor de la comisión por omisión.

Finalmente, el resultado del delito de comisión por omisión, puede ser originado de manera imprudente o dolosa. En el primer supuesto se ubican entre otros los delitos de olvido, es decir, cuando el omitente tiene el deber de cuidar que la fuente de peligro se encuentra cerrada o que no puede derivarse de ella ningún riesgo, por ejemplo; Paco por ir de prisa al partido de fútbol, olvida cerrar la estufa y se escapa el gas ocasionando posteriormente una explosión con los daños consecuentes. Por inobservancia de la obligación contraída por descuido, por ejemplo; el que tiene la responsabilidad de cuidar niños, deja cuchillos, navajas o veneno, al alcance de ellos, etc., v

En cambio, en la comisión por omisión dolosa, el dolo debe referirse a todos los elementos del tipo objetivo de los delitos de omisión propia, esto es, que el garante debe estar conciente de los elementos especiales de autoría pertenecientes al tipo objetivo⁸⁰¹, por ejemplo; el vigilante de un estacionamiento debe evitar (esa es su obligación) que se roben un automóvil pues si observa que lo están abriendo con una ganzúa un tercero vigila que nadie los vea, es obvio que su omisión tiene el carácter de dolosa. En este sentido Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, ha sostenido el siguiente criterio⁸⁰²:

DOLO EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN DE UN DELITO. PARA QUE EXISTA ES NECESARIA LA DECISIÓN DEL AUTOR DE PERMANECER INACTIVO. Para que exista dolo en un delito por omisión, el autor tiene que, por una parte, conocer por lo menos la posibilidad de una intervención que impida la producción del resultado y, por otra, tener la disposición de asumir la lesión del bien jurídico como consecuencia del propio comportamiento; de otra manera faltarían los elementos característicos del dolo, es decir, conocimiento y voluntad. En este sentido, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad,

⁸⁰¹ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Op. cit.*, § 46. III/110–11, p. 267.

⁸⁰² *Vid.* Novena Época, No. Registro: 188,608 Ius 2004

cuando no está probado en autos la decisión por parte del ahora quejoso (voluntad) de dejar que las cosas sigan su curso a la vista de una evolución peligrosa, verbigracia, dejar todos los días las averiguaciones previas que tiene a su cargo en la oficina, en condiciones que denoten la probabilidad de su pérdida por no haber un lugar especial donde puedan guardarse. En tal supuesto, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, a lo sumo es posible deducir que el quejoso produjo un resultado típico que previó confiando en que no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado, porque al no representarse al borde de la conciencia la acción ordenada, resulta evidente la falta de decisión.

4.4.1 Toma de postura.

Los delitos de comisión por omisión, como delitos abiertos o necesitados de complementación requiere de una «cláusula de correspondencia» general (por ejemplo; *Vid* .artículo 16 del Cpdf., el cual contempla tanto las fuentes formales como las materiales).

Por tanto, el párrafo del artículo cuyas reglas se analizan, deberá de contener por lo menos: a) la fuente de donde se deriva la posesión de garante; a) en la relación de protección material entre el sujeto y el bien jurídico, o c) el control de una fuente de peligro; y d) la capacidad del obligado de actuar del omitente para evitar el resultado. De esta manera, el juez podrá realizar los siguientes juicios valorativos:

a) La remisión a una fuente material como función de protección de un bien jurídico, como generadora del deber de custodia. Por ejemplo, la relación familiar sobre la base de la dependencia personal del garante en el caso concreto, como lo son los menores de edad, los incapacitados, los ascendientes, etc., o bien, una dependencia absoluta por asunción voluntaria en los supuestos de las “uniones libres”.

b) Si el omitente tenía del deber del control de una fuente de peligro, sea porque él lo ha creado o porque es causa del aquél cuya custodia y vigilancia es responsable.

c) Si el omitente tenía o no el conocimiento o conciencia de su propia capacidad para ejecutar la acción esperada y exigida, pues no se le puede imputar el resultado a quien hizo todo lo posible para evitar el hecho y no lo logro)⁸⁰³. Con la finalidad que el operador jurídico (Ministerio Público, Juez, Magistrado), pueda realizar un juicio valorativo causal hipotético tendiente a verificar si el omitente podría haber evitado el resultado acaecido (obviamente no creado por él) llevando a cabo la acción esperada y no ejecutada (equivalencia del sentido del tipo de comisión), esto tomando como punto de referencia, tanto su capacidad (física y material) de actuar, como su incapacidad, desconocimiento u error, que en esos momentos le impidieron realizar la acción esperada. Por ejemplo; el salvavidas que a pesar de los intentos por sacar del agua a una persona, por los movimientos desesperado de ésta impiden que la puedan sacar del agua y muere ahogada.

d) Que hubiese tenido la posibilidad material de llevar a cabo la acción a que estaba obligado a cumplir (si no cuenta con los medios necesarios y adecuados no se le puede imputar el resultado), por ejemplo; cuando el obligado se encuentra distante de los hechos, o bien no cuentan con los medios para impedir el resultado; y,

e) Finalmente, como característica del dolo, verificar si la omisión del cumplimiento de la conducta fue voluntaria, o sencillamente el obligado ejecutó algo diverso a lo ordenado. Por ejemplo; cuando la obligación del cajero es cerrar con seguro (combinación, llave, candado, etc.), la caja de caudales y; la deja abierta a propósito o b) simplemente no la asegura como se lo habían ordenado.

4.5. Séptima regla (las concausas).

El párrafo tercero del artículo 10 establece:

⁸⁰³ Como se dijo la capacidad física para la evitación no sólo se refiere a la capacidad de realización de la acción propia mano, sino que, esa capacidad también se presenta cuando el sujeto influye, persuade o induce a otro a la no-ejecución de la acción mandada.

«Las concausas sean preexistentes, simultáneas o posteriores, no impiden la atribución del resultado al agente, salvo que excluyan la relación de causalidad, por haber sido suficientes, por sí mismas, para producir el resultado, en cuyo caso sólo se sancionará a la acción u omisión anterior, cuando constituya delito por sí misma».

De entrada, es importante señalar que el párrafo segundo y el que se comenta fueron adicionado en el Código de 1980 (actualmente vigente), pues el de 1962, únicamente establecía un solo párrafo:

« ARTÍCULO 10.– Nadie podrá ser sancionado por una conducta o hecho previstos en la ley como delitos, si el resultado del que depende la existencia del delito no es consecuencia de la propia voluntad del agente o de su culpa»⁸⁰⁴

Siguiendo las mismas directrices que en los anteriores casos, comenzaremos por definir la expresión concausa, que en principio significa cosa que contribuye con otras para producir cierto efecto⁸⁰⁵; Causa del latín *causa*: con relación a una cosa o suceso, otra cosa u otro suceso que es el que produce aquellos⁸⁰⁶. De ahí que, en el ámbito jurídico-penal a la concausa, como un «hecho excepcional o circunstancia que concurre con la conducta del agente para coadyuvar a la producción del resultado muerte; es la circunstancia que se une al proceso causal provocado por el agente, y concurre a producir el resultado que de otra manera no se habría producido en su modalidad concreta»⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ El de 1936, en este precepto se preveía la tentativa punible. Por otro lado, de todos los Códigos nacionales, tanto el federal como los locales, excepcionalmente sólo los de Querétaro (1987), el Federal y Oaxaca contienen el texto similar a al párrafo que se comenta, dice el de Querétaro: « Artículo 10. Solo podrá ser sancionado quién sea causa del resultado típico penal como resultado de su acción u omisión. Las con causas, sean preexistentes, simultáneas o posteriores, no impiden la atribución del resultado al agente, salvo que excluyan la relación de causalidad por haber sido suficientes, por sí mismas, para producir el resultado, en cuyo caso sólo se sancionará la acción u omisión anterior cuando constituya delito por sí misma....Lo dispuesto en el párrafo precedente, tendrá aplicación aún cuando la con causa preexistente, simultánea o posterior, consista en la hecho ilícito de otro» por su parte el Penal federal en el TÍTULO DECIMONOVENO. Delitos contra la vida y la integridad corporal. CAPÍTULO II. Homicidio: Artículo 305. No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió: cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no hubiese influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon, por último el de Oaxaca, en su « Artículo 6o. El delito puede ser realizado por acción u omisión. Cuando el tipo prevé una acción con resultado material, el autor de la actividad es también autor de tal resultado, sólo cuando éste es un efecto necesariamente producido por dicha actividad. No será autor del resultado si éste sobrevino en virtud de un acontecimiento extraño a su propia actividad.» (reformado en 1995),

⁸⁰⁵ MOLINER, *Op., cit.* primer tomo p. 706.

⁸⁰⁶ *Idem*, p. 564.

⁸⁰⁷ GÓMEZ LÓPEZ, *Op. cit.*, p. 236.

El término “concausa” no es nuevo para el Derecho penal, ya que, recordemos que la estructura la teoría de la adecuación, su principal merito fue el de no otorgar el mismo valor causal a todas las condiciones, sino distinguir aquellas que dadas las condiciones han sido adecuadas para producir un resultado típico, de aquellas que a pesar de formar parte del proceso causal son jurídicamente irrelevantes. De ahí, que al reconocer que no toda condición es causal del resultado, reconoce la existencia de ciertos factores o condiciones que pueden decididamente modificar el curso causal e influir en el resultado típico. A estos factores se les llamaron «concausas», que no es otra cosa que un fenómeno que al actuar conjuntamente con la acción del sujeto, lleva a consecuencias que no corresponden al curso normal y ordinario que los procesos de ese tipo (procesos anómalos). Por consiguiente «La concausa tiene que ser un factor ajeno a la voluntad del autor y a la propia acción, pues si dependió directamente de la acción misma del autor, estaremos ante una forma o mecanismo de actuación que hace parte de un todo unitario»⁸⁰⁸.

En el mismo sentido, se ha dicho que la concausa es una condición que coadyuva a la producción del resultado que, con preponderancia de la acción del sujeto, consistiendo su efecto en dirimir la relación causal que se presenta entre la actuación voluntaria (acción–omisión) del agente y el resultado. O también, como aquella que determina el resultado y, por tanto, sólo a ella se le puede imputar el hecho o, simplemente se le tiene como la real causa del resultado, es decir, como la condición sin la cual la lesión no lo habría producido⁸⁰⁹.

Trasportando la connotación de las “arcaicas⁸¹⁰” concausas, a la geografía de la moderna imputación objetiva, se le podrían ubicar en el concursos de riesgos en un proceso anómalo. (Esto es la concurrencia de riesgos existentes, concomitantes o posteriores a la acción inicial que puede ser de origen accidental, provocados por terceros o por la propia víctima.

⁸⁰⁸ GÓMEZ LÓPEZ, *Op. cit.*, p. 235 (cursivas en original).

⁸⁰⁹ *Cfr.* ESCOBAR LÓPEZ, Edgar A., *Op. cit.*, p. 127.

⁸¹⁰ *Vid.* GONZÁLEZ GÓMEZ, *Consideraciones en torno...* p. 119 (nota 11).

En este orden de ideas del párrafo que se comenta se desprenden dos hipótesis:

1º. *Las concausas sean preexistentes, simultáneas o posteriores, no impiden la atribución del resultado al agente*, la postura aquí adoptada es plenamente justificada, pues engloba los casos en el que los procesos causales son normales, es decir, la acción (riesgo creado) se realizó en el resultado, sin que los otros riesgos (concausas) hubieran interrumpido, desviado o producido ese, resultado. Dicho de otro modo: las concausas preexistentes, simultáneas y posteriores fueron penalmente irrelevantes. Por lo que la imputación o exclusión de la misma se tendrá que resolver en sede del juicio del desvalor de la conducta. Por ejemplo; si el disparo que recibió la víctima fue mortal por necesidad, es irrelevante estuviera enfermo de cáncer, o que al momento de caer lo atropelle un auto, o si al ser intervenido por un error no esterilizan los instrumentos, todo ello, en virtud de que aún cuando no se hubiesen presentado o actualizado esos riesgos, de todos modos la lesión era mortal por necesidad⁸¹¹.

En este sentido ha dicho ROXIN «el presupuesto para la existencia de un nexo causal es, naturalmente, que la originaria acción dirigida a un determinado resultado también halla continuado operando realmente hasta la producción del resultado, es decir que halla llegado a ser realmente causal, y que p. ej., el posterior suceso dirigido al mismo resultado no halla eliminado esa continua operatividad y no concorra con independencia de la acción que se enjuicia y abriendo una nueva serie causal, halla provocado el resultado»⁸¹².

2º. *Salvo que excluyan la relación de causalidad, por haber sido suficientes, por sí mismas, para producir el resultado, en cuyo caso sólo se*

⁸¹¹ Definida, ésta como «lo que no puede ser de otra manera, que es el sentido formal de concepto», o como «la necesidad que se encuentra en las cosas naturales y precisamente en su materia en cuanto constituyen la condición de ellas». ABBAGNANO, *Op. cit.* pp. 843–844, Una lesión mortal por necesidad es suficiente por sí misma para producir la muerte, independientemente de que la víctima pueda tener una enfermedad terminal, o bien, cuando esa lesión es condición favorecedora del resultado, pero sin llegar a constituirse como la causa de la muerte. *Cfr.* LÓPEZ DÍAZ *Op. cit.*, p. 29.

⁸¹² ROXIN, *Derecho penal...* § 11/26 p. 357.

sancionará a la acción u omisión anterior, cuando constituya delito por sí misma.

Esta hipótesis, contraria a la anterior puede dar origen a un curso causal anómalo, por la existencia o coexistencia de otro tipo de riesgos (concausas) preexistentes, simultáneas y posteriores, distintos a la voluntad del autor del factor inicial creado, que interrumpen o excluyeron la relación de causalidad, pero que además pueden ser suficientes por si mismas para producir el resultado.

En el último supuesto, no se puede hablar propiamente de concausalidad, sino una causa adecuada, externa; fortuita o accidental que condiciona o favorecer el resultado, por tanto, estaríamos ante la excluyente de la tipicidad del primer causante⁸¹³ —obviamente por lo que toca a la consumación del resultado típico—, pero, tendrá que responder en su caso por lesiones o tentativa de ejecución puesta en marcha⁸¹⁴. Por qué se dice que hay ausencia de tipicidad en la conducta del primer autor. Simplemente, por que la causa puesta por el autor inicial es relativa o irrelevante, al existir otras causas posteriores que destruyeron el nexo de causalidad primario creando una nueva relación de causalidad ajena a la primera que en última instancia fue la que determinó el resultado⁸¹⁵. Lo que se presenta en la aplicación de un medicamento erróneo que potencialmente agudizó la enfermedad que ya padecía la víctima, o de una mala intervención quirúrgica, un accidente posterior, etc.

⁸¹³ Cfr. GÓMEZ LÓPEZ, *Op. cit.*, p. 240. En este sentido, se dice que falta el nexo causal si una serie causal puesta en marcha es “interrumpida”, “adelantada” por una serie de actos posteriores de modo que la primera condición ya no es operativa y por tanto, ya no se halla en un nexo de causalidad conforme a leyes con el resultado. Cfr. ROXIN, *Derecho penal...* § 11/26 p. 356.

⁸¹⁴ Con mayor detalle sobre la realización el riesgo en el resultado Vid ROXIN en *Derecho penal...* §11/65 pp. 375–376, MARTÍNEZ ESCAMILLA, en *La imputación objetiva...* pp. 169 y ss.

⁸¹⁵ En este caso con la expresión causa, el ordenamiento jurídico hace referencia no a cualquier condición, sino a una condición calificada por el peligro. Reviste ese carácter la conducta que, además de haber sido en un determinado complejo causal condición del resultado examinada en el momento en que fue realizada y teniendo en cuenta las circunstancias preexistentes, concomitantes y previsiblemente subsecuentes, se presenta desde el punto de vista de la experiencia como idónea para producir dicho resultado, pues de ella deriva, según el ordenamiento jurídico el peligro de su producción. Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, *Op., cit.* p. 183 (nota 88).

Así las cosas, el juzgador ante la presencia de un concurso de riesgos desaprobado o no tolerados socialmente (concausas) tendrá en primer lugar que realizar un juicio de desvalor (*ex ante*), de las conductas de todos los intervinientes en el curso causal y un juicio del desvalor del resultado (*ex post*), con el objeto de determinar cuál de todos esos riesgos o si la suma de varios excluyeron la relación de causalidad, para lo cual deberá en primer lugar determinar objetivamente la existencia de esos riesgos (concausas): a) preexistentes; b) simultáneas; y, c) posteriores, y su ámbito situacional de su presencia. Para tal efecto se entiende como con «concausas»:

a) Preexistentes, son aquellas situaciones o circunstancias particulares que ya existían en la víctima o en el ámbito situacional en que se manifestó la conducta y que tuvo el poder de facilitar, acelerar o determinar por sí misma el resultado –muerte–. Las concausas preexistentes pueden ser de origen fisiológico o biológico; por ejemplo; la preñez, la hemofilia, alguna anomalía orgánica, especial debilidad de un órgano, deficiencias respiratorias, fractura previa, hemorragia, estomago lleno, menstruación, diabetes, aneurisma (deligación anormal) cerebral o aórtico, várices, etc., que influyen negativamente a la herida causada por el autor para contribuir con el resultado típico (muerte)⁸¹⁶.

La imputación del resultado cuando se presenta el problema de las concausas preexistentes, doctrinalmente se ha solucionado de dos formas, cuando se desconoce la situación de la víctima y cuando se tiene conocimiento de la misma, para ello retomaremos el ejemplo; del hemofílico: La acción del empujón (proceso causal) y su resultado (muerte), no se puede imputar objetivamente al causante si este fue producto de un accidente derivado del desconocimiento de esa enfermedad, por tanto al desconocerlo no podría prevenirlos, luego, dada la situación preexistente del enfermo, ese empujón se *torna mortal o necesariamente mortal la lesión*. En cambio, si el autor tenía conocimiento de la enfermedad (elemento *sine qua non* del dolo), con base a

⁸¹⁶ Cfr., GÓMEZ LÓPEZ, *Op. cit.*, p. 240, por lo que la concausa preexistente se tiene que resolver de forma muy especial en cada caso en concreto, pues dada la diversidad de concausas no se puede establecer una regla general para todas.

un juicio teleológico sí se le puede imputar objetivamente a él ese resultado típico, pues es obvio, que su voluntad *final*, no fue simplemente el de empujarlo, sino la de causar su muerte (transformado así una cuestión accidental –enfermedad– en un hecho propio).

b) Simultáneas (del latín *simultaneus*; al mismo tiempo)⁸¹⁷ o concomitantes, son aquellas que se presentan o se suman conjuntamente a la acción del autor, pero se actualizan sólo en el momento en que se verifica la acción o que dependen de una actitud, movimiento o actuación de la víctima, es decir, de condiciones coetáneas (no antes ni después) con el obrar del autor, por ejemplo; la conmoción producida por la fuga precipita por el lesionado, o bien, debido a la explosión de sustancias químicas o volátiles que éste llevaba consigo.

c) Posteriores o sobrevivientes, como su nombre lo indica son aquellas situaciones, que surgen después de la acción inicial del autor, independientemente de su voluntad y que coadyuvan en la producción del resultado muerte. De tal forma que, se pueden presentar tres escenarios, el primero, la acción posterior es irrelevante para el resultado, el segundo, la acción posterior debe ser de alguna manera independiente o estar ligada a la dinámica de la lesión o del ataque que acelera el resultado. El segundo, ese factor posterior, determina el resultado, al grado que la muerte no es consecuencia necesaria de la acción inicial del autor, sino de un hecho totalmente distinto que actúa paralelamente⁸¹⁸. En el primer y segundo escenario el resultado se le imputa al co-causante primario, en cambio, del último no será responsable aquél.

Una vez determinadas las concausas se deberá de constatar cuál de todas ellas fue la que determinó el resultado típico. Por ejemplo; Pedro que lesiona levemente a Pablo, no respondería por un homicidio consumado en éste, cuando la muerte se deba a un paro cardíaco motivado por la imprudencia

⁸¹⁷ MOLINER, *Op. cit.* segundo tomo p. 1091.

⁸¹⁸ *Cfr.*, GÓMEZ LÓPEZ, *Op. cit.*, pp. 241–242.

médica En el mismo sentido la siguiente ejecutoria pronunciada por la Primera Sala Penal, Quinta Época,

«HOMICIDIO, DELITO DE (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y ZACATECAS). Conforme a la fracción I, del artículo 277 del Código Penal del Estado de Zacatecas, (análogo al 697 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales), para la aplicación de las sanciones que correspondan al homicidio, no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando la muerte se debe a las alteraciones causadas por la misma, en el órgano u órganos interesados, por alguna de sus consecuencias inmediatas, o por alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tener al alcance los recursos necesarios. Esto indica con toda claridad, de acuerdo con la doctrina, que para que se estime la existencia del homicidio, se necesita que la muerte provenga como consecuencia, directa y necesariamente, de la lesión sufrida por la víctima, *sin que sean imputables al reo, causas ajenas, como ocurre con una indebida operación quirúrgica o un descuido en la curación o atención médica que produzca otras alteraciones en la salud del paciente que agraven su padecimiento hasta la defunción; y no consta que la muerte de la víctima se debe exclusivamente a la lesión que recibió, si se originó, en primer lugar, por el choque traumático originado por la intervención quirúrgica, aunado al choque traumático que le produjo la herida por proyectil de arma de fuego, sin que de autos conste, que la operación quirúrgica expresada halla sido absolutamente necesaria; que fue practicada en tiempo oportuno y con sujeción a las reglas que la técnica aconseja, ya que, existiendo en el herido un estado de choque producido por la lesión recibida, pudo ser imprudente la intervención quirúrgica en esas condiciones, y que la magnitud de ésta, no halla producido un choque mayor. De lo antes expuesto, no puede concluirse que la lesión inferida por el reo halla sido la causa necesaria, forzosa y única del fallecimiento, porque existe duda fundada, resultado así que sólo es responsable del delito de lesiones»*⁸¹⁹.

Como se desprende de la anterior ejecutoria, el resultado típico no es imputado al autor de las lesiones primarias, por que el mismo se debe a causas ajenas a él, como por ejemplo; la imprudencia de los médicos que lo atendieron. De ahí, la importancia de que el juzgador haga un examen minucioso de todas y cada una de las concausas (riesgos no permitidos) pues como apunta CARRARA, «una herida pudo haber sido la causa *única* de la muerte del hombre, pero esa también pudo haber dependido de *otras circunstancias* que, aunque no fueron *causa directa* de esa muerte, sí obraron sobre la herida *haciéndola mortal*, en tanto que *sin ellas* no lo habrían sido. Y advierten que esta *concausa* puede ser a veces de circunstancias accidentales sobrevenidas a la herida, como los cuidados suministrados mal o muy tarde,

⁸¹⁹ Vista en el Ius 2004 No. de registro 301,826. (cursivas mías).

los excesos del herido, o una enfermedad natural que le sobreviene y por la cual empeoran las condiciones de la herida; otras veces esa *concausa* proviene de las *circunstancias individuales*, es decir de alguna condición morbosa o de alguna anomalía orgánica del herido, que en él hacen mortal una lesión que no lo sería en otros»⁸²⁰.

El último párrafo del artículo que se comenta establece:

«Las anteriores normas tendrán aplicación cuando la *concausa* preexistente, simultáneo o posterior, consista en el hecho ilícito de otro».

Para entrar al estudio de las anteriores reglas de imputación, debemos de aclarar, cuáles son las normas a que se refiere concretamente este dispositivo, ya que como vimos, el párrafo que le precede consta de dos hipótesis; una en donde el riesgo no permitido se realiza en el resultado, y otra en donde el resultado típico es obra de un evento ajeno al autor inicial.

Por lo que se deduce que se trata del segundo supuesto hipotético, en sólo podrán ser aplicables (exclusión de la relación) cuando la *concausa* preexistente, simultánea o posterior, consista en el hecho ilícito de otro. Sin embargo, como ha quedado demostrado a lo largo del presente trabajo la desviación o interrupción de los procesos causales, no sólo proceden de las conductas humanas, sino, también de accidentes de la naturaleza o naturales, por ejemplo; atendiendo tal disposición en el supuesto de que Pedro atropellado a Juan, y al ser atendido éste en el hospital, al momento de sacar las radiografías cae un rayo en la fuente de energía y como consecuencia de ello, explotan los rayos "X" y Juan fallece, conforme el párrafo que se comenta, al no existe otra *concausa* ajena a la acción de Pedro producto de una acción dolosa o imprudente de un tercero, Pedro sería penalmente responsable de la muerte de Juan. Lo que a estas alturas sería inadmisibles en un Estado de Derecho.

⁸²⁰ Citado por GÓMEZ LÓPEZ, p. 237 (cursivas en original).

4.5.1 Toma de postura

La regla prevista en el tercer párrafo del artículo 10 al considerar que no todas las condiciones tienen el mismo valor causal para el resultado, se ubica al margen de la teoría de la equivalencia de las condiciones, la que precisamente pondera que el resultado no era la suma de las condiciones sino cada una tenía el mismo valor causal, de tal manera que cada una de ellas es la causa del resultado⁸²¹. Por tanto, nuestra legislación al prever las concausas preexistentes, simultáneas o posteriores, que no impiden, por parte, la atribución del resultado típico al agente, y por la otra, exceptúan aquellas concausas (riesgos) que por si mismas sea suficientes para producir el resultado, con lo cual se que para que exista una verdadera concausa debe esta ligada al riesgo preexiste o concomitantes y que una vez sumado produzcan entre ambas el resultado, de no ser así, la concausa posterior será inherente al hecho mismo y si por si mismas es suficiente jurídicamente ya no se hablaría de concausa, sino de causa, es decir, de una causa adecuada, para provocar el resultado.

En conclusión, el párrafo primero de este artículo, adminiculado sistemáticamente con el tercer párrafo transcrito y con el sentido teleológico del tipo de que se trate, se puede, acorde a la tesis aquí defendida, deducir ciertos principios o criterios estándares reguladores de la imputación objetiva, es decir, 1 la creación de un riesgo no permitido y 2 su relación con el resultado típico. Luego, en el primer nivel se desvalora la acción (párrafo primero... que el resultado sea consecuencia de la acción u omisión) y en el segundo se desvalora el resultado (párrafo tercer... cabe la posibilidad de la exclusión de la imputación del resultado por la presencia de otras “causas” ajenas al riesgo inicial), todo ello con relación a las reglas específicas descritas en el tipo penal de que se trata, por ejemplo; las contenidas en los artículos 261 y 262 del Cpmich.

⁸²¹ Todas las condiciones tienen el mismo valor causal equivalente entre sí, de tal suerte que al momento de hacer el juicio respectivo, no se puede discriminar o aislar una condición para otorgarle un valor mayor o menor que las otras, tan importante es para la producción del resultado la *primera* como la *última* o la *intermedia* de dichas condiciones.

En efecto, si damos por sentado la creación del riesgo por parte del causante, toca en sede del tercer párrafo del artículo que se comenta, verificar si ese riesgo se realizó o no en el resultado típico a través de un juicio valorativo de las concausas; preexistentes, simultáneas y posteriores.

Las anteriores consideraciones nos llevan a concluir, que en la legislación mexicana existe una mayor aproximación a la teoría de la adecuación, que a la de la equivalencia; justamente porque en aquella se estructuraron las incipientes reglas de imputación objetiva del resultado al distinguir; las condiciones (concausas) con tendencia general a producir un resultado típico, de las jurídicamente irrelevantes, por lo que conforme a tercer párrafo, al prever una concausa como condición suficiente para producir al resultado ajena a la lesión primaria al causante de ésta, se excluye la tipicidad por lo que ve al resultado típico y se le hace responsable por el delito de lesiones o en su caso tentativa de homicidio.

En cuanto al último párrafo, es indiscutible que desde siempre la creación de riesgos como fuentes de peligro para los bienes jurídicos no siempre proviene de acciones humanas sino de la naturaleza, de ahí, que también estas reglas deberán de operar cuando los riesgos (concausas) son obra de naturaleza.

4.6 Reglas específicas.

Por cuestiones de metodología y para una mayor comprensión de las reglas específicas de los Cpf, Cpdf y del Cpmich., el presente apartado serán estudiadas desde dos perspectivas; una general y la otra especial.

1ª De manera general, analizare las reglas de imputación, que para los delitos de homicidio por lesiones (inexplicablemente no se incluyen reglas para otros delitos de resultado como los son: lesiones, daño en las cosas, delitos de peligro concreto, etc.), prevén los artículos 303, 304 y 305 del Cpf. (cuyo texto es semejante a los demás códigos del país –exceptuando los del Distrito Federal y de Veracruz que son recientes–). Adicionalmente, se incluye la

polémica generada en los años cuarenta, entre JIMÉNEZ DE ASÚA y JIMÉNEZ HUERTA, respecto de cuál de las teorías se adecuaba la legislación penal mexicana acorde con las reglas previstas por los anteriores artículos: el primero sostenía que prevalecía la de la equivalencia de las condiciones, en tanto, que el segundo, afirmaba que se ajustaba a la de la causalidad adecuada.

2ª. De forma especial, analizaremos las reglas de imputación a partir de una interpretación sistemática de las reglas generales y especiales – comprendidas en los respectivos tipos–, previstas por el Cpmich.

4.6.1 Homicidio por lesiones.

A fin de evitar caer en inútiles reiteraciones, en principio examinare los artículos 303, 304 y 305 del Cpf que contienen las reglas básicas de imputación en los delitos de lesiones por homicidio, cuyo texto es idéntico a los artículos 261 y 262 del Cpmich. Aclarando que el artículo 305 del Cpf., correspondería al 263 del Cpmich., el cual fue derogado⁸²². Por su parte, las bases de imputación previstas en el artículo 124 del Cpdf., equivalen a las previstas tanto por los artículo 303 Cpf., como 261 del Cpmich., por lo que valen las mismas consideraciones que las que se hagan al momento de analizar los anteriores numerales.

1º. Antes de discutir las reglas de imputación tal como las conocemos actualmente, me parece importante tomar en cuenta que éstas no siempre estuvieron en los mismos artículos y con la misma redacción. Ya que en el Cpf de 1871, estaban reguladas por los artículos 544, 545 y 546⁸²³, que establecían:

Artículo 544. Para la imposición de una pena no se tendrá como mortal una lesión sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:

I. Que la lesión produzca por sí sola directamente la muerte; ó que aun cuando ésta resulte de causa distinta, esa causa sea desarrollada por la lesión ó efecto necesario ó inmediato de ella;

⁸²² Inexplicablemente fue derogado por Decreto publicado el 3 de agosto de 1998.

⁸²³ El Cpf., de 1929 estas bases estaban contenidas en los artículos 967, 968 y 999.

II. Que la muerte se verifique dentro de sesenta días contados desde el de la lesión;

III. Que después de hacer la autopsia del cadáver declaren, dos peritos que la lesión fue mortal, sujetándose para ello á las reglas contenidas en este artículo y en los dos siguientes.

ARTÍCULO. 545 Siempre que se verifique las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión aunque se pruebe: que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos; que la lesión no habría sido mortal en otra persona; ó que fue causa de la constitución física de la víctima ó de las circunstancias en que recibió la lesión.

ARTÍCULO 546. Como consecuencia de las declaraciones que preceden, no se tendrá como mortal una lesión el que muera el que la recibió; cuando la muerte sea resultado de una causa que ya existía y que no sea desarrollada por la lesión, ni cuando ésta se halla vuelto mortal por una causa posterior a ella, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas o excesos o imprudencias del paciente ó de los que lo asistían.

Por su parte el actual Cpf., que entrará en vigor en 1931, dispone:

ARTICULO. 302.– Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro.

ARTICULO. 303. – Para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior, no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:

I.– Que 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 por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios

II.– (derogada)

III.– Que si se encuentra el cadáver del occiso, declaren dos peritos después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el Código de Procedimientos Penales.

Cuando el cadáver no se encuentre, o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas.

ARTICULO.304.– Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe:

I.– Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;

II.– Que la lesión no habría sido mortal en otra persona, y

III.– Que fué a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión.

ARTICULO 305.– No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió: cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y

sobre la cual ésta no halla influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon.

De un estudio preliminar comparativo entre ambos códigos, destaca:

a) La primera fracción del artículo 544 expresamente prevé las siguientes hipótesis:

1. La relación del riesgo en el resultado (Que la lesión produzca por sí sola la muerte)

2. La aceleración de la lesión por causa distinta a la creada por el primer causante (concausa posterior) que sea de consecuencias necesarias o inmediata en la producción del resultado (cuando ésta resulte de causa distinta, esa causa sea desarrollada por la lesión ó efecto necesario ó inmediato de ella).

En cambio en el artículo 303 sólo se infiere que la causa sea desarrollada por la lesión ó efecto necesario ó inmediato de ella, y se adicionan otros supuestos de lesiones mortales que veremos más adelante⁸²⁴.

b) Por su parte, en el artículo 546 se puede apreciar que se prevén con nitidez las concausas preexistentes y posteriores como excluyente del tipo de homicidio al autor de la lesión inicial (sea resultado de una causa que ya existía y que no sea desarrollada por la lesión, ni cuando ésta se halla vuelto mortal por una causa posterior a ella, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas o excesos o imprudencias del paciente ó de los que lo asistían).

La misma redacción se mantiene en el artículo 305 del actual código.

⁸²⁴ Vid., *infra* pp.304 y ss.

Respecto a los artículos siguientes, básicamente se mantiene la misma reacción, salvo, que en el Código de 1831, por un lado, se derogó la fracción II⁸²⁵, del artículo 303 –correspondiente al 544 del de 1871– y, por el otro, en la fracción III, se incluyó como requisito observar las reglas contenidas en el Código de Procedimientos Penales.

Las reglas generales de imputación arriba expuestas, dieron la pauta para suscitar una polémica muy amplia y por ello no menos sustantiva, que surge principalmente entre JIMÉNEZ DE ASÚA y JIMÉNEZ HUERTA, a partir de la publicación de la obra de primero de los mencionado en 1946, *Códigos penales iberoamericanos. Estudio de legislación comparada*, en donde el maestro español, sostiene que de acuerdo con esas reglas de imputación, es indiscutible que la codificación penal mexicana, sigue la teoría de la equivalencia de las condiciones, a esta postura se adhirieron PORTE PETIT y CARRANCA TRUJILLO/CARRANCA RIVAS.

En cambio el maestro JIMÉNEZ HUERTA afirma que la codificación penal mexicana, más bien, en encuadra en la teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación, que en la de la equivalencia.

En efecto, el maestro JIMÉNEZ DE ASÚA⁸²⁶, en su citada obra refiere que «Creemos más bien que se acepta –en México–, la doctrina de la equivalencia de las condiciones, aunque la fracción III del Art. 303 (Cpf equivalente a la fracción III del artículo 261 del Cpmich.,) demande a los médicos la declaración mortal de la herida al hacer la autopsia. Nos fundamos para ello en que la fracción I del mismo artículo dice que la lesión se tendrá como mortal, cuando «la muerte se deba a las alteraciones causadas», a alguna de sus

⁸²⁵ Derogada, Diario Oficial de la Federación 10 de enero de 1994. Decía «II. Que la muerte del ofendido se verifique dentro de los sesenta días contados desde que fue lesionado» misma redacción que preveía el correlativo artículo 262 fracción II del Cpmich., también derogada en las reformas y adiciones publicadas en el Periódico del Estado el 3 de agosto de 1998. Lo curioso de esta regla, se impuso en el proyecto del Código de 1871 (artículo 544 fracción II) con base a los informes de la Comisión auxiliar, obtenidos de los datos que suministraban los libros del Hospital de San Pablo, en los que se desprendía que excepcionalmente una herida podría causar la muerte después de sesenta días. Lo que se tomo como parámetro para fijar la temporalidad como requisito para considerar como mortal una lesión. Para mayor detalle *Vid. PORTE PETIT, Op. cit.*, pp. 283 y ss.

⁸²⁶ Sin que signifique que ser partidario de la *conditio sine que non*, pues como vimos al estudiar la teoría de la relevancia, *Vid supra* 1.2.1 pp. 30 y ss. para él ésta es la ideal para resolver los problemas de la causalidad.

«consecuencias inmediatas» o a «alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tener al alcance los recursos necesarios», así como en que si el cadáver no se encuentra, bastará que los peritos declaren, en vista de los datos que se encuentran en la causa, «que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas». Más, sobre todo, a pesar del ambiguo y contradictorio de los textos casuísticos en exceso del Código mexicano, nos inclinamos a pensar que impera la teoría de la equivalencia de las condiciones, por el hecho de que no se reconocen las concausas»⁸²⁷.

Sin embargo, el jurista español cuando afirma que no se reconocen las concausas –a mi juicio–, cae en un error, al interpretar literalmente el sentido del artículo 303 del Cpf., el que si bien es cierto establece las reglas sobre las cuales el operador jurídico debe considerar una lesión como mortal, también lo es, que en su artículo 305 se establecen otro tipo de reglas, las que, específicamente prevén cuándo una lesión no se tendrá como mortal y de donde se infiere la existencia de concausas preexistentes (No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió: cuando la muerte sea resultado de una *causa anterior* a la lesión), y posteriores (por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos...). Como se puede constatar, de una interpretación literal de los dos artículos se deducen reglas totalmente desiguales para casos diferentes.

Por otro lado, el maestro español, con relación al artículo 304, señala que éste admite la teoría de la *conditio sine qua non*, pues «se estima sin efecto para anular el tipo de homicidio, la concausa posterior de no presentarse oportuno auxilio, y la preexistencia de la personalidad del herido, como su constitución física»⁸²⁸.

Refiriéndose a las reglas contenidas en el artículo 305 las que establecen cuando una lesión no se tendrá como mortal aún cuando muera el

⁸²⁷ Citado por PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, en *Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal*. p. 16.

⁸²⁸ Citado por PORTE PETIT CANDAUDAP, en *Derecho penal*...p. 287.

que la recibió. El penalista español, esboza dos hipótesis, la primera se refiere a la fracción I, de este artículo (No tendrá como mortal la lesión aunque muera el que la recibió: I. Cuando la muerte sea resultado de una causa anterior y sobre la cual ésta no halla influido) manifiesta que «más bien se que referirse a concausas, legisla sobre las nuevas series causales»⁸²⁹.

De acuerdo con lo anterior, nos tendríamos que preguntar ¿qué se entiende por concausa? Pues como ha quedado asentado las concausas han sido definidas por SOLER, como el: «*fenómeno que, al actuar juntamente con la acción del sujeto, lleva a consecuencias que no corresponden al curso normal y ordinario de los procesos de ese tipo*»⁸³⁰.

Asimismo, al analizar la estructura de la moderna imputación objetiva, vimos que tanto ROXIN como JAKOBS, señalan que al hacer el juicio de desvalor del resultado, se verifique la existencia de la relación entre el riesgo creado y el resultado típico, pues en caso de existir otros riesgos o factores ajenos a la voluntad del primer concausante, que interrumpan o desvíen el curso causal, no se le puede atribuir éste el resultado típico.

Recordemos, que esta regla, excluyente de la imputación fue un merito de la teoría de la adecuación, precisamente por inquirir respuestas al margen de los conceptos de las ciencias naturales, y contrario a lo sostenido por la teoría de la equivalencia de las condiciones, la de la adecuación afirma que no todas las condiciones tienen el mismo valor causal, por lo que se deberá de determinar cuál o cuáles de ellas fueron la condición o condiciones adecuadas para producir el resultado, de ahí, es donde prácticamente surgen las concausas, y que al estudiarlas separadamente se tendrán que verificar cuál de ellas, acorde a la experiencia podrían causar un resultado lesivo, de aquellas que también por la experiencia eran irrelevantes para el propio resultado.

Extrapolando lo anterior, al contexto de las reglas que se analizan, tendremos que las causas relevantes serían las previstas por el artículo 303, en

⁸²⁹ Citado por PORTE PETIT CANDAUDAP, en *Derecho penal...*p. 287.

⁸³⁰ SOLER, *Op. cit.* p. 365 (cursivas en original).

tanto, que la última parte del 305 prevé la exclusión de tipo al primer concausante: cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no halla influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon. Por lo que la teoría de la causalidad adecuada deja –como previene HIPPEL– «subsistente la lógica de la mera condición, pero da ella, sobre la base de la experiencia, la limitación lógica y segura. Más como adecuación implica idoneidad, necesario es determinar los criterios y circunstancias que han de normar el juicio sobre la idoneidad de la conducta»⁸³¹.

La segunda hipótesis, la formula sobre la base de la fracción II del citado artículo 305, manifestando «Debemos confesar que esta parte es por demás contradictoria con el criterio que consideramos predominante en el Código de México, pues en efecto, a pesar de haber dicho, en la fracción primera del artículo 304, que se tendrá como mortal una lesión “aunque se pruebe” “que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos”, con lo que parece rechazarse tácitamente la causa sobreveniente (sic), la última parte del artículo 305 da valor de concausa eficaz, o mejor de una nueva serie causal, a los acontecimientos posteriores: “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 o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon»⁸³².

Tomando como marco de referencia las anteriores hipótesis, procederemos a solucionar dos casos imaginarios: en la primera hipótesis, Pedro con su bicicleta le pega imprudentemente en el abdomen a Felipe, pasan los días y Felipe continua con el dolor en el estomago, ante un posible daño mayor, accede ser intervenido quirúrgicamente, al abrir el abdomen los médicos se dan cuenta que tiene un cáncer avanzado, por lo que no resiste la

⁸³¹ Citado por JIMÉNEZ HUERTA, en *Derecho penal...* p. 181.

⁸³² Citado por PORTE PETIT CANDAUDAP, en *Derecho penal...*p. 288.

operación y muere. Conforme al ámbito de la teoría de la *conditio sine qua non*, confirmamos que entre la herida – motivo de que lo operaran– y el resultado existe un nexo causal, y, por tanto, al tener el mismo valor causal todas las condiciones, Pedro deberá de responder por la muerte de Felipe, aún cuando, en realidad fue la causa preexistente la que determinó el resultado.

Sin embargo, atendiendo el sentido teleológico de la fracción I, (cuando la muerte sea resultado de una causa anterior y sobre la cual ésta no halla influido), la muerte es resultado de una causa anterior, por tanto, no se le imputa penalmente el mismo a Pedro.

En cuanto la segunda hipótesis no se podría hablar propiamente de una nueva serie causal, por qué tendríamos que preguntarnos ¿cuándo finaliza la primera causa? ¿Cuándo inicia la segunda) o finalmente ¿Cuándo se interrumpe el nexo de causalidad entre la primera y la segunda? Pues como señala ROXIN, un nexo conforme a las leyes naturales existe o no existe, pero no se puede interrumpir, luego, «El carácter anómalo o inusual de un nexo condicional no tiene influencia sobre la causalidad. Si p. ej., A incita a B a dar un paseo, en el que B, es mortalmente atropellado por C. A es exactamente igual de causal respecto de la muerte de B, por mucho que no pudiera prever el curso de los acontecimientos. O si alguien lesiona a otro y éste muere posteriormente en el hospital por la anestesia, por un fallo medico e incluso por un incendio en el hospital no obstante el lesionado es causa de la muerte»⁸³³.

Siguiendo al maestro español PORTE PETIT, con relación a la *conditio sine qua non* asienta «Esta teoría, desde el punto de vista lógico se considera irrefutable, irreprochable, verdadera. Nadie puede negar que si se suprime una de las condiciones, el resultado no se produce, o sea que no se concibe el resultado, si no es por la concurrencia de todas las condiciones»⁸³⁴.

⁸³³ ROXIN, en *Derecho penal...* §11/23, p. 355.

⁸³⁴ PORTE PETIT CANAUDAP, en *Derecho penal...* p. 267. Sobre el nexo causal Glaser, ya desde 1858 había anotado que «Hay...un punto de apoyo seguro para examinar el nexo causal: si se intenta suprimir mentalmente el supuesto originante de la suma de los acontecimientos y entonces se ve que a pesar de eso se produce el resultado, pero a pesar de eso la serie sucesiva de las causas intermedias sigue siendo la misma, está claro que el hecho y su resultado no pueden reconducirse a la eficacia de esa persona. Si por el contrario se ve que, si se suprime mentalmente a esa persona del escenario del acontecimiento, el resultado no se podría producir en absoluto o que se hubiera tenido que producirse por otra vía

Tales afirmaciones, son inconsistentes y por sus propios argumentos se caen, pues como atinadamente ha señalado entre otros el penalista PAVÓN VASCONCELOS, que aplicando el método de suprimir en mente el resultado, irremediamente nos conducía a un *regresum ad infinitum*⁸³⁵, sin poder llegar a establecer al final cuál fue la condición que se realizó en el resultado.

De igual forma, PORTE PETIT, coincide con la postura del maestro JIMÉNEZ DE ASÚA, al señalar que de acuerdo a la última hipótesis contenida en la fracción I del artículo 303 (Lesión mortal, cuando la muerte se deba a alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse por ser incurable o por no tener los recursos necesarios), «se nota claramente que funciona la teoría de la equivalencia de las condiciones, puesto que, no obstante la concurrencia de causas como “no poderse combatir la lesión por ser incurable” o por “por no tener al alcance, los recursos necesarios”, se tendrá a la lesión como mortal Obsérvese por tanto que estas concausas no destruyen el nexo causal, es decir son irrelevantes para el resultado producido»⁸³⁶.

Finalmente, CARRANCA TRUJILLO/CARRANCA RIVAS, en sentido más general afirman que «En nuestro derecho ha tenido cabida la teoría de la equivalencia de las condiciones, resumida en el conocido aforismo *causa cause est causa causati*»⁸³⁷.

Es innegable que tanto la postura como los argumentos difundidos por los anteriores autores, han influido destacadamente para imputar un resultado de homicidio por lesiones en la praxis judicial, pues todos ellos fueron adoptados por la siguiente ejecutoria pronunciada por la Primera Sala de la SCJ, en 1981:

«HOMICIDIO. TEORIA DE LA CONDITIO SINE QUA NON O DE EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES (LEGISLACION DEL ESTADO DE

totalmente distinta: entonces está justificado con toda seguridad considerarlo como efecto de su actividad». ROXIN, en *Derecho penal...* 11/7 pp. 348–349.

⁸³⁵ Vid ejemplo de PAVÓN VASCONCELOS, *supra*, 1.1 p. 10.

⁸³⁶ PORTE PETIT CANDAUDAP, en *Dogmática sobre...* p. 17. La irrelevancia de la “concausa” puede encuadrar en la primera hipótesis del artículo 10 del Cpmich); este concepto de lesión mortal afortunadamente ha sido abandonado por el Cpdf.

⁸³⁷ CARRANCA TRUJILLO/CARRANCA RIVAS *Op. cit.* p. 283.

VERACRUZ). El Código Penal para el Estado de Veracruz anterior al vigente contenía las siguientes disposiciones: "230.– Para la imposición de las sanciones que correspondan al delito de homicidio, se tendrá como mortal una lesión si concurren las siguientes circunstancias: I. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, a alguna de sus consecuencias inmediatas o a alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios; y II. Que la muerte del ofendido ocurra dentro de los sesenta días siguientes al en que fue lesionado". "231.– Siempre que concurren las circunstancias señaladas en el artículo anterior, se tomará como mortal una lesión, aunque se pruebe: I. Que se habría evitado la muerte con auxilio oportuno; II. Que la lesión no habría sido mortal en otra persona; o III. Que lo fue a consecuencia de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión". "232.– No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió, cuando la muerte sea el resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual esta no halla influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, ajenas a su proceso evolutivo normal". Estos preceptos recogen la teoría de la *conditio sine qua non*, o de equivalencia de las condiciones, estimando mortal una lesión cuando constituye antecedente necesario de la muerte resultante; y la concausa posterior como es la inoportuna prestación de los auxilios médicos adecuados, no elimina el tipo de homicidio. Según esta teoría, toda condición del resultado típico es equivalente y debe conceptuarse causa de ese resultado; la relación causal se determina si, prescindiendo imaginariamente del antecedente, subsiste el resultado. Tal ocurre en un caso, si no es imaginable que una infección se hubiere presentado, en ausencia de la lesión que ocasionó el inculpado. Luego, desde este punto de vista, la lesión sí guarda una relación de causalidad con la muerte ocasionada. Enfocando la situación desde otro ángulo, debe considerarse que la muerte se debió a una derivación de la misma lesión, aunque posiblemente en el caso particular pudiera haber sido curable, si no lo fue por carecerse de los recursos necesarios. Entonces, queda debidamente establecida la conexión sucesiva que se presenta entre lesión–infección–muerte. Por otra parte, si la muerte del ofendido ocurrió dentro de los sesenta días siguientes al en que fue lesionado, se integran los supuestos que refiere el artículo 230 del Código Penal del Estado, para estimar mortal una lesión. Con referencia a lo dispuesto por el artículo 231 del mismo Código, aun cuando estuviera acreditado que la muerte se habría evitado con auxilio oportuno y adecuado, el dispositivo acabado de invocar previene que esta circunstancia no impide considerar como mortal a la lesión. Cuando el artículo 232 del ordenamiento legal que se viene citando, indica que no se considerará como mortal la lesión cuando ésta se hubiere agravado por causas posteriores, ajenas a su proceso evolutivo normal, no se refiere a la omisión en la atención oportuna y adecuada del lesionado, que en su caso habría evitado la muerte, porque esta circunstancia, como se dijo, no impide considerar como mortal a la lesión, de acuerdo con la fracción I del artículo 231. Luego, esa causa posterior será aquella atribuible al propio paciente o a terceros, autónoma de la lesión original, que genera una relación causal independiente y produce como resultado la muerte, por haber agravado la lesión y alterada la evolución normal de ésta; de manera que si en el caso considerado, no está demostrado que el cuadro infeccioso fuera producido por injerencia de causas posteriores y si al decir de los médico legistas, toda herida, por superficial que sea, está expuesta a una infección de ese tipo, ésta formó parte del proceso normal evolutivo de la lesión que particularmente

resintió el ofendido, aun cuando no sea la consecuencia general en todos los casos y debe estimarse como mortal»⁸³⁸.

Contrario a la postura fijada por los anteriores penalistas, JIMÉNEZ HUERTA desde la perspectiva de la teoría de la causalidad adecuada rebate sus argumentos, en los siguientes términos⁸³⁹:

«Los artículos 303, 304 y 305 del Código Penal hacen mención del problema causal en orden al homicidio. Es, en primer término, preciso subrayar, para demostrar que el sistema seguido por el Código es el de la *causalidad adecuada* y no el de la *conditio sine qua non*»⁸⁴⁰.

En efecto –continúan el maestro, «en la fracción I del artículo 303, interpretado a *contrario sensu*, implícitamente se acepta la 'concausa consistente en hechos posteriores a la lesión inferida por la conducta humana. Estas concausas son aquellas que operan cuando la muerte no "se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, o a alguna de sus consecuencias inmediatas o a alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pueda combatirse, ya sea por ser incurable –incurabilidad es exponente y antecedente de letalidad–, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios" –letalidad en el caso concreto–. Para demostrarlo, recordemos el ejemplo; tantas veces mencionado, de la persona lesionada que fallece a consecuencia del incendio del hospital o de un accidente de tránsito acaecido cuando era trasladada al puesto de socorro. En estos casos, conforme a la fracción I del artículo 303, queda excluido el nexo causal entre la lesión que infirió el sujeto ' y el resultado de muerte acaecido, no obstante que la conducta del que hirió fue *conditio sine qua non* de la muerte. La interrupción del nexo se produce por la concurrencia de *la concausa consistente* en el incendio o en el choque de vehículos, ya que en estas hipótesis, la muerte no se debe como exige la fracción y artículo mencionados, "a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, a alguna de sus 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"»⁸⁴¹.

De manera explícita se acepta la concausa en el artículo 305. 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 o imprudencias del paciente o de los que le rodearon"» En todas estas hipótesis, es evidente que no obstante ser la lesión *conditio sine qua non* de la muerte, ésta no es materialmente atribuible al autor de la lesión⁸⁴².

⁸³⁸ Semanario Judicial de la Federación Primera Sala., Séptima Epoca. Volumen 151–156 Segunda Parte. Pág. 60.

⁸³⁹ Dada la importancia que tiene para el presente trabajo estos argumentos me he permitido transcribirlos literalmente.

⁸⁴⁰ *Op., cit.* p. 189.

⁸⁴¹ *Idem*, p. 191.

⁸⁴² *Idem*, pp. 191–192.

Y así, según el artículo 304, ninguna trascendencia tiene para excluir el nexo causal entre la lesión y la muerte, el que se pruebe "que se habría evitado la muerte con los auxilios oportunos" (fracción I); "que la lesión no habría sido mortal en otra persona" (fracción II) o "que fue (mortal) a causa de la constitución física de *la* víctima o de las circunstancias en que recibió la lesión (fracción III)»⁸⁴³.

No carece el sistema del Código de razón y de lógica. El examen del conjunto de disposiciones que hemos analizado permite concluir, que la adecuación que debe concurrir en el nexo causal entre lesión y muerte es la racional *del caso concreto*. En efecto: declara la fracción I del artículo 303 inoperantes para interrumpir el nexo causal, las concausas; supervivientes que se hallen respecto a la acción en una situación de dependencia y homogeneidad tal, que puedan estimarse como *su* desarrollo normal y ordinario, por ser *consecuencias o complicaciones* normales de la propia lesión y estar respecto a la *misma* en la línea evolutiva del peligro iniciado; declara también intrascendentes para negar la adecuación del nexo causal las especulaciones abstractas y generales a que hace referencia en sus tres fracciones el artículo 304; y, finalmente, acepta en la ya citada fracción I del artículo 303 y en el 305 el valor pleno que para negar la relevancia jurídica del nexo causal tienen las concausas que, respecto a la lesión, no impliquen "alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión" (fracción I del artículo 303), o consistan en "la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que le rodearon" (artículos 305), ya que *en* todas estas hipótesis las concausas concurrentes presentan un acusado carácter de heterogeneidad respecto a la causa puesta por el sujeto activo, y, en consecuencia una determinada autonomía que en el sistema de la ley opera con propia y diversa eficacia, pues produce el efecto de excluir el curso causal puesto en movimiento por la conducta del agente, y devenir el mismo en simple ocasión.

Las líneas que inspiran el sistema son, a nuestro juicio, las que perfilan los contornos de los que hemos llamado la *adecuación racional del caso concreto*. Para establecer esta adecuación racional del caso concreto, se ha de proceder, en primer termino, a comprobar que la conducta humana es *conditio sine qua non* del resultado material, ya que si la conducta no es *conditio sine qua non* de dicho resultado, podemos afirmar la inexistencia de un nexo causal entre ambos y, en consecuencia, que el resultado concreto no es atribuible al sujeto que efectuó la conducta. Una vez comprobado que la conducta ha sido *conditio sine qua non* del resultado, preciso es dilucidar si el nexo causal que liga a ambos términos de la relación, es, en el caso concreto, racionalmente adecuado para producir dicho resultado, según la figura típica en la que el resultado halla su relevancia penal. Es racionalmente adecuado el nexo causal cuando el resultado acaecido se encuentra frente a la conducta del sujeto en una relación de homogeneidad; esto es, cuando se halla dentro de la línea del peligro que la acción inició y es su efecto normal y ordinario, dadas las circunstancias del caso concreto, aunque su producción fuere rara, con tal de que no implique algo del todo excepcional; es inadecuado cuando, por el contrario, se presenta con caracteres de heterogeneidad frente a la conducta del agente; implica algo del todo excepcional respecto al ritmo normal de la vida, y es oriundo de otras concausas que, respecto a la conducta del agente, tienen determinada autonomía»⁸⁴⁴.

⁸⁴³ *Op., cit.* p. 192 (cursivas en original).

⁸⁴⁴ *Ibidem.*

Con los anteriores argumentos, sin duda alguna, para JIMÉNEZ HUERTA, al prever el artículo 305 la posibilidad de una concurrencia de causas, es claro que ya la norma *no a todas* les otorga el mismo valor causal, sino, *sólo una de ellas* tendrá que ser la adecuada para producir el resultado lesivo, que no siempre puede ser atribuible al causante del riesgo primario. En efecto, para la doctrina de la adecuación, un hecho preexistente, simultáneo o superviniente a la conducta del sujeto hace surgir consecuencias extraordinarias y excepcionales que en el curso normal de los hechos análogos no se derivan de la acción del sujeto. La conducta es adecuada al resultado, siempre que dadas las circunstancias en que fue realizada, tiene en sí una cierta probabilidad y posibilidad de determinarlo. No puede atribuirse al agente las consecuencias de su acción que impliquen algo fuera de lo ordinario y de lo normal. La obra de otros coeficientes causales diversos de la acción –concausas– no excluye la adecuación de la acción, cuando ésta, en el caso en concreto, integrándose con ellos ha producido el efecto, salvo que el resultado frente a la acción tenga un carácter totalmente extraordinario, anormal e incalculable⁸⁴⁵.

Por tanto, la postura adoptada por el maestro JIMÉNEZ HUERTA, en el sentido de que en el Derecho penal positivo mexicano, acoge los criterios de la teoría de la causalidad adecuada en la solución de los delitos de homicidio por lesiones, por lo que no tiene preeminencia la teoría de la *conditio sine qua non*, pues ésta sólo es necesaria para acreditar el hecho, más no para imputar el resultado.

En igual sentido se pronuncia MIR PUIG, cuando afirma «la doctrina formuló una teoría, que, pese a presentarse originalmente como una teoría de

⁸⁴⁵ Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, *Op., cit.* p. 182, en el mismo sentido *Vid.* ISLAS de GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, en *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, p. 79 «El nexo causal está expresamente regulado en los artículos 303–I, 304 y 305, los cuales son innecesarios en razón de que el nexo causal está contenido en el artículo 302. Según el 302, de todos los factores “causales”, interesa únicamente la actividad del autor material que satisface la propiedad de privar de la vida a otro. Los factores que no sean actividad del sujeto activo, así como la actividad de este último que no satisfaga la propiedad señalada, son irrelevantes para el tipo penal», en otras palabras para esta autora no basta el simple nexo de causalidad para imputar el resultado al autor de una lesión, sino esa lesión halla sido la que normativamente ejecuto el verbo “privar” de la vida, y por ende se infiere la presencia de otras posibles causas ajenas al autor inicial. Al parecer aún cuando resulta ser muy ambiguo DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Código penal federal con comentarios*, p. 491 «La fracción I, (del artículo 303 Cpf.) en base a la teoría de la causalidad adecuada o *conditio sine qua non* (sic)... cuando la lesión recibida por la víctima sea causa eficiente (sic) de su muerte... ».

la causalidad. Hoy se admite como una doctrina que no afecta el concepto de causa, sino que debe operar después de constatada la causalidad. Sobre la base de la teoría de la adecuación se halla en proceso la elaboración de la actual teoría de la imputación objetiva»⁸⁴⁶.

En la misma línea se pronuncian los maestros alemanes ROXIN y JAKOBS, el primero deduce que la «...concordancia de la teoría de la adecuación con la de la imputación objetiva no es ninguna casualidad, porque, en realidad, la teoría de la adecuación, como se ha reconocido desde hace tiempo, no es una teoría causal, sino una teoría de imputación. Ella no afirma nada sobre la lógica relación de causa–efecto, sino que responde a la cuestión de cuáles condiciones son relevantes jurídico–penalmente»⁸⁴⁷. En tanto que el segundo, sugiere que no hay que olvidar que el intento más importante de limitar a la causalidad a la imputable objetivamente se llevó a cabo justamente por la teoría de la adecuación principalmente en los delitos cualificados por el resultado⁸⁴⁸.

Consecuente con los anteriores razonamientos y congruente con la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado, la que básicamente sostiene que no es suficiente constatar la relación de causalidad para importar un resultado, sino se requiere un juicio de valoración normativa conforme a los fines de la política criminal, tanto de la conducta (creación de un riesgo no permitido), como del resultado (realización del riesgo en el resultado, ámbito de protección de la norma, etc.), a fin de determinar si el agente con su conducta mató, lesionó o causó daño en el sentido de la ley y no en el sentido de la causalidad⁸⁴⁹.

En este tenor, siendo la valoración normativa la principal característica de la moderna imputación objetiva del resultado como un excluyente del tipo,

⁸⁴⁶ *Op. cit.* 10/35 p. 227., en el mismo sentido LÓPEZ DÍAZ, resalta que por ello que en la actualidad se afirma que la teoría de la adecuación no pertenece, a las teorías de la casualidad, sino a la doctrina de la imputación. *Op. cit.*, p. 43.

⁸⁴⁷ Citado por FIEJÓO, en *Resultado lesivo e...* p. 181 (nota83).

⁸⁴⁸ *Cfr.* JAKOBS, *Derecho penal...* II/1 30 p. 238.

⁸⁴⁹ *Vid.*, ROXIN, en *Derecho penal...* §11/1, p. 345.

debe –como sostiene el maestro español GIMBERNAT–⁸⁵⁰, «reunir toda una serie de criterios normativos excluyente de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquélla –desde la causalidad hacia la acción– sin encontrar un lugar sistemático correcto. Estos criterios, extraídos todos ellos de consideraciones normativas, permiten fundamentar por qué la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo–y, en su caso, elementos subjetivos de lo injusto–, infracción de deber de cuidado, resultado típico); permiten fundamentar por qué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, sino concurre también –lo cual se determina sobre la base de consideraciones sobre lo qué es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que debe informarle– la imputación objetiva...(por tanto) La imputación objetiva es, pues y *positivamente*, un elemento normativo del tipo. Y, *negativamente*, un elemento del tipo que se distingue de *todos los restantes* en que, mientras que éstos son mencionados *expresamente* por la Ley⁸⁵¹, a la imputación objetiva la Ley no la alude para nada (a pesar de lo cual y no obstante, es un elemento del tipo). –En consecuencia– desarrollando esa característica negativa de la imputación objetiva, se puede determinar ya aquello que no es; no es la acción, ni la causalidad, ni el resultado típico, porque todos esos elementos vienen expresamente descritos en las normas penales»⁸⁵².

Conforme los anteriores argumentos, al no estar expresamente previstos por la norma los criterios de imputación objetiva, al ser los tipos penales elementos normativos, los principios de la imputación objetiva se deducen de

⁸⁵⁰ GIMBERNAT, “¿Qué es la imputación objetiva? “en *Estudios de derecho...* p. 212. O bien, «La imputación objetiva sirve para limitar la responsabilidad penal. En su actual configuración constituye un mecanismo para determinar el comportamiento prohibido y por ende es una teoría general de la conducta típica, Explica los fundamentos del delito de acción y omisión, la teoría de la tentativa, de la participación delictiva, así como el tipo objetivo del doloso y culposo» LÓPEZ DÍAZ, *Op., cit.*, pp.55–56 o finalmente la imputación objetiva es entendida como un conjunto de principios y reglas sistemáticas –o cuya sistematicidad se pretende lograr– mediante los que se normalizan las descripciones típicas puramente causales. *Vid.*, CANCIO MELÍA,/FERRANTE/SANCINETTI, *Op., cit.* p. 36 p. 79.

⁸⁵¹ Por lo que no hay que confundir la exclusión del tipo con las excluyentes de responsabilidad *Vid.*, artículo 12 del Cpmich.

⁸⁵² En la misma dirección TORIO LÓPEZ, sostiene «la imputación objetiva... debe se entendida como un concepto teleológico normativo. La valoración normativa, es sin embargo, el centro de gravitación del concepto... En último término, la imputación objetiva es caracterización como antinormativo del comportamiento. Ahora se trata de la formulación de un *juicio de valor* en el que se decide la antinormatividad del comportamiento, es decir, el contraste del comportamiento con la norma jurídica». Citado por RUEDA MARTÍN, *Op., cit.*, pp. 120–121 (cursivas en original).

ellos. De esta manera, la tesis aquí defendida, estriba precisamente de que de una interpretación sistemática de lo previsto por los tipos penales (Parte Especial) con el contenido de las reglas de imputación previstas en la Parte General (especialmente en el Cpmich.), sin duda alguna se pueden extraer esos principios o criterios estándares expuestos por la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado, las cuales pueden ser aplicadas en la solución no sólo en los delitos de homicidio por lesiones, sino en todos aquellos delitos de resultado, como lo vimos al momento de examinar las reglas generales al inicio de este Capítulo.

2ª. Congruente con lo anterior, en este punto, analizaremos especialmente las reglas de imputación, a partir de una *interpretación sistemática* de las reglas contenidas en la Parte Especial con el sentido teleológico de las previstas en la Parte General del Cpmich, con las que se demostrará la postura aquí adoptada de que de esas reglas subyacen criterios o principios postulados por la moderna imputación objetiva del resultado.

En efecto, la interpretación del Derecho como concepto unitario que representa no puede hacerse únicamente de forma gramatical o aislado, sino sólo mediante la interpretación sistemática, se podrá deducir el verdadero sentido de un precepto jurídico, es decir de la interpretación que se haga conjuntamente con otros dispositivos legales, nos permite no sólo conocer las directrices lógicas de los mismos, sino además el sentido teleológico que les confiere el legislador.

En conexión con lo anterior, MIR PUIG, a dicho «Por una parte, **no todo enunciado legal expresa una norma jurídica completa**. En el Código penal, no suelen transmitir mensajes prescriptivos completos en las disposiciones del Libro I, destinado a la Parte General. Tales disposiciones tienen una función de precisar los alcances de los preceptos de la Parte Especial del Código penal – los que `prevén los delitos y las penas—»⁸⁵³. Así por ejemplo; el artículo 10 del Cpmich., contiene los presupuesto por lo que una persona puede ser

⁸⁵³ *Op. cit.* 2/3 p. 27 (negritas en original).

penalmente responsable, o el artículo 12 especifica las causas excluyentes de incriminación (causas de justificación). Pero ello –añade el maestro español–, indica, además que tampoco los preceptos definidores de los diferentes delitos determinan por sí solos todos los extremos de las normas penales, cada una de las cuales surge, pues, de la **puesta en relación de varios enunciados legales**»⁸⁵⁴. De ahí su carácter valorativo.

Las razones arriba expuestas ponen de relieve, la importancia de la valoración de la normativa del hecho como juicio axiológico entre el resultado y su causante. Pero, ¿por qué un juicio axiológico?, porque la norma penal, como norma motivadora que es, tiene como finalidad justamente motivar a sus destinatarios para que se comporten conforme a ella *so pena* de ser sancionados. Pero a la vez, esa norma penal al formar parte de las ciencias culturales –no naturales–, como los son la religión, la economía, la sociología, etc., al igual que ellas, tiene que ser valorada por el operador jurídico, pues, aunque imperativas que son, presuponen determinadas valoraciones –es así porque el legislador no puede prever todos los casos que se puedan presentar en lo futuro o los cambios que la sociedad presente del momento de la promulgación de la norma a la actualidad), y no sólo la concreta valoración de las conductas prohibidas, sino de aquellas otras más generales, como por ejemplo; la valoración positiva de los bienes jurídicos–penales, valoración del ser humano en su comportamiento, etc.⁸⁵⁵.

Primer principio: creación de un riesgo no permitido.

⁸⁵⁴ MIR PUIG, *Op. cit.* 2/3 p. 27 (negritas en original).

⁸⁵⁵ Sobre las normas de valoración o normas de determinación *Vid.*, ampliamente MIR PUIG, pp. 36 y ss. Los juicios de valor pueden ser positivos o negativos, por ejemplo; en la norma penal, una lesión tipificada como delito, supondrá, por una parte la valoración negativa del resultado de lesión. Cuando la lesión no es imputable objetivamente a una conducta típicamente relevante (por ejemplo; la muerte por enfermedad o por accidente fortuito) es disvaliosa jurídicamente pero no específicamente para el Derecho penal. Cuando la lesión es imputable objetivamente a un tipo de delito, tanto el desvalor objetivo de la conducta como el desvalor del resultado que ello requiere constituyen valoraciones específicas del Derecho penal. También es jurídico–penal la valoración negativa que supone, si se da, el desvalor subjetivo de la conducta correspondiente a la parte subjetiva de un tipo de delito... Por ello explican, por sí mismas, el significado específico de los dos niveles de imputación objetiva (imputación de la conducta e imputación del resultado) y el nivel siguiente que es la imputación subjetiva. Si concurren todas, se añadirá a la valoración correspondiente la tipicidad completa. Para mayor detalle *Vid.* MIR PUIG, en *Valoraciones, normas y...* p. 11 y ss

Este principio o criterio se deduce que el Derecho penal sólo prohíbe conductas y no resultados (el delito sólo puede ser por acción u omisión). Pero no todo tipo de conductas –por ejemplo los riesgos permitidos–, sino aquellas que son relevantes –y no toleradas socialmente– que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico protegido penalmente. En consecuencia, sanciona los riesgos no permitidos o socialmente adecuados.

Segundo principio. La realización del riesgo no permito en el resultado. Principio que se infiere de las siguientes consideraciones legales.

Por razones metodológicas examinaremos detalladamente el contenido de los artículos 261 y 262 del Cpmich., equivalentes al texto de los artículos 303 y 304 del Cpf., siendo los primeros correlativos a lo dispuesto 124 del Cpdf. Cabe aclarar que como anteriormente se dijo el artículo 263 del Cpmich., fue derogado, en su lugar nos remitiremos al estudio del numeral 305 del Cpf.,

«Artículo 261. Para la aplicación de las sanciones que correspondan al delito de homicidio, se tendrá como mortal una lesión⁸⁵⁶, cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:

I. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, a alguna de sus consecuencias inmediatas o a alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios;

De entrada, observamos como la fracción transcrita expresamente prevé como requisito para que una lesión sea considerada como mortal la condición de que este se «se deba a», es decir, que no toda relación de causalidad que exista entre la acción y el resultado tiene que ser imputado penalmente al causante del riesgo creado, sino que, en esta supuesto esa imputación está condicionada a otros factores que torna la lesión en mortal. Por consiguiente, la influencia de esos factores determina la relación del riesgo en el resultado. Relación que es fundamental en la moderna teoría de la imputación objetiva,

⁸⁵⁶ GONZÁLEZ DE LA VEGA, al hacer el estudio de la fracción I del artículo 303 del Cpf. (correspondiente al 261 que se comenta), ha dicho sobre: las *lesiones mortales* (frac. I.) son las que por sí solas, por sus consecuencias inmediatas, o por su concurrencia con otras causas anteriores o posteriores en las que influyen, produce la muerte. La muerte por concurrencias de lesiones y otras causas es imputable al autor de las situaciones previstas en dicha fracción. *Vid.*, a detalle GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código penal comentado*, p. 409. (cursivas en original).

así MIR PUIG, a dicho «En los delitos de acción... la teoría de la imputación objetiva exige: a) *la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*, b) *que se realice en el resultado*»⁸⁵⁷.

Siguiendo la secuencia del artículo que se comenta, se presentan tres hipótesis en la cuales una lesión es considerada como mortal o en otras palabras cuándo el riesgo se realiza en el resultado, esto es, cuando se deba:

a) A las alteraciones por la lesión en el órgano u órganos interesados.

De donde se infiere la existencia de una lesión previa, es decir, el causante creó un riesgo (si fue o no permitido, eso se verá al efectuar el juicio de desvalor de la conducta) para un bien jurídico; ese riesgo creado, se manifiesta en ciertos miembros que lo potencializan alterando las funciones normales de los órganos vitales, o bien, acelerando la disfunción de los mismos, por tanto, el riesgo creado por el causante se realizó en el resultado ilícito y por ende se le debe imputar al causante. Dicho de otro modo, en palabras de ROXIN «el presupuesto para la existencia de un nexo causal es, naturalmente, que la originaria acción dirigida a un determinado resultado también halla continuado operando realmente hasta la producción del resultado, es decir que halla llegado a ser realmente causal, y que p. ej., el posterior suceso dirigido al mismo resultado no halla eliminado esa continua operatividad y no concurra con independencia de la acción que se enjuicia y abriendo una nueva serie causal, halla provocado el resultado»⁸⁵⁸.

b) Cuando la muerte se deba a una de sus consecuencias inmediatas.

⁸⁵⁷ *Op. cit.* 10/46, p. 231 (cursivas en original). Principio exigido no sólo por la moderna imputación objetiva, pues, ya HONIG, *Vid., supra* 2.1.2 pp. 49 y ss. lo había previsto al estructurar su tesis, que fundamenta esencialmente en la relación que debe existir entre la conducta del causante con el resultado típico.

⁸⁵⁸ En *Derecho penal...* § 11/26 p. 357. Con lo anterior, se confirma que la moderna teoría de la imputación objetiva no pretende ni apuesta a sustituir a la relación de causalidad, de la *conditio sine qua non*, como fundamento para imputar un resultado, sino que la misma reconoce que, el nexo causal un requisito necesario, pero no suficiente, para lo cual desde un criterio normativo trata de limitar sus alcances naturales de esa relación causal. De ahí, que, en los delitos que requieren de un resultado separado (no sólo de una lesión jurídica), siempre que falte la relación de causalidad con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, faltará la imputación objetiva *Cfr.* MIR PUIG, *Op. cit.* 10/46 p. 231.

Entre la hipótesis contenida en el anterior inciso y la prevista en éste, no se presenta una diferencia sustancial, sino de temporalidad, esto es, que la lesión en el órgano u órganos interesados no tengan un resultado inmediato. En cambio, en este supuesto, la reacción del riesgo creado es inmediata. Dicho de otro modo: la lesión es mortal por necesidad, no se requiere la presencia de ninguna otra concausa para que se produzca el resultado típico, esto es, la lesión infringida es por sí misma suficiente para producir la muerte, así por ejemplo; un disparó a un órgano vital, como el corazón o el cerebro. La muerte es inmediata.

- c) Lesión mortal, cuando la muerte se deba a alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por:
- 1º Por Incurable
 - 2º Por no tenerse al alcance los medios necesarios.

En esta última hipótesis el riesgo creado complica el funcionamiento normal de la víctima, la diferencia con las anteriores hipótesis, es que en esta, la lesión se torna incurable o, el resultado no se puede evitar por no contar con los medios necesarios.

1º. Por ser incurable. En principio es importante establecer se entiende por lesión y por incurable.

El artículo 269 del Cpmich., define a la lesión como: toda alteración en la salud producida por una causa externa.

A diferencia del Cpf., que define a las lesiones de manera muy ambigua al señalar en su artículo 288

«Bajo el nombre de lesión, se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si sus efectos son producidos por una causa externa»⁸⁵⁹.

⁸⁵⁹ Esta redacción corresponde literalmente a la contenida en el artículo 934 del Código penal de 1871.

Vemos la ambigüedad, ya que en su primer parte, enumera los casos en los que se configura el delito de lesiones, en cambio, al final, generaliza las lesiones como: «... toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si sus efectos son producidos por una causa externa», en la que obviamente quedan incluidas las primeras.

Por su parte, el Cpdf, define las lesiones al igual que el Cpmich., de una forma más amplia, al establecer en su artículo 130:

«Al que cause a otro un daño o alteración en la salud, se le ... »

De este modo, tanto el Cpmich., como el Cpdf., en sus definiciones de lesiones, acogen el sentido semántico de este término, pues, el vocablo lesión, proviene del latín *laesio -onis*; cualquier alteración perjudicial en el cuerpo, particularmente en los tejidos, por causa externa o una enfermedad⁸⁶⁰. Nótese como se habla de causa externa o enfermedad, precisamente esa amplitud la distingue de la expresión herida, que se deriva de «herir» –del latín *ferire*–; causar en un organismo un daño en que hay destrucción de los tejidos, con un golpe, con un arma⁸⁶¹. De lo que se concluye que la lesión es el género y la herida la especie.

Por su parte, es válido reconsiderar la clasificación de las heridas (como una modificación de la salud provenientes del exterior) que en su época hacía CARRARA, en a) *absolutas*, b) *accidentales* y c) *individualmente*.

a) En «las heridas *absolutamente mortales* no puede haber duda sobre el cuerpo del delito ni sobre el título de homicidio, cuando consta que de ellas se deriva la muerte.

b) En las *accidentalmente mortales* se considera injusto al heridor responsable de la muerte ocurrida por un hecho que no fue suyo. Y cuando esta condición accidental no puede referirse ni vincularse al modo de obrar del

⁸⁶⁰ MOLINER, *Op. cit.* segundo tomo pp. 171–172.

⁸⁶¹ *Idem.* primer tomo pp. 1471.

heridor, se dice que no ocurre la esencia del hecho del homicidio, y que el reo debe ser imputado por las *heridas* que causo, no por la *muerte* del herido.

c) En las *individualmente mortales* se distingue si la condición morbosa o anormal del herido había sido o no *conocida anteriormente por el heridor, a lo menos de modo presunto*. Si las conocía antes, se considera como previsible por él la consecuencia letal, y es responsable de *homicidio*; *si no la conocía*, será únicamente responsable de *lesiones*⁸⁶².

Por lo que ve, al significado de la palabra incurable, ésta se utiliza para referirse a lo que es inmedicablemente insanable, pues como su nombre lo indica ya no se puede curar⁸⁶³.

A partir de la definición legal de lesión y de incurable, como requisitos previstos por la última parte de la fracción I del artículo 261 que se comenta, trataremos de resolver los siguientes casos hipotéticos:

a) En el primero, Pericles le dispara a Mateo, la bala le atraviesa la cabeza, provocándole una lesión cerebral que es incurable.

b) En el segundo, Longino es portador del Sida y no se lo comenta a su novia, por lo que al tener relaciones sexuales con ella la contagia –sin que ésta se dé cuenta–, poco después la novia contrae un resfriado que se torna incurable por y muere. En este caso, es obvio, que la lesión fue mortal y no pudo combatirse por ser en sí misma incurable.

c) En el último caso, Pedro es herido (dolosamente) por Juan, la lesión al no afectar ningún órgano de interés, no es en sí grave, pero aún así, lo llevan a “urgencias⁸⁶⁴” en dicha sala había muerto una semana antes una persona de una región tropical. Esa persona había contraído un virus exótico y se fue incubado y desarrollando en la sala de “urgencias”. Bien, ese virus es asimilado

⁸⁶² Cfr., GÓMEZ LÓPEZ, *Op. cit.*, p. 239.

⁸⁶³ MOLINER, *Op- cit.* segundo tomo p. 41.

⁸⁶⁴ Normalmente en la sala de urgencias siempre se encuentran otros pacientes que son atendidos no sólo con motivo de lesiones, sino también de enfermedades graves.

por la herida de Pedro, y como es letal transforma una lesión no-grave en un lesión incurable, ya que por ser desconocido no cuentan con los medios adecuado para combatirlo o anularlo, por consecuencia, muere Pedro.

Aparentemente los anteriores supuestos, conforme a lo descrito por la fracción que se comenta, si duda alguna, pues a Pericles, Longino y Pedro, se les debe imputar el resultado, dadas las circunstancias de cada caso, la lesión, se complicó y fue incurable, por tanto, es inobjetable que entre el riesgo creado por el causante y el resultado existe una relación de causalidad.

Sin embargo, examinados a fondo los tres supuestos podemos comprobar que presentan serias dificultades; el primero en cuanto a la forma de comprobar la muerte de la víctima y el segundo en cuando a la aplicación del *quantum* de las sanciones. El último en cuanto a la concurrencia de riesgos.

a). En efecto, en el primer caso, la pregunta a contestar es ¿cómo se perfecciona el tipo de homicidio “privar de la vida a otro”?; ello en virtud, que, conforme a la Ley General de Salud, existen dos formas de perdida de la vida; la muerte cerebral y la tradicional muerte por pérdida de signos vitales, así el artículo 343: Reformado D. O. 26 de mayo de 2000: ARTICULO «343.– Para efectos de este Título, la pérdida de la vida ocurre cuando: I. Se presente la muerte cerebral, o II. Se presenten los siguientes signos de muerte: a. La ausencia completa y permanente de conciencia; b. La ausencia permanente de respiración espontánea; c. La ausencia de los reflejos del tallo cerebral, y d. El paro cardiaco irreversible».

En este contexto, se deja la inquietud en el tintero: causante de una lesión (dolosa o imprudente) que provoque la “muerte cerebral”, por ser ésta incurable ¿se le imputara el resultado como homicidio o lesiones graves? Pues de una sistemática interpretación del contenido de la fracción III del artículo que se examina (correspondiente a la fracción III del artículo 303 del Cpf.), se desprende, que la certificación de que la fue mortal será después de la autopsia, sujetándose a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el Código de Procesal Penal.

En este sentido el delito de homicidio en el Código de Procedimientos Penales de Michoacán, al disponer en su artículo 110:

«Homicidio.– Los elementos constitutivos del delito de homicidio se tendrán por comprobados con la inspección y descripción del cadáver, hecha en los términos de los dos artículos anteriores, y con el dictamen de los peritos médicos, quienes practicarán la autopsia y se expresarán con minuciosidad el estado que guarda el cadáver y las causas que originaron la muerte...»

Por su parte el Código Adjetivo Federal, en su artículo 171 establece:

«Si se trata de homicidio además de otras diligencias que sean procedentes se aplicará la inspección del cadáver, describiéndosele minuciosamente y se recabará el dictamen de los peritos médicos, quienes practicarán la autopsia y se expresarán con minuciosidad el estado que guarda el cadáver y las causas que originaron la muerte...»

Observamos que en ambos dispositivos se habla de cadáver, es decir, de una persona que ya falleció. Cadáver, del latín *cadáver*, cuerpo muerto⁸⁶⁵, sin vida alguna. Justamente, ese cadáver constituye el elemento objetivo del delito de homicidio, y el dictamen de los peritos rendido después de haber efectuado la autopsia se determinarán las causas de la muerte.

b). En cuanto al segundo, ejemplo, es indiscutible que el Sida es una enfermedad sexual cuyo contagio es externo, y, por tanto, la lesión de la víctima proviene del exterior y es incurable. Sobre la lesión sexual externa, la SCJ, ha sostenido el siguiente criterio.

«**CONTAGIO SEXUAL; CONSTITUYE DELITO DE LESIONES.** Conforme al artículo 288 de Código Penal del Distrito Federal de 1931, bajo el nombre de lesiones se comprende no sólo las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quebraduras, sino toda alteración de la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa; por tanto, el contagio sexual debe considerarse como una lesión, supuesto que constituye una alteración de la salud causada por hechos externos»⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ MOLINER, *Op. cit.* primer tomo pp. 450.

⁸⁶⁶ Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Quinta Época. Tomo: XLIV. Página: 172. No. Registro: 312,400.

En este orden de ideas, a ese tipo de lesiones (Sida) los Códigos penales de Michoacán y Federal⁸⁶⁷, les confiere un tratamiento diverso al que se le otorga a la lesión mortal por incurable la fracción que se comenta. tiene un tratamiento diverso es muy distinto, por ejemplo; el artículo 159 segundo párrafo, del Cpmich., establece:

Artículo 159. Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de esa circunstancia, se le impondrán prisión de tres meses a tres años y de cincuenta a trescientos días multa.

Si la enfermedad padecida fuera incurable, se impondrán prisión de tres meses a diez años y de quinientos a dos mil días multa. Este delito se perseguirá por querrela de la víctima u ofendido (...)⁸⁶⁸.

Como se demuestra en este párrafo se manifiesta la enfermedad incurable como causa de la muerte de la víctima, al igual que la fracción que se comenta, pero a diferencia de aquélla que la penalidad es de quince a treinta años (artículo 264) en ésta vemos que es de tres meses a diez años, además que aquélla se persigue de oficio y ésta por querrela, lo que implica la posibilidad el perdón del ofendido.

Por su parte del Cpf., en el rubro de peligro de contagio, en el artículo 199bis, el cual dispone en su segundo párrafo:

Artículo 199 bis. El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa.

Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión (...)⁸⁶⁹

Es indiscutible que se presenta la misma situación que en el Cpmich., en cuanto a *quantum* de la pena, por homicidio son de doce a veinticuatro años –

⁸⁶⁷ El del Distrito Federal aun cuando contempla en su artículo 158 el tipo de peligro de contagio, y en su segundo párrafo se establece la sanción cuando la enfermedad es incurable, no reciben el mismo tratamiento que el Cpmich., y Cpf., por no prever reglas para los delitos de homicidio por lesiones como las reguladas en estos Códigos penales.

⁸⁶⁸ Cursivas mías.

⁸⁶⁹ Cursivas mías. Tomada del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, Primera Sala Tomo: XLIV. p. 172.

artículo 307–, en tanto, el de contagio es de seis meses a cinco años de prisión).

Pero el tratamiento es más complicado, puesto, que este mismo supuesto, se encuentra además también regulado en su artículo 292 del Capítulo I, Lesiones, en el primer párrafo prevé:

«Artículo 292. Se impondrán de cinco a ocho años de prisión al que infiera *una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable*, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre, cualquiera función orgánica o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible»⁸⁷⁰.

En esta hipótesis el bien jurídico que se protege es la salud, pero también la vida, en cambio la sanción es menor que la prevista para el homicidio, aún cuando, se advierte que se trata de la misma hipótesis “enfermedad incurable” como causa de la muerte.

Así las cosas, desde la perspectiva que me interesa, vemos que la solución no es tan sencilla conforme a la hipótesis de la fracción que se comenta, puesto, que al estar considerada la misma por otros tipos penales, cuando del dictamen médico determine como mortal la lesión (enfermedad) por ser incurable, estaríamos ante la disyuntiva de ¿en cuál de todos los preceptos se ha subsumir el hecho? y por tanto, ¿cuál es la sanción que se deberá de aplicar?

c). En el último caso, nadie duda, que por causa de la lesión provocada por Juan, Pedro fue llevado al hospital en donde contrajo un virus exótico que poco tiempo atrás se había incubado en la sala de “urgencia” y como consecuencia de esa enfermedad a pesar de todos los intentos de los mejores médicos especializados, por tratarse de un virus poco conocido para la ciencia, no tenía los medios adecuados, y la lesión se torna mortal y muere. Cabe preguntar si es dable, conforme el presupuesto que se estudia ¿imputar al Juan el resultado de la muerte de Pedro?. En mi concepto se contestaría tajantemente que NO. Pues de lo contrario, no sólo se aceptaría la teoría de la

⁸⁷⁰ Cursivas mías.

conditio sine qua non en su época más dura (todas las condiciones –sin excepción– tienen el mismo valor causal en resultado), sino inclusive se estaría aceptando la sanción penal medieval, *versanti in re illicita casus fortuitus imputatur*, que se aplicaba al autor de una conducta lesiva, aunque el resultado no hubiese sido producida por la misma e incluso hubiera sido consecuencia de un caso fortuito e impredecible, pero además con ello, se vulneraría el principio de *in dubio pro reo*.

Por consiguiente, «esta regla de imputación discrepa de la teoría de la imputación objetiva no sólo en cuanto a la perspectiva de la solución propuesta –causalidad versus normativista– la que obviamente negaría el necesario nexo entre la acción y el resultado en los supuestos en los que conforme al texto del artículo 10 aparentemente deberían afirmarse»⁸⁷¹. Esto como consecuencia de que, a diferencia del Cpf., que regula los casos en que se considera como no-mortal una lesión (artículo 305), en el Cpmich., el artículo equivalente (263) fue derogado, motivo por el cual se tenga que realizar un interpretación sistemática entre las reglas contenidas en el párrafo tercero del artículo 10 con las especiales prevista en los numerales 261 y 262 –sin perder de vista que dicho párrafo es posterior a esos artículos– lo que se concluye que si el virus fue la concausa posterior que convirtió en mortal una lesión no-grave que no pudo combatirse por ser incurable, aplicando la segunda parte del citado artículo 10, es obvio que esa ya no se hablaría de concausa propiamente sino de una causa adecuada para la producción del resultado.

En este sentido ROXIN ha dicho, falta el nexo causal si una serie causal puesta en marcha es “interrumpida”, “adelantada” por otra serie de actos posteriores de modo que la primera condición ya no es operativa y por tanto, ya no se halla en un nexo de causalidad conforme a leyes con el resultado⁸⁷². De ahí que una vez demostrado que fue el virus el que causo la muerte de Pedro, el juzgador tendrá que excluir la relación de causalidad y por consiguiente la imputación al causante de la lesión.

⁸⁷¹ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, en *Principales reglas de imputación...*p. 73.

⁸⁷² En *Derecho penal...* § 11/26 p. 356.

Argumentos que son apoyados por las siguientes ejecutorias:

«HOMICIDIO, FALTA DE RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LAS LESIONES Y EL. No se tendrá como mortal una lesión, cuando ésta se hubiera agravado por causas posteriores a su proceso evolutivo normal, como sucede en el caso de una persona lesionada que contrae una infección tetánica por falta de atención en el hospital donde se le atiende, pues dicha infección constituye un proceso causal autónomo y nuevo, en sí mismo eficiente para causar la muerte, desligándose de la conducta lesiva del inculpado»⁸⁷³.

«RESPONSABILIDAD PENAL, AUSENCIA DE. NO ES IMPUTABLE AL INCUPLADO LA MUERTE DE LA VICTIMA, SI LOS MEDICO-FORENSES NO PROPORCIONARON EN SU DICTAMEN LOS DATOS QUE ESTABLECIERAN LA RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LAS LESIONES QUE LE CAUSO POR SU CONDUCTA IMPRUDENTE Y LA MUERTE. Demostrado que la víctima había sufrido graves lesiones con anterioridad al momento en que resultó con lesión contusa en la pirámide nasal, al chocar la ambulancia en que era transportada, la aseveración de los peritos hecha después de describir las lesiones apreciadas en el cadáver, en el sentido de que la muerte se produjo por bronconeumonía bilateral, complicación determinada por el conjunto de las lesiones descritas, no constituyó una declaración de que la muerte del hoy occiso halla ocurrido por la influencia que la nueva lesión ejerció sobre las anteriores, por haber agravado más el estado del paciente o desencadenado la bronconeumonía bilateral que lo llevó a la muerte, declaración que legalmente era necesaria a fin de que el delito de homicidio fuera imputable al inculpado; en ausencia de esa declaración y dada la gravedad anterior de la víctima por las lesiones que sufrió al ser prensada por un automóvil o intervenida quirúrgicamente, cabe considerar que no se encuentra plenamente acreditada la relación de causalidad entre la lesión contusa en la pirámide nasal y la muerte, pues para que el deceso de la víctima fuera atribuible al inculpado, sería menester prueba suficiente de que esa lesión era mortal o bien que había contribuido al resultado letal. La exigencia contenida en el artículo 303, fracción III, del Código Penal, para que declaren dos peritos, después de hacer la autopsia, que la lesión fue mortal, tiende a la finalidad de establecer la relación de causalidad entre el daño de lesiones y el efecto de muerte; y con el mismo propósito, en el supuesto de que no llegara a encontrarse el cadáver o que por otro motivo no fuera posible practicar la autopsia, señala dicho precepto que los peritos declararan, con los datos que obran en el expediente, que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas»⁸⁷⁴.

Dos son los aspectos más relevantes que se deducen de las anteriores ejecutorias: el primero que para imputar el resultado no se fundamentan en la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues, si bien es cierto existe una relación de causalidad entre el riesgo creado por el primer causante y el

⁸⁷³ Vista en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Sexta Época. Primera Sala. Tomo: Segunda Parte, CXXVIII, p. 12.

⁸⁷⁴ Tomada del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo: 103-108 Sexta Parte, p. 271.

resultado, el cual no le se imputa al cocausante, por haberse demostrado la presencia de un riesgo mayor posterior –infección tetánica en la primera y la gravedad anterior de la víctima por las lesiones que sufrió al ser prensada por un automóvil o intervenida quirúrgicamente, en la segunda– ajeno a la voluntad del autor inicial que en cierta forma desvía el proceso causal normal que por si es eficiente –en el sentido de la causalidad adecuada– para producir la muerte. En consecuencia, por separado se tendría que analizar hasta dónde es responsable el personal del hospital en la causación del resultado. Razonamientos que bien vale la pena se aplicados al ya tantas veces citado ejemplo, de quién recibe un herida leve y la esposa la lava con la “franela” que utiliza para limpiar el piso, y por virtud de esa acción contrae el tétano muere.

Por consiguiente, ante un concurso eventual de riesgos, proveniente de terceros, el operador jurídico, deberá separarlos y una vez hecho lo anterior, determinar cuál de todos ellos, fue el que en realidad produjo el resultado, para poder imputárselo jurídicamente.

2º. El siguiente supuesto que se desprende de la última parte del la fracción I, del artículo 261, que se refiere a los casos en que la lesión se torna en mortal “por no contar con lo medios para evitar el resultado”, y se puede –a mi ver– presentar en dos casos diferentes: El primero, cuando la lesión causada a una persona no es en sí grave, pero se complica por no contar con los médicos y aparatos adecuados, por ejemplo; una hemorragia interna o una peritonitis.

En este ejemplo, no se puede negar la adecuación del nexo causal, toda vez, que la muerte ha sido producida por el normal y ordinario curso de la lesión, sin que ninguna concausa de naturaleza heterogénea y autónoma venga a entrecerse en su curso⁸⁷⁵. Es decir, la complicaciones obviamente se derivan de la lesión y que se ven potencializadas por la ausencia de medios no constituyen propiamente hablando un concausa en estricto

⁸⁷⁵ Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, *Op.*, *cit.*– p. 193 (nota 108).

sentido, sino es el curso de la propia lesión ya que complica y agrava la salud de la víctima y ante la falta de medios adecuados ésta muere.

Es por ello que el resultado se le imputa al autor de la lesión, esto a pesar de que se ha verificado la presencia de posteriores situaciones las mismas son consecuencias lógicas de la lesión inicial (por la ausencia de medios para ser atendido debidamente), sin embargo esos «sucesos» posteriores no destruyen *per se* la relación del nexo causal entre la acción y el resultado, y, por tanto, la causa puesta por el autor inicial es absoluta o suficiente para la producción del resultado siendo intrascendentes en el mismo las otras circunstancias.

El segundo, se puede manifestar cuando *a causa* del riesgo creado se ha materializado en una lesión no grave, sin embargo, por encontrarse en un lugar fuera de la ciudad, no cuentan con los medios para ser atendido y muere. Es caso, lo podemos ilustrar con el siguiente ejemplo; Antonio que juega de defensa en un equipo, desesperado porque van perdiendo trata de lesionar a Víctor. El momento se presenta al disputar un balón Antonio va con los “tacos” por delante, con el fin de pegarle en el abdomen a Víctor, quien en ese instante se agacha y le pega en la nuca, provocándole fractura en el cráneo, como se encuentran en un lugar apartado de la ciudad en el camino al hospital muere Víctor.

En mi opinión, no se le puede imputar el resultado a Antonio, porque el juego de fútbol está no sólo permitido sino auspiciado por las autoridades, por tanto, las lesiones que se deriven de un partido, aún cuando sean dolosas, excluyen la imputación al causante, de ahí, la importancia de delimitar plenamente los riesgos permitidos de los no tolerados socialmente, como marco de referencia para la exclusión de la imputación.

Dejo en el aire la anterior reflexión, como una inquietud respecto de que un resultado proveniente de un riesgo permitido como excepción a la regla que se comenta, no puede ser sancionado penalmente, pues de lo contrario se iría en contra de las conductas socialmente toleradas por la propia colectividad.

No obstante de lo anteriormente expresado, es innegable que con el párrafo en cuestión, se resuelven los cursos anómalos derivados de accidentes naturales posteriores a la creación de un determinado riesgo. Por ejemplo, los ya comentados casos clásicos: cuando Pedro lesiona a Juan imprudentemente y al ser atendido en el hospital éste se enciende y muere, o bien, que antes de llegar al hospital, se desbarranque la ambulancia que lo transportaba al salirse un neumático. En ambos casos, nadie podrá negar que Pedro fue condición *sine qua non* en la muerte de Juan, pero, tampoco, nadie puede negar, que atendiendo el sentido de la fracción que se comenta, queda excluido el nexo causal entre el riesgo creado por Pedro y el resultado. En otras palabras: el riesgo no permitido por Pedro no se realiza en el resultado y por tanto se excluye la imputación del mismo.

II. (Derogada)⁸⁷⁶.

III. Que si se encuentra el cadáver del occiso, declaren dos peritos después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el correspondiente del Código Procesal Penal».

La exigencia de la declaración de lesión mortal *ipso jure*, por dos peritos cuando se encuentre al cadáver, tiene su justificación, en primer lugar que ante la ausencia de otros medios de prueba, es la autopsia (del gr. autopsia, acción de ver uno mismo con sus propios ojos f. Inspección por sí mismo. II Examen anatómico de un cadáver, para investigar las causas de la muerte)⁸⁷⁷ la indicada o cuyo fin estriba justamente el fin de determinar la causa de la muerte, luego sólo de esta forma se podrá asegurarse, si la lesión por si misma fue o no la que produjo el resultado típico. En este sentido el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito ha sostenido:

«LESION MORTAL. NO SE REQUIERE QUE ESTA DEJE HUELLA VISIBLE, PARA QUE SE TENGA COMO TAL. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). Si bien es cierto que de acuerdo a la fe ministerial practicada por el representante social, dictamen médico, fe ocular practicada por el agente del Ministerio Público y el dictamen de necropsia, no se advierte la existencia de lesión visible externa en la anatomía del occiso; también lo es, que tanto la testigo presencial de los hechos, así como el propio lesionado (ya occiso),

⁸⁷⁶ Según Decreto publicado el 3 de agosto de 1998.

⁸⁷⁷ MOLINER, *Op. cit.* primer tomo p. 304.

relataron que los golpes que le proporcionaron los sujetos activos fueron en las partes blandas (cavidad abdominal) en donde los golpes contusos provocados por los puntapiés, no dejan huella visible; por tanto, de conformidad con el artículo 124 del Código Penal, una lesión se tendrá como mortal cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes: "I. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, a alguna de sus consecuencias inmediatas o a complicaciones determinadas por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tener al alcance los recursos necesarios; II. Que la muerte del ofendido ocurra dentro de sesenta días contados desde que fue lesionado; y III. Que si se encuentra el cadáver, declaren dos peritos, después de hacer la necropsia, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el Código de Procedimientos Penales." De ahí que al establecerse en el certificado médico que el sujeto pasivo presentó: "Distensión abdominal con disminución del peristaltismo y matidez a la percusión", concluyendo: "que son lesiones que por la sintomatología podrían poner en peligro la vida..." es evidente que si se precisó la existencia de lesiones no visibles en el cuerpo de la víctima, además de que el médico forense, en su dictamen de necropsia, advirtió entre otras cosas, "Intestinos delgado y grueso presentan zonas de contusión en ambos..." y concluyó que el pasivo "falleció a consecuencia de peritonitis aguda de tipo infecciosa, secundaria a contusión profunda de abdomen." Circunstancias que evidencian que se surten las hipótesis previstas por el dispositivo legal citado en sus tres fracciones»⁸⁷⁸.

Por lo que ve al homicidio por lesiones, el artículo 262 establece las siguientes reglas:

Artículo 262. Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe:

- I. Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;
- II. Que la lesión no habría sido mortal en otra persona; y,
- III. Que fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión.

El primer párrafo del artículo que se interpreta, es incuestionable, que, una vez configuradas las hipótesis del artículo precedente, se confirma la imputación al causante, sin que exista causal alguna de justificación, a pesar de:

- I. Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;

⁸⁷⁸ Vid., Novena Época No. de Registro. 204543 Ius 2004.

En esta regla, se observa como se trata de una secuencia lógica del requisito para considerar mortal una lesión prevista en la última hipótesis del artículo 261 ya examinado: «por no tener los alcances los medios necesarios» y en la presente la muerte se «habría evitado la muerte con los auxilios oportunos». Es decir, la una conduce necesariamente a la otra, pues si no se cuentan con los medios necesarios, es obvio, que tampoco se cuentan con los auxilios oportunos, de ahí, que por esos motivos la lesión en principio no–grave se torne en mortal y por ende fallezca la víctima.

Con independencia de lo anterior, del anterior requisito, se pueden presentar el siguiente panorama que vale la pena reconsiderar también que comprendemos por “auxilios oportunos”, sirva de orientación el siguiente panorama:

Marcos, en una riña le da una golpe en el abdomen a Mateo, al ser separados, cada uno se retira a su casa. Mateo poco después se queja de un dolor en el estomago, su tía le recomienda un remedio casero (fomentos), pasa el tiempo, y las secuelas derivadas del golpe se van complicando, y cuando por fin es llevado al hospital muere al ser intervenido. En este caso, la lesión en un principio no–grave se convirtió en mortal, pero por no haber acudido de inmediato con el médico –lo que lo hubiera salvado–. Sino por recurrir a los auxilios oportunos de una persona con desconocimientos de medicina alópata, por tanto, en este caso, hubo negligencia o falta de cuidado por la propia víctima o por quien lo medicamento con remedios caseros los que además de no ser efectivos por el simple trascurso del tiempo se fue empeorando la lesión, misma que si de inmediato hubieras sido atendida el hospital que no estaba lejos, no se hubiese producido la muerte. Por tanto, ahora la cuestión es, si la conducta tanto de la víctima como de quienes lo trataron de curar con remedios caseros puede ser o no subsumibles en las hipótesis que excluyen la imputación al causante contenidas en la segunda parte del artículo 10, o bien, si el delito fuera federal encuadra en la la prevista por el artículo 305 de Cpf.

- II. Que la lesión no habría sido mortal en otra persona; y,
- III. Que fue a causa de la constitución física de la víctima

Respeto a las lesiones que “normalmente” no son graves en el común de la mayoría de las personas, sino que la gravedad se debe a la excepcional condición de la propia víctima. Vemos como existe una conexión insalvable entre la segunda fracción y la primer parte de la tercera (que fue causa de la condición de la constitución física de la víctima...), pues en ambos casos se refiere a lesión mortal derivada de la condición de la víctima. Por tanto, en este apartado analizaremos las dos.

Por principio, respecto del artículo 262, el maestro JIMÉNEZ DE ASÚA al razonar el contenido del artículo (304 del Cpf., equivalente a que estamos examinando), ha dicho que es en el que se desprende la admisión de la teoría de la *conditio sine qua non*, en que se estima sin efecto para anular el tipo de homicidio, la concausa posterior de no prestarse oportuno auxilio y la preexistencia de la personalidad del herido, como su constitución física⁸⁷⁹

Razonamientos que son retomados por la siguiente ejecutoria:

«HOMICIDIO (CONCURRENCIA DE LAS LESIONES CON CAUSAS PATOLÓGICAS). Si las lesiones sufridas por el ofendido, al concurrir con causas patológicas preexistentes en el mismo individuo, influyeron decisivamente en la causa de su muerte, la que se produjo pocos días después de haber sido lesionado por el acusado, esto obliga, de acuerdo con la ley, a considerar que tales lesiones fueron mortales»⁸⁸⁰.

Sin embargo, dicho argumentos que son validos, pero con el debido respeto que en mi opinión, no son del todo aplicables en el Cpmich., de acuerdo con las siguientes consideraciones:

La primera, habrá que tomar en cuenta o no perder de vista, que dicho artículo 262, es claro y preciso, en establecer la condicionante de que una vez constatadas las circunstancias del anterior precepto, el resultado se le debe imputar al causante de la lesión. Bien, siguiendo esa dirección, en este punto

⁸⁷⁹ Citado por PORTE PETIT, en *Apuntamientos del...* p. 287.

⁸⁸⁰ Tomada del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, Primera Sala. Tomo: CXXII, p. 245.

está el ya clásico ejemplo del hemofílico⁸⁸¹ Mario sabe que Martín pretende a su novia, y para asustarlo, un día lo espera fuera de la escuela, y le da un leve golpe en la nariz, obviamente a Martín dada su condición patológica no le es posible controlar la hemorragia y muere.

En este ejemplo; se actualiza la hipótesis prevista en la primera parte del artículo 261 que establece «Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados...». Luego, la lesión se torna mortal por alteraciones causadas por el golpe de Mario, pero como consecuencia de la situación patológica de Martí, conforme a la fracción que comenta y los argumentos del maestro español, el hecho de la situación patológica preexistente no anula la relación causal y, por tanto, tampoco excluye la imputación del resultado.

Ahora la cuestión estriba y para ello regresamos al principio, ¿el Derecho penal sanciona todo tipo de conductas que traen aparejadas un resultado? O sólo sanciona aquellas que son relevantes, es decir, que han sobrepasados los límites del riesgo permitido y que resultan adecuados para la producción de un resultado. Luego, partimos del principio, *un leve golpe* de acuerdo con la experiencia y la estadística resulta o no adecuado para causar la muerte a una persona, la respuesta lógicamente es que *no*, pues aún cuando se empleara la diligencia debida). Por tanto, el golpe en la nariz, como condición del desenlace no es causa adecuada para producir un resultado.

No obstante lo anterior, a pesar de no ser causa adecuada, es importante como señalar como vimos al estudiar la tesis de LARENZ⁸⁸², si la condición de la preexistencia de la condición (mortal individual) de Martín, así como desde la perspectiva de la imputación objetiva, se debe confirmar si Mario desconocía *ex ante* la enfermedad de Martín, de ser así, no es responsable de homicidio; pero, si ya tenía conocimiento previo de su condición patológica, y por ello, objetivamente podría prever el probable resultado, y a

⁸⁸¹ De hemofilia; del gr. *haima*, sangre, y *philos*, amigo.) f. Hemopatía hereditaria caracterizada por dificultad en la coagulación de la sangre, por lo que las hemorragias que se producen en el individuo que la padece no se puede contener MOLINER, *Op. cit.*, primer tomo p. 1567.

⁸⁸² *Vid.*, *supra* 2.1.1 pp. 46 y ss.

pesar de esto, lo golpea en la nariz, es obvio que será responsable penalmente de homicidio, pues, con todos los conocimientos nomológico y ontológico que tenía el autor (*ex ante*) pudo concluir sin duda alguna, que Martín por ser hemofílico una simple herida puede causarle la muerte (juicio de probabilidad *ex post*) y su comportamiento necesariamente será doloso.

La segunda, que de acuerdo con el artículo 12 del Cpmich⁸⁸³, el desconocimiento de la preexistencia de la condición de la víctima es considerada como una causa excluyente de incriminación⁸⁸⁴:

«Artículo 12. Son causas excluyentes de incriminación:

XI. El ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por las circunstancias del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al momento de actuar...

De esta forma, se excluye la responsabilidad penal, precisamente, atendiendo las especiales circunstancias de la víctima que el causante ignoraba, y que en una persona no se hubiese producido semejante resultado.

Para concluir el estudio del artículo 262, tenemos por último la segunda parte de su fracción III. Es decir:

III. (...) o de las circunstancias en que recibió la lesión.

Con la expresión «o» el legislador denota que la muerte una de dos es consecuencia de la víctima o de las «circunstancias» en que la recibió, lo cual es un concepto no sólo ambiguo sino que, por ello es muy amplio y admite varias interpretaciones, dejando al juzgador un vasto margen discrecional para resolver sobre la imputación del resultado, así a manera de ejemplo; lo podemos citar la siguiente ejecutoria:

⁸⁸³ Los Códigos federal y del Distrito Federal, no la consideran como excluyente en sus respectivas causas de exclusión (artículo 15 el primero y 29 el segundo).

⁸⁸⁴ Equivalente a las causas de justificación (cuando el medio adecuado «correcto» sea el fin –finalidad de la acción–, para conseguir un resultado reconocido por el legislador como justificado. Para mayores detalles de la sistematización de las causas de justificación *Vid.* ROXIN, en *Derecho...* § 14/37 pp. 572 y ss.

«HOMICIDIO. CASO EN QUE NO QUEDA A CARGO DEL ACUSADO EN ORDEN A LA CULPABILIDAD. Asiste razón al peticionario de garantías al manifestar que no tuvo intención de causar un daño que produjera la muerte del hoy occiso; que su fallecimiento se debió al estado de ebriedad en que se encontraba y al golpe que recibió al resbalar sobre la banqueta; que su intención fue rechazarlo, sin estar a su alcance prever los daños que el ofendido se podía causar. En efecto, el contenido de las pruebas sujetas a estudio se advierte lo siguiente: si bien es cierto que a consecuencia del golpe (puñetazo) que el hoy quejoso propinó en la cara a su contendiente, quien había ingerido bebidas alcohólicas, éste último perdió el equilibrio y al caer se golpeó la cabeza contra el pavimento, ocasionándose fracturas del occipital, mismas que de acuerdo con el dictamen de necropsia que obra en autos, fueron la causa de su muerte por traumatismo craneoencefálico clasificado por peritos oficiales como mortal, lo cual pone de manifiesto un nexo de continuidad causal entre la original lesión y la muerte final resultante; también es de estimarse que dicha consecuencia letal, aunque causada en esa forma, no puede ser a cargo del hoy quejoso en orden a la culpabilidad, porque la caída y fractura del occipital que produjo la muerte de la víctima, no era previsible para el acusado como resultado del golpe que propinó en la cara al ofendido, y si bien es cierto que el agente que obra con dolo indeterminado responde de las consecuencias de su acto, ello es a base o condición de que el resultado sea consecuencia necesaria y notoria de la conducta desplegada, o efecto ordinario y, por lo mismo, previsible, del hecho u omisión, como lo requiere el artículo 9o. del Código Penal de la fracción II, para que quede firme la presunción de dolo a que se contrae dicho precepto. En la especie se apreció lo contrario, esto es, que el resultado final, o sea, la muerte de la víctima, no fue, en el caso de autos, consecuencia necesaria y notoria del puñetazo que recibió en la cara, ni efecto ordinario y por lo mismo, previsible, del mencionado golpe, el cual, en todo caso, ocasionó una lesión de carácter leve, denotando todo ello la falta de intención del acusado para privar de la vida a su víctima y tan sólo el propósito de lesionarla o hierirla; conducta dolosa ésta, por otra parte, que impide atribuir a los hechos carácter imprudencia»⁸⁸⁵.

En este caso, las circunstancias precisamente del golpe y el estado en que se encontraba la víctima, determinan al juzgador excluir al causante del golpe la imputación del resultado típico.

Como se aclaró al principio de este apartado, el artículo 263 del Cpmich., se derogó por decreto publicado el 3 de agosto de 1998, sin embargo, tomando en cuenta que básicamente las reglas contenidas en el artículo 10 de Cpmich., engloban de cierta manera las previstas por el artículo 305 del Cpf, examinaremos éste último.

⁸⁸⁵ Informe 1980, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 15, página 24.

«Artículo 305. No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió: cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no halla influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon».

De acuerdo con JIMÉNEZ HUERTA, «La primera parte de este artículo, es totalmente superflua. Afirmar que no se tendrá por mortal una lesión "cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no halla influido", es hacer referencia a una relación causal totalmente diversa y que ninguna trascendencia tiene ni como nexo causal ni *como* concausa. Pero no puede, en cambio, aceptarse que en la última parte del artículo 305 en que se hace referencia a "la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que la rodearon", se refiere también a una nueva serie causal. El carácter de concausa que estos hechos revisten, este claramente expresado en el texto de la ley al precisar los efectos que los mismos producen: agravar la lesión hasta el extremo de sobrevenir la muerte»⁸⁸⁶.

Por nuestra parte, apuntaremos, que en este artículo es en donde la cuestión de la causalidad se puede excluir la responsabilidad del causante primario aplicando los criterios de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado; creación del riesgo, relación del riesgo con el resultado, desviación del curso causal por terceros o por la propia víctima, sin embargo, lamentablemente se omite la desviación causal por motivos naturales, por lo que se podría incurrir en el error de imputar un resultado al que lesiono a otro y la causa de la muerte fue debido al terreno la ambulancia se desbarrancó y murió

⁸⁸⁶ JIMÉNEZ HUERTA, *Op., cit.* p. 192 (nota 106) El mismo autor señala que el hecho de que en este artículo (305) se admitan las concausas, implica un divorcio convicto con la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual no las acepta. Este convicto divorcio no puede encubrirse con el paralogismo sutil, de que con las llamadas concausas "se establece una limitación al funcionamiento de la teoría de la equivalencia de las condiciones", pues la admisión de dichas concausas significa el imperio de la teoría de la causación adecuada. *Idem.*, pp. 188.189 (nota 103).

Bien, de la redacción del anterior artículo de acuerdo con OLGA ISLAS siete son los supuestos hipotéticos por lo que no se tiene como por mortal una lesión y por tanto el resultado típico no le es imputable al autor de la conducta (lesión) inicial⁸⁸⁷:

1. La muerte es resultado de una causa anterior a la lesión y la lesión no influyó sobre la causa anterior.
2. La lesión se agravó por la aplicación de medicamento positivamente nocivos
3. La lesión se agravó por operaciones quirúrgicas desafortunadas.
4. La lesión se agravó por excesos del paciente.
5. La lesión se agravó por imprudencia del paciente.
6. La lesión se agravó por excesos de quienes rodearon al paciente.
7. La lesión se agravó por imprudencias cometidas por las personas que rodearon al paciente.

1. La muerte es resultado de una causa anterior a la lesión y la lesión no influyó sobre la causa anterior.

Es decir, la preexistencia de una lesión o enfermedad de la víctima es la que finalmente determina el resultado, de tal forma, que la lesión posterior es irrelevante para el mismo. Por ejemplo; Pedro lesiona levemente a Pablo, no respondería por un homicidio consumado en éste, cuando la muerte se deba a un paro cardíaco motivado por la imprudencia médica (supuesto que es desde luego subsumible en la segunda hipótesis del artículo 10 del Cpmich).

2. La lesión se agravó por la aplicación de medicamentos positivamente nocivos

En el presente supuesto no se realiza el riesgo creado por el causante primario en el resultado, en virtud de una desviación posterior por terceros, del curso causal, esto es la creación de una situación de causalidad ajena aquél, pensemos por ejemplo; el riesgo creado consiste en haber dado al comensal una carne descompuesta lo que le produce una infección (no grave), el propio

⁸⁸⁷ *Op. cit.*, p. 81.

dueño del restaurante lo lleva al médico, éste sin examinar el historial clínico le receta un medicamento que produce reacciones al paciente y muere. Como vimos al analizar la culpa⁸⁸⁸ la imprudencia profesional del médico fue la que produjo el resultado y no la lesión del primer causante.

3. La lesión se agravó por operaciones quirúrgicas desafortunadas

Es esta hipótesis se presenta también una concausa posterior ajena a la voluntad del autor inicial, por tanto, de nueva cuenta podemos estar ante un fallo médico –en el que se siguió puntualmente la normas de cuidado de la *lex artis*– o la presencia de una imprudencia profesional o negligencia de los propios médicos, lo que obviamente excluye la imputación del resultado lesivo de aquél.

Principio del ámbito de responsabilidad de la víctima. Este criterio se deduce de las siguientes dos fracciones que a continuación se examinarán.

Para el estudio de las siguientes formas de exclusión de la imputación, que su apariencia se presta a confusión, serán abordadas desde dos perspectivas diferentes, tratando de ubicarnos en sus respectivos contextos: El primero es decir, cuando la lesión se agrava por excesos del paciente, lo ubicaremos en la época de la promulgación del Código Federal (1931); en cambio el otro, y, el otro, cuando la lesión se agravó por imprudencia del paciente, lo haré en la época contemporánea.

4. La lesión se agravó por excesos del paciente.

En el primer contexto, vemos que en 1930, la población de México era de 16.6 millones de habitantes, de los cuales aproximadamente el 25% se vivían en las ciudades, el resto en las zonas rurales, en 1924 se creó el Departamento de Salubridad y 1929, se decretó la expedición del Seguro Social, el grado de analfabetismo aún era considerable. Por tanto, sólo la falta

⁸⁸⁸ Vid., *supra* 4.2.4 pp. 220 y ss.

de centros médicos, la ignorancia y la fe en los medicamentos caseros y en los curanderos, así como las distancias de los centros médicos más cercanos, pueden explicar la configuración de las siguientes hipótesis excluyentes de la imputación.

En aquella época, –incluso en la actualidad se dan casos–, las personas del campo a pesar de haber sido heridos o que la lesión se cause accidentalmente por ellas mismas, en cualquier parte del –los brazos, piernas, abdomen, cabeza, etc–, tratan de curarse con algunos ungüentos o yerbas y después se vendaban, o aun sin vendas continuaban con su rutina diaria –preparar la tierra, regar la siembra, limpiar los establos, etc.–, sin importar si se infectaban o no, con lo que se agravaba la lesión que en un principio no era grave, de ahí que –a mi juicio– con estos antecedentes el legislador excluyó la relación de causalidad y por ende la imputación del resultado típico al causante de la herida.

En la actualidad, los excesos, son de otro tipo, las personas –principalmente los jóvenes–, que han sido lesionadas por un auto o un arma, etc., muchas de las veces no guardan el reposó prescrito y la lesión se torna mortal.

5. La lesión se agravó por imprudencia del paciente.

Este presupuesto de exclusión se ubica al igual que el anterior en el ámbito de responsabilidad de la víctima, principalmente por automedicarse, por no tomar los medicamentos prescritos, por o combinar los medicamentos con el alcohol –esto seguir ingiriéndolo no obstante de estar tomando medicamentos– lo que produce secuelas mortales.

O bien, el reiterado ejemplo; de la persona que es herida y debido a sus creencias religiosas no permite que se le haga una transfusión de sangre que no sólo lo salva, sino lo alivia, como consecuencia, de esa negativa muerte.

Las precedentes causas excluyentes de imputación, vistas desde los criterios de la moderna teoría de imputación objetiva, pueden ser subsumibles al ámbito de responsabilidad de la víctima, que con su actuar posterior modifica o desvía el curso normal de los acontecimientos, al grado que resultan suficientes por si mismo para provocar la muerte. Por tanto, no se le pueda imputar la misma al causante de la lesión inicial, salvo el de lesiones o tentativa de homicidio.

6. La lesión se agravó por excesos de quienes rodearon al paciente.

Esta causal, realmente me es difícil por un lado entender a que se refieren los «excesos de personas que rodearon al paciente» y más aún explicarla satisfactoriamente, pienso, tal vez, que ante la ausencia de centros médicos, las personas allegadas a la víctima por tratar de que sanará pronto, se excedían –no en los cuidados–, sino en los medicamentos, es decir, alguien recomendó un medicina, el otro una hierba, más allá un “sangría” (que consistía en presar al cuerpo del paciente cierto numero de sanguijuelas, para que le absorbieran la sangre supuestamente contaminada⁸⁸⁹) y se recuperaran pronto, me imagino que todo eso era aplicado o suministrado, sino toda a la vez, con muy poca diferencia.

7. La lesión se agravó por imprudencias cometidas por las personas que rodearon al paciente.

Esta causal, se puede explicar, con el ejemplo; ya tantas veces citado, del que recibe una herida leve en un brazo y llegando a su casa su esposa limpia la herida con el trapo con el que limpia los muebles y contrae una infección, que al final es la causa de la muerte.

⁸⁸⁹ Conforme a la hipótesis de Galeno (131–200 d.C.) el cuerpo humano estaba compuesto por cuatro elementos (fuego, aire, agua y tierra) que se manifestaban en igual número de humores (caliente, frío, húmedo y seco) los que a su vez determinaba los fluidos de la sangre, bilis amarilla, flema y bilis negra, presupuestos de los temperamentos sanguíneo, colérico, flemático y melancólico. Por tanto, la salud dependía del equilibrio de estos humores: la enfermedad de que un humor dominará a los restantes. De este modo, su cura consistía en restaurar el equilibrio, en general mediante la sangría. Tal “medicamento” en la actualidad es aplicado en algunas comunidades apartadas o marginadas de la civilización.

La últimas dos hipótesis, excluyen la imputación al causante primario, por ser terceros los que interrumpieron o descaminaron el curso normal de la relación causal.

Con relación al precepto que se comenta, hemos de insistir no son pocos los casos en que esa desviación causal no es producto del actuar humano, sino de la naturaleza, por lo que es pertinente reflexionar sobre la inclusión de una nueva causal de exclusión por motivos de los accidentes naturales.

Después del anterior panorama ampliamente expuesto me parece muy grave que en la era contemporánea los postulados de la teoría de la equivalencia de las condiciones; es decir, la causa de la causa, el causa del mal causado, constituya como único elemento fundamentador para imputar el delito de homicidio derivado de lesiones. Sin entrar al estudio de otro tipo de riesgos que se presentaron con posterioridad la lesión y que bien pudieron influir en la producción del resultado, en los términos de la última parte del artículo 305 del Cpf., ya comentado en líneas precedentes.

Por tanto, sobre el particular y a manera de colofón, analizare la jurisprudencia número J/29 definida por reiteración (cuyos precedentes no pude encontrar) pronunciada el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, bajo el rubro:

«LESIONES QUE INDIRECTAMENTE OCASIONAN LA MUERTE. CAUSALIDAD. En materia de lesiones que indirectamente causan la muerte se aplica el principio jurídico que rige la causalidad, que se enuncia diciendo que lo que es causa de la causa, es causa del daño causado»⁸⁹⁰.

Cuyo supuesto de hecho es el siguiente:

«Por otra parte, debe apuntarse que el hecho de que el hoy occiso, al ser internado en el hospital civil de Poza Rica, Veracruz y ser cuestionado por el médico X , aquél le halla manifestado que no sabía el tipo de agresión de que fue objeto y que no recordaba nada, y que dicho facultativo halla manifestado que cuando ingresó el paciente, éste no presentaba lesión externa alguna...

⁸⁹⁰ Reg. No. 197928 Ius 2004,

del estudio de las actuaciones de la causa penal número 00000 que por el delito de lesiones se le sigue y que ofreció como prueba para la sustanciación del juicio de amparo del que deriva este toca, aparece la declaración ministerial del hoy difunto Martín, que rindió al estar hospitalizado, la que en lo que interesa, dice que "... en este acto interpone formal denuncia en contra del señor Rubén ... por los hechos que son cometidos en mi agravio que a continuación narro: que el diez de febrero del año en curso, siendo aproximadamente como a las dos de la mañana, me encontraba yo en el baile en la cancha de la escuela ... me encontraba yo un poco tomado, cuando de repente el ahora denunciado de repente sin decirme nada me pegó una patada bien fuerte en el estómago, por lo que me llevé las manos al vientre y sentí que me sacaba el aire, por lo que como pude llegué a la clínica de asistencia ... y me dieron un calmante, posteriormente me fui a mi casa y no pude dormir debido al dolor que sentía por lo que al otro día fui trasladado al Hospital Civil de esta ciudad ...", versión que fue corroborada por los testigos presenciales L y M el primero ante el órgano investigador expuso, en lo conducente, que "llegué, al baile ... no recordando la hora exacta, pero ya era de madrugada, cuando vi que Martín y Rubén estaban juntos platicando, cuando vi que Rubén le dio una patada en el estómago a Martín, fue cuando Martín se llevó las manos al vientre y ya no pudo caminar, simplemente se arrodilló ...", y la segunda ante la propia autoridad indicó que "... en la madrugada se hizo un bolón y que el señor Martín se arrimó y fue cuando Rubén le dio una patada en el estómago a Martín, doblándose llevándose las manos hacia el estómago y se fue caminando a duras penas por la esquina de la clínica de asistencia ... y se quedó tirado, (...) y a consecuencia de ello el ofendido ameritó que fuese hospitalizado y sometido a varias intervenciones quirúrgicas y, con tal motivo, se detectó que, entre otras cosas, presentaba perforación de víscera hueca de tres centímetros, con el resultado final de que sobrevino su deceso que era inevitable por fallas orgánicas múltiples condicionadas por el trauma abdominal, según lo establecieron los médicos que lo intervinieron, según consta a foja treinta y cinco del propio juicio de amparo en cita.

Tampoco obsta el que los médicos hallan dicho que la muerte sobrevino por "... no ser atendido como se requería, bajo la responsabilidad de sus familiares, e incluso, faltando tres días para cumplirse los sesenta días de su intervención ...", porque ello en modo alguno desvirtúa su probable responsabilidad en el ilícito que se le reprocha, a más de que este tribunal ha sostenido el criterio de que en tratándose de lesiones que indirectamente causen la muerte se aplica el principio jurídico que rige la causalidad, que se enuncia diciendo que lo que es causa de la causa, es causa del daño causado; lo anterior se contiene en la tesis que bajo el rubro: "LESIONES QUE INDIRECTAMENTE OCASIONAN LA MUERTE. CAUSALIDAD." puede consultarse en la página ciento sesenta y seis del Tomo I, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente al mes de abril de mil novecientos noventa y cinco; en consecuencia, si con los datos ya indicados se estableció que a resultas de una patada que recibió Martín, presumiblemente por el quejoso, ameritó que fuese intervenido quirúrgicamente varias veces, ocasionándole complicaciones postoperatorias que originaron su deceso, debe convenirse entonces que ese fallecimiento le es atribuible a Rubén, al ser probablemente el causante de aquellas lesiones primarias».

Sin negar fuerza retórica a los anteriores argumentos difícilmente pueden fundamentar el que, por una parte se generalice que en el homicidio

por lesiones se aplica el principio jurídico de la causalidad, pues la jurisprudencia en comento no deriva de una estructura sistemática de la teoría del delito o del sentido teleológico de las normas que interpreta, sino por el contrario, parte de reglas de imputación que tienen una función diversa en relación al caso concreto que interpreta, como a continuación trataremos de demostrar.

En efecto, el Tribunal toma como base para imputar el resultado al causante de la lesión inicial, la tesis bajo el rubro "LESIONES QUE INDIRECTAMENTE OCASIONAN LA MUERTE. CAUSALIDAD.", sin que el contenido la misma lo asiente⁸⁹¹ y por ello tampoco motive, el por qué esa tesis es aplicable especialmente en el que caso concreto que se resuelve, por consecuencia formalmente el Tribunal no observa el contenido de la siguiente tesis.

«FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. NO PUEDEN OMITIRSE POR LA SIMPLE CITA DE JURISPRUDENCIA. Aunque la jurisprudencia es una importantísima fuente del derecho en nuestro sistema jurídico, tal circunstancia no entraña que, so pretexto de su aplicación, se dé la omnímoda posibilidad de que se ignore o margine el imperativo constitucional (artículo 16 de la Máxima Ley) de que todo acto de autoridad dirigido a inferir una molestia al gobernado, cuente con la debida fundamentación y motivación, aspectos insoslayables en la conducta del juzgador; de suerte que la sola cita de una tesis jurisprudencial, sin precederle la consiguiente motivación, implica violación de garantías»⁸⁹².

En el mismo sentido el Tribunal deja de observar las reglas de imputación previstas por el entonces artículo 232, del Código Penal de Veracruz, que establecía⁸⁹³:

«232.— No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió, cuando la muerte sea el resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual esta no halla influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, ajenas a su proceso evolutivo normal».

Por su parte el artículo 230 preveía como lesión mortal cuando:

⁸⁹¹ En la búsqueda realizada, sólo aparece como primer precedente de la jurisprudencia que se examina el amparo en revisión No. 25/95 del 14 de febrero de 1995, cuyo texto no se encuentra publicado en los Ius.

⁸⁹² Reg. No. 197928 Ius 2004,

⁸⁹³ Estas reglas fueron superadas por el nuevo Código Penal, que entro en vigor a partir el primero de enero de 2004.

«I. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, a alguna de sus consecuencias inmediatas o a alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios; y II. Que la muerte del ofendido ocurra dentro de los sesenta días siguientes al en que fue lesionado».

En consecuencia, si vemos como de la propia ejecutoria se infiere que las lesiones iniciales no afectaron ningún órgano que interesa o a alguna de sus consecuencias inmediatas o a alguna complicación determinada por la misma lesión, conforme lo preceptuado por el citado artículo 130, puesto que también se dice que «ameritó que fuese intervenido quirúrgicamente varias veces, ocasionándole complicaciones postoperatorias que originaron su deceso».

Motivo por el cual, al presentarse otro tipo de riesgos, como los que reconoce que existieron, esto es, las complicaciones postoperatorias, y contrariamente a esta evidencia el Colegiado concluye que “probablemente” el causante de aquellas lesiones es el responsable de la muerte, por tanto, en caso de duda, debió en aras de la verdad histórica ordenar que se realizara la autopsia a efecto de verificar la causa real del deceso, y, por ende, valorar las intervenciones de los médicos.

De esta forma, se había podido determinar cuál de los tres riesgos fue el que se realizó finalmente en el resultado: ¿las patadas? (riesgo inicial) o el médico X quien al tener la posición de garante de evitar ese tipo de resultados debió de hacer un estudio más profundo sobre el estado del paciente ¿impericia /negligencia o comisión por omisión? (riesgo intermedio) y en cuyo diagnóstico confió la víctima de ahí que no hubiera después consultado otro médico o que las intervenciones hubieran incrementado en riesgo (riesgo final), esos riesgos fueron los que se debieron analizar objetivamente para determinar cuál de todos ellos fue el que influyó directamente en el resultado y no de manera indirecta como concluye la ejecutoria, para imputar objetivamente el resultado de la muerte de Martín.

Finalmente, el Tribunal no puede generalizar para todos los casos en que lesiones indirectamente causan la muerte, para resolverlo se aplique el principio base de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues no todas las legislaciones contienen las mismas reglas de imputación, más aun, que ya fue derogado el Código penal, cuya interpretación fue la consecuencia de la jurisprudencia de merito.

4.6.2 Toma de postura.

Congruente con todos los argumentos apuntados a lo largo del presente capítulo, queda demostrado que de la interpretación sistemática y teleológica tanto en las reglas contenidas en la Parte General como en la Parte Especial del Código Penal de Michoacán, en ellas subyacen ciertos principios estándares de la moderna imputación objetiva del resultado como lo son:

1. La creación de un riesgo no permitido –atendiendo el sentido de la prohibición de la norma penal y de las conductas toleradas socialmente, esto es cuando el causante viola el deber de cuidado incrementa el riesgo y de ser permitido pasa a ser sancionado.

2. La realización del riesgo en el resultado, en el sentido teleológico del artículo 260: Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro. Es decir, el que mata no el que pone una condición para que muera, pero que no lo priva de la vida, en cuyo caso se actualiza la hipótesis prevista por CARRARA, sobre las lesiones *accidentalmente mortales* por las que considera injusto que el heridor se le haga responsable de la muerte ocurrida por un hecho que no fue suyo. Y cuando esta condición accidental no puede referirse ni vincularse al modo de obrar del heridor, se dice que no ocurre la esencia del hecho del homicidio, y que el reo debe ser imputado por las *heridas* que causo, no por la *muerte* del herido.

3. La exclusión del tipo al primer cocausante por la presencia de riesgos posteriores por terceros que determinan finalmente el resultado. (artículo 10 tercer párrafo última parte del Cpmich).

4. La responsabilidad en el ámbito de la víctima, por descuido o imprudencia de ésta.

5. El ámbito de protección de la norma, esto es que el resultado se produzca dentro del ámbito de protección de la norma de cuidado que ha sido infringida. Lo que se traduce a negar la imputación del resultado, cuando la acción del causante no tiene nada que ver con el resultante, por no ser de aquellos que la norma tiende a evitar, lo que se puede ejemplificar al máximo, con el lamentable caso de la muerte de la actriz Mariana Levy, ocurrida el 29 de abril de 2005, a causa de un infarto que le provino minutos después de que un sujeto intentara asaltar a otras personas. "...Refieren que, la señora Mariana, vio a una persona alto, gordo, tipo militar con una pistola a la cintura..." Mariana Levy se impactó y comenzó a tener problemas respiratorios por el susto. Lo anterior a pesar de que "...nunca hay un amago por parte de esta persona, no hay una advertencia de que se trate de un asalto o que los hayan encañonado... [a pesar de ello] la señora se sintió mal y le pidió a su esposo que la lleve a un médico, llegan aquí y es cuando viene el desenlace"⁸⁹⁴.

En mi concepto, si bien es cierto que el traer un arma puede en principio violar la Ley General de Armas de Fuego y Explosivos, también lo es, que por un lado el ámbito de protección de esa ley no es la de evitar infartos, y en este caso, la muerte de la actriz se debió -acorde al dictamen médico- a deficiencias cardiacas. Y por el otro, la relación de riesgo –aparentemente creado por el activo- nunca se manifestó en el resultado. En consecuencia al portador del arma se le podrá imputar si acaso la violación a la Ley General de Armas de Fuego Explosivos o bien, el delito de robo en grado de tentativa, pero no el de homicidio.

⁸⁹⁴ Véase <http://search.t1msn.com.mx/results.aspx?cp=1252&q=Mar%EDa+Levy&first=11&FORM=PERE>.

6. El principio de confianza opera principalmente en dos rubros; el primero en el tráfico rodado, en el que el agente espera que el otro actúe de forma correcta. El segundo, se manifiesta en los deberes de vigilancia o de control que el superior tienen sobre el inferior, esto es, en se tiene la confianza de que el tercero hará su función de forma adecuada supervisado por el de mayor experiencia, lo cual se patente en la división de trabajo.

7. El principio de la prohibición de regreso es aplicable en los casos de participación eventual, con base a criterio de accesoriedad consistente en que sólo puede haber una participación si existe un hecho principal y con ello se dice que no existe responsabilidad autónoma para la participación, más bien se hace responsable al partícipe transfiriéndole la responsabilidad del autor principal.

Principios que pueden ser aplicados por los operadores jurídicos sin que se deje de observar el principio de legalidad⁸⁹⁵.

Por último, en cuanto, a la examinada jurisprudencia de **“LESIONES QUE INDIRECTAMENTE OCASIONAN LA MUERTE. CAUSALIDAD”** en mi opinión, de una interpretación sistemática y teleológica de los tipos previstos por los artículos 230 y 232 del Código de Veracruz en especial a la parte final de este último: “...cuando se agrave la lesión por causas posteriores ajenas a su proceso evolutivo normal...” los Magistrado debieron desde la perspectiva de los aspectos procesales, garantísticos, una vez verificadas las lesiones analizar, si el autor de las mismas lo fue también del homicidio (realización del riesgo en el resultado), lo que redundaría en que tendría que haber determinado:

1. Si las “patadas” (riesgo inicial) por si mismas fueron suficientes para producir el resultado o si en su caso hubo otras concausas que pudieron (interrumpir el nexo causal para) ser determinantes en el desenlace de ese resultado;

⁸⁹⁵ Siendo principios no violentan las garantías individuales, máxime, que por ejemplo el Cpmich., no prevé el la modalidad del dolo eventual y, sin embargo, con base a él se imputan resultado lesivos.

2. Si de haber sido atendido adecuadamente por el médico X, la muerte se hubiera evitado (riesgo posterior);

3. Por qué razón tuvo que ser intervenido en diversas ocasiones y si cabe la posibilidad que una de ellas no se hubiera realizado como lo indica la *lex artis* y que pudo ser la causa de la muerte; y,

4. Ante la duda, la certeza, es decir, el hecho de que se basen en una probabilidad deja un margen de duda, en consecuencia, se debió realizar la autopsia para obtener esa certeza jurídica.

De todo lo anterior, se desprende: a) la existencia de un riesgo inicial penalmente desaprobado, b) la presencia de concausas posteriores a ese riesgo (conurrencia de causas) y, c) la indefinición de cuál de todas las concausas fue la que determinó el resultado. Ante estos escenarios, es inamisible que el resultado sólo se halla fundado en la teoría de la equivalencia de las condiciones, sin entrar al estudio de la influencia de posteriores concausas, pues, como ya apuntaba CARRARA:

«el cirujano perito compruebe con sus propios sentidos el nexo de causa y efecto entre las violencias –lesiones– y la muerte. Y esto debe verificarse de dos maneras: por vía directa, buscando efectos inmediatos de esas violencias, su idoneidad para hacer cesar la vida; y por vía indirecta, o por exclusión, comprobando con la inspección de todas las cavidades que no hubo otra causa de muerte»⁸⁹⁶.

Luego si los peritos no demostraron que las patadas fueron idóneas para producir el resultado de muerte (causalidad adecuada), se tuvo de ahondar la misma se debe a una de las operaciones posteriores. Pues, es este caso, no sólo mata el que priva de la vida a una persona sana, sino también se mata al que padece una enfermedad terminal que de igual forma más tarde lo llevaría a la tumba. En el mismo sentido el médico es causante de la invalidez por una

⁸⁹⁶ Citado por GÓMEZ LÓPEZ, pp. 236–237.

inyección aplicada erróneamente a pesar de que se comprobará que más adelante el paciente iba a padecer de parálisis⁸⁹⁷.

CONCLUSIONES

Primera. El principio científico de la causalidad fue extrapolado por la Escuela Positivista al Derecho penal; principio en el que se sustenta la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, que afirma: la suma de todas las condiciones positivas y negativas son la causa de la producción de un resultado (la causa de la causa, es causa de del mal causado). En consecuencia, para esta teoría, al tener todas las condiciones el mismo valor causal sus alcances naturales y jurídicos son ilimitados.

Segunda. Indiscutiblemente que la relación de causalidad desde la perspectiva objetivo–natural es indispensable para explicar los fenómenos del universo desde el punto de vista de la física. Sin embargo, relacionar la realización típica con la lesión del bien jurídico no siempre se resuelve mediante criterios naturales, máxime en los delitos omisivos. En consecuencia, el Derecho penal no pretende regular fenómenos naturales, sino conductas humanas que lesionen o ponga en peligro ciertos bienes jurídicos que a juicio de la sociedad merecen ser protegidos por la norma penal. De esta manera, la causalidad, viene a ser punto de partida para la imputación de un resultado, pero, la misma es insuficiente para atribuir jurídicamente ese resultado a quien sólo aportó una condición en el proceso causal.

Tercera. Teniendo como marco de referencia los alcances ilimitados de la *conditio sine qua non*, surgieron nuevas teorías cuyo objetivo esencial estriba, precisamente, en lograr acotar esas repercusiones jurídicas, mediante criterios valorativos y no únicamente objetivos-naturales. Destacando por su trascendencia las teorías de la causalidad adecuada y de la relevancia; La primera, niega la equivalencia de todas las condiciones en el proceso causal,

⁸⁹⁷ Cfr. BERCHELMANN, *Op. cit.*, p. 553.

aduciendo que sólo una de ellas es conforme a la experiencia y estadística son las que pueden provocar normalmente ese resultante.

La segunda pone especial énfasis, en que la relación de causalidad, no es suficiente para fundamentar por si misma la responsabilidad del causante, sino adicionalmente se requieren la presencia de dos presupuestos; la relevancia del nexo causal para el Derecho penal; y, la responsabilidad deducida del sentido de los tipos descritos en la Parte Especial.

Cuarta. Antes de la Segunda Guerra Mundial, las tesis de LARENZ, HONIG y WELZEL, conformaron lo que se le puede llamar la imputación objetiva clásica, basada no sólo en el aspecto natural del proceso causal, sino también desde una configuración axiológica-normativa de la conducta del causante.

Quinta. En los años setenta, el maestro CLAUS ROXIN, establece los principios o parámetros para lo que en la actualidad se le conoce como la moderna teoría de la imputación objetiva. Esta teoría, parte esencialmente de conceptos axiológicos, acordes a la función que tiene el Derecho penal en la sociedad, esto es –según el maestro alemán y la corriente mayoritaria-, la prevención de las lesiones o puestas en peligro de los bienes jurídicos penalmente protegidos, desde la perspectiva de criterios políticos criminales y por tanto, los presupuestos de la punibilidad deben orientarse a esos fines. Los lineamientos de imputación propuestos básicamente por esta doctrina consisten en: a) la creación de un riesgo, b) la realización de ese riesgo en el resultado, y, c) la pertenencia del ámbito de protección de la norma.

Sexta. El método de la imputación objetiva que emplea ROXIN, es el llamado funcionalismo teleológico, con él pretende superar las barreras existentes entre el Derecho penal y la Política Criminal, orientando los fines de la norma penal en general y de cada uno de los niveles del sistema en particular a valoraciones de tipo Político criminales.

Séptima. GÜNTHER JAKOBS en su obra Derecho penal, publicada en 1982, estructura la teoría de la imputación objetiva del resultado para tal efecto,

plantea dos niveles de valoración normativa: uno en la conducta y el otro en el resultado. En el primero propone los siguientes criterios: a) riesgo permitido, b) principio de confianza, c) prohibición de regreso, y, d) ámbito de responsabilidad de la víctima; en el segundo, la explicación de cuándo el resultado es consecuencia de la conducta inicial y cuándo de la intervención de terceros o de la propia víctima.

Octava. El método de la imputación objetiva que emplea el maestro JAKOBS, es el denominado funcionalismo sociológico. Sistema que se basa en la comunicación y organización de la sociedad conforme a los roles asignados a cada individuo, así como en la misión que el Derecho penal cumple en esa sociedad. Esta misión es considerada por el maestro de Bonn -a diferencia de ROXIN- como el mantenimiento de la vigencia de las normas e implícitamente del propio sistema social, de ahí que esa misión se encuentre íntimamente ligada a los fines de la pena.

Novena. En consecuencia, con la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado, se diseña como una alternativa diferente para la imputación de los delitos, principalmente de resultado frente a la *conditio sine qua non*, a la que le reconoce el merito innegable de la relación de causalidad, por tanto, no es su propósito sustituirla, sino, limitar sus consecuencias jurídicas mediante principios que en son mayoritariamente aceptados como una exigencia para dar una mayor seguridad jurídica a sus destinatarios. Ello en virtud, de que, que para imputar objetivamente un resultado, no es suficiente únicamente la verificación de la relación causal entre la conducta del agente con el resultado, pues ese nexo de causalidad siempre se presentará, sino que es indispensable que el resultante sea producto, precisamente, de la acción de riesgo creada por el sujeto.

Décima. La moderna teoría de la imputación objetiva del resultado, ha tenido indiferente para el sistema penal mexicano. En sede judicial se continúa resolviendo los delitos de resultado –principalmente el de homicidio por lesiones–, fundándose exclusivamente en la relación de causalidad ponderada por la *conditio sine qua non*, es decir, en el Poder Judicial existe una reticencia

al cambio, aún a pesar de que con ello se eleve el nivel de justicia de los gobernados. Esa posición a mi juicio, contradice el significado del Derecho penal, como un derecho relativo, con una variedad de principios y postulados a partir de los cuales se facilita la interpretación y crítica del mismo, por tanto, su dogmática siempre debe estar abierta y no cerrada a la valoración de las instituciones y categorías del delito desde la óptica de los criterios Político criminales.

Décima primera. En cuanto al análisis del Código Penal de Michoacán, se demostró que algunas de las reglas generales de imputación entre ellas: la comisión por omisión, el dolo, la culpa, las, concausas, etc., son estructural y sistemáticamente inconsistentes, para lo cual se asume una postura propositiva en cada una de esas reglas. Así por ejemplo: la omisión impropia no regula las fuentes de donde se deriva la posesión de garante; en el dolo no se prevé el conocimiento del hecho tipo como elemento estructural; la culpa a pesar de ser una cuestión normativa se omite como elemento estructural de la misma la infracción de la norma de cuidado; se derogó el artículo 263 que preveía los casos en que una lesión no era considerada como mortal y se introdujeron las concausas, en las que omiten como excluyente de tipicidad las causas naturales, etc.

Décimo segunda. Asimismo, se demostró que si bien es cierto, que el Código Penal de Michoacán, admite la relación de causalidad, también lo es, que al prever en su párrafo tercero del artículo 10 las concausas, significa que no todas las condiciones tiene el mismo valor causal –fundamento principal de la *conditio sine qua non*–, por tanto, quien halla aportado la condición adecuada para el resultado se le debe imputar jurídicamente el mismo. Situación que también es considerado en el artículo 305 del Código Penal Federal.

Décima tercera. Conforme a la tesis aquí defendida, en el trabajo de investigación también se demostró que de una interpretación sistemática y teleológica tanto en las reglas contenidas en la Parte General como en la Parte Especial del Código Penal de Michoacán, y de la Parte Especial del Código Penal Federal, en ambos subyacen principios estándares de la moderna

imputación objetiva del resultado entre otros: 1 la creación de un riesgo penal relevante –no permitido–, 2 la realización de ese riesgo en el resultado; 3 la responsabilidad en el ámbito de la víctima; 4 el ámbito de protección de la norma; 5 principio de confianza; y, 6 el principio de la prohibición de regreso.

Décima cuarta. Finalmente, con todo lo anterior, vemos que no resulta jurídicamente acertada la jurisprudencia bajo el rubro de «LESIONES QUE INDIRECTAMENTE OCASIONAN LA MUERTE. CAUSALIDAD». Pues de acuerdo con la imputación objetiva, la relación de causalidad es indispensable para demostrar el hecho en sí, pero ella es insuficiente para imputar jurídicamente el mismo a su causante, para ello se requiere que el operador jurídico adicionalmente aplique ciertos criterios valorativos conforme a sentido teleológico de la norma: creación del riesgo desaprobado, realización de ese riesgo en el resultado y la esfera de protección de la norma.

PROPUESTAS

Primera. Replantear de *lege lata* las reglas de imputación contenidas en la Parte General del Código Penal de Michoacán –acción/omisión, dolo/culpa, nexo de causalidad/resultado, etc.–, acorde con los tópicos propuestos en las tomas de postura asumidas en el Capítulo IV, al final del análisis de cada una de estas reglas.

Segunda. Suprimir las reglas especiales previstas por el Código Penal de Michoacán, en sus artículos 261 y 262, y estructurar unas nuevas conforme a al nexo de causalidad y a los principios rectores de la imputación objetiva; creación de un riesgo no permitido, realización de ese riesgo en el resultado y ámbito de protección de la norma.

Tercera. En concordancia con lo anterior, el operador jurídico para imputar un resultado a su causante, no sólo deberá constatar la relación de causalidad entre la acción y el resultado, sino adicionalmente tendrá que realizar los juicios de desvalor de la acción y del resultado, tendientes a verificar si en el primero si el riesgo creado es uno de los no permitidos, y en el segundo, determinar la relación del riesgo con el resultado, y si éste es consecuencia del riesgo creado por el causante, o bien, es obra de otro riesgo anterior, simultaneó o posterior originado por un tercero, la naturaleza o la propia víctima y, finalmente, si el resultado es el que la norma trata de evitar.

BIBLIOGRAFÍA

ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, traducción Alfredo N. Galletti, Fondo de Cultura Económica, 13ª reimpresión, 1996

ALBOR SALCEDO, Mariano, *Deporte y Derecho*, Ed. Trillas, 1989

ALTAVILLA, Enrico, *La culpa*, Ed., Temis, reimpresión de la 4ª ed., 1999

ANTOLISEI, Francisco, *La acción y el resultado en el dedito* traducción, del italiano, por José Luís Pérez Hernández, Ed. Jurídica–mexicana, 1959

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, parte general*, Ed. hamurabi, 2ª ed., 1999

BENTANCUR AGUDELO, Nódier, *Grandes corrientes del Derecho penal, escuela positivista*. Ed. Temis, 7ª ed., 2002.

BERCHELMANN ARIZPE, Antonio, *Derecho penal mexicano*, Ed. Porrúa, 2004

BUSTOS/LARRAURI, *Imputación objetiva*, Ed. Temis, reimpresión 1998

BUSTOS RAMÍREZ Juan J., HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal* vol. II, Ed., Trotta, 1999

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ed. Ángel, 2001

— *Dogmática y política criminal en la teoría funcional del delito*, Ed. Rubezal–Culzoni, 2000

— «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en *Estudios de Derecho pena*» Ed. Civitas. 1997

— *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001

CANCIO MELIÁ, Manuel, FERRANTE, Marcelo, SANCINETTI, Marcelo, A. *Teoría de la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, 1998,

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCA Y RIVAS Raúl, *Derecho penal mexicano*. Parte general, Ed., Porrúa, 18ª ed., 1995

CARRASQUILLA FERNÁNDEZ, Juan, *Derecho penal fundamental*, volumen II Teoría general del delito y punibilidad, Ed. Temis, segunda reimpresión de la 2ª ed.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*. Parte General, vol. II Teoría jurídica del delito, Ed., Tecnos, 4ª reimpresión 2002

CERLETTI, L- Marco, "Juicios de imputación y juicios causales" en *El funcionalismo en el Derecho penal*, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, 2003

COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomas S., *Derecho penal parte general*, Ed. tirant los blanch, 5ª, 1999

CORREAS, Óscar, *Metodología Jurídica I una introducción filosófica*. Ed. Fontamara, 2ª reimpresión 2003

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español* (curso de iniciación parte general) Ed. DYKINSO, 3ª Ed. 2003

DAZA GÓMEZ, Carlos Juan Manuel, *Teoría general del delito*, Ed. cárdenas, 1997

DEHESA DÁVILA, Gerardo, Etimología jurídica, Suprema Corte de Justicia, 2ª reimpresión 2003

DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho penal parte general*, Ed., Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993.

— *Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal de México*, Ed., Porrúa, 2002

ESCOBAR LÓPEZ, Edgar A., *Delitos contra la vida y la seguridad personal*, Ed., Leyer, 2005.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Teoría de la imputación objetiva*, Ed. Ángel,, primera reimpresión 2001

— *El comportamiento de terceros en el Derecho penal*, Ed. Ángel, 2002

— *Resultado lesivo e imprudencia*, (Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado) Ed. JM BOSCH Universidad Externado de Colombia, 2003

— *El dolo eventual*" Universidad Externado de Colombia, 2002

FERREIRA D. Francisco José, *Teoría general del delito*, Ed., Temis, 1988,

FIERRO, Guillermo Julio, *Causalidad e imputación* Ed. ASTREA, 2002

FINGERMANN, Gregorio, *Lógica y teoría del conocimiento* Ed. EL ATENEO, 3ª reimpresión, 1983

FRISCH, Wolfgang, “La imputación objetiva: estado de la cuestión” en ROXIN, Claus, JAKOBS, Güther, SCHÜNEMANN, Bernd, FRISCH, Wolfgang, KÖLER, Michael, *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario de la Universidad de Pompeo Fabra) Traducción Ricardo Robles Planas, Ed. Civitas, 2000

— *Tipo penal e imputación objetiva*, traducción Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo, Yesid Reyes Alvarado, Ed. COLEX, 1995

— *Comportamiento típico e imputación del resultado*, traducción del alemán (Heidelberg, 1988) por Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, Ed., Marcial Pons, 2004

GARCÍA, Amando *Ensayos de filosofía jurídica*, Ed., Temis, 2003.

GARCÍA-PABLOS, Antonio, *Derecho penal, introducción*, UNIVERSIDAD COMPLUTENSE · FACULTAD DE DERECHO, 1995

GIMBERNAT ORDEING, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado* Ed. REUS, 1996

— *Estudios sobre el delito de omisión*, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), 2003

— ¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal? en *Estudios de Derecho penal*, Ed. Tecnos 3ª ed. 1990

GÓMEZ LÓPEZ, Orlando, *El homicidio*, tomo I, Ed., Temis, 2ª ed. 1997

GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *Consideraciones básicas en torno al origen y evolución de la legislación penal michoacana*, Universidad de San Nicolás de Hidalgo–Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código penal comentado*, Ed., porrúa, 12ª ed., 1996

ISLAS de GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, en *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Ed., Trillas, 2ª ed., 1991

JESCHECK, Hans–Heinrich, *Tratado de derecho penal* (parte general) vol. I traducción, S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Ed. Bosch, 1981

JIMÉNEZ de ASÚA, Luís, *Teoría del Delito*, Ed. Iure, 2003

— *Principios de Derecho penal la Ley y el delito*, Ed., ABELEDO–PERROT, 3ª ed., 1990

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, tomo I, Introducción al estudio de las figuras típicas, Ed. Porrúa, 6ª ed., 2000

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Fundamentos de la teoría general del hecho punible*. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), 2003

— *La estructura del delito en el derecho penal mexicano*, Ed. Angel, 2004

JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el derecho penal*, traducción Manuel Cancio Meliá, Ed. Ángel, 2001

— *Estudios de Derecho penal* Ed. CIVITAS, 1997

— *Derecho penal* (parte general, fundamentos y teoría de la imputación) traducción JOAQUIN COELLO CONTRERAS y JOSÉ LUÍS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Ed. Marcial Pons, 2ª ed., corregida, 1997

— *Moderna Dogmática penal*, Traducción Manuel Cancio Meliá, Ed. Porrúa, 2002

— *Derecho penal parte general*. Fundamento y teoría de la imputación. Traducción , Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. Ed. Marcial Pons, 2ª ed. 1997

— *Sobre la normativización de la dogmática jurídica-penal* traducción Manuel Cancio Meliá, Bernardo FIEJOÓ Sánchez, Ed. Civitas 2003

— *El ocaso del dominio del hecho*, Traducción Manuel Cancio Meliá, Ed., Rubinzal-Culzoni, 2000

JOACHIM HIRSCH, Hans, “Acerca de la teoría de la imputación objetiva” en *Derecho penal*, obras completas Tomo I, Traduc. Daniel R. Pastor, Ed. Rubinzal-Culsoni, 1999

— *Peligro y Peligrosidad* Traduc. Esteba Sola Reche

KINDHÄUSER, Urs, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, traducción de Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, 1996

LESCH, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva* traducción, Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Universidad Externado de Colombia, 1997

LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, tercera reimpresión 2000

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Derecho penal parte general I*, Ed. Universitas 1995

MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, Ed. Porrúa, 1997

MARAVER GÓMEZ, Mario, "Riesgo permitido por legitimación histórica" en *El funcionalismo en el Derecho penal*, Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, 2003

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho penal parte general*, Ed., Trillas, 4ª ed., segunda reimpresión 2001.

MARTÍNEZ BASTIDA, Eduardo, *La deslegitimación del Derecho penal*, Ed., Angel, 2004

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado* Ed. EDESA, 1992

MAURACH, Reihart, ZIPF, Heinz, *Derecho pena»* (parte general) t.I, traducción de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofia Genzsck y Enrique Aimone Gibson, Ed. Astrea 1994

MEDINA P., Sergio J. *Teoría del delito* Ed. Ángel, 2001

MEZGER, Edmund, *Derecho penal* (parte especial) Ed. Cárdenas, 2ª ed., 1990

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal parte general* Ed, REPERTOR, 5a ed. 1998

— *Introducción a las bases del sistema penal*, Ed., B de F, 2ª ed., 2003

— *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ed., Ariel, 1994.

MONTERROSO SALVATIERRA, Jorge Efraín, *Culpa y omisión en la teoría del delito*, Ed. Porrúa, 1993

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, Ed., Tiran lo blllanch, 2ª ed., 2ª ed., 1996

NAUCKE, Gólfang, OTTO, Harro, JAKOBS, Güther, ROXIN, Claus, *La prohibición de regreso en el derecho penal*, traducción, Manuel Cancio Melià y Marcelo A. Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, 1998

NEUMAN Elías, en *Victimología, El rol de las víctimas en los delitos convencionales y no convencionales*, Ed., Cárdenas, primera reimpresión 1992

NOVOA MONREAL, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Ed. Desalma, 1984

OJEDA RODRÍGEZ, Cuahtémoc, GUERRERO AGRIPINO, Luísa Felipe, *La imputación objetiva* Universidad de Guanajuato, 2002

ORELLANA WIARCO, Octavio A., *Curso de derecho penal* (parte general) Ed. Porrúa, 1999

PAVON VASCONCELOS, Francisco, *La causalidad en el delito* Ed. Porrúa, 4ª Ed. 1993

— *Diccionario de Derecho penal* Ed. Porrúa, 1997

— *Derecho penal mexicano*, Ed., Porrúa, 12ª ed., 1995

PLACENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Teoría del delito*, UNAM., 1998

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, Ed. Porrúa, 2001

— *Derecho penal parte general*, tomo II teoría jurídica del delito. Vol. I. Ed., Bosch, 2000

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de Derecho penal* Ed. Porrúa, 17ª ed. 1998

— *Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal*. Ed., Porrúa, 1994

PUPPE, Igerborg, *La imputación del resultado en Derecho penal*, Ed., Ara, 2003.

QUIJADA, Rodrigo, *Nuevo código penal para el Distrito Federal comentado*, Ed. Ángel, 2003

RECÁSENS SICHEZ, Luís, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Ed. Porrúa, 1980

REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva* Ed. Temis, 2ª ed. 1996

REYES ECHANDÍA,, Alfonso, *La culpabilidad*, Ed., Temis, 3ª ed., tercera reimpresión, 1999

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, en *Victimología, estudios de la víctima*, Ed., Porrúa, 5ª ed., 1999

ROMERO Gladis Nancy, «La relación de causalidad en los delitos de resultado», en *Algunas cuestiones de Derecho penal*, Ed, Fabián di Placido 1999

ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general* Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad, Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remasal, Ed., Civitas, reimpresión 2000

— *Problemas básicos del derecho penal* traducción Diego–Manuel Luzón Peña, Ed. REUS, 1976

— *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, Traduc. A a la sexta ed., por Joaquín Cuello Contreras y JoSé Luís Serrano González, Ed. Marcial Pons

— *Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elemento del deber jurídico*, traducción al castellano, Enrique Bacigalupo, Ed. Desalma, 1979, pp. 139

— — — *Política criminal y estructura del delito* (Elementos del delito en base a la política criminal) traducción Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Ed. PPU, 1992

RUEDA MARIN, María de los Angeles, en *La teoría de la imputación objetiva de resultado n el delito doloso de acción*, Ed., UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2002.

SANCINETTI, Marcelo A, ¿Relevancia del disvalor del resultado en la teoría de la imputación objetiva de Jakobs? En *De las penas homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Ed. Palma, 1997

SILVA SÁNCHEZ, Jesús, Ma. “Comportamiento de la víctima y teoría del delito. Introducción a la victodogmática” en *Instituciones del Derecho penal*, Ed. Ángel, 2001

— *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed., JB, 1992

— *El delito de omisión, concepto y sistema*, Ed. B de F, 2ª ed., 2003

— *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*. Ed-. Civitas, 1999

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo I, E., Tea, 11ª reimpresión, 1999

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, JUDEA PRIETO Ángel, PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, *Manual de derecho penal I. Parte general*, Ed. Civitas, 2002

VELA TREVIÑO, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad* Ed., Trillas 2e primera reimpresión 1996, p. 179

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal (arte general)*, Ed. Temis, 3ª ed., 1997

VON LISZT Franz, *Tratado de derecho penal*, traducción, de la 20ª ed., alemana por Luís Jiménez de Asúa tomo II, Ed., Reus 4ª ed., 1999

WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal* (Una introducción a la doctrina de la acción finalista) traducción. José Cerezo Mir, Ed. B de F, 1964

— *Derecho penal alemán* (parte general) traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 4ª ed., castellana, 1993

— *Estudios de derecho penal*, (Estudios sobre el sistema de derecho penal causalidad y acción, Derecho penal y filosofía) traducción Gustavo Eduardo Abosos y Tea Löw, Ed-. B de F, 2003

— *Introducción a la filosofía del Derecho, Derecho natural y Justicia material*, Ed., B de f., 2005

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte General*, Ed. Porrúa, 2001

ZAMORA GRANT, José, *La víctima en el sistema penal mexicano*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003,

ZIELINSKI, Diethart, *Dolo e imprudencia, comentarios a los §§ 15 y 16 del Código penal alemán*. traducción Marcelo A. Sancinetti, Ed. Hammurabi, 2003,

Artículos

BUSTOS RAMIREZ, Juan, «Imputación objetiva y bien jurídico», publicado en *La ciencia penal en el Umbral de Siglo XXI. Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal*, Ed., Ius Poenale, 2001

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «Imputación objetiva en el delito imprudente» en *Causalidad e Imputación objetiva*, Cuadernos de Derecho Judicial,, Consejo del Poder Judicial, septiembre 1994

DAZA GÓMEZ, Carlos, «Teoría de la imputación objetiva» en *Criminalia*, año LXVIII, no. 2. mayo–agosto 1997

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M, «Tipicidad e imputación objetiva», <http://www.geocities.com/icapda/linea.htm>

DÍAZ–ARANDA, Enrique, ¿Se puede aplicar la dogmática penal alemana para resolver casos reales en México? En *Criminalia* Años LXX No. 3 sep–dic., 2004

GARCÍA RAMIREZ, Sergio, «Violencias típicas penales en los deportes» *Revista del Derecho del Deporte*, año I, 1975, número 1.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», *Revista Criminalia*, Ed., Porrúa, Año LXX No. 1 Ene.–Abril, 2004

GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, «Aproximación de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Al mismo tiempo, bases mínimas para su reconstrucción en el derecho penal mexicano», en *ABZ Anuario* 1997

GRACIA MARTÍN, Luís, «El finalismo como método sintético real–normativo para la construcción del delito». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://crimenet.ugr.es/recpc>.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, «La imputación objetiva del resultado. Una primera aproximación», en *Causalidad e imputación objetiva*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo del Poder Judicial

— «Principales reglas de imputación del resultado en el Código Penal del Estado de Michoacán y en el Código Penal Federal, y un acercamiento a la imputación objetiva». Revista *BZ*, No. 154 octubre 2003

MIR PUIG, Santiago, «Significado y alcance de la imputación objetiva» en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 24/oct/03, p. 2, <http://criminet.ugr.es/recpc>

— «Valoraciones, normas y antijuricidad penal» en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 28/mar/04, p. 3, <http://criminet.ugr.es/recpc>

REYNA ALFARO, Luis Miguel, (Coordinador) *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la víctima en el Derecho penal*, Ed., Ara, 2003

ROSO CAÑADILLAS, Raquel, «Autoría mediata, imputación objetiva y autopuesta de peligro», Revista de Derecho Penal Y Criminología, 2ª Época, no. 12 (2003)

SALAS ALMIRALL, Salvador, «Causalidad e imputación objetiva en los delitos de peligro», en Cuadernos de Derecho Judicial, *Causalidad e imputación objetiva* Consejo General del Poder Judicial, septiembre de 1994.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Valoración político–criminal del sistema *numerus clausus*, para la punibilidad de los delitos culposos, en *Comentarios en torno al nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, Coordinadores, Moisés Moreno Hernández y Rodolfo Felix Cárdenas, CEPOLCRIM, 2003

Diccionarios

MOLINER María, *Diccionario de uso del español*, Ed., Gredos, 2ª ed., 1998, segundo tomo.

Códigos

Código Penal Alemán StGB y Código Procesal Alemán, StPO, traducción Juan Ortiz de Noriega, Cristina Larios Sánchez, Juan Carlos Pegros y Ana Monreal Díaz. Ed. Marcial Pons, 2000.

Multimedia:

Ius 2004 junio 1917–junio 2004 Jurisprudencia y tesis aisladas (Suprema Corte de Justicia de la Nación)

Revista Michoacana de Derecho Penal, 2000 (Cd) Director Gilberto Vargas López.

Legislación Penal y su interpretación por el Poder Judicial 2003 (Suprema Corte de Justicia de la Nación)

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española 21ª Edición en cd.

Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993–2004 Microsoft Corporation.